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

Nº 34

Revista Derecho Migratorio y Extranjería

© 2013 Thomson Reuters (Legal) Limited

Lex Nova, S.A.U.
Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es
www.thomsonreuters.com

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

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

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova
Daniel Tejada Benavides

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La versión online de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en **portaljuridico.lexnova.es**

LEX NOVA THOMSON REUTERS

Revista REDMEX 34-2013.indb 1 02/01/14 09:40

DIRECTOR

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

DIRECTOR ADJUNTO

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS
Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México)

ELISEO AJA FERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO
Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

JAVIER GALPARSORO GARCÍA
Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya

JUAN L. IBARRA ROBLES
Magistrado. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia

FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III

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

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA
Abogado del Ilustre Colegio de Málaga

EDUARD SAGARRA I TRIAS
Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO
Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RICARD ZAPATA-BARRERO
Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE GENERAL

Página

EDITORIAL 7

ARTÍCULOS

I. LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVAS FORMAS DE CIUDADANÍA Y DE ATRIBUCIÓN DE DERECHOS PARA LAS PERSONAS EXTRANJERAS
José Luis Monereo Pérez 11

II. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO EUROPEOS: REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DEL ART. 57.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE EXTRANJERÍA
Alejandra Selma Penalva 69

III. A VUELTAS CON EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO POR PARTE DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR
José Sánchez Pérez 115

IV. LA «INTEGRACIÓN CÍVICA» Y LOS INFORMES DE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN
Antidio Martínez de Lizarrondo Artola y María Ramírez De Arellano Alemán 137

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

Asilo 165
Expulsión 190
Derecho al trabajo 199
Permiso de trabajo 205
Derecho Penal 207
Homologación de títulos 217
Nacionalidad 223
Régimen Unión Europea 236
Tribunal Constitucional 244

Revista REDMEX 34-2013.indb 3 02/01/14 09:40

Página

II. RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE CONTROL DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE) 2009-2013
Cristina Manzanedo 249

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA 263

II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS 267

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. ¿DIEZ AÑOS DE INTEGRACIÓN EFECTIVA EN FRANCIA? UN BALANCE NORMATIVO DEL CONTRAT D'ACCUEIL ET INTÉGRATION
Encarnación La Spina 277

II. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS SEGÚN EL PROTOCOLO DE PALERMO. APLICACIÓN PRÁCTICA DESDE LA TEORÍA DEL DELITO
Hazel Jasmin Bolaños Vásquez 295

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LOS MENORES EN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ
Marí Carmen Burgos Goye 315

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS 341

II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA 347

Revista REDMEX 34-2013.indb 4 02/01/14 09:40

COMPLETE INDEX

Page

EDITORIAL 7

ARTICLES

I. IMMIGRATION POLICY: THE CONSTRUCTION OF NEW FORMS OF CITIZENSHIP AND ALLOCATION OF RIGHTS FOR FOREIGNERS
José Luis Monereo Pérez 11

II. NON EUROPEAN CITIZENS EJECTIONS: RETHINKING ABOUT THE INDETERMINACY OF THE L.O. 4/2000 ART 57.2 C
Alejandra Selma Penalva 69

III. A TURN TO THE RIGHT TO THE BENEFITS DERIVED FROM ACCIDENT BY THE ILLEGAL IMMIGRANT
José Sánchez Pérez 115

IV. THE «CIVIC INTEGRATION» AND REPORTS ON INTEGRATION EFFORT
Antidio Martínez de Lizarrondo Artola y María Ramírez de Arellano Alemán 137

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES

Asylum 165
Expulsion 190
Right to work 199
Working license 205
Criminal Law 207
Recognition of qualifications 217
Nationality 223
European Union Regime 236
Constitutional Court 244

Revista REDMEX 34-2013.indb 5 02/01/14 09:40

Page

II. RESOLUTIONS OF THE JUDGES IN CONTROL OF MIGRANT DETENTION CENTERS (CIE) 2009-2013
Cristina Manzanedo 249

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT 263

II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS 267

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. TEN YEARS PURSUING THE EFFECTIVE INTEGRATION IN FRANCE? A NORMATIVE ASSESSMENT OF THE «CONTRAT D'ACCUEIL ET INTÉGRATION»
Encarnación La Spina 277

II. CRIMINAL-LEGAL REGULATION OF HUMAN TRAFFICKING ACCORDING TO PALERMO PROTOCOL. PRACTICAL APPLICATION FROM THE THEORY OF CRIME
Hazel Jasmin Bolaños Vásquez 295

III. THE LABOR LEGAL PROTECTION OF THE MINORS IN THE MOROCCAN LEGISLATION
Mari Carmen Burgos Goye 315

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES 341

II. CONFERENCES ABOUT FOREIGNERS AFFAIRS 347

Revista REDMEX 34-2013.indb 6 02/01/14 09:40

EDITORIAL

Todas las noticias del cuatrimestre relacionadas con el tema migratorio quedaron eclipsadas por los trágicos sucesos ocurridos en las aguas mediterráneas en el intento de varios cientos de personas, que provenientes del continente africano, trataban de alcanzar las costas europeas en la Isla de Lampedusa.

Estos hechos provocaron un importante número de reacciones que deben llevar a propiciar el necesario debate acerca de los actuales modelos de gestión de los flujos migratorios internacionales. La proximidad de la fecha del 18 diciembre, en que se conmemora el aniversario de la firma de la Convención de Naciones Unidas de 1990 sobre la Protección de los trabajadores migratorios y sus familiares, y el hecho de que ningún Estado miembro de la Unión Europea la haya ratificado, quizás ayude a comprender el actual estado de cosas. La determinación del Gobierno español de instalar en el muro fronterizo de Melilla nuevos elementos, que ponen en grave riesgo la integridad física de las personas, nos coloca en la necesidad de reflexionar acerca del creciente amurallamiento del planeta y la fiebre constructora de murallas que recorre todos los continentes y que paradójicamente surgió tras la caída del muro de Berlín. En la actualidad, las murallas construidas abarcan más de la mitad del diámetro del planeta.

Otra característica de los actuales muros es su creciente y sofisticada tecnología que incluye según los casos varios tipos de vallas de contención, más o menos elevadas, electrificadas, con cuchillas y otros elementos de importante riego para la integridad de las personas; iluminación de muy alta intensidad, detectores de movimiento, sensores electrónicos y equipos de visión nocturna; vigilancia permanente con camionetas todo-terreno; helicópteros artillados y hasta minas antipersonas.

Tamaña perversidad en su diseño, que en ocasiones convierten algunos muros en verdaderas armas mortíferas que en su amenaza, cobran vida propia frente a las personas que tratan de superarlos. En el momento de redactar estas líneas el Fiscal General, Torres-Dulce ha ordenado abrir una investigación al «considerar que no es un procedimiento ajustado a derecho ni "de estricta humanidad"».

No se trata ya de delimitar territorios estatales, sino de levantar muros que abiertamente violan las obligaciones de cooperación y de buena vecindad entre Estados, que segregan, discriminan, impiden la comunicación, separan, dividen, dificultan la convivencia, desconfían del otro.

La fiebre constructora de murallas físicas (y no solamente de ese tipo) nos conduce a formular una serie preguntas y exigencias:

Revista REDMEX 34-2013.indb 7 02/01/14 09:40

– ¿Cuándo lograremos una libre circulación migratoria a nivel universal, superando esta globalización incompleta, economicista y segregacionista y abandonando las soluciones estatales, en numerosas ocasiones centradas tan sólo en el corto plazo?

– ¿Resistirá esta globalización el creciente amurallamiento –incluso pluriamurallamiento– de tantos Estados?

– ¿Debemos asistir a la muerte de alguna persona en la val la de Melilla para reaccionar contra el amurallamiento y reclamar responsabilidades jurídicas que pudieran haberse evitado?

– ¿Tendremos en palabras del Prof. Ángel G. CHUECA que establecer una nueva rama del ordenamiento internacional, la que en el futuro estudie la «murología»?

El respeto de los Derechos Humanos de todas las personas debe llevarnos a exigir el replanteamiento de las políticas de amurallamiento y en particular la diseñada por la Unión Europea y sus Estados miembros y de forma inmediata la eliminación de todos aquellos elementos instalados en los muros que, por su intrínseca peligrosidad, puedan suponer un riesgo para la integridad de las personas.

En el próximo número de la REDMEX anunciamos la preparación de un Dossier sobre los muros fronterizos y el «ius migrandi» que seguramente nos podrá proporcionar elementos para la reflexión y la acción.

La lectura del actual número de la REDMEX con un denso e interesante sumario, que aborda muy diversas cuestiones y aspectos del fenómeno migratorio y que como siempre recoge también las novedades bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales, debe ser un útil instrumento reflexivo que nos ayude a progresar técnica y emocionalmente en el desempeño de nuestra cotidianas tareas.

Ahora, solo nos resta desearos una buena lectura de la REDMEX y nuestros mejores deseos para el año 2014 que estamos a punto de comenzar.

Revista REDMEX 34-2013.indb 8 02/01/14 09:40

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

Revista REDMEX 34-2013.indb 9 02/01/14 09:40

Revista REDMEX 34-2013.indb 10 02/01/14 09:40

I. LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN: LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVAS FORMAS DE CIUDADANÍA Y DE ATRIBUCIÓN DE DERECHOS PARA LAS PERSONAS EXTRANJERAS

José Luis Monereo Pérez

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

«Llegamos a ser conscientes de la existencia de un *derecho a tener derechos* (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global».

HANNAH ARENDT[1]

RESUMEN

Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras

En la crisis mundial del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo,* especialmente vulnerable en términos generales. La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía; y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo infor-

ABSTRACT

Immigration policy: the construction of new forms of citizenship and allocation of rights for foreigners

In the labour global crisis, migrant workers are population at risk, particularly vulnerable in general terms. The development of migration policies of the European Union, and the countries that are part of it, is decisively orientated towards a selective and hierarchical approach in relation to the recognition of the rights of citizenship; and more restrictive measures of admission and expulsion and incentive for the return of immigrants (frustrated migrations migration to the countries of origin) are especially promoted in the economic crisis situation. Europe uses an instrumental economic rationality on migrants as a whole, and has failed to prevent the expansion of an informal work market, which exploits citizens of third countries in irregular situation. By contrast, the full consistency with the inherent rationality in the social -democratic

(1) ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo,* 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994, vol. I, p. 375.

Revista REDMEX 34-2013.indb 11 02/01/14 09:40

mal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular. Por contrario, la plena coherencia con la racionalidad inherente al constitucionalismo democrático-social debería suponer que se regulasen las migraciones desde la perspectiva de la garantía a las personas migrantes de una ciudadanía plena, integral e inclusiva en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la forma política del Estado Social de Derecho. La política migratorio de la Unión Europea debe formar parte del modelo *social* europeo, o más precisamente del constitucionalismo democrático-social europeo.

Palabras clave: Migraciones, inmigración extranjera, persona inmigrante extranjera, mercado de trabajo, retorno de inmigrantes, ciudadanía, ciudadanía «post-nacional», derechos de ciudadanía, estatuto jurídico de los derechos de las personas migrantes, política migratoria europea, constitucionalismo democrático-social europeo.

constitutionalism should assume that migrations were regulated from the perspective of the guarantee of full, integral and inclusive citizenship for the migrants, under the International Law of Human Rights and the political form of the rule of law. Immigration politics of European Union should be part of the European social model, or more precisely part of the European social -democratic constitutionalism.

Key words: Migration, foreign immigration, foreign immigrant, labour market, return migration, residence of foreigners, citizenship, «post - national» citizenship rights of citizenship, legal status of migrants rights, European migration policy, European social democratic constitutionalism.

SUMARIO

I. «LEY Y ORDEN» EN LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL.

II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.

III. EL ESTATUTO DE DERECHOS DE LA PERSONA INMIGRANTE EXTRANJERA EN ESPAÑA.

I. «LEY Y ORDEN» EN LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

Las migraciones es un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas(2). Las migraciones constituyen un elemento consustancial a la historia de la humanidad, y en particular ha sido y es un elemento esencial de la «identidad europea». Europa es un continente de inmigración(3). En la crisis mundial del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo,* especialmente vulnerable en términos de conjunto. Los trabajadores inmigrantes se enfrentan a una disminución de las oportunidades de empleo y migración, empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, y aumento de la xenofobia. También ante situaciones de retorno y de expulsión a los países de origen. Por tanto, la crisis está teniendo repercusiones importantes sobre las personas inmigrantes y

(2) Véase CASTLES, S. y MILLER, M.J., *La era de la migración,* México, Universidad Autónoma de Zacatecas-Ed. Porrúa, 2004; BADE, K.J., *Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días,* trad. Mercedes García Garmilla, Barcelona, Ed. Crítica, 2003.

(3) SASSEN, S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa Fortaleza,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013, poniendo de relieve el papel extraordinario de los flujos migratorios en la construcción de las sociedades europeas contemporáneas.

Revista REDMEX 34-2013.indb 12 02/01/14 09:40

puede determinar la tentación de convertir a la Unión Europea en una suerte de «Europa fortaleza». La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía; y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo informal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular. Todos los años varios cientos de miles de personas son objeto de tráfico ilegal hacia el interior de la Unión Europea. Sería una catástrofe apartar el pensar de esa realidad y ponerlo fuera del mundo y de la historia.

Los recientes acontecimientos en los países del sur del Mediterráneo implican para millones de personas que viven en países vecinos de la UE la esperanza de una vida mejor, así como de un mayor respeto de los derechos humanos, el pluralismo, el Estado de Derecho y la justicia social. Estas transformaciones históricas refuerzan la necesidad de que la Unión Europea disponga de una política común en materia de inmigración y asilo, al mismo tiempo que intensificar la cooperación de la UE con los terceros países[(4)]. En un mundo globalizado (con plena liberalización de capitales, finanzas y mercancías) y con gran capacidad de generar riqueza y recursos de todo tipo, es inadmisible que millones de seres humanos estén sumidos en la miseria y en permanente riesgo de morir de hambre o de enfermedad curables. Esas personas se ven obligadas a emigrar de su país de origen y a menudo ser objeto de un trato degradante en los países de destino (que cada vez menos de «acogida» en sentido humanista), mercantilizados, o incluso al extremo de ser degradados a una situación de esclavitud por mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas. Es en este contexto donde adquiere de nuevo sentido la reflexión de Hannah Arendt sobre *el derecho a tener derechos*[(5)], por parte de aquellas personas que en encuentra injustamente privados de ellos o de su ejercicio efectivo. Esta realidad crítica es la que subyace cuando hablamos de la «cuestión social» de las migraciones.

Actualmente, corren tiempos difíciles para las personas inmigrantes –las cuales en su inmensa mayoría lo son por razones económicas vinculadas a los mercados de trabajo–. Prácticamente todos los países europeos de referencia han endurecido sus políticas migratorias. E incluso en la Unión Europea todavía predomina un enfoque defensivo basado en una lógica de seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios. La crisis económica está influyendo en el tratamiento de los flujos migratorios y en las condiciones de vida de las personas inmigrantes, pues la lógica imperante en la política migratoria viene siendo su sometimiento

(4) COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación sobre migración», de 4 de mayo 2011, COM(2011) 248 final, p. 2.

(5) ARENDT, H., *Los orígenes del totalitarismo,* 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994, cap. IX, pp. 343 y ss. Para Hannah Arendt existe un «derecho a tener derechos»: «Llegamos –afirma– a ser conscientes de la existencia de un *derecho a tener derechos* (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global» (ibíd*.,* vol. I, p. 375).

Revista REDMEX 34-2013.indb 13 02/01/14 09:40

a las exigencias del mercado interior (dominado por la racionalidad económica mercantilizadora). No se dispone actualmente de una auténtica política común europea sobre la inmigración, y los Gobiernos de los países europeos responden al fenómeno migratorio con medidas cada vez más defensivas y de carácter principalmente represivo; y al mismo tiempo restringiendo las medidas de integración. Ponen en práctica la lógica de la seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular y endureciendo la política de protección social. De ahí que se haga visible la centralidad de un debate centrado ahora en cómo «proteger mejor las fronteras» del gran espacio europeo y de los respectivos espacios nacionales. Más que nunca se hace necesario instrumentar una política común europea de inmigración no basada exclusiva ni principalmente en una estrategia defensiva. Y ello ha de ser así tanto por razones de coherencia con el Estado Social y Democrático de Derecho (que en la tradición del constitucionalismo democrático-social incorpora los derechos fundamentales de la persona) como por razones pragmáticas, porque el enfoque basado exclusivamente en la seguridad no funcionará al tiempo al menos en condiciones propias de un sistema democrático.

Resulta manifiesto que afrontar el problema de la inmigración exige la predisposición de políticas del Derecho encaminadas a implantar garantías socio-políticas y jurídicas que no pueden confiarse nunca al mercado (incapaz de articularlas por su propia lógica interna –mercantilizadora– y por estar dominado por los poderes económicos), pero tampoco a cada Estado singular miembro del espacio político de la Unión Europea.

Las personas inmigrantes integran uno de los colectivos que más están padeciendo la elevada tasa de desempleo en gran parte de los países europeos, y, entre ellos, señaladamente nuestro país. Una expresión actual de ese enfoque instrumental viene constituido por el endurecimiento de las políticas de expulsión y el énfasis en la exigencia del retorno de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular (la llamada migración de retorno)[6]. Ese retorno puede ser voluntario (aunque, de ordinario, compelido por la necesidad de hacerlo), asistido o forzoso, retorno que se inscribe señaladamente en los programas de lucha contra la inmigración ilegal[7], aunque debería contemplarse como un derecho

---

(6) Véase COMISIÓN EUROPEA,«Comunicación sobre una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos», de 17 de junio de 2008. COM(2008) 359 final; COMISIÓN EUROPEA: «Comunicación sobre migración», de 4 de mayo 2011, COM(2011) 248 final, aparte de reiterar la gobernanza de Schengen y de prevenir la inmigración irregular, aunque bien es cierto que esta última realza un enfoque global de la migración (pp. 15 y ss.) y la idea de construir un sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes (pp. 13 y ss.). Pero también subraya los mecanismos de control de los flujos de «emigrantes irregulares» (emigrantes económicos que intenta atravesar ilegalmente las fronteras de la UE), respecto de los cuales es preciso «prever los instrumentos adecuados para evitar que un gran número de inmigrantes por razones económicas atraviesen las fronteras de manera irregular. Persiguiendo estos objetivos, la gestión eficaz de sus fronteras es una condición necesaria para su credibilidad tanto en el interior como en el exterior de la Unión» (pp. 2 y 4). Esta última Comunicación insiste en que hay que mejorar el equilibrio entre los tres ámbitos principales de la intervención estratégica: a) Organizar la inmigración legal; b) reforzar la lucha contra la inmigración irregular; y c) potenciar al máximo los beneficios mutuos de la inmigración para el desarrollo. Pero también se destaca la necesidad de reforzar la dimensión humana de las políticas de migración y desarrollo mediante la adopción de un planteamiento centrado en el emigrante (p. 16). Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 2008 - Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias [COM(2008) 611 final].

(7) Véase la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (es la conocida como «Directiva de retorno»), y los diversos «Programas de retorno» instrumentados por las políticas comunitarias.

Revista REDMEX 34-2013.indb 14 02/01/14 09:40

fundamental de la persona cuya efectividad debe ser garantizado por los poderes públicos (que es como se reconoce en la normativa internacional de los derechos humanos). Pero, en realidad, la garantía efectiva de este derecho exige una política de cooperación entre los países de origen y los países de acogida, teniendo en cuenta que este es un ámbito relativamente comunitarizado.

Los programas de organización de los flujos migratorios en la Unión Europea más allá de sus retóricas expresiones tienen una orientación marcadamente defensiva. En este sentido se sitúa la Comunicación de la Comisión Europea por la que se establece un «Programa marco de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios para el período 2007-2013 (COM (2005) 123 final– no publicada en el Diario Oficial). Por lo pronto es de realzar que la «solidaridad» que se incorpora al título y al programa de acción no es precisamente la de carácter «social», sino la que atiende a los costes económicos que han de soportar los Estados. Por otra parte, el programa es un programa marco que engloba diversos programas específicos (Fondo Europeo de Retorno; Fondo para las Fronteras Exteriores; Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países; y Fondo Europeo para los Refugiados). El programa de «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios para el periodo 2008-2013» desarrolla su objeto reforzando la solidaridad –esencialmente de apoyo económico e institucional– entre los Estados miembros. Presenta cuatro líneas de actuación: la gestión integrada de las fronteras exteriores, con la creación de un Fondo para las Fronteras Exteriores; la política de asilo, con la prolongación del Fondo Europeo para los Refugiados; la integración social, cívica y cultural de los nacionales de terceros países, con la creación de un Fondo Europeo para la Integración; y la lucha contra la inmigración ilegal y el retorno de los nacionales de terceros países que residen ilegalmente en el territorio de la UE, con la creación de un Fondo Europeo de Retorno. Esta dirección de política del Derecho migratorio se continúa y refuerza a través de instrumentos normativos europeos. Así, la importante Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios. Nuevamente, se trata de facilitar los medios necesarios para el «retorno» de las personas inmigrantes[8]. En el artículo 2 de la Decisión el objetivo del

---

Puede consultarse, PÉREZ CAMPOS, A.I., «El retorno de inmigrantes en la Unión Europea: estado de la cuestión y propuestas de reforma», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 105), 2013, pp. 47 y ss.; CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes», *Revista General de Derecho del Trabajo,* núm. 28 (2012); CHARRO BAENA, P., «El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 105 (2013), pp. 69 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España», en *Revista de Derecho Migratorio,* núm. 29 (2012); íd., «Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social», en *Civitas. Revista de derecho del trabajo,* núm. 157 (2013).

(8) En su Exposición de Motivos, se indica que «Una política de retorno eficaz es un complemento necesario de una política de asilo e inmigración legal digna de crédito, así como un importante de la lucha contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros consagran presupuestos considerables a la aplicación de programas de retorno y realización de operaciones de retorno forzoso. Unas acciones comunes de la Unión Europea en este campo, respaldadas por los adecuados medios financieros procedentes de la Comunidad, podrían apoyar a labor de los Estados miembros, subrayar la necesidad de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y reforzar la

Revista REDMEX 34-2013.indb 15 02/01/14 09:40

Fondo es apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros pueden ejecutar las acciones comunes o las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo el principio de solidaridad, teniendo en cuenta la legislación comunitaria en este ámbito y respetando plenamente los derechos fundamentales. El Fondo participará en la financiación de asistencia técnica por iniciativa de los Estado miembros o de la Comisión. Todo ello se inserta dentro de un Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE, en la dirección que señalara el Consejo de 28 de febrero de 2002, presidido por la lógica de la seguridad y el control de fronteras, asilo y expulsión de inmigrantes del territorio europeo.

Es posible, por lo demás, que estas políticas atiendan en exceso a elementos coyunturales, y tiendan a olvidar los elementos estructurales que a medio y largo plazo pondrán de relieve que la inmigración laboral será un componente necesario de las estrategias de empleo y de las políticas de crecimiento en el contexto de la globalización económica y de la dinámica expansiva del mercado interior europeo. En tal sentido no deja de ser significativa la posición crítica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a las políticas defensivas y de promoción del retorno, precisamente atendiendo a que no han venido acompañadas de un análisis y diagnóstico subsiguiente sobre las necesidades de trabajadores en una situación post-crisis. Entonces, cabría inquirir sobre si las políticas migratorias restrictivas (de inadmisión, expulsión y promoción del retorno de inmigrantes) actuales no constituirán al tiempo un impedimento para la recuperación y la fase expansiva (Y no vale decir, de modo simplista, que siempre habrá mano de obra extranjera disponible para emigrar hacia el espacio europeo, porque, aparte de la tragedia personal, lo que se pierde con el retorno de personas ya integradas –o con elevada integración en el país de acogida– no siempre será fácil que sea sustituido en términos de formación y experiencia). No parece que sea ni razonable ni sostenible políticas de inmigración que se orienten preferentemente por situaciones coyunturales y que dejen de lado razones de justicia social de personas migrantes que han contribuido decisivamente al crecimiento de los países de acogida durante la larga fase expansiva de la economía en épocas precedentes. Pero, a mayor abundancia, hay factores demográficos de envergadura que interesa retener en todo esto: «en ciertas regiones las tendencias demográficas sugieren que la inmigración puede ser un factor importante en la solución a largo plazo de los problemas previstos debido al envejecimiento de la población. Paralelamente a la elevación de la productividad laboral y al aumento de la participación en la fuerza de trabajo, especialmente de los trabajadores de edad, cada país tendrá que considerar la posibilidad de aceptar un número mayor de inmigrantes para evitar un declive de los niveles de asistencia social. Incumbe evidentemente a los dirigentes políticos responsables promover el consenso sobre estas cuestiones a largo plazo, ya que la inmigración exige siempre una adaptación social que debe contar con el respaldo de una política pública

---

solidaridad entre Estados miembros». Esta política de gestión de los flujos migratorios se explicita en el extenso (126 páginas) documento de la Comisión Europea: «*Proposal for a Decision of the European Parliament and Council establishing the European Return Fund fort the period 2007-2013 as part. of the General programme «Solidarity and Management of Migration Flows*». SEC (2005) 435. COM/2005/0123 final -COD 2005/0049.

Revista REDMEX 34-2013.indb 16 02/01/14 09:40

apropiada»[9]. Y sin embargo la dura realidad de las políticas de inmigración a nivel mundial y de Europeo, pone de manifiesto los límites intrínsecos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como es bien sabido, el derecho migratorio es un *derecho incompleto,* porque conforme al artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se garantiza un derecho a la emigración como derecho de libertad de la persona a salir de su país de origen o de cualquier otro país de residencia, pero ese derecho a emigrar no viene acompañado de un necesario derecho a inmigrar, en el sentido de crear en el país de destino o acogida un deber jurídico de entrada o acogida. Son, por el contrario, los Estados nacionales los que tiene el poder soberano de admitir o no a las personas migrantes en su territorio.

Se ha asistido al fin de una ilusión según la cual la globalización conduciría sin más al universalismo de los derechos humanos, mientras la experiencia muestra la racionalidad económica del mercado viene siendo refractaria a la consagración de la universalidad de los derechos de las personas[10] y especialmente proclive la mercantilización de todas las cosas y seres humanos. Por lo demás, esa tendencia anti-universalista de los derechos humanos en las políticas del Derecho se ha venido acrecentando en la práctica con la presente coyuntura de crisis económica que ha agudizado las tendencias latentes al predominio absoluto de la racionalidad económica sobre la razón de la sociedad. A ello se añade, por lo demás, la instrumentación ideológico-política de la cuestión migratoria como problema de orden público, de racismo y xenofobia, desde la nueva derecha y de las corrientes populistas, con relevantes réditos electorales (cuando, paradójicamente, se repara en el dato estadístico de que los extranjeros extracomunitarios tan sólo son el cuatro por ciento de la población de la Unión Europea, y no tampoco resulta excesivo –aunque siempre difícil de precisar por razones obvias– el número de inmigrantes en situación administrativa de irregularidad).

---

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004,* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, p. 45. En el documento de la OIT sobre el Trabajo Decente: «Trabajadoras y trabajadores migrantes: Hacia una igualdad de derechos y oportunidades», Ginebra, OIT/Oficina de Igualdad de Género/Servicio de Migraciones Internacionales, 2009, se indica, acertadamente, que «Los migrantes representan un capital para cada país al que llevan su trabajo. Démosles la dignidad que se merecen como seres humanos y el respeto que se merecen como trabajadores» (p. 1), haciéndose eco de la reflexión de Juan Somavía, Director General de la Organización Internacional del Trabajo. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Políticas públicas sobre migración laboral. Herramientas y buenas prácticas,* México, Organización Internacional para las Migraciones, 2010, pp. 16 y ss. La vinculación con el desarrollo humano, en NACIONES UNIDAS, «Segundo diálogo de alto nivel sobre migración y desarrollo de Naciones Unidas» (DAN 2013), llevado a cabo los días 3 y 4 de octubre de 2013, donde se establece como una de las cinco prioridades: «Aprovechar el impulso del diálogo de alto nivel para generar una mayor integración de la migración en la agenda de desarrollo global, especialmente en la agenda de desarrollo post-2015». Véase NACIONES UNIDAS, *Informe de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo,* preparado para la 65ª sesión de la Asamblea General (A/65/203), 2 de agosto de 2010, *http: //daccess-dds-ny. Un.org/doc/UNDOC/GENN10/470/07/PDF/N1047007.pdf?OpenElement;* ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS, «Reuniones de alto nivel del 68° período de sesiones de la Asamblea General 3 y 4 de octubre de 2013 - Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: «Conseguir que la migración funcione».

(10) DE LUCAS, J., «La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 Aniversario de la Declaración del 48)», en *Jueces para la Democracia,* núm. 32 (1998), pp. 3 a 9; íd., «Las globalizaciones y los derechos», en *Enrahonar,* núms. 40-41 (2008), pp. 55 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 17 02/01/14 09:40

El contraste en con el marco del Derecho internacional es manifiesto cuando se repara en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que garantiza la *universalidad* de los derechos humanos y las libertades fundamentales «de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión» (artículo 1.3), y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1 y 2) y su materialización positiva en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990, sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Estas normas internacionales parten de la idea-fuerza de vincular los derechos humanos a la persona más allá de la condición estricta de la nacionalidad, por un lado, y por otro, plantean su garantía efectiva como una condición de legitimidad de cualquier sociedad civilizada. Plantean una concepción antropológica de ser humano (una imagen del hombre) como especie y parte de una misma comunidad pluralista.

Por otra parte, una política migratoria orientada hacia los derechos humanos no puede desligarse de la idea del desarrollo humano y de las garantías de las capacidades fundamentales de las personas(11) en el sentido definido ya en gran medida por los diferentes *Informes sobre el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas*(12). Estos Informes insisten en garantizar el desarrollo humano a través de una política de reducción de la pobreza y situaciones de desventaja social y fomento de la integración de las personas inmigrantes. Es una política que debería respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos y que presupondría la colaboración activa entre los países de origen y los países de destino o acogida(13). La apuesta por el Desarrollo Humanos sostenible es oficialmente nítida por parte de las Naciones Unidas: vinculando desarrollo con justicia social, erradicación de la pobreza, pleno empleo, trabajo decente, la universalidad de los derechos humanos y el trato igual de todas las personas migrantes(14). Esta orientación puede hacer realidad efectiva el derecho al desarrollo, aunque la garantía del derecho al desarrollo debería implicar de suyo una identificación y remoción de las causas reales que provocan el infra desarrollo y las situaciones de injusticia social para una gran parte de la población mundial.

E incluso en el marco de las iniciativas de la Unión Europea continúa prevaleciendo la racionalidad económica instrumental de regular la inmigración bajo el prisma unidireccional de las exigencias del mercado de trabajo europeo, pasando a un segundo plano

---

(11) Véase NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Ed. Paidós, 2007; SEN, A., *Desarrollo y libertad,* Barcelona, Ed. Planeta, 2000*;* MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades,* Granada, Ed. Comares, 2005; RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

(12) Véase MONEREO PÉREZ, J.L., *Ciudadanía y derechos de las personas mayores,* Granada, Ed. Comares, 2013. Para la consideración del desarrollo como derecho, véase GÓMEZ ISA, F., *El derecho al desarrollo humano en el ámbito jurídico internacional,* Bilbao, Universidad de Deusto, 1999; ÁNGULO SÁNCHEZ, N., *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado. Concepto, contenido, objetivos y sujetos,* Madrid, IEPALA, 2005.

(13) NAÍR, S., *Y vendrán… Las migraciones en tiempos hostiles,* Barcelona, Bronce-Planeta, 2006.

(14) NACIONES UNIDAS, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2011,* ONU, Nueva York, 2011, (Documento electrónico disponible en Internet).

Revista REDMEX 34-2013.indb 18 02/01/14 09:40

la dimensión garantista del Derecho migratorio de la Unión (Véase, por ejemplo, los instrumentos habilitados para el ejercicio del control de los flujos migratorios de extranjeros extracomunitarios; e incluso Directivas como la de 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, presentan este sesgo instrumental al servicio de la necesidades del «buen funcionamiento» del mercado interior europeo; y su confrontación con el control de flujos migratorios de mano de obra menos cualificada o respecto a trabajadores en situación irregular(15); Directiva 2009/52/CE, de18 de junio, sobre sanciones a los empleadores; y en la misma lógica predominante de la «seguridad interior» de la Unión se sitúa el «Pacto europeo sobre inmigración y asilo», Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 de septiembre de 2008(16)). En las iniciativas comunitarias continúan predominando la lógica de las políticas de seguridad y control de las fronteras sobre la racionalidad jurídica de la integración a través de la garantía de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes en condiciones de igualdad con los atribuidos a las personas que ostentan la ciudadanía europea.

Una regulación comunitaria de «seguridad» y tan sólo de débil orientación garantista no permite proteger tampoco a las personas extranjeras extracomunitarias que quedan fuertemente desprotegidas en sus derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Resulta evidente que el déficit de tutela efectiva (más allá de la importancia extraordinaria de su reconocimiento jurídico-normativo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) implica en la práctica jurídica la pervivencia de una «nacionalización» de los derechos humanos, que son objeto de garantía muy diversa en cada Estado miembro. Una «nacionalización» de los derechos en permanente tensión con la exigencia de «comunitarización» o «europeización» de los mismos.

Los derechos de las personas inmigrantes quedan cuestionados muy especialmente cuando se trata de inmigrantes considerados «ilegales» o «irregulares». Los caminos ya transitados por Estados como Italia, Francia, Grecia, etcétera, se sitúan en una peligrosa dirección de «Estado de Seguridad» o «Estado penal» o «Estado policial», en cuyo marco se adopta la dialéctica schmittiana amigo-enemigo y su proyección en el llamado «Derecho

---

(15) Véase Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, traspuesta en nuestro ordenamiento interno por la Ley Orgánica 2/2009, y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea 13440/08/, Bruselas, 2 de septiembre de 2008, ratificado por el Consejo Europeo de 15-16 de octubre de 2010; Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre, 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 (La llamada Directiva de «permiso único»).

(16) En dicho texto el paso de la estrategia de seguridad interior y también la lógica de la racionalidad económica instrumental de los flujos migratorios. Son cinco compromisos fundamentales que han de traducirse en acciones concretas: –organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; –combatirla inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; –fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; –construir una Europa de asilo; –crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo. Véase también COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011),* Bruselas, 30 de mayo de 2012. COM(2012) 250 final, en la que predomina el enfoque de seguridad interior y el impulso a iniciativas de política del Derecho europeo orientadas al control preventivo y reparador (retorno/expulsión) de los inmigrantes.

Revista REDMEX 34-2013.indb 19 02/01/14 09:40

penal del enemigo»[17], que combina el tratamiento de la enemistad absoluta y el cuestionamiento como «persona» titular de derechos. El enemigo es «el otro, el extranjero», potencialmente peligroso, objeto de medidas preventivas y de control y situado fuera de la comunidad y mirado y tratado como enemigo en una deriva correctora de componentes autoritarios de difícil acomodación al Estado constitucional de derecho puesto en discusión por el Estado punitivo. Ciertamente, las políticas actuales se inspiran, en no poco, en las construcciones aportadas por Günther Jakobs, sobre el «Derecho penal del enemigo»[18], a su vez influenciada por la construcción schmittiana sobre la realidad existencia de «lo político» como tensión dialéctica entre amigo-enemigo. Esta doctrina jurídico penal plantea una fuerte tensión –e incluso contradicción– con la lógica política que corresponde al Estado constitucional de Derecho. Esa cuestión del enemigo adquiere una gran y visible actualidad en el momento político-jurídico presente como resultado de las legislaciones de emergencia en materia de terrorismo (pero también respecto a la criminalización de los pobres y de los inmigrantes), planteando un gran debate a nivel internacional. La lógica de la enemistad fricciona con el Estado constitucional de Derecho, siendo más propia de un Estado fuerte de tipo autoritario o de orientación autoritaria, siendo en este sentido expresiva de la lógica extrema de la enemistad formulada y elaborada por Schmitt. Ello conecta con la fuerte tendencia a transitar de la sociedad de la inclusión a otra de exclusión[19]. Bajo la nueva mirada autoritaria el «otro» es considerado como un potenciar enemigo externo o un sujeto desviado.

En estas políticas públicas migratorias impera la racionalidad excluyente y represiva, con el redescubrimiento de la idea de *«peligrosidad» social*, que reciben un tratamiento de población inferior con una negación de derechos básicos y objeto de formas de control represivo. Se establecen, en tal sentido, mecanismos de expulsión por el sólo hecho de la irregularidad administrativa de ser un «inmigrante ilegal», y por la simple pertenencia a un colectivo: la expulsión se inserta en un sistema de control y de punición, por no decir de criminalización. Los extranjeros inmigrantes tienden a ser desposeídos de derechos[20]. Muchos de ellos son los nuevos colectivos de «desposeídos» en las estructuras jerarquizadas de nuestras sociedades. Las mismas palabras que se utilizan (y a menudo casi todos hemos utilizado en alguna ocasión) reflejan esa idea de criminalización: efectivamente se habla –y hablamos– de «inmigrantes ilegales», incidiendo en una idea en sí inadmisible

---

(17) Véase ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el Derecho penal,* Madrid, Ed. Dykinson, 2006.

(18) JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo,* Madrid, Cuadernos Civitas, 2003; íd., «La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio,* Conde Muñoz, F. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. Sobre su pensamiento, véase MONTEALEGRE, L. (dir.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

(19) YOUNG, J., *La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía,* trad. Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, espec., pp. 9 y ss.; WACQUANT, L., *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social,* trad. Margarita Polo, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010, espec., pp. 79 y ss.

(20) Véase DE LUCAS, J., *Globalización e identidades,* Barcelona, Ed. Icaria, 2003, p. 60; íd., «Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes», en *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales,* Portilla Contreras, G. (coord.), Madrid, Ed. Akal, 2005; AÑON, M.J., «Integración: una cuestión de derechos», en *Arbor,* núm. 774 (2010), pp. 625 y ss.; AJA, E., *Inmigración y democracia,* Madrid, Alianza editorial, 2012, pp. 21 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 20 02/01/14 09:40

que consistiría en afirmar la «ilegalidad de las personas», y no a sus actos, lo cual supone una criminalización y deshumanización del ser humano, convirtiéndolo en «un mal antisocial». Se criminaliza a las personas inmigradas de modo irregular, indocumentado o «sin papeles» (infra-grupo social), con la atribución de un estatuto similar a un delincuente, el cual tratado desde la «enemistad absoluta», como enemigo para el orden público. Es un criminalización que surge por una irregularidad administrativa, y que permite la persecución y la expulsión de la persona del inmigrante El carácter extendido de esta terminología da cuenta de su penetración en todas las esferas del discurso social y político-jurídico (v.gr., Comisión Europea, «Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales», de 10 de abril de 2002; Comisión Europea, «Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal», de 2004, que utiliza la expresión «inmigrantes ilegales»; la STC de 7 de noviembre de 2007, que tanto ha contribuido a dignificar el estatuto jurídico de las personas migrantes, hace referencia a «extranjeros ilegales»)[21].

Es de señalar que la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, ratificada actualmente por cuarenta y cuatro Estados, ninguno de los cuales es miembro de la Unión Europea) contiene un estándar de derechos y diversos mecanismos de control (En su Parte III, artículos 8 a 35, contiene un estándar de «Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familias», con independencia de su estatus migratorio, regular o irregular). En la misma dirección se sitúan los dos grandes instrumentos europeos de protección de los derechos fundamentales: La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007, con fuerza jurídica vinculante equiparable a los Tratados fundacionales de la Unión ex artículo 6 del TUE; en adelante CDFUE). Ambos instrumentos normativos garantizan un conjunto de derechos a todas las personas sin distinción y, en otros casos, como personas trabajadoras sin más.

Ahora bien: Aunque es cierto que la CDFUE garantiza un conjunto de derechos a todas las personas o, en su caso, a todos los trabajadores, sin embargo se muestra insuficiente para garantizar los derechos de las personas inmigrantes irregulares. Resulta altamente criticable, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no aluda expresamente a los derechos de las personas inmigrantes ilegales (de ahí que sea constante la referencia a las personas o trabajadores en situación de residentes legales), y que incluso pudiera justificar la exclusión de derechos para estas personas[22]. En la lógica de la seguridad interior la cuestión social migratoria es convertida en un problema de orden público en una Europa que parece quedar limitada a los ciudadanos de la Unión y a las personas residentes legales (sobre la base de una realidad económica), mientras que a los demás se les tiende a negar el estándar de derechos de ciudadanía (Resulta paradigmática

(21) Véase CHUECA SANCHO, A.G., «Derechos, migración y derechos humanos: El marco general», en DIAZ BARRADO, C.M.; RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. (dir.) y DÍAZ SILVEIRA, C. (coord.), *Migraciones internacionales y co-desarrollo,* Madrid, Universidad Rey Juan Carlos/Centro de Estudios de Iberoamérica, 2011; íd. (coord.): *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea,* Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 25 y ss.

(22) Puede consultarse VV.AA., *La Era de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2012.

Revista REDMEX 34-2013.indb 21 02/01/14 09:40

la privación de derechos en sanidad, o el desempleo de personas y trabajadores en situación irregular en España). El proceso migratorio es objeto de un control policial de las fronteras exteriores y sus instrumentos coercitivos. Esa política de orden público se construye doblemente, en una doble dimensión: a escala de la Unión Europea y en los respectivos espacios nacionales que aducen al respecto la soberanía estatal. Los inmigrantes ilegales son tratados como enemigos (del mismo modo que también tiende a criminalizarse la pobreza y a las personas en situación de miseria y exclusión social). A ellos se aplica la lógica de la excepción permanente y selectiva. Con ello se pone en cuestión la virtualidad de la universalidad de los derechos humanos de la persona e incluso de los derechos laborales de la persona extranjera en situación de irregularidad. Por lo demás, incluso las personas inmigrantes extracomunitarios en situación regular se les dota de un estatuto mínimo que supone una minoración del estándar de derechos de los ciudadanos nacionales de los países miembros de la Unión. Los ciudadanos «legales» son los verdaderos ciudadanos libres, mientras que los individuos «ilegales» son objeto de políticas de control y de atribución de derechos limitados. Este enfoque cuestiona las bases de la democracia liberal y del Estado de Derecho.

A pesar del avance civilizatorio innegable que ha supuesto la CDFUE, esta no ha podido favorecer la garantía de los derechos de los trabajadores migrantes; no ha podido blindarles con una protección suficiente y adecuada frente a las propias políticas comunitarias sobre inmigración y de los países de la Unión que vienen presentando un marcado carácter defensivo y represivo (Son muchos los exponentes de ello. Así, por ejemplo, la Decisión 2004/573/CE, de 29 de abril, 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 expulsión; Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular –es la llamada Directiva «de la vergüenza», que, entre otras medidas restrictivas, permite el internamiento de los extranjeros a expulsar durante 18 meses como máximo, con la consiguiente privación de libertad simplemente por razones administrativas; la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables los empleados de nacionales de terceros países en situación irregular; a la que ha impuesto límites la STJUE de 28 de abril de 2011, asunto «El DRIDI»)[23].

En una reflexión de más largo alcance, cabe decir que la ciudadanía nacional ha tenido históricamente un elevado papel integrador de los miembros de una misma unidad política, pero también se ha revelado como una noción con una fuerte dimensión excluyente. Su sentido histórico y actual, pues, ha sido ambivalente[24]. Ya resulta significativo que incluso

---

(23) Véase también COMISIÓN EUROPEA, «Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales». COM(2002) 175 final, 10.4.2002; COMISIÓN EUROPEA, «Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal». COM(2011) 248 final, 4.5.2011.

(24) Se ha aportado una definición estipulativa de ciudadanía para centrar la atención en una faceta precisa de la realidad político-jurídica: la relación entre la *pertenencia* de una persona a una comunidad política y los *derechos* y obligaciones de los que ella disfruta en esa comunidad. Importan señalar que en esta perspectiva, se evita una posible y extendido equívoco, pues al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. El Estado no es un fenómeno eterno. Es tan sólo la forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanía, burocracia, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se pueden encontrar

Revista REDMEX 34-2013.indb 22 02/01/14 09:40

cuando se opera con el Sistema de los Tratados constitutivos[25] y en la propia CDFUE con el concepto de «ciudadanía de la Unión», esta suponga en sí misma una exclusión de los extranjeros extracomunitarios.

Se trata de un proceso de construcción del «extranjero» desde una lógica excluyente y de orden público, lo que se inserta también en el proceso de «normalización de la emergencia» que preside la gubernamentalización de la sociedad contemporánea[26]. Pues, en efecto, se está produciendo una mundialización y generalización de la *política del Derecho de la «tolerancia cero»* (vinculadas formalmente a la finalidad de mantenimiento del orden por parte de los poderes públicos). La doctrina de la «tolerancia cero» (que paradigmáticamente fue puesta en práctica en los programas de control y punición llevados a cabo en la ciudad de Nueva York), ha sido un instrumento de legitimación de la gestión represiva y judicial de los pobres, personas marginales y de los extranjeros inmigrantes, excluidos o con precaria y débil inclusión en la comunidad política (se trate de cada país en particular o de ámbitos geopolíticos supranacionales, como de la Unión Europea)[27].

En las políticas de *«tolerancia cero»* se refleja un deslizamiento entre lo social hacia lo penal o punitivo, y de manera simétrica de la tolerancia hacia la intolerancia. Se observa que la doctrina aplicada en ciudades como Nueva York es aducida e importada por otras ciudades y países diversos como el pretendido remedio universal, y de aplicación simple y generalizada, para «todos los males de la sociedad», tales como la inmigración ilegal, la criminalidad, el «parasitismo social», etcétera. De ahí que la noción política de «tolerancia cero» se difundiera conforme a la secuencia de un proceso de «metástasis» para hacer referencia de modo alternativo, y sin distinción, a la aplicación estricta de la disciplina y control en las más variadas situaciones de «peligrosidad» y de afectación potencial o actual el orden público[28]. Ello se combina frecuentemente con la mutación del *welfare* en un *workfare* de carácter autoritario donde se limitan los programas sociales para las clases y colectivos de personas más desfavorecidas y se desvirtúa la idea de empleabilidad como capacitación para un trabajo digno desplazada por la noción de empleabilidad como imposición de cualquier tipo de trabajo precario a los sujetos en situación de des-

---

en las formas políticas de las sociedades pre-modernas. *Cfr.* COSTA, P., «Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política», en COSTA, P. y ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad y ciudadanía,* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 20-21.

(25) Resulta harto significativo lo establecido en el art. 20.1 del TFUE, a cuyo tenor «Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, sin sustituirla».

(26) La noción de «gubernamentalización»o «gubernamentalidad» remite la construcción lúcida de FOUCAULT, M., «La gubernamentalidad» (1978), en *Espacios de poder,* trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1981, pp. 9 a 26. La «gubernamentalidad» remite a un «Estado de gobierno que se centra especialmente sobre la población y que se refiere y utiliza como instrumento el saber económico, [y que] corresponde a una sociedad controlada por los dispositivos de seguridad» (p. 26). Puede consultarse también DE GIORGI, A., *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud,* trad. J.A. Brandariz García y H. Bouvier, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2005, pp. 111 y ss.

(27) Véase WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria,* trad. Horacio Pons,Madrid, Alianza Editorial, 2000, espec., pp. 26 y ss.

(28) WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria,* trad. Horacio Pons,Madrid, Alianza Editorial, 2000, pp. 29 y ss., y entre nosotros PORTILLA CONTRERAS, G., *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista,* Valencia, Tiranto lo Blanch, 2007.

Revista REDMEX 34-2013.indb 23 02/01/14 09:40

empleo (con fuerte tendencia hacia la «criminalización» de la marginalidad sin atender a los factores causales y determinantes de la misma) y donde los derechos sociales tienen a ser desplazados/sustituidos por la imposición contractualista de obligaciones de trabajar de las personas afectadas (aunque lo que se imponga sea un trabajo precario que no es capaz de liberar del todo de la miseria; de ahí la referencia, por ejemplo, al «compromiso de actividad» en el marco de la contractualización de la protección jurídico-social por desempleo). El resultado es, pues, la contractualización de los derechos sociales, con el efecto de su mayor condicionamiento y comportamiento activos del sujeto titular(29), al cual suele responsabilizarse de individualmente de lo que eminentemente tiene una causa objetiva vinculada al funcionamiento de los mercados de trabajo (*v. gr.,* situación jurídica de los desempleados) y de la estratificación social.

En esa lógica de política del Derecho, se tendería a reemplazar paulatinamente el Estado Social por un Estado «postsocial» y punitivo, que es la otra cara de la forma «Estado-Mercado»(30). Una de sus premisas implícitas es que la cuestión social específica de las sociedades del capitalismo tardío no sería tanto la relativa a la «igualdad socioeconómica» y la integración, sino ante todo de reorientación activadora y disciplinaria de las aptitudes individuales de las personas «responsables de su situación» (v.gr., la política social ser orienta principalmente hacia la imposición de la obligación jurídica de trabajar en la lógica de la responsabilidad individual). De ahí se sigue, en coherencia, la conformación de un «Estado fuerte» y de un reforzamiento de normas de orden público que estarían llamadas a «normalizar» situaciones materialmente de excepción en relación a determinados colectivos de personas y situaciones de «peligrosidad» social o política. En la regresión del Estado social de Derecho hacia el «Estado postsocial» y tendencialmente «Estado penal», más que las políticas integradoras y de garantía efectiva de derechos se utilizan sistemáticamente las medidas de control social preventivo y llegado el caso, la privación de la libertad para esos colectivos de población considerada potencialmente «peligrosa» (extranjeros inmigrantes, trabajadores precarios, personas en situación de miseria, personas drogadictas, etcétera). Unas medidas de detención y privación de libertad que adoptan formas típicamente excepcionales, con la consiguiente privación de garantías propias del Estado de Derecho.

El giro radical de política del Derecho es significativo tanto en la legislación de inmigración, como en la legislación sociolaboral y en la estrictamente penal. Resulta emblemática la reorientación de las medidas en el campo penal, pues los estudios empíricos clásicos realizados por George Rusche y Otto Kirchheimer en la década de los cuarenta, ponían de manifiesto la incidencia de las causas sociales (deterioro de las familias, de las clases subalternas, del mercado de trabajo, entre otras) y las medidas punitivas y de encarcelamiento(31). Los autores subrayaron que por entonces la crisis económica hizo proclive el

---

(29) MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, CES, 1996; íd., La nuevas políticas de protección contra el desempleo y su reflejo en el sistema jurídico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

(30) Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo,* núm. 83 (2008), pp. 11 y ss.

(31) RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y estructura social*(1939)*,* trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004. Sobre el pensamiento de Otto Kirchheimer puede consultarse MONEREO

Revista REDMEX 34-2013.indb 24 02/01/14 09:40

aumento de la represión penal, aunque atemperada por las exigencias de racionalización de una sociedad industrial moderna. A la altura de 1939, Rusche y Kirchheimer había hecho notar que la estrecha vinculación entre a política penal y la política social progresiva. «Si es verdad que las necesidades de racionalización del sistema social imperante ponen límites a las posibilidades de desarrollo de una política penal orientada exclusivamente hacia la represión, no es menos cierto que restringen aún en mayor medida la posibilidades de aplicación de un programa tradicional de reformas. El sistema penal en una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos. Por tanto, la cifra criminal puede ser contenida solo en el supuesto de que la sociedad proporcione a sus miembros cierta seguridad y un nivel adecuado de vida. Únicamente bajo estas circunstancias el pasaje de una política penal represiva a un programa progresista de reformas, puede trascender al mero humanitarismo formal para convertirse en una actividad social verdaderamente constructiva. Sin embargo, mientras la conciencia social no se encuentre en posición de comprender –y de actuar en consecuencia– el vínculo inevitable que existe entre el progreso social general y una política penal progresista, todo proyecto de reforma penal podrá alcanzar a lo sumo un éxito efímero, y su fracaso será atribuido a la perversidad de la naturaleza humana antes que al sistema social. La consecuencia inevitable de todo esto es un retorno a las teorías pesimistas, según las cuales la naturaleza intrínsecamente malvada del hombre puede ser domesticada sólo reduciendo las condiciones de vida en la cárcel a un nivel inferior al de las clases más bajas de la población libre. La ineficacia de las penas severas y los tratamientos crueles puede haber sido demostrada miles de veces, pero hasta el momento en que la sociedad sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la más simple de las respuestas, seguirá constituyendo la alternativa preferida. Ella proporciona la ilusión de la seguridad ocultando los síntomas del malestar social con un conjunto de juicios morales y legales. Existe una paradoja entre el progreso del conocimiento humano, que ha permitido comprender y teóricamente resolver el problema del tratamiento penal como nunca antes, y la realidad de que la cuestión fundamental de una transformación profunda de la política penal parece encontrarse hoy cada vez más distante a causa de su pendencia funcional del orden social existente»[(32)].

Todo esto determina que la cuestión social de la inmigración (y más generalmente, de las «migraciones») de nuestro tiempo sea una cuestión problemática y abierta, no clausurada, en el plano de la política del Derecho. La fragmentación social persiste bajo viejas y nuevas formas.

Frente a estas direcciones de política del Derecho deberían construirse políticas del Derecho de carácter integrador y pluralista que supongan una universalización efectiva de los derechos y la reinvención de la ciudadanía. Para ello hay que remover los obstáculos políticos que impiden e imposibiliten realizarla y será necesario edificar un estatuto jurídico completo de los derechos, de manera que estos giren esencialmente sobre la persona

---

PÉREZ, J.L., «Estado y democracia en Otto Kirchheimer», Estudio Preliminar a KIRCHHEIMER,O., *Justicia política*, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pp. XVII a CLXXXV.

(32) RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O., *Pena y Estructura social* (1939), trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004, p. 258.

Revista REDMEX 34-2013.indb 25 02/01/14 09:40

y no principalmente sobre la condición específica de nacionalidad. En este sentido hay que tener en cuenta el carácter incompleto de la ciudadanía, que es un aspecto inherente a la institución motivado significativamente por la posibilidad de transformación con el paso del tiempo y con los cambios de espacio. Precisamente la experiencia de un mundo globalizado ha puesto de relieve la complejidad y variabilidad de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas, pues si se teoriza sobre la ciudadanía como una institución necesariamente nacional, entonces no se puede dar cuenta de los nuevos fenómenos vinculados a las fuerzas globales con el lenguaje tradicional de la ciudadanía y de los derechos. Pero la idea no es sustituir la ciudadanía nacional por una ciudadanía «postnacional», sino combinar la ciudadanía nacional con otras formas de ciudanía supranacional que permitan la dotación efectiva de derechos para todos. Hay que tener en cuenta que la ciudadanía «postnacional» (también en su versión cosmopolita) carece de un marco institucional adecuado que pueda garantizar (y no sólo proclamar) los valores sustanciales de la ciudadanía. Se puede avanzar en la noción de ciudadanía cosmopolita sobre la base del respeto a las identidades nacionales y la vinculación de la ciudadanía a los derechos humanos y a la potenciación de las capacidades de las personas[33].

Es harto significativo que la inmigración permite vislumbrar las limitaciones y contradicciones de la ciudadanía vinculada a la pertenencia al Estado nacional, porque hace visible las contradicciones constitutivas de la misma noción y del carácter incompleto de la democracia liberal. La inmigración es uno de los fenómenos constitutivos de la globalización[34]. La inmigración constituye el núcleo del «extranjerismo», la segunda institución en importancia en relación a la pertenencia al Estado nacional moderno. Frente al «ciudadano», la persona inmigrante o, con carácter más general, el «extranjero» son entendidos en el orden jurídico y político como «sujetos parciales» o «personas incompletas» (sic). Se produce una suerte de tensión entre un «sujeto formal» de reducidas dimensiones (el extranjero) y una realidad de gran amplitud, en cuyo marco se revela la capacidad heurística de la inmigración para arrojar luz respecto de las tensiones existentes en el núcleo del Estado nacional históricamente construido y consolidado. Si bien estas tensiones no son radicalmente nuevas, cabe decir que las condiciones actuales están haciendo surgir sus propias posibilidades[35]. En la inmigración se entrecruzan las dinámicas de la nacionalización de la ciudadanía y las débiles orientaciones hacia la construcción de una ciudadanía «postnacional».

En este sentido existen ya *formas incompletas* de ciudadanía «postnacional» como es el caso de la «ciudanía europea» que implica –como luego se indicará– nuevos tipos de formalización de los derechos y el estatus de ciudadano de la Unión. Esto supone, visiblemente, una *coexistencia diferenciada de dinámicas «postnacionales» y nacionales*

---

(33) Véase SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales,* trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Katz editores, 2010, pp. 349 y ss.; íd., Una sociología de la globalización, Buenos Aires/Madrid, Katz Eds., 2007.

(34) Véase SASSEN, S., *Los espectros de la globalización,* Buenos Aires, FCE, 2003; íd., ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Barcelona, Bellaterra, 2001; íd., Sociología de la globalización, Buenos Aires, Katz Eds., 2007.

(35) Véase SASSEN, S., *Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales,* trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Ed. Katz, 2010, pp. 368-369.

Revista REDMEX 34-2013.indb 26 02/01/14 09:40

en la construcción de nuevos componentes que enriquecen la noción jurídico-política de ciudadanía y el estatuto de los derechos de las personas articulado no exclusivamente con base a la ciudadanía nacional como dotación (aunque tradicionalmente y hoy también el Estado nacional es la instancia que articular principalmente al sujeto ciudadano). En la Unión Europea surgen nuevas formas de ciudadanía fuera de los estrictos confines del Estado-nación, y su institucionalización es una manifestación de una redefinición del proyecto político del Estado moderno, pues éste estaba originariamente pensado para organizar su territorio en términos de un solo orden normativo y una comunidad política relativamente homogénea organizada en torno a la idea de pertenencia y estatutos de derechos exclusivos para los miembros de dicha comunidad (ciudadanía nacional como pertenencia y dotación/atribución de derechos). En el interior de la Unión Europea (como, en parte, en el mundo actual), existe una interferencia y tensión constante entre el espacio nacional y el espacio transnacional. Por ello mismo, se reconfiguran las nociones tradicionales de soberanía estatal, ciudadanía nacional, ordenamiento jurídico nacional, etcétera, dada la interpenetración y co-implicación entre «lo interno» y «lo externo» en los nuevos espacios políticos. Esto está suponiendo ya una transformación *interna* del Estado nacional y una limitación de ámbitos específicos de soberanía, pero no su desaparición (y menos aún respecto a la soberanía *reforzada* detentada por las grandes potencias mundiales y europeas, en particular, señaladamente Alemania, Francia y Reino Unido)[36].

Pero incluso en el espacio geopolítico europeo se puede distinguir entre un ciudadano formal (de pleno derecho) o equiparado (personas extranjeras residentes que suelen ostentar un estatuto análogo a los ciudadanos nacionales, aunque con condiciones y limitaciones, señaladamente en lo que se refiere a los derechos de participación política) como sujeto de derecho y un residente informal o «irregular» que es sujeto limitado de derecho, y que no está autorizado pero sí reconocido, como es el caso de los llamado «inmigrantes sin papeles» que residen durante un amplio periodo en una sociedad y participan en ella en muchos aspectos (especialmente en lo relativo a su inserción el mercado de trabajo), de modo análogo a como lo hacen los ciudadanos o personas investidas de un estatuto reforzado. Su estatus jurídico en la sociedad de acogida es precario por definición. Por lo demás, en los últimos años se viene asistiendo a la aplicación de políticas europeas de inmigración más restrictivas y de carácter defensivo especialmente respecto de los inmigrantes irregulares (los «sin papeles»)[37]. Es más, la política de seguridad y control de

---

(36) Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, cap. 5, «Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad», pp. 297 y ss.

(37) Nuestro país –que revisó ciertamente la legislación vigente para garantizar derechos de las personas migrantes– sin embargo, viene estableciendo medidas restrictivas de las personas en situación administrativa irregular respecto de la protección por desempleo de los trabajadores (art. 36.5 LOEXIS: «… En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo») y respecto a la asistencia sanitaria en virtud del RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Se añade al efecto un art. 3 ter («Asistencia sanitaria en situaciones especiales») a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a cuyo tenor: «Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria

Revista REDMEX 34-2013.indb 27 02/01/14 09:40

los flujos migratorios, desconectada de la política de apoyo al desarrollo de los países de origen, no han contribuido a resolver la tragedia permanente de la inmigración irregular descontrolada y sometida al dominio de poderes ocultos implicados en el trato de los seres humanos más frágiles y desesperados (*v. gr.,* la tragedia de Lampedusa; la expulsión por parte de Francia de una familia de origen kosovar; el maltrato institucional recibido por los inmigrantes en Hungría o en Italia; la permisibilidad política del racismo y la xenofobia defendidos por partidos europeos de ultraderecha e incluso por los neoconservadores).

Las medidas adoptadas son principalmente las relativas al reforzamiento de los controles en las fronteras. Por lo demás, no deja de ser paradójico (haciendo visible la racionalidad económica instrumental subyacente) que en el actual mundo globalizado se asista una libertad de circulación de capitales, bienes y tecnología, acompañada de unas políticas restrictivas que niegan la libre circulación de las personas y en particular las trabajadoras. Esta política migratoria debería ser completamente replanteada y revisada en un sentido más coherente con la lógica del constitucionalismo democrático-social y, en relación a ello, con la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas. Una política migratoria que tiene que articularse con el impulso al desarrollo social y ambientalmente sostenible de los países de origen, que no están en condiciones de garantizar un trabajo, una vida y una distribución más justa de las oportunidades a sus ciudadanos condenados a la miseria y a la injusticia social. Esta política migratoria común debe formar parte del modelo *social* europeo, o más precisamente del constitucionalismo democrático-social europeo. Más allá de una política defensiva de seguridad y control de los flujos migratorios, no se ha construido todavía una política común en sentido propio y totalizador. Las políticas nacionales –con ciertas limitaciones– continúan siendo distintas en el tratamiento de la inmigración. La política de armonización es mínima en el ámbito del estatuto de los derechos de las personas inmigrantes, a pesar de importantes avances[38]. No debe causar extrañeza que la política europea de inmigración se encuentre actualmente en una encrucijada: con avances constantes en lo concerniente al control de los flujos migratorios y el asilo, ámbitos en los que estamos ante una convergencia europea reforzada (con directivas y otros instrumentos de regulación jurídica), mientras que las reglas comunes en materia de políticas de integración y derechos de las personas inmigrantes son todavía escasas (aunque poco a poco se va avanzando). La política europea no sólo debe entrar en el campo de la regulación y gestión de los derechos y el estatuto de sus nacionales comunitarios sino también –y de manera cada vez más decidida e intensamente– en el de los extranjeros extracomunitarios en el espacio de la Unión.

Sería necesario transitar desde los derechos de ciudadanía «nacionalizados» a los derechos de la persona como tal y como trabajadora en particular, con independencia de su situación administrativa, internacionalizados y comunitarizados. La ciudadanía nacional –que prestó útiles servicios a la garantía de los derechos del ciudadano–, puede constituir un factor de discriminación y de exclusión social, si se utiliza como instrumento

---

e las mismas condiciones que los españoles». Puede consultar, VV.AA., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011),* Monereo Pérez, J.L.; Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.Á. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2012.

(38) Hecho que constataba la propia COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica,* Bruselas, 11 de enero de 2005. COM.2004, 811 final.

Revista REDMEX 34-2013.indb 28 02/01/14 09:40

para privar de derechos a las personas nacionales de terceros países de origen[39]. El reconocimiento del estatuto de ciudadanía a una persona extranjera constituye una atribución reservada al ámbito de soberanía ostentada por los Estados. Y para ese Estado las personas que no ostentan dicho estatuto de ciudadanía tienen la condición jurídico-política negativa de «extranjeros», a las cuales se les puede privar de la dotación de una amplia gama de derechos en el espacio territorial nacional, pues se consideran que no pertenecen a la comunidad política de referencia. La ciudadanía nacional marca la frontera interna entre la inclusión y la exclusión dentro del ámbito territorial específico del Estado nacional. La construcción política de la exclusión del extranjero ha encontrado su fundamento en la soberanía nacional y en conexión a ella en el concepto de *ciudadanía nacional*. La demarcación entre nacional y extranjero ha permitido históricamente una *diversificación jerárquica instrumental de las posiciones jurídicas* atribuidas a las personas dentro de las fronteras estatales (ciudadanos con plenos derechos, ciudadanos con derechos limitados e individuos excluidos formalmente de derechos)[40].

Es preciso garantizar la universalidad y la igualdad de los derechos humanos más allá de la ciudadanía nacional. Entiéndase conceptual o terminológicamente como «ciudadanía post-nacional» o como «ciudadanía cosmopolita»[41]. Pero no se trata tan sólo de una nueva redefinición de la ciudadanía, sino que también hay que reclamar la «ciudadanía de los poderes», de empoderamiento de los ciudadanos activos para luchar legítimamente por la garantía efectiva de los derechos. La efectividad de esa lucha por los derechos exige de una ciudadanía activa y de poderes de identidad colectiva al servicio de los ciudadanos en la confrontación democrática entre poderes[42]. Es la solución adecuada para evitar que las personas inmigrantes queden excluidas del acceso del estándar de derechos fundamentales (y no sólo de los de ciudadanía social, sino también de la ciudadanía civil y política). En

---

(39) FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil,* Madrid, Ed. Trotta, 2009, pp. 97 y ss.; VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemática de la Carta de los derecho fundamentales de la Unión Europea,* MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2012.

(40) Puede consultarse, CASTLES, S., «Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global», en *Anales dela* Cátedra Francisco Suárez, núm. 37 (2003), pp. 9 y ss.; BENHABIB, S., *Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos,* Barcelona, Ed. Gedisa, 2005, pp. 107 y ss.; SUÁREZ, L. y otros: *Las luchas de los «Sin Papeles» y la extensión de la ciudadanía,* Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2007; BALIBAR, E., *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?,* Madrid, Ed. Tecnos, 2003.

(41) Si se toma en cuenta la dialéctica de «lo político» se evita incurrir en la ilusión de un mundo excluyente del conflicto, la propuesta de un «constitucionalismo global» que garantice a todos los derechos fundamentales y provea a las personas de instrumentos de participación activa de las decisiones políticas, podría defenderse coherentemente –pero también pragmáticamente– el constitucionalismo global postulado por FERRAJOLI, L., «Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global», en *Isonomía,* núm. 9 (1998), pp. 173 y ss. Puede consultarse al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

(42) Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, espec., pp. 166 y ss. («Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía»). Ciertamente, la ciudadanía, como la misma democracia moderna, es el resultado de las luchas en busca de una mayor igualdad, de una mayor participación y control de los ciudadanos sobre los procesos políticos y el sistema económico; y asimismo de una ampliación paulatina del espacio para la autonomía de los individuos en el seno de la comunidad política (p. 173). Íd., Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans *Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., pp. 388 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 29 02/01/14 09:40

esta lógica excluyente de la ciudadanía nacional versus condición de extranjero se refleja cómo no se puede operar con una lógica mecanicista en un pretendido avance incontenible en la adquisición de todos los ámbitos de la ciudadanía plena(43), pues la atribución de derechos de los extranjeros se ha realizado a distinto título (ciudadanía, residencia, trabajo profesional…) y con distinta intensidad (denegación de un cierto tipo de derechos, especialmente los relativos a los derechos políticos, lo que determina no sólo de facto sino también de iure la atribución de un estatus de *ciudadanía de segunda clase o subalterna*), determinando una jerarquización de derechos de las persona dentro de un Estado-nación. De este modo se puede atribuir un cierto ámbito de la ciudadanía y excluir otros, mutilando y disociación la plenitud del estatus de todos los derechos fundamentales que integran el estándar mundialmente reconocido. El estatus de la persona es fragmentado y sometido a una lógica selectiva e instrumental que jerarquiza y las convierte en individuos con un estatus subordinado, y sometido a una graduación político-legislativa según criterios de conveniencia y oportunidad por parte de cada Estado soberano. La exclusión más radical del estatutos de derechos de la persona es la que se localiza en las personas migrantes en situación de irregularidad administrativa (siendo objeto de privación de derechos básicos, de deportación/expulsión y de explotación en el marco del tráfico ilegal y del empleo «informal» en el mercado de trabajo). Hay que tener en cuenta que un sistema democrático que se tenga por tal no podrá ser plenamente legítimo con la exclusión selectiva de un amplio conjunto de derechos a los nacionales de terceros países que residan habitualmente en el territorio de un determinado Estado nacional.

No es baladí hacer notar el actual momento político, donde se está imponiendo la forma política de un «Estado fuerte» configurado como un «Estado-Mercado» al servicio de la competitividad y de la satisfacción de los intereses de las grandes fuerzas de poder económico que dominan los mercados(44). La democracia se convierte en una democracia de baja intensidad y subordinada a los poderes económicos dominantes: una democracia truncada y desvirtuada(45). El riesgo para la democracia es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado policial y de control social permanente y selectivo, con una multiplicidad de expresiones: la atribución selectiva de derechos a las personas, el estado de «tolerancia cero» (que permite el control total de las personas consideradas «peligrosas» y su posible encarcelamiento, expulsión, etcétera, entre las cuales se encuentra los inmigrantes y señaladamente los inmigrantes «ilegales» o «irregulares» frente a los cuales toda vale; toda represión está permitida), la invasión de las comunicaciones (con la vulneración sistemática de los derechos a la intimidad, las libertades de información y expresión y el secreto de las comunicaciones), el encarcelamiento sin garantías (no sólo

(43) Era propia de la idea de progreso que ha informado al socialismo democrático y a la tradición del liberalismo social. Paradigmáticamente, MARSHALL, T.H., *Ciudadanía y clase social,* en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social,* Madrid, Alianza editorial, 1998, y la reflexión crítica de MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; íd., La crisis de la socialdemocracia. *Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012.

(44) Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones d Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, pp. 359 y ss., y 388 y ss.

(45) Véase el excelente estudio realizado por PISARELLO, G., *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático,* Madrid, Ed. Trotta, 2011, pp. 121 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 30 02/01/14 09:40

para los sospechosos de terrorismo, sino también para inmigrantes «irregulares»), y un largo etcétera.

Frente a esta tendencia cabe reclamar la experiencia de cómo ya no sólo formalmente en los grandes textos internacionales y nacionales la atribución de algunos derechos ya no dependen de la pertenencia a un determinado Estado nacional. Pero también es cierto que el universalismo de los derechos es más una aspiración que una realidad viva, porque continúa en gran medida estando subordinados al decisionismo político de los Estado-nación y a otras formas de unidad política definida (*v. gr.,* la Unión Europea). La tensión entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia a la comunidad política nacional se ha venido resolviendo en la práctica a favor de las condiciones impuestas en el Estado nacional, tan sólo con ciertos límites impuestos por la comunidad internacional. Y de lo que se trataría es de resituar la lógica del sistema democrático colocando a la persona en el centro confiriéndole todos los derechos que le permitan el despliegue de su personalidad, y cuyo reconocimiento no dependa de la pertenencia del individuo a un determinado Estado nacional. Esto debería formar parte de la esfera de «lo indecidible» por el poder político[46], porque –en una perspectiva antropológica y jurídica– los derechos tienen que ser derechos de la persona, del ser humano en cuanto tal. En tal sentido, habría que postular una ciudadanía post-nacional, ampliando los confines tradicionales de un concepto de ciudadanía «nacionalizada» sin que sea una condición necesaria hacer desaparecer la ciudadanía vinculada a la pertenencia del Estado nacional, sino completándola e integrándola, pues no parece factible la creación de una suerte de «Estado mundial» que traiga aparejada la desaparición completa de la soberanía estatal y de la nacionalidad vinculada a la forma Estado-nación. En el momento histórico actual habrá que convenir en la existencia de una pluralidad de Estados nacional y en la necesidad de perfeccionar de modo realista un orden internacional que garantice a todas las personas un estándar mínimo de derechos, esto es, un conjunto de derechos de titularidad universal y cuyo ejercicio pueda realizarse frente a todos. Y en verdad queda mucho camino que andar como muestra la realidad de la desigualdad de atribución de derechos otorgada a las personas migrantes en el interior del espacio estatal y europeo.

Las políticas de la Unión Europea están dirigidas a controlar las fronteras restringiendo el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de europeo. Pero una vez que las personas extracomunitarias entran en el espacio europeo se genera una dinámica hacia una más intensa integración, aunque ciertamente hay actualmente una peligrosa tendencia a desmantelar o limitar los derechos de los extranjeros residentes. Tan sólo hay algunos eslabones de la construcción de esa ciudadanía «post-nacional» (sobreañadida a la nacional) en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a la persona a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos y en el marco del Derecho de la Unión Europea el título de atribución de derechos basado en la *residencia y en la realización de una actividad profesional* en el espacio económico europeo. Paradigmática resultan algunas Directivas sociales comunitarias, como señaladamente:

a) Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta directiva,

(46) Para esto último, véase FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría de la democracia,* vol. 2, trad. P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

Revista REDMEX 34-2013.indb 31 02/01/14 09:40

especialmente, se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria– sino a la *residencia* de larga duración. La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

b) En esa dirección de política del Derecho se inserta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece 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. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto [Se entiende por «permiso único, «el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar»; artículo 2.c) de la Directiva], y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro» (artículo 1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (artículo 1.2). Es de hacer notar que la obtención del «permiso único» determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, «derechos asociados al permiso único».*

II. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La política migratoria de la Unión Europea ha sido controvertida y objeto de polémica en todo el laborioso proceso diacrónico de construcción del Proyecto Europeo. Ha sido reflejo de la tensión permanente entre la soberanía de los Estados y la política europea y su expresión jurídico-formal en la cuestión relativa a las «competencias» respectivas (exclusivas, primero, y después compartidas, con apertura débil hacia una «política común»), en los términos que se analizarán más adelante.

En la coyuntura actual («momento constitucional»), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01. Dotada de rango normativo equiparable al de los Tratados de la Unión Europea; *cfr.* artículo 6.1 del TUE; CDFUE) garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados para trabajar. Conforme al art.15.3 «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 disfrutan los ciudadanos de la Unión». Pero no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que «Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro» (artículo 45.2). Ello no obstante, aparte de la Jurisprudencia flexibilizadora –relativa y limitada– al respecto del Tribunal de Justicia de la

Revista REDMEX 34-2013.indb 32 02/01/14 09:40

Unión Europea, en el Sistema de los Tratados el artículo 77 (antiguo artículo 62 TCE) del TFUE se establece, en su apartado 1, que «La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo: a*) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores*».

Es de señalar, por otra parte, que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predican respecto de las personas que «estén autorizadas a trabajar», quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores irregulares o ilegales. Ello supone *de facto* una limitación del derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio artículo 15.1 para «toda persona». No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la «persona» (todos los derechos del Título. «Dignidad»; el propio derecho a trabajar ex artículo 15.1, la protección de la salud ex artículo 35, etc.) o al «trabajador» sin más (artículo 30, protección en caso de despido injustificado, 31, Condiciones de trabajo justas y equitativas, etc.), lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. (Sin embargo, otros preceptos insisten en la distinción y limitan el alcance subjetivo del derecho. Así, «Toda persona que *resida y se desplace legalmente* dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (artículo 34.2).

Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la Directiva 2004/38. El artículo 24.2, establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas.

La Carta de la UE es consciente de que de no existir ese principio de equiparación, aparte de contradecir la justicia social en sí, se cuestionaría el modelo social europeo. Existe, al respecto, una peligrosa tentación de utilizar el «*dumpig social*» con la atribución a los extranjeros extracomunitarios de peores condiciones de trabajo que las nacionales de países miembros de la Unión, a modo de una «competitividad a la baja» de salarios y otras condiciones de trabajo y políticas de protección social. En tal sentido, hay que tener en cuenta que la mayor parte de las ocasiones, las políticas de inmigración suelen estar motivadas, impulsadas, por la demanda, y no sólo por la oferta. Esto significa que nos encontramos con un fenómeno migratorio que en buena medida es funcional a las exigencias del mercado interior europeo, y que, por tanto, desde esa perspectiva de la demanda los flujos migratorios de entrada tienen un carácter esencialmente complementario respecto a las ofertas nacionales de mano de obra, pues ocupan ámbitos de actividad respecto de los cuales el personal nativo es insuficiente (señaladamente, el llamado «mercado secundario» de trabajo).

Revista REDMEX 34-2013.indb 33 02/01/14 09:40

Con todo, los trabajadores extranjeros (es decir, en rigor, los que no ostentan la nacionalidad de ninguno de los países miembros de la Unión Europea) gozan de un estatuto protector vinculado al empleo. Así, por ejemplo, la STJCE de 10 de julio de 2008 (TJCE 2008, 157), califica directamente discriminatoria la conducta empresarial de proclamar su intención de no contratar a trabajadores de determinado origen étnico o racial. El apartado 2 del artículo 15 CDFUE incorpora las tres libertades garantizadas por los artículos 26, 45, 49 y 56 del TFUE, es decir: la libre circulación de los trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El apartado 3 del artículo 15 CDFUE garantiza el principio de igualdad de trato por equivalencia entre ciudadanos europeos y extranjeros (extracomunitarios). Se basa en el artículo 153.1.g) del TFUE [«Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos… g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión»], así como en el artículo 19, punto 4, de la Carta Social Europea, firmada el 18 de octubre de 1961 (versión revisada de 1996), a cuyo tenor: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familiares a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: (…). 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentre legalmente dentro de su territorio un *trato no menos favorable que a sus propios nacionales* en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; alojamiento». Es por lo tanto, aplicable el artículo 52.2 de la Carta («Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos»). En términos generales, el artículo 20. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, de la Carta Social Europea (Revisada, Estrasburgo 3 de mayo de 1996), establece que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a adoptar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación en los siguientes ámbitos: a acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; b orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; c condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; d desarrollo profesional, incluida la promoción».

La Carta elude problemáticamente la referencia al principio de igualdad de trabajo en sentido estricto y opta por hacer referencia a las «condiciones equivalentes». Por otra parte, conforme al artículo 153.1.g) del TFUE: «Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (…) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión». De este modo, dada esa atribución de competencias europeas, el derecho del artículo 15.3 de la CDFUE encuentra tan sólo una consagración débil, pues en el sistema del TFUE no hay un reconocimiento de un derecho subjetivo de los extranjeros, aunque su consagración en la Carta adquiere un valor significativo. Por lo demás, no debe olvidarse que el mismo artículo 153.5 del TFUE establece

Revista REDMEX 34-2013.indb 34 02/01/14 09:40

una exclusión de un conjunto de materias relevantes que forman parte de las condiciones de trabajo: «Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal», de modo que para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión no podrá apoyar ni completar la acción de los Estados miembros en esos ámbitos.

Hay que tener en cuenta que la integración basada en los derechos exige su atribución a la persona (o como solución intermedia de transición, a la «persona residente»), sin posibilidad de establecer ninguna discriminación por razón de nacionalidad. De ahí la necesidad de superar el concepción restrictiva de ciudadanía en exclusiva (y excluyente) como *condición sine qua non* de atribución o dotación de derechos. Ello supone «desnacionalizar» los derechos fundamentales, pues los derechos fundamentales son universales y como tales han de ser garantizado a todas las personas. Ahora bien, no basta reconocer jurídicamente los derechos, con ser desde luego imprescindible, porque la garantía efectiva tiene que ser al mismo tiempo «jurídica» (que incluye, lógicamente, las garantías jurisdiccionales) y efectiva en la «realidad social», es decir, los derechos fundamentales tienen que ser observados en las prácticas reales de los actores –públicos y privados– que intervienen en las sociedades complejas.

El modelo de inmigración en el ámbito de la Unión Europea ha estado presidido por la tensión permanente entre el principio de soberanía nacional y los ámbitos de decisión política propios de la Unión Europea. Pertenece a la cultura política dominante en los Estados miembros entender que existe una estrecha vinculación entre la política de inmigración y la soberanía del Estado nacional. Por lo pronto resulta significativo de un cierto giro al respecto que la inmigración se configure en el TFUE como típica competencia *compartida* de la Unión Europea y los Estados miembros [artículo 4.2.b) y j), y artículo 153.1.g) del TFUE] y no como una competencia exclusiva de los países miembros (artículo 4.2 TFUE). Conforme al artículo 153 (antiguo artículo 137 TCE). 1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: (…). g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión». De manera que la acción legislativa de la Unión puede desplegarse tanto respecto a «apoyar» como a «completar» la acción respectiva de los Estados miembros en el ámbito de las condiciones de empleo de los extranjeros que residan legalmente en cualquier territorio del espacio europeo. Siendo ello así, como tal competencia compartida se rige por el principio de subsidiariedad (artículo 5.3 TUE, a cuyo tenor: «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión»). Por lo demás, debe tenerse en cuenta el mismo principio de proporcionalidad, según el cual «En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados» (artículo 5.4 TUE). Pero ello no impide que la Unión Europea pueda realizar una política *común* en materia de inmigración (artículos 77, apartados 1 y 2 y 79, apartado 3 y 4 del TFUE), y hacerlo con arreglo al procedimiento legislativo *ordinario*. Efectivamente, conforme al artículo 79 (antiguo artículo 63, puntos 3 y 4, TCE):

Revista REDMEX 34-2013.indb 35 02/01/14 09:40

«1. 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.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes:

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

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

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

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia».

Señalar, al respecto, que «lo común» («política común de inmigración») va más allá de «lo singular o lo propio» de cada país miembro. Por otra parte, se hace posible legislar a través del procedimiento legislativo *ordinario* en ámbitos extraordinariamente amplios de la materia de inmigración. A destacar aquí, la necesaria adopción («el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán…», dice el artículo 79.2 TFUE) de «la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros». Por último, el ámbito reservado a la soberanía nacional es delimitado principalmente en el apartado 5 del artículo 79, según el cual los Estados miembros conservan el derecho «derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia». Debe subrayar que los apartados 1 y 2 del artículo 79 establecen una ordenación imperativa («La Unión desarrollará…»; «El Parlamento y el Consejo «adoptarán»), como reflejo de un mandato impuesto en la Norma Fundamental de la Unión.

Revista REDMEX 34-2013.indb 36 02/01/14 09:40

Caben, pues, con estas limitaciones, normas mínimas instrumentales y de articulación de una política común de inmigración. Esa posibilidad de establecer medidas comunitarias de integración es en sí misma importante, aunque encuentra dos límites relevantes: por un lado, que los apartados 3 y 4 del artículo 79 contempla tan sólo una ordenación facultativa, no imperativa («podrá celebrar»; «podrán establecer»), aunque abre esta opción para la política del Derecho de la Unión; y, por otro, que se excluye la armonización comunitaria de las legislaciones propias de los Estados miembros (artículo 79.4 TFUE: «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, *con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*»).

La regulación jurídico-política de la inmigración se ha venido configurando como una cuestión en estrecha relación con la soberanía estatal, junto a otros clásicos y ligados a ella como la política exterior y de seguridad. Los Estados siempre han tratado de regularla de una forma directa, más allá de que en el caso concreto de los países que conforman la Unión Europea sean parte de una región del planeta en su mayoría receptora de inmigración –pero también emisora en el caso concreto de algunos Estados–. Su clásica justificación ha venido siendo que la inmigración conlleva la entrada dentro de las fronteras estatales de un determinado número de personas nacionales de otros países, con sus consecuencias más inmediatas en la estructura social, económica, política, demográfica, etc., del Estado receptor –sin olvidar el sentido inverso, tales efectos en los países de origen–. En ello inciden dos razones principales siempre argüidas y esgrimidas: por un lado, la propia competencia estatal en relación al velo por la seguridad y el orden público en su interior; y, por otro lado, el hecho de que los mercados de trabajo son en su mayoría mercados nacionales, poniendo barreras en forma de requisitos estrictos –significativamente administrativos– para el conjunto de las personas inmigrantes que llegan para residir y trabajar.

Ello no obstante, este planteamiento formal y material no impide que, también incluyendo las dos razones argüidas, a nivel de la Unión Europea esté en marcha una política comunitaria de inmigración desde las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999, cuando en el apartado A de las mismas, existió una referencia explícita a la política común de asilo y de inmigración de la Unión Europea desde los postulados de que a ésta última no se podía dar respuesta por parte de ningún Estado de forma individualizada. A partir de esta fecha, la evolución de la misma ha sido muy compleja, con avances y retrocesos a través de las distintas directivas, recomendaciones, comunicaciones, programas y documentos político-jurídicos que desde las instituciones comunitarias se han venido aprobando en materia de inmigración, conformando así un Derecho comunitario de la Extranjería y de la Inmigración. Actualmente, constituyen los ejes de la misma tanto el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de octubre de 2008, como el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, de diciembre de 2009.

En los últimos años han sido significativas cuantitativa –por su incremento– y cualitativamente –por su diverso sentido y alcance– las normas comunitarias afectadoras a la regulación jurídica de las personas inmigrantes extranjeras de y en los Estados europeos. Ilustrativas y significativas son al respecto la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, sobre definición de la ayuda a las entradas, a la circulación y las

Revista REDMEX 34-2013.indb 37 02/01/14 09:40

estancias irregulares; la 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; la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional); 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 trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la 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; la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, 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; la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; 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 cualificado; y la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, entre otras a las cuales se hará referencia de inmediato. También el Reglamento de 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permisos de residencia para nacionales de terceros países.

A esa normativa de armonización comunitaria debe añadirse importante documentos políticos –y político jurídicos– sobre inmigración. Así de modo destacado las sucesivas «Comunicaciones» de la Comisión Europea en materia de migraciones e inmigración (Comunicación de la Comisión al Consejo que fijas las bases para una futura política de inmigración común (noviembre de 2000; COM/2000, 757 final); Comunicación al Consejo (11 de julio de 2001; COM/2001, 387 final), sobre creación de un método abierto de coordinación para el establecimiento de la política comunitaria de la Comisión; Comunicación de la Comisión al Consejo (15 de noviembre de 2001; COM/2001, 672 final), sobre el problema de la inmigración ilegal con un planteamiento global; Comunicación de la Comisión sobre el «Libro Verde Relativo a una Política Comunitaria de Retorno de los Residentes Ilegales» (10 de abril de 2002; COM/2002, 175 final); Comunicación de la Comisión, «Sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países [COM(2006) 0402]; Comunicación de la Comisión, «III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011)», Bruselas, 30 de mayo de 2012. COM(2012) 250 final.

Nótese que la orientación general de estas directivas (que no se olvide que no son normas de armonización comunitaria) y comunicaciones (instrumentos no normativos, pero que operan en la práctica como reglas de política del Derecho flexible) es, ante todo, controlar socialmente la canalización de la entrada, permanencia y salida de nacionales

Revista REDMEX 34-2013.indb 38 02/01/14 09:40

de terceros Estados en el seno de la Unión, con atención a colectivos específicos particulares de extranjeros que de un modo concreto necesiten de medidas político-jurídicas protectoras ante el posible trato mercantilizado de estas personas inmigrantes extranjeras. De ahí la centralidad de la repuesta reactiva ante la inmigración ilegal y la preferencia subsiguiente por la política de retorno de los inmigrantes ilegales. Pero también responde, en cierta medida, a un cambio de orientación en la propia concepción económico-laboral de la inmigración no significante de la erradicación de ésta, pues se apuesta a todas luces por fomentar e impulsar una inmigración cualificada, formada y especializada, bajo el estricto interés de su utilización y aprovechamiento por los distintos Estados de la Unión y sin atención al rol que puedan desempeñar éstos para el desarrollo de los países de los que son nacionales éstos. De esta manera, nos encontramos con un marco jurídico-político de derecho interno de la Unión que apuesta nítidamente por una inmigración seleccionada o de carácter selectivo, a la que se le protege de un modo específico general a desarrollar y concretar por todos y cada uno de los países miembros. Una selección que opera ante todo con criterios instrumentales al servicio de la mano de obra extranjera necesaria para el funcionamiento del mercado interior (Esa política selectiva se refleja en un amplio conjunto de Directivas: 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; 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 cualificados; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se dictan normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular). Todo ello sin olvidar y dejar de hacer constar la constante y clásica apuesta de la Unión por el control de fronteras, visados y lucha contra la inmigración irregular presente también en distintas directivas e documentos jurídico-políticos no mencionados de fechas anteriores. El resultado es que la política jurídica de regulación de la inmigración extranjera se encamina más al ámbito geopolítico y de las fronteras de la Unión frente al de la persona extranjera inmigrante, por más que se incida desde la propia Unión en la debida consideración de la normativa internacional y comunitaria hacia los inmigrantes en materia de integración social y derechos humanos.

Al tiempo, se vislumbra que en una sociedad europea democrática la regulación jurídica de la inmigración no puede ser exclusivamente defensiva y reactiva, sino que debe contener elementos propios de una estrategia ofensiva y preventiva, basada en una integración social que sólo puede partir de la premisa necesaria de una verdadera *integración jurídica* a través de los derechos básicos y fundamentales. En este sentido, el camino ha sido lento y tortuoso. Comenzó a través de intervenciones de carácter no normativo, sino de naturaleza político jurídica, entre las que sobresale la Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003 (COM/2003, 336 final); la Comunicación relativa al «Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final); hasta la más reciente, «Sobre Migración», de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). Pero también mediante típicos instrumentos normativos comunitarios, como la Decisión 2007/435/CE del Consejo, de 24 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

Revista REDMEX 34-2013.indb 39 02/01/14 09:40

flujos migratorios; Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racional o étnico; Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar a favor de los nacionales de terceros países que residen legalmente en territorio de la Unión Europea; Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Estas últimas directivas, especialmente, la última se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria– sino a la *residencia* de larga duración.

En esta perspectiva integradora se avanza con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativa a «El planteamiento global sobre inmigración un año después: Hacia una política global europea en materia de inmigración», Bruselas, 30 de noviembre de 2006 (COM/2006 735 final). Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos [2008/2331(INI)], defiende la instauración de esa política común en el espacio de la Unión Europea. Al efecto, subraya, en primer lugar: «que la integración aumenta la diversidad cultural en la UE y debe basarse en la inclusión social, la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades, principalmente facilitando el acceso a la sanidad, la educación, la formación lingüística y el empleo; considera que las políticas de integración también deben basarse en programas innovadores adecuados y reconoce el papel fundamental desempeñado por las autoridades locales y regionales, los sindicatos, las organizaciones de inmigrantes, las federaciones profesionales y las asociaciones en la integración de los inmigrantes. Además, apoya los esfuerzos de integración de los Estados miembros, de los inmigrantes legales y de los beneficiarios de protección internacional, teniendo en cuenta el respeto a la identidad y los valores de la UE y de sus Estados miembros, incluido el respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho, la democracia, la tolerancia y la igualdad, la libertad de opinión y la escolarización obligatoria de los niños; recuerda que la integración es un proceso bidireccional que implica adaptaciones tanto por parte de los inmigrantes como de la población de acogida, tal y como se recoge en los principios básicos comunes (PBC) adoptados por el Consejo, y puede verse facilitado por el intercambio de buenas prácticas; reconoce que es más difícil lograr la integración en los Estados miembros que se enfrentan a importantes presiones migratorias, habida cuenta de su especial situación geográfica, si bien debe ser un objetivo irrenunciable; pide por consiguiente a los demás Estados miembros que contribuyan a aliviar estas presiones en un espíritu de solidaridad, facilitando así la integración de los beneficiarios de una protección internacional que se encuentran en los Estados miembros de la UE, paralelamente a la promoción de la migración legal (punto 28).

En segundo lugar, en lo relativo a la *Seguridad e inmigración y Gestión integrada de fronteras,* destaca la necesidad de un plan general detallado para establecer los objetivos generales y la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, incluidos los detalles que muestren la manera en que pueden optimizarse aún más todos los programas y los planes relacionados en este ámbito; opina que, al considerar la arquitectura de la estrategia de gestión de las fronteras de la UE, la Comisión debe analizar en primer lugar la eficacia de los actuales sistemas de gestión de las fronteras de los Estados miembros, con el fin de obtener las mejores sinergias entre ellos y facilitar información suple-

Revista REDMEX 34-2013.indb 40 02/01/14 09:40

mentaria sobre la rentabilidad de los nuevos sistemas propuestos, a saber, el sistema de entrada/salida, el sistema electrónico de autorización de viaje, los sistemas automatizados de control fronterizo y el programa de registro de los pasajeros, en el marco de la gestión integrada de las fronteras de la UE (Punto 43).

En tercer lugar, en lo relativo a la lucha contra la inmigración legal, *Inmigración ilegal*», considera que la lucha eficaz contra la inmigración ilegal es una parte crucial de una política global de migración de la UE y, por consiguiente, lamenta que una toma de decisiones eficaz en este ámbito se vea paralizada por una capacidad insuficiente de los Estados miembros para colaborar realmente en sus intereses mutuos» (Punto 49).

En cuarto lugar, considera necesario realizar una política coherente sobre *Repatriaciones*: entiende que se tiene que obligar a abandonar el territorio de la Unión Europea a los inmigrantes que no tienen derecho a protección internacional o que residen de manera irregular en el territorio de los Estados miembros; toma nota, a este respecto, de la adopción de la Directiva sobre retorno, y pide a los Estados miembros que, en el marco de la transposición de dicha Directiva, velen por que se mantengan las disposiciones más favorables que ya estén previstas en sus ordenamientos jurídicos internos; pide a los Estados miembros que garanticen que el retorno se realiza con el debido respeto al Derecho y a la dignidad de las personas afectadas, dándose debidamente preferencia al retorno voluntario (Punto 67).

En quinto lugar, apuesta también por la articulación de una política de *Solidaridad e inmigración Coordinación entre Estados miembros*: critica que los Estados miembros no hayan mostrado la suficiente solidaridad ante el creciente desafío que plantea la inmigración; pide que se revise con urgencia el Programa marco de solidaridad y gestión de los flujos migratorios para el periodo 2007-2013) y sus cuatro instrumentos financieros, con el fin de que puedan reflejar las nuevas realidades derivadas de las crecientes presiones migratorias y se puedan utilizar para tratar las necesidades urgentes, como en el caso de situaciones de flujos migratorios masivos (Punto 77).

Y, por último, trata de favorecer una estrategia de *Cooperación con terceros países*: Observa críticamente que la cooperación con terceros países no haya dado unos resultados satisfactorios, con la destacada excepción de la cooperación de España con terceros países como Senegal y otros países del África subsahariana y de África del norte; pide que se preste un apoyo específico a los terceros países de tránsito y origen con el fin de ayudarles a crear una capacidad efectiva de gestión de las fronteras, incluyendo la participación de FRONTEX (Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea) en misiones de asistencia fronteriza en dichos países (Punto 81).

Realzar también la Comunicación de la Comisión, de 17 de junio de 2008, titulada «Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos» (COM(2008) 0359), y el Dictamen del Comité de las Regiones titulado «Una política común de emigración para Europa», de 26 de noviembre de 2008, la relativa al «Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobe Inmigración y Asilo, de 10 de junio de 2009 [COM(2009) 266 final]; y «Sobre Migración», de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final); sobre todo la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes

Revista REDMEX 34-2013.indb 41 02/01/14 09:40

en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular(Directiva sobre retorno).

También interesa destacar en esa dirección «pro-integradora» *débil* (débil, porque, entre otras cosas, se ha rehusado, por el momento, establecer un conjunto de Directivas de armonización comunitaria mínimas, comenzado por la inexistencia, harto significativa, de una Directiva-Marco relativa a los derechos básicos de los inmigrantes regulares que no tengan todavía la condición de residentes de larga duración, y la fuerte inclinación a hacer primar más que la línea de intervención armonizadora, la utilización sistemática del Método Abierto de Coordinación (MAC). Este MAC es de innegable utilidad y efectividad, pero debería de ser complementario y no sustitutivo de los mecanismos de intervención normativa del Ordenamiento Jurídico de la Unión Europea [Lo que subyace, leído entre líneas, a ciertas objeciones contenidas en el Dictamen del CESE sobre «Integración de los trabajadores inmigrantes», de 17 de marzo de 2010 (SOC/364. CESE 450/2010)]. De ordinario esta técnica comunitaria de coordinación suele apoyarse en el reclamo de instrumentos de *soft law* o de *top law.* En efecto, aun siendo realmente importante, el tratamiento coordinado de los problemas de la inmigración europea, es insuficiente para la garantía de verdaderas políticas de integración a través de los derechos subjetivos, y muy especialmente mediante la atribución de los derechos sociales fundamentales a toda persona inmigrante en el espacio de la Unión Europea. Y derechos vinculados al «trabajo» y al «empleo» constituye una premisa de la integración de inmigrantes cuyo motivo fundamental de presencia en Europa –regular o irregular– es el económico-laboral (inmigración laboral o profesional). En este sentido, deben extraerse las consecuencias jurídico-políticas de una integración *positiva* y no preferentemente *negativa,* como la que se está imponiendo hasta la fecha, a pesar, sin duda, de los avances que se han venido producido respecto de las políticas comunitarias de integración en el plano social y jurídico. El enfoque preventivo de la inmigración irregular y el objetivo integrador queda realzado en la Comunicación de la Comisión Europea, «Sobre Migración», de 4 de mayo de 2011 (COM/2011, 248 final). En ella se propone *construir una sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes*: La integración de los ciudadanos de países terceros que residen legalmente en la UE sigue siendo un asunto fundamental y, a veces, controvertido. El éxito de la integración es esencial por razones humanas y culturales, así como para que personas y sociedades aprovechen al máximo las ventajas económicas y sociales de la inmigración. No existe una fórmula infalible que garantice la integración, pero es evidente que son necesarios más esfuerzos, tanto a escala de la UE como a escala nacional y local, para conseguir mejores resultados. Todos los inmigrantes deberían sentirse en Europa como en su casa, respetar sus leyes y valores y ser capaces de contribuir a su futuro. Subraya, igualmente, el carácter *bidireccional* del proceso de integración, en el sentido de que la integración requiere esfuerzos tanto por parte de los inmigrantes como de la sociedad que los acoge. Hay que ofrecer a los inmigrantes la oportunidad de participar en sus nuevas comunidades, especialmente de aprender la lengua del país de acogida, tener acceso a los sistemas educativo, sanitario y de empleo y contar con la capacidad socioeconómica de mantenerse a sí mismos. Los inmigrantes deben familiarizarse con los valores fundamentales de la UE y de sus Estados miembros a fin de comprender la cultura y las tradiciones del país en el que viven. La integración implica un equilibrio entre gozar de los derechos y respetar las leyes, los valores y la cultura del país de acogida.

Revista REDMEX 34-2013.indb 42 02/01/14 09:40

En una perspectiva de futuro, la Comisión Europea presentará una Comunicación sobre una *Agenda europea para la integración*de los ciudadanos de países terceros, centrada en la participación de los inmigrantes en sus países de acogida, las medidas a nivel local y la implicación de los países de origen en el proceso de integración. Esta Agenda supondrá una contribución al debate sobre la forma de comprender y apoyar la integración. Actualmente se está desarrollando un conjunto de planteamientos que han demostrado su utilidad para la integración de los inmigrantes, a fin de facilitar el intercambio de buenas prácticas y permitir que las administraciones nacionales aprendan unas de otras y elijan las medidas con más posibilidades de resultar eficaces para conseguir sus objetivos de integración concretos. Se están diseñando los denominados «módulos europeos» para apoyar prácticas y estrategias que puedan adaptarse a las necesidades de cada Estado miembro, región o ciudad. Concretamente, la Comunicación de la Comisión defenderá por una mayor implicación de los actores locales y regionales en la definición de las políticas de integración como, por ejemplo, a través de una asociación estratégica con el Comité de las Regiones y las redes europeas de ciudades y regiones. Pero, además, se trata de realizar esa política dentro de «*un planteamiento global de la inmigración* (puntos 3.4 y 5.1).

El punto culminante, por el momento, en esa dirección de política del Derecho viene constituido por la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece 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. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto [Se entiende por «permiso único, «el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar»; artículo 2.c) de la Directiva], y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro» (artículo 1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (artículo 1.2).

Es de hacer notar que la obtención del «permiso único» determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, «derechos asociados al permiso único».* Se habla expresamente de «Derechos *conferidos por* el permiso único» (artículo 11, así intitulado). Conforme a dicha disposición, el permiso único expedido de conformidad con el Derecho nacional habilitará a su titular, durante su período de validez, *como mínimo* a: a) entrar y residir en el territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso único, siempre que el titular reúna todos los requisitos de admisión de conformidad con el Derecho nacional; b) gozar de libre acceso a todo el territorio del Estado miembro de expedición, dentro de los límites previstos por el Derecho nacional; c) ejercer la actividad laboral específica autorizada en virtud del permiso único de conformidad con el Derecho nacional; y d) estar informado de sus propios derechos asociados al permiso conferidos en virtud de la presente

Revista REDMEX 34-2013.indb 43 02/01/14 09:40

Directiva o del Derecho nacional. Se trata de una norma mínima («como mínimo», son los términos utilizados por la norma) que, como tal, puede ser mejorada por la legislación de los Estados miembros. En relación a ello, *forman parte del estatuto jurídico de derechos* el Derecho General a la igualdad de trato, el cual presenta un conjunto amplio de manifestaciones jurídicas (artículo 12). Los trabajadores de terceros países, gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo que se refiere a: a) *condiciones laborales,* incluso en materia de salario y despido, así como en materia de salud y seguridad en el trabajo; b) libertad de asociación y de afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios en cualquier organización profesional, incluidas las ventajas conferidas por dichas organizaciones, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y seguridad pública; c) educación y formación profesional; d) reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, de conformidad con los procedimientos nacionales aplicables; e) ramas de seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) núm. 883/2004; f) beneficios fiscales, siempre que se considere que el trabajador tiene residencia fiscal en el Estado miembro de que se trate; g) acceso a bienes y servicios y obtención de bienes y servicios ofrecidos al público, incluidos los procedimientos de acceso a la vivienda contemplados en el Derecho nacional, sin perjuicio de la libertad de contratación de conformidad con el Derecho de la Unión y nacional; y h) servicios de asesoría ofrecidos por las oficinas de empleo (artículo 12.1 Derecho a la igualdad de trato). Esa igualdad de trato alcanza a la protección social pública, a saber: «Los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por esos trabajadores recibirán las *pensiones legales de vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores y y adquiridas* con arreglo a la legislación mencionada en el art.3 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, en las mismas condiciones y en las mismas cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país» (artículo 12.4). Pero no se olvide que los derechos de protección social de más largo alcance, pues como dispone el artículo 12.1.e) el principio de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan se predica respecto a todas la «ramas de la seguridad social, según lo definido en el Reglamento (CE) núm. 883/2004. Ello no obstante, se establecen algunas excepciones a la igualdad de trato, que bajo ciertas condiciones los Estados miembros podrán establecer restrictivamente (artículo 12.2).

La Exposición de Motivos de la Directiva 2011/98/UE, refleja bien nítidamente las finalidades explícitas de la ordenación comunitaria relativa al denominado «permiso único»: En primer lugar: constata el hecho de que en ausencia de legislación horizontal de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países varían en función de su nacionalidad y del Estado miembro en el que trabajen. Con el fin de seguir elaborando una política de inmigración coherente, reducir la desigualdad de derechos existente entre los ciudadanos de la Unión y los nacionales de terceros países que trabajan legalmente en un Estado miembro y completar el acervo existente en materia de inmigración, conviene establecer un conjunto de derechos para especificar, en particular, los ámbitos en los que se contempla la igualdad de trato entre los nacionales de un Estado miembro y tales naciones de terceros países que aún no tienen el estatuto de residentes de larga duración. El objetivo de esas disposiciones es establecer un nivel mínimo de igualdad de condiciones

Revista REDMEX 34-2013.indb 44 02/01/14 09:40

en la Unión, reconocer que dichos nacionales de terceros países contribuyen, mediante su trabajo y los impuestos que pagan, a la economía de la Unión, y actuar de salvaguardia para reducir la competencia desleal entre los nacionales de un Estado miembro y los nacionales de terceros países que derive en la posible explotación de estos últimos. Sin perjuicio de la interpretación del concepto de relación laboral contenida en otras disposiciones del Derecho de la Unión, la presente Directiva debe dar una definición de trabajador de un tercer país, que abarque a todo nacional de un tercer país que haya sido admitido en el territorio de un Estado miembro, resida legalmente en él y al que se haya autorizado, en el contexto de una relación remunerada, a trabajar en dicho Estado miembro en virtud del Derecho o las prácticas nacionales. En tal sentido, se indica, que todos los nacionales de terceros países que residan y trabajen legalmente en un Estado miembro deben gozar al menos de un conjunto común de derechos basados en la igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de acogida, independientemente del propósito inicial o del motivo de la admisión en su territorio. El derecho a la igualdad de trato en los ámbitos precisados en la Directiva 2011/98/CE se garantiza no solo a los nacionales de terceros países admitidos en un Estado miembro con el fin de trabajar, sino también a los admitidos con otros fines y que posteriormente hayan obtenido acceso al mercado de trabajo en virtud de otras disposiciones del Derecho de la Unión o nacional, ello incluye a los miembros de la familia de un trabajador de un tercer país admitidos de acuerdo con la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, a los nacionales de terceros países admitidos en el territorio de un Estado miembro de conformidad con la Directiva 2004/114/CE del Consejo, 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, y a los investigadores admitidos de conformidad con la 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 (puntos 19 y 20).

Por otra parte, el derecho a la igualdad de trato en algunos ámbitos específicos se vincula estrictamente con el estatuto de residente legal del nacional de un tercer país y con el acceso dado al mercado de trabajo de un Estado miembro, que se consagran en el permiso único que autoriza la residencia y el trabajo y en los permisos de residencia expedidos con otros fines y que contienen la indicación de que se autoriza al interesado a trabajar (punto 21).

En dicha lógica de integración relativa (relativa, porque carece de una *instrumentación normativa fuerte* de garantía jurídica efectiva) a través de los derechos se inserta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa–, en la que se atribuyen derechos a todas las personas –nacionales de la Unión o no– articulados alrededor de los valores de la dignidad y la justicia. De un modo paradigmático, en ésta se garantiza el derecho de igualdad en las condiciones de trabajo de las personas inmigrantes extranjeras autorizadas para trabajar. Conforme al artículo 15.3, «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 disfrutan los ciudadanos de la Unión». Pero, atendiendo a su tenor literal, los extranjeros extracomunitarios no son titulares directos e inmediatos de la libertad de circulación y de residencia, pues sólo se prevé que podrá concederse liber-

Revista REDMEX 34-2013.indb 45 02/01/14 09:40

tad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro –artículo 45.2. Es de señalar que el derecho a unas condiciones laborales equivalentes sólo se predica respecto de las personas que «estén autorizadas a trabajar», quedando excluidos de la garantía, en principio, los trabajadores extranjeros inmigrantes que se hallen en situación administrativa irregular. Ello supone de facto una limitación al derecho a trabajar que paradójicamente consagra el propio artículo 15.1 para «toda persona». No obstante, son numerosos los preceptos relativos a derechos garantizados, generales o específicamente sociolaborales que se atribuyen directamente a la «persona» –todos los derechos del título «dignidad»; el propio derecho a trabajar ex artículo 15.1, la protección de la salud ex artículo 35, etc.–, lo que supondría la atribución de estos derechos a toda persona con independencia de su situación jurídico-administrativa, de regularidad o irregularidad. Por otra parte, es criticable que existan excepciones al principio de igualdad de trato en razón de la nacionalidad respecto a las personas que residan legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad de trato ha sido precisado por la directiva 2004/38. El artículo 24.2, establece dos excepciones a esta norma: en los primeros tres meses de residencia, o durante un período más largo en el caso de los solicitantes de empleo, los Estados miembro no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de asistencia social a ciudadanos de la Unión distintos de los trabajadores asalariados, los trabajadores por cuenta propia o que mantengan esa condición, y los miembros de sus familias. Los Estados miembros tampoco están obligados a conceder ayudas en forma de becas o préstamos de estudios antes de la adquisición del derecho a la residencia permanente, a esas mismas personas. La Carta de la Unión Europea parte implícitamente de la consideración del acceso a un empleo digno como elemento esencial del proceso de integración [Algo sobre lo que, por cierto, ya insistió la Comunicación relativa al «Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea de 1 de septiembre de 2005 (COM/2005, 389 final)].

Desde estos postulados jurídicos establecidos a modo de premisa, la coordinación de la política de inmigración de los distintos países que conforman la Unión con la política comunitaria es más en la dirección y ámbito estricto político: atendiendo al marco jurídico nacional y comunitario, seguir unas líneas comunes de concepción y actuación presentes y futuros para con la inmigración extranjera de terceros Estados. Es por ello por lo que implícitamente se debe de entender la alusión a la coordinación con todos y cada uno de los documentos y programas de acción de carácter político que vaya aprobando la Unión hasta la consecución de una conjunta y definida política de inmigración comunitaria. Se debe de superar la realidad de los primeros años de andanza de la Unión, en la que esta política se hallaba asentada en la cooperación interestatal mediante acuerdos de asociación, cooperación, etc., permitiendo así afrontar individualizadamente la inmigración en colaboración y ayuda basada en la cooperación de los Estados en la materia, pero no generalizado a todos los miembros conformadores ni en la misma medida entre ellos.

Es en el año 1997, con el Tratado de Ámsterdam, cuando se inicia la *comunitarización o europeización* de la política de inmigración, a partir de la que se irá formando progresivamente con peculiaridades. Es así porque se incorporó el Título IV al Tratado de la Comunidad Europea bajo el nombre de «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*,* atendiendo a la constitución del Espacio

Revista REDMEX 34-2013.indb 46 02/01/14 09:40

Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia». Este espacio supuso que los movimientos en el plano interno fuesen acompañados de un adecuado control de las fronteras exteriores. De esta manera, se estaba manifestando la insuficiencia de la política estatal para abordar la inmigración en el contexto de una Europa sin fronteras internas. Pero es que además, en el mismo Tratado, en el artículo 63 se hacía referencia a que el Consejo, una vez que entrase en vigor el Tratado, adoptaría en cinco años medidas sobre política de inmigración en una serie de ámbitos. A destacar: sobre las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimiento de expedición por cada uno de los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; respecto a la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales; y en relación a la definición de los derechos y las condiciones de los residentes legales que pretendan residir en otros Estados miembros. Pero hay que advertir que estas medidas no fueron absolutas, sino que los Estados miembros tenían capacidad para mantener o introducir disposiciones siempre y cuando fuesen compatibles con el Tratado. Por tanto, pese a la comunitarización, quedó patente la importancia competencial estatal para la regulación de estas materias.

En 1999, en el Consejo Europeo de Tampere, teniendo presente lo advertido anteriormente, se abogó por un planteamiento de una política común de asilo e inmigración para reforzar el control de las personas que entrasen en el territorio europeo y que, en virtud de la supresión de las fronteras internas, se permitiese su circulación a través de todo el territorio. Una de las conclusiones a destacar a las que llegó el Consejo fue la necesidad de garantizar un trato justo a los inmigrantes extracomunitarios con residencia legal basándose en la concesión de derechos y obligaciones comparables a la de los propios ciudadanos de la Unión Europea; y, por otro lado, la expresa necesidad de intentar una aproximación del conjunto de legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de extracomunitarios. En cualquier caso, a nivel más general, de Tampere (que sitúa entre las preferencias de intervención europea la materia relativa a la integración de los trabajadores inmigrantes) surgieron una serie de medidas fundamentales que supusieron afrontar la inmigración desde una perspectiva común y no sólo desde el punto de vista económico–laboral de los extranjeros que llegaban a la Unión Europea y sus repercusiones. Así pues, se pretendió una colaboración con los países de origen de los inmigrantes para que también se beneficiasen de la mejor forma posible de la actividad de sus emigrados y de los gobiernos de los países en los que se insertaban; un sistema europeo de asilo y de estatuto de asilado comunes y uniformes; asegurar un trato adecuado justo a los no comunitarios con residencia legal en el territorio de la Unión; y una gestión adecuada y conjunta de los flujos migratorios entre terceros países y Estados de la Unión, que permitía tanto mejorarla como el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos. Esta fue la esencia –aún mantenida pero adaptada a los tiempos actuales– de la política de inmigración establecida y programada en Tampere para el período de 1999 a 2004.

Después de cinco años, en 2004 le sucedió el Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, vigente desde la fecha anterior hasta finales de 2009. En el mismo, tomando como referencia lo ya establecido y conseguido, se postuló atendiendo a la realidad que ya constituía la inmigración en las sociedades de los países miembros de la Unión, la necesaria valoración positiva que se debía de hacer de la presencia de inmigrantes extranjeros y de su aportación para el futuro, ante lo

Revista REDMEX 34-2013.indb 47 02/01/14 09:40

que se incitaba a los miembros de la Unión a la adopción de medidas facilitadoras de la integración social, cultural y política. En todo ello el trabajo, el empleo, la actividad laboral adquiría gran importancia, pues se configuraba no sólo como el elemento central y definidor de los flujos migratorios ante las necesidades de los mercados de trabajo nacionales y en base a las cuales se debía de articular, sino también como elemento de integración en la sociedad de acogida. En definitiva, un modelo de política de inmigración comunitaria ordenada atendiendo principalmente a la perspectiva laboral sin desconectar con la perspectiva de seguridad del anterior.

En esa dirección de continuar profundizando en la consecución de una política de inmigración comunitaria le siguió al anterior el ya citado Programa de Estocolmo: una Europa abierta que sirva y proteja al ciudadano, previsto para los años 2010-2014. Éste, aparte de asumir las líneas esenciales de interés y actuación definidas en los anteriores y modalizarlas a día de hoy, presenta un cambio sustancial de orientación: entiende la realidad de las migraciones desde una perspectiva más allá de la seguridad pero sin olvidarla, pues apuesta por la constitución de un marco global y equilibrado de diálogo y cooperación con los países de origen de las personas extranjeras inmigrantes. En este sentido, partiendo de la situación de crisis económica y financiera internacional y pese a ella, a medio plazo trata de articular un modelo de política de inmigración ordenada atendiendo al mercado de trabajo –especial interés en trabajadores cualificados–, a la protección social, a las políticas de integración y a la cooperación reforzada con los países de origen y paso de los flujos migratorios. Estas líneas esenciales quedan enmarcadas en un enfoque global de las migraciones por parte de la Unión Europea asentado en principios sociales fundamentales como la solidaridad, el equilibrio y la colaboración con los países de procedencia de los extranjeros inmigrantes. Es más, avanzando en la construcción de una Europa social, se ve completado obvia y prevalentemente con la atención debida al interés por una Europa de las personas facilitadora de la titularidad y ejercicio del conjunto de derechos humanos fundamentales protectores y promovedores de una sociedad justa e inclusiva. En esencia, apostando por una ciudadanía social europea teniendo como referente jurídico-político básico y esencial al Tratado de Lisboa y a la Carta de los Derechos Fundamentales y su nuevo valor como instrumento internacional europeo de naturaleza normativa (es decir, dotado de fuerza jurídica vinculante), que la convierte y transforma en fundamento de la dirección política y jurídica de las iniciativas legislativas y programas de acción comunitarios, como es el caso tratado.

La expresión jurídico-formal de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración a través de estos sucesivos programas y de sus aspectos básicos se encuentra expresado de un modo más o menos resumido en el artículo 63 *bis* del TFUE, en el que claramente se fija que la política comunitaria de inmigración se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra ellas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la política de inmigración comunitaria junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real más pronto que tarde para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien ésta última sobre aquélla.

Revista REDMEX 34-2013.indb 48 02/01/14 09:40

Más allá de los diversos programas de acción política quinquenales con manifiesta influencia en las tendencias de las políticas de inmigración de los Estados miembro, también se ha de destacar especialmente el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, de 16 de octubre de 2008 [cuyos postulados fundamentales –incluido el enfoque global de la inmigración– son reiterados en el Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo, «Un Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010-1014)», aprobado el 10-11 de diciembre de 2009; y la Comunicación de la Comisión Europea, «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010; COM(2010)2020]. Éste constituye un auténtico y genuino documento político *ad hoc* en la materia, pero también siendo en su mayor parte continuista de las principales líneas político-jurídicas marcadas tanto en los programas políticos de acción como en el derecho comunitario en relación a la inmigración y extranjería. Tal y como se recoge en el mismo, es un texto en el que se muestra al más alto nivel el compromiso político de la Unión Europea y de sus Estados miembros no sólo para con sus ciudadanos, sino también para los terceros Estados en el camino de fijar una verdadera política común en materia de migraciones. Este Pacto es un documento político que contiene un planteamiento global sobre las migraciones en el seno de la Unión, pues por vez primera desde que se fundó esta entidad política intergubernamental queda reunido en un mismo documento y texto el conjunto de dimensiones de la política europea sobre inmigración y asilo. Son cuatro los objetivos básicos de interés del mismo: en primer lugar, la organización de la inmigración legal y el favorecimiento de su integración; en segundo lugar, la lucha contra la inmigración irregular, garantizando el retorno a los países de origen o tránsito; en tercer lugar, el refuerzo de los controles fronterizos, edificando una Europa del asilo; y, en cuarto lugar, la creación de un sistema de colaboración con los países de origen y tránsito de los inmigrantes. Se pone, por tanto, el acento así en la organización de una inmigración regular administrativamente, en la integración de estas personas extranjeras inmigrantes y en la lucha contra la inmigración irregular –ilegal, en términos del Pacto–, colaborando de forma expresa con los países de los que proceden éstos.

En cuanto a su contenido deben ser destacados los siguientes elementos. Se invita a los Estados miembros a evitar las regularizaciones masivas de inmigrantes, proponiendo en contrapartida unas regularizaciones caso por caso en el marco de las legislaciones nacionales por motivos humanitarios o económicos; se debe de tratar el favorecimiento de la integración de los inmigrantes con perspectivas de permanecer establemente por parte de las políticas de los Estados miembros, para lo que se han de basar en el equilibrio entre los derechos de los inmigrantes –significativamente se señala al derecho al trabajo– y sus deberes, poniendo en marcha aquéllos medidas tendentes al favorecimiento del aprendizaje de la lengua o el acceso al empleo, incidiendo en los valores fundamentales de los derechos del hombre, etc.; el respeto a la Convención Europea de los Derechos del Hombre por parte de las legislaciones estatales en relación al derecho de reagrupación familiar; se incide en el carácter legal y ordenado de los flujos migratorios, pues los extranjeros en situación irregular tienen que dejar el territorio de la Unión y, en este sentido, todos los Estados van a tener la obligación de readmitir a sus nacionales, con lo que es clave la firma de acuerdos a nivel europeo con los países de origen y/o tránsito; y, por último, en estrecha conexión con lo anterior, se aboga por el hecho de que la inmigración sea un instrumento que refuerce la cooperación al desarrollo con los países de origen y/o tránsito de las personas inmigrantes. Se vienen a poner así a nivel europeo los pilares para una

Revista REDMEX 34-2013.indb 49 02/01/14 09:40

política de inmigración que incide más en las dimensiones de control social y orden –ya apuntadas– que en las propias condiciones personales, de entrada, residencia y posible retorno del inmigrante en su conexión con los valores inherentes a los derechos humanos fundamentales y el formal derecho a emigrar pero no a inmigrar.

Interesa realzar la naturaleza estrictamente política de dicho Pacto. En efecto, en contra del posible mayor vigor y rigor jurídico que pudiese tener este Pacto –así como su auténtico impacto y toma en consideración por el derecho interno de cada Estado miembro– está el hecho de que se trata, como ya se ha manifestado, de un texto político carente de valor jurídico y, por tanto, carente de un sistema garantista jurídico *stricto sensu* propio. No se ha dotado al Derecho Comunitario derivado de un instrumento legal en materia de política migratoria desde el que poder construir un sólido marco político-jurídico estable regulador de la inmigración en el territorio de la Unión. Se ha desaprovechado así la ocasión de incluirlo en el Derecho Comunitario y de dotarlo del rango jurídico que merece en cuanto que la inmigración es una realidad estructural de la propia Unión. Por el contrario, desde un garantismo meramente político, el Consejo de Europa de Jefes de Estado y de Gobierno tiene que organizar cada año un debate sobre las políticas de inmigración y asilo, fundamentado en un informe presentado por la Comisión acerca de la aplicación del propio Pacto. Y, a su vez, los Estados miembro tienen que informar al Consejo Europeo de los avances más significativos a conseguir en la gestión de sus políticas de inmigración y de asilo.

En consecuencia, pese a los intentos y avances decididos, como consecuencia, la política jurídica comunitaria de inmigración se hace aún hoy día un tanto compleja, planteándose realmente su existencia consolidada de conjunto, porque en ella cada uno de los Estados miembros coordinadamente son los que tienen que actuar y decidir de forma individualizada, en cuanto que básicamente se funciona a través de aspectos y dimensiones a cumplir en determinados ámbitos y según las directrices marcadas.

La perspectiva del futuro inmediato de la política de inmigración puede estar marcada por la «constitucionalización» de una política comunitaria doblemente orientada:

a) Hacia el establecimiento de mecanismos de seguridad y control de los flujos migratorios. Por lo tanto se daría cuenta de la estrategia de control defensivo, que normalmente es también necesaria. La cooperación interestatal en la lucha contra la inmigración ilegal, política típicamente defensiva y de control, en sí no debería primar nunca sobre las políticas de integración.

b) Hacia la instauración *marginalista* de políticas comunitarias de integración (a través de un sistema de derechos «debilitado»). Con todo lo que se añade a aquélla estrategia de control una orientación más integradora. Es decir, se trata de instaurar igualmente políticas comunitarias de integración que garanticen ciertos derechos sociales; en algunos casos como derechos debilitados; y en otros, como ordenación marginal respecto al objetivo de control social. Pero lo importante, ahora, es que la integración encuentra fundamento y regulación jurídico-constitucional, y a los inmigrantes regularizados se les dota de ciertas garantías (al menos a los regularizados). Esa doble dimensión está presente en el texto del Sistema de los Tratados, en la versión dada por el Tratado de Lisboa.

Esta aproximación reguladora más compleja es la que parece reflejarse en el Sistema de los Tratado de la UE. Se ha de analizar, siquiera brevemente, estos dos aspectos integrados.

Revista REDMEX 34-2013.indb 50 02/01/14 09:40

Debe señalarse que en el marco de la política social, la Unión apoyará y *completará* la acción de los Estados miembros en el ámbito de «las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión» [artículo 153.1.f) del TFUE]. En este ámbito «el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad», aunque el Consejo, por unanimidad, podrá decir que el procedimiento legislativo ordinario sea el aplicable (artículo 153.2. TFUE).

Se introduce todo un Capítulo (el cap. 2 del Título V del TFUE, artículos 77 a 80) dedicado explícitamente al tratamiento de las «Políticas sobre controles en las fronteras, Asilo e Inmigración». Aquí el eje y principio-guía de la política de inmigración es el *«control», no la articulación de derechos o mecanismos de protección social.* El artículo 77 TFUE, establece que la Unión Europea desarrollará una política (nótese como aquí ha desaparecido la referencia a una política *propia* a la cual sí hacía alusión el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea) que estará dirigida a garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y a instaurar progresivamente un *sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores, como competencia específica de la Unión Europea.* Esa es la finalidad preferente. Los medios que se establecen al servicio de la realización de esos fines son el establecimiento mediante normas europeas de las medidas relativas a la política *común* de visados y otros permisos de residencia de corta duración; los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión Europea durante un período breve; cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y, por último, la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores. No obstante, se deja a salvo el principio de soberanía territorial, al menos en un aspecto relevante. Se precisa inmediatamente que «el presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional» (artículo 77 TFUE). Es necesario realzar que el artículo 77 (antiguo artículo 62 TCE) del TFUE establece que en la Unión se desarrollará una política que tendrá un triple objetivo: 1*) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores*; 2) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; y 3) instaurar gradualmente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

Después de reconocer una política común en materia de asilo a todo nacional de un país tercero que necesite protección internacional y garantizar el respecto del principio de no devolución (el artículo 78 TFUE conforma un estatuto uniforme de derechos de las personas en dicha situación y mecanismos de gestión de los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal), se precisa que la Unión Europea desarrollará una *política común de inmigración* destinada a garantizar, en todo momento, la *gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo (fórmula debilitada del principio de trato igual)* de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en los Estados miembros, así como la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (artículo 79 TFUE).

Revista REDMEX 34-2013.indb 51 02/01/14 09:40

En esa lógica interna de los «medios instrumentales» para perseguir ese objetivo, se indica, en primer lugar, que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al *procedimiento legislativo ordinario,* medidas en diversos ámbitos. En segundo lugar, esas medidas están dirigidas tanto al control de los flujos migratorios como a la articulación de políticas de integración. Respecto al primer aspecto decir que esas medidas podrán incidir en: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación legal; y d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (artículo 79.2 TFUE).

En tercer lugar, se postula una *integración a través de los derechos, aunque enmarcada de una política de control;* esto es, la definición de los derechos de los nacionales de terceros países en situación regular de residencia en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros [artículo 79.2.b) del TFUE] [En la reforma del Tratado de Lisboa no se ha llegado tan lejos como lo hiciera el «Proyecto de Tratado constitucional de la UE», siendo de destacar la importante previsión de que el constituyente introdujera un mandato al legislador comunitario, a saber: una Ley marco europea «*establecerá* (imperativo categórico) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países» (artículo III. 267 TCUE)]. Es así que la Unión Europea debería legislar sobre los derechos de los inmigrantes de terceros países (los extranjeros en sentido estricto) que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros» [artículo 79.2.b) del TFUE].

Igualmente, se impone el deber público de regular la inmigración y residencia ilegales, incluidas las medidas de expulsión y la repatriación de residentes ilegales [artículo 79.2.d) del TFUE]. Por último, se deberá legislar sobre las medidas de lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños [artículo 79.2.d) del TFUE]. El Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes (a través de leyes o leyes marco europeas se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros). Nuevamente se deja a salvo las políticas nacionales sobre contingentes de inmigrantes: indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer *volúmenes de admisión* en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (*cfr.* artículo 79.5 TFUE).

Por otra parte, el Sistema de los Tratados se ocupa de instaurar una política europea de coordinación, fomento y apoyo de las políticas nacionales en materia de integración de los inmigrantes –a través de leyes o Directiva (verdaderas «leyes marco europeas», al decir del *non nato* Proyecto de Constitución Europea de 2004) se podrán establecer medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros a fin de propiciar la integración

Revista REDMEX 34-2013.indb 52 02/01/14 09:40

de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembro–. Nuevamente, se dejan a salvo las políticas nacionales sobre contingente de personas inmigrantes extranjeras, indicando que el presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros de establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de ellos con el fin de buscar trabajo asalariado o no asalariado (artículo 79.5 del TFUE).

Señalar, igualmente, que se podrá establecer, con arreglo al procedimiento ordinario, medias para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinadas a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (artículo 79.4 TFUE).

Todas las políticas de la Unión Europea en materia de controles fronteras, asilo e inmigración se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Además, cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio (artículo 80 TFUE).

En suma, el Sistema de los Tratados de la UE refleja la pretensión de establecer una política de inmigración europea con base a varios grupos de principios interrelacionados: el principio de competencia, el principio de seguridad y control y el principio de subsidiariedad (especialmente en lo que se refiere a la integración por vía de Derecho) en el cuadro delimitador de los instrumentos normativos de la Unión Europea.

III. EL ESTATUTO DE DERECHOS DE LA PERSONA INMIGRANTE EXTRANJERA EN ESPAÑA

Constituye un principio básico de la política migratoria –en la relación establecida en el artículo 2 *bis* LOEXIS figura en quinto lugar– es el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos que también aparece como clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y para sólo aquellos que se encuentren en situación regular en nuestro país –con las autorizaciones de residencia y trabajo–. No obstante, la perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación para con los extranjeros inmigrantes, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestra sociedad que o bien entraron de un modo irregular a nuestro país saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para

Revista REDMEX 34-2013.indb 53 02/01/14 09:40

con el otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. Jurídica y políticamente se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fractura social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000(47).

Se establece, por otra parte, la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales (principio sexto ex artículo 2 *bis* LOEXIS). Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista, especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la nueva reforma legal ha sido la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio –particularmente para los inmigrantes irregulares– hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad resueltos en las SSTC 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolida y reafirma una de las motivaciones técnicas de la reforma, sino que lo más importante viene a plasmar implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a los extranjeros inmigrantes: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del artículo 10.2 de la Constitución. Y es que este último no es el que ha imperado en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica 4/2000. La premisa esencial al respecto ha sido la definición de extranjero establecida en sentido negativo. Es decir, por exclusión: el que no es nacional español, tal y como se desprende del propio texto legal en su artículo primero, apartado primero. Pero hay una excepción a esta exclusión y grupo de los no nacionales –tal y como se recoge en el artículo 1.3 de la misma Ley–, al no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario. Esta circunstancia ha venido constituyendo hasta el momento anterior al último proceso de reforma legal una deficiencia técnica, porque la definición ignoraba, de un modo formal, la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea. En virtud de ésta se aceptaba el pleno desplazamiento del poder de determina-

(47) Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L., «Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica», en VV.AA., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica,* Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, Mª N. (dir.), Granada, Ed. Comares, 2011, pp. 383 y ss.; íd., «El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo», en VV. AA., *El Derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas,* Monereo Pérez, J.L. (dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (coords.), Granada, Ed. Comares, 2013, pp. XIII y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 54 02/01/14 09:40

ción de la condición de extranjero –no así como se sabe de la cualidad de nacional– desde el derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impedía considerar al nacional comunitario –por tanto nacional no español– como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción, desarrollo y progresiva consolidación del concepto de ciudadanía comunitaria, pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional (artículo 20 TFUE). Sin embargo con la última reforma de 2009 esta deficiencia técnica-jurídica se ha superado, pues expresamente se delimita de un modo específico y concreto el ámbito de aplicación legal una vez más en sentido excluyente con referencia expresa a «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

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

En el Derecho interno, el artículo que se convierte en referencia es el 13 CE, por el que se garantiza, sin más, que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos que se reconocen el Título I de la misma con un simple condicionante fundamental, «en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley». Es decir, la Constitución Española no regula en sí misma los derechos y libertades de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional, en los grandes tratados y pactos internacionales, como a nivel infraconstitucional, en el desarrollo legal de los mismos, concretado para nuestro caso en la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, se ha de afirmar que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, si bien haya sido realizada por éstos. El texto constitucional *no ha desconstitucionalizado* los derechos fundamentales de los extranjeros –que tienen su fuente primaria en el texto constitucional– sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

Señaladamente, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el título I de la Constitución, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio «depende del derecho afectado»

Revista REDMEX 34-2013.indb 55 02/01/14 09:40

(STC 107/1984, de 23 de noviembre, fj. 4). En segundo lugar, a la regla contenida en el artículo 13 de la Constitución, según la cual «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Añadiendo que «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales». Como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el capítulo I –»De los españoles y los extranjeros»– del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas. De este modo, la remisión a la Ley que contiene el artículo 13.1 no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en el artículo 10.1 y 2 de nuestra Norma Fundamental.

Según el Tribunal Constitucional existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, fj. 3) puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, fj. 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, fj. 3; 99/1985, fj. 2; y 130/1995, fj. 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, fj. 7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con el canon hermenéutico consagrado *ex* artículo 10.2 de la Constitución (carácter hermenéutico que ha sido realzado reiteradamente por el Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, las SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, y, evidentemente, las 236 y 259/2007). Es lo cierto que la dignidad humana –artículo 10 de la Constitución– impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que esta dignidad de la persona constituye un mínimo infranqueable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido –como es obvio– el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional. Es así que el artículo 10.2 de la Constitución constituye, pues, el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, precepto sobre el que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte con cierto sentido en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra constitución (STC 36/1991, fj. 5), habiendo señalado, además, que especial interés revisten, en este proceso de determi-

Revista REDMEX 34-2013.indb 56 02/01/14 09:40

nación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de los valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incluirnos en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

Por tanto corresponde analizar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege –contenido esencial– para precisar seguidamente en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, pero acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE; precepto, éste, que significativamente se ubica dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona; STC 91/2000, fj. 3º). Hecho lo cual, y una vez comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá comprobarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido, si el derecho es de toda persona –derecho universal–, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que virtualmente no suponga una privación del mismo; es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo –que lo hace reconocible como tal– que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la situación en que se encuentre. Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sirve de apoyo a las sentencias del Alto Tribunal 236 y 259/2007. Pronunciamientos, a su vez, motivadores de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y fundamentación jurídica de la universalidad en titularidad y ejercicio atribuida en ella a los derechos humanos fundamentales de las personas –inmigrantes extranjeras en este caso–.

En cuanto a estos planteamientos, se ha de dejar constancia, en todo caso, que es una interpretación jurídica de carácter finalista y valorativo. Así, la *ratio* de la norma es identificable sobre la base de una reflexión compleja sobre su fundamento lógico y axiológico, que sepa unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas: señaladamente en este caso la cultura de los derechos fundamentales. El alcance más inmediato de ésta última en relación a la nueva doctrina consolidada de reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos

Revista REDMEX 34-2013.indb 57 02/01/14 09:40

humanos fundamentales es que su positivización infraconstitucional –pero en clara concordancia con la Carta Magna– es la que hace efectiva el contenido y pretensión moral de aquéllos, para lo que se fundamenta en caracteres importantes derivados de la idea nuclear de la dignidad humana. Así, ante la universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o incluso la restricción de éstos, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalización de los derechos. En este sentido, la inmigración plantea un desafío para la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización. Esa universalidad se alcanza vinculándolos, de modo inescindible, a la condición de persona; y es, ésta, desde luego, el mejor modo de hacerlos más fuertes en sus garantías de efectividad. Esto da lugar a que se esté produciendo la paradoja de la universalidad: todos los seres humanos son titulares de iguales derechos, mientras que las políticas de inmigración conllevan la falta de reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de los inmigrantes.

En coherencia con lo indicado, no queda establecida una división radical e ilógica de los derechos, sino que queda puesta de relieve la interdependencia entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguran la realización efectiva de los derechos socioeconómicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde la perspectiva de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aún así, se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ellos. Técnicamente, los derechos civiles y políticos comportan principalmente, pero no únicamente, una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva –garantías sociales–, aunque incluyen también componentes negativos, bien de carácter promocional de las libertades colectivas –es el caso del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga– o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un estatus jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido. No existen, en general, inconvenientes técnicos-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-ciu-

Revista REDMEX 34-2013.indb 58 02/01/14 09:40

dadano. Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos –derechos de libertad– y la igualdad o seguridad garantizada por los derechos sociales –derechos de igualdad–, porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos. De esta manera, los derechos sociales actúan también a modo de componente o condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad. En esta línea de pensamiento se ha realzado que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos –libertades públicas tradicionales y derechos sociales– subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social. Así, en el pensamiento moderno prevalece la idea de indivisibilidad de los derechos humanos. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica (*cfr.* La Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/130-1977). Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura –ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado–, se ha subrayado la naturaleza doble o mixta, sociopolítica, de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas.

El relativamente diverso modo de organización jurídica de los derechos fundamentales depende de la concreta voluntad de la política de derechos fundamentales, que está llamada a decidir sobre la oportunidad de positivar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución. Es en esta última dirección tanto los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y las sentencias que reiteran sus planteamientos, como la plasmación legal de su doctrina en el reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido la punta de lanza para la superación de la tradicional doctrina jurisprudencial de la concepción de los derechos sociales fundamentales como derechos de configuración legal, que no ha respetado ni su contenido esencial como derecho fundamental ni la regulación constitucional de los mismos en clara concordancia con el marco internacional. Se trata así de reafirmar y dejar constancia de que van a ser derechos fundamentales sociales aquellos que sean derechos fundamentales

Revista REDMEX 34-2013.indb 59 02/01/14 09:40

en nuestra Constitución, derechos subjetivos constitucionales, y que posean un contenido social, siendo posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de prestación. Y para ello es imprescindible colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que la misma Constitución consagra como fórmula político-jurídica. De este modo, con los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y la plasmación de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad que se habían interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, sino que se produce un avance muy relevante y significativo para la regulación del estatuto jurídico de derechos de los nacionales de terceros Estados en nuestro país en una dirección básica, a saber: su adecuada regulación legal conforme a los esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentran en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios de los que España es parte. Derechos que, de modo inequívoco, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de todo hombre en cualquier Estado, siendo éstos expresión máxima de los derechos humanos.

El modelo jurídico de regulación normativa de la situación y estatuto jurídico de las personas inmigrantes extranjeras en España se inserta en la tradición del garantismo jurídico o constitucionalismo democrático-social y entronca directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

En el contexto de la denominada inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales –personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo–, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni, consecuentemente, política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral, en relación a la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades –pese a que no se puedan observar como separadas– no hace sino reincidir y constatar –pese a su diferente matiz conceptual– el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Es necesario precisar, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector –según el caso– para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos –incluso fundamentales–. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante

Revista REDMEX 34-2013.indb 60 02/01/14 09:40

desde la tutela del estándar mínimo de protección –titularidad y ejercicio efectivo– de los derechos humanos fundamentales de toda persona.

En la configuración de nuestro modelo garantista de atribución de los derechos fundamentales a las personas inmigrantes ha tenido un papel central la doctrina del TC, y en particular las SSTC 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil –tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas– y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011. Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración, pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados –*bis*, *ter*, etcétera– y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En todo caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma –señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos–. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal. La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a varios motivos principales:

Revista REDMEX 34-2013.indb 61 02/01/14 09:40

Primeramente, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Por otra parte, se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea, en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos –Convenio núm.197 del Consejo de Europa–, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

La necesidad, en tercer lugar, de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno social total, complejo y contingente en su fisonomía. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretende ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

Ahora bien: es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido –al menos hasta el momento– de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales. Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigra-

Revista REDMEX 34-2013.indb 62 02/01/14 09:40

torio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales –civiles, políticos y sociales–. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud pro-activa de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política pro-activa no incumbe sólo al Gobierno central –a quien le corresponde, según el artículo 149.1.2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000–, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Atendiendo a estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia, excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Se trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones. Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas de incremento del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

Es así que se aprecian unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un

Revista REDMEX 34-2013.indb 63 02/01/14 09:40

nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

Sin embargo, a pesar de que el nuevo modelo de extranjería e inmigración buscaba expresamente una cierta «estabilización» alrededor de principios coherentes, se han venido produciendo sucesivas reformas legislativas que restringen los derechos de los trabajadores inmigrantes irregulares (es el caso de la denegación de la protección por desempleo –artículo 36.2 LOEXIS– y de la limitación estricta de la asistencia sanitaria a situaciones de urgencia grave y embarazo, parto o postparto –artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión social y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud). Este tipo de medidas abundan en el debilitamiento de la posición jurídica de los trabajadores inmigrantes irregulares, que son precisamente los más vulnerables.

En realidad, la plena coherencia con la racionalidad inherente al constitucionalismo democrático-social debería suponer que se regularse la inmigración desde la perspectiva de garantizar a las personas migrantes una ciudadanía plena, integral e inclusiva en el marco del Estado Social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Esto presupone la superación de la visión instrumental (sujeta a la racionalidad económica unilateral del mercado de trabajo) de la inmigración protegiendo a las personas más allá del trabajo con este conjunto de derechos de ciudadanía, al propio tiempo que (gracias a su carácter indecidible y vinculado a la persona) su garantía no se vería cuestionada por razones económicas coyunturales o de oportunismo populista electoral, como, por el contrario, sí está ocurriendo en el marco de las políticas migratorias de los países europeos.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E., *Inmigración y democracia,* Madrid, Alianza Ed., 2012.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*. Madrid, Ed. Civitas, 2001.

ARENDT, H., *La condición humana*. Barcelona, Ed. Paidós, 1993.

AWAD, I., *The global economic crisis and migrant workers: impact and response*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

BARCELLONA, P., «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social». En *Problemas de legitimación en el Estado social*. AA.VV., OLIVAS, E. (coord.). Madrid, Ed. Trotta, 1993.

BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y derechos sindicales,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

Revista REDMEX 34-2013.indb 64 02/01/14 09:40

BENJAMIN, W., *Angelus novus,* edición, y estudio preliminar, «La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, Modernidad y Progreso», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012.

CHARRO BAENA, P., «El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 105 (2013).

CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes», *Revista General de Derecho del Trabajo,* núm. 28 (2012).

CHUECA SANCHO, Á. y AGUELO NAVARRO, P., «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21 (2009).

DE LUCAS, J., «Políticas de inmigración, derechos, ciudadanía». En *Derechos Humanos e Inmigración. Una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*. AA.VV., NIETO GARCÍA, L. (dir.), Motril, Imprenta Comercial, 2003.

ELU TERÁN, A., «Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas». *Revista CAUCES*, núm. 15 (2011).

FERRAJOLI, L., «Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: Un constitucionalismo global», en *Insonomia,* núm. 9 (1998).

– «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Ed. Trotta, 2001.

– «Derechos fundamentales y crítica del Derecho», *Epistemología jurídica y garantismo,* México, Ed. Fontamara, 2004.

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, Mª A., «La distribución de competencias en materia de inmigración». *RevistaTemas Laborales*, vol. I, núm. 100 (2009).

GEORGE, S., «¿Globalización de los derechos?», en *La globalización de los derechos humanos*. AA.VV., GIBNEY, M. J. (ed.), Barcelona, Ed. Crítica, 2004.

GURVITCH, G., *La idea del Derecho Social,* edición y estudio preliminar, «La 'Idea del Derecho Social' en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch», por J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares, 2005.

LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*. Barcelona, El Viejo Topo, 2009.

MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Ed., 1998.

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

MERCADER UGUINA, J.R. y MUÑOZ RUIZ, A.B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32 (2001).

MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de la reforma». *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 26 (2001).

MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades,* Granada, Ed. Comares, 2005.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, I y II». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 56 y 57 (1992 y 1993).

– *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid, CES, 1996.

Revista REDMEX 34-2013.indb 65 02/01/14 09:40

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

– «Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría comprensiva del Derecho», en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007).

– *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.

– *La política de empleo como instrumento de lucha contra la inmigración,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.

– «Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significado político-jurídico». Estudio introductorio a JELLINEK, G., *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* Granada, Ed. Comares, 2009.

– *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

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

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á., «El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (I y II)». *Revista Aranzadi Social*, núms. 19 y 20 (2010).

– «El reconocimiento universal de los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre». En *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Granada, Comares, 2010.

– «Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica», en VV.AA., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica,* Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, Mª N. (dir.), Granada, Ed. Comares, 2011.

– «El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo», en VV.AA., *El Derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas,* Monereo Pérez, J.L. (dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (coords.), Granada, Ed. Comares, 2013.

– «Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social», en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 157 (2013).

– «El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España», en *Revista de derecho migratorio y extranjería,* núm. 29 (2012).

NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Ed. Paidós, 2007.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración,* Madrid, Ed. Dikynson, 2004.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Las políticas de inmigración». *Revista Tribuna Social*, núm. 133 (2002).

VALDUEZA BLANCO, Mª D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

Revista REDMEX 34-2013.indb 66 02/01/14 09:40

RAMOS QUINTANA, M.I., «Inmigración y globalización económica. ¿Un lugar para el Derecho del Trabajo?, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 (2006).

– *El trabajo de los extranjeros en España,* Madrid, Ed. Tecnos, 1989.

– «La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral». En *Migraciones laborales. Acción del a OIT y política europea*, VV.AA., RAMOS QUINTANA, M.I. (coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2011.

RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los movimientos migratorios y la globalización: la dimensión europea». *Revista Relaciones Laborales*, núms. 15-16 (2009).

ROJO TORRECILLA, E., «Inmigración y mercado de trabajo en el ámbito comunitario y español (el impacto de las políticas de inmigración sobre el empleo y la edad de la población trabajadora). En *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, AA.VV., CAMAS RODA, F. (coord.). Barcelona, Bosch, 2009.

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

SASSEN, S., *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013.

SEN, A., *Desarrollo y libertad,* Barcelona, Ed. Planeta, 2000

– *La idea de justicia,* Madrid, Ed. Taurus, 2009.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión». *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén*, 2ª época, núm. 9 (2009).

– *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes,* Granada, Ed. Comares, 2012.

VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* DE CABO, C. y PISARELLO, G. (eds.), Madrid, Ed.Trotta, 2007.

– *International Labour Migration. A right-based approach*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2010.

– «La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. núm. 85 (2010).

– «La presidencia española de la Unión Europea en materia de inmigración: la declaración de Zaragoza, el Plan de Acción de MENAS y la Evaluación del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo (primer semestre de 2010)», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90 (2010).

– *La Era de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs.), Granada, Ed. Comares, 2012.

Revista REDMEX 34-2013.indb 67 02/01/14 09:40

II. LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO EUROPEOS: REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DEL ARTÍCULO 57.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE EXTRANJERÍA

Alejandra Selma Penalva

Profesora Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Murcia

RESUMEN

La expulsión de los extranjeros no europeos: reflexiones críticas acerca de la indeterminación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería

Son distintas las causas de expulsión de ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Pero sobre todas ellas, por la amplitud de su contenido y por las diferentes controversias jurídicas que desencadena su concreta aplicación práctica, merece especial atención el artículo 57.2 de la LO 4/2000, de Extranjería (LOEX). En el presente trabajo se pretende no sólo analizar con detalle su verdadero alcance, sino también estudiar su interrelación práctica con otros preceptos normativos que, unas veces en el ámbito penal y otras en el ámbito administrativo, perfilan el contenido real de la concreta causa de expulsión comentada. En particular, se presta especial atención a los problemas interpretativos que deja pendientes de respuesta la escueta redacción del precepto comentado.

Palabras clave: Expulsión, extranjeros, condena, antecedentes penales.

ABSTRACT

Non european citizens ejections: rethinking about the indeterminacy of the LO 4/2000, art. 57.2 C

They are different causes ejection of non-EU citizens under our legal system. But above all, by the breadth of its content and the various legal controversies that triggers its concrete practical application deserves special artículo 57.2 of Law 4/2000 of Immigration (LOEX). In this paper aims not only to analyze in detail its true scope, but also to study their interaction with other policy prescriptions practice that sometimes in criminal law and others in the administrative law, outline the actual content of the specific grounds for ejection commented. In particular, special attention is paid to the problems of interpretation that remain unanswered leaving the bare wording of the art.57.2 mentioned.

Key words: Ejection, Non-EU citizens, conviction, police record.

Sumario

I. PUNTO DE PARTIDA: LA DIFERENTE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES.

II. LAS CAUSAS DE EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA.

1. Expulsión del extranjero por vía administrativa.

2. Expulsión del extranjero por motivos penales.

Revista REDMEX 34-2013.indb 69 02/01/14 09:40

III. LAGUNAS E INDETERMINACIONES DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX.
IV. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN POR ESTA CAUSA.
V. LA DISCUTIBLE NATURALEZA JURÍDICA DEL SUPUESTO DE EXPULSIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 57.2 LOEX.
VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX: OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS.
VII. LA PONDERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES Y LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEA.
VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 57.2 Y 57.5 LOEX.
IX. DIFERENCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 89 CP Y EL ARTÍCULO 57.2 LOEX.
X. CONCLUSIONES.

I. PUNTO DE PARTIDA: LA DIFERENTE REGULACIÓN JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES

Como es sabido, cualquier ciudadano extranjero que se encuentre en territorio español, bajo determinados presupuestos, puede ser obligado a salir de nuestras fronteras. Ahora bien, los requisitos y las causas que legitimarían esta medida varían dependiendo de si el sujeto es nacional de un país de la Unión o no lo es. La norma aplicable a los nacionales de Estados miembros de la Unión y a sus familiares directos, es el Real Decreto 240/2007, sobre Entrada, Libre Circulación y Residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[1].

No hay duda de que el origen de esta norma radica en el deseo del legislador de hacer cumplir el acuerdo recíproco de los países de la Unión de eliminar las formalidades administrativas que recaían sobre sus propios ciudadanos a la hora de entrar y residir en el territorio de otros Estados miembros. Por ese motivo, España, al igual que ha hecho el resto de Estados miembros, ha reducido al máximo las limitaciones y formalidades que obstaculizaban a los ciudadanos de la Unión entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español.

Ahora bien, que el RD 240/2007 intente potenciar al máximo la libertad de circulación y la libertad de residencia de los nacionales de Estados miembros dentro de cualquier territorio de la Unión Europea no quiere decir que no existan supuestos dentro de los que cabe, legítimamente, expulsar a un ciudadano de la Unión y/o a sus familiares directos, del territorio español, lo que sí ocurre es que, en este caso, el legislador es muy estricto a la hora de determinar cuáles son las situaciones en las que cabe llevar a cabo dicha expulsión.

(1) La citada norma, en aplicación del art. 1.3 LOEX, constituye el desarrollo en el ordenamiento español de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (con la que, con la intención de reforzar y simplificar el derecho a la libre circulación dentro de los países de la Unión, se deroga la clásica Directiva 64/221). En concreto, el RD 240/2007 hoy vigente, y habida cuenta de la modificación operada en la Directiva de la Unión Europea que le da origen, sustituye y deroga al RD 178/2003 sobre Entrada y Permanencia en España de Nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre Espacio Económico Europeo.

Revista REDMEX 34-2013.indb 70 02/01/14 09:40

II. La expulsión de los extranjeros no europeos

El TJUE ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas[2], que siempre debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente[3]. Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional del concepto de orden público requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad[4].

Así pues, como proclaman de forma contundente nuestras normas internacionales, en principio, todo ciudadano de la Unión Europea tiene plena libertad para entrar, salir, circular o residir en España. Por ese motivo, la entrada en España de un ciudadano europeo se efectuará simplemente «*con el pasaporte o, en su caso, el documento de identidad válido y en vigor, en el que conste la nacionalidad del titular*» (artículo 4.1 RD 240/2007). Con el fin de preservar la unidad familiar, de la misma libertad de entrada y circulación se benefician también los familiares directos de un ciudadano europeo (tengan o no nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea)[5].

La confluencia de los derechos de entrada, estancia y residencia permanente perfila un *status* privilegiado de ciudadano de la Unión, que pretende facilitar al máximo la movilidad de las personas dentro del territorio de los distintos países miembros. Pero este principio general de libertad de circulación no está exento de excepciones: el propio legislador contempla, con ánimo de excepcionalidad, las situaciones tasadas en las que cabe limitar dichas libertades[6]. Y estas causas de expulsión son únicamente tres: las derivadas de razones de orden público, seguridad pública o salud pública[7].

---

(2) Como recuerda, entre otras, la STSJ de Burgos, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, núm. de resolución 571/2012.

(3) Sentencias de 28 de octubre de 1975, Caso Rutili, 36/75; Caso Bouchereau, de 27 de octubre de 1977, 30/77.

(4) Entre otras, la STJUE para el Caso Orfanopoulos y Oliveri, de 29 de abril de 2004 (asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01). Incluso la existencia de varias condenas penales carece a estos efectos de relevancia por sí misma (STJUE de 4 de octubre de 2007, caso Murat Polat, C-349/2006).

(5) Como dispone el art. 2 y la Disposición adicional vigésima RD 240/2007. Según estos preceptos, se entiende por familiares directos:

«*a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído o acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal. b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte del Acuerdo sobre EEE (…). c) A sus descendientes directos y a los de su cónyuge o pareja registrada (…) menores de 21 años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces. d) A sus ascendientes directos o a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo (…)*». Ahora bien, en algunos casos, cuando los familiares directos no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, para entrar en España y sólo cuándo así lo disponga el Reglamento (CE) 539/2001 «*necesitarán además, el correspondiente visado*» (art. 4.2 RD 240/2007).

(6) Teniendo en cuenta lo dispuesto tanto en la LO 4/2000 como en el RD 240/2007, se aprecia que el orden público, la salud pública y la seguridad pública son siempre causas de expulsión *de extranjeros*, y por tanto, sin que en ningún caso, una persona con nacionalidad española pueda ser expulsado de territorio español (art. 3.1 Ley de extradición Pasiva), ni privado de su nacionalidad española (art. 11.2 CE).

(7) Respecto a los ciudadanos europeos o sus familiares, de forma tajante, el art. 15.7 RD 240/2007 incide en el hecho de que «*la caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión*».

Revista REDMEX 34-2013.indb 71 02/01/14 09:40

Es el artículo 15 RD 240/2007 el que determina las excepciones que se pueden aplicar sobre el principio de libre circulación de los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, de un país firmante del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo o sobre los miembros de su familia(8). De esa enumeración de causas que, con carácter excepcional y debidamente justificadas pueden dar lugar a la expulsión de un ciudadano de la Unión del territorio español se excluyen las que incidan sobre sujetos que hubieran «residido en España durante los *diez años anteriores*» (artículo 15.6.a RD 240/2007), a los que, por la confluencia de su condición de nacionales de un país europeo con la residencia prolongada en territorio español y sólo a efectos de su eventual expulsión, se les equipara, en algunas materias, a los propios ciudadanos españoles (aunque obviamente no hayan adquirido la ésta nacionalidad)(9).

Así, entre las distintas medidas que se pueden adoptar «por razones de orden público, seguridad pública y salud pública», dicho precepto prevé no sólo la *prohibición de entrada* en España aunque los interesados presenten la documentación prevista, sino también, la posibilidad de *ordenar la expulsión o devolución* del territorio español. Ahora bien, lo que sí se advierte expresamente es que, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, «se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen» (artículo 15.1 RD 240/2007)(10).

En este sentido el legislador es taxativo: sólo en situaciones muy concretas cabe impedir la entrada o limitar la residencia en España de un ciudadano de la Unión Europea o de uno de sus familiares. Y estas causas legítimas de prohibición de entrada o de legitimación de la expulsión aunque genéricas en su configuración, no son ni mucho menos arbitrarias. Se trata de supuestos en los que se aprecia que debe primar un bien jurídico de más valor que la libertad de circulación dentro del territorio europeo, entendiendo por tanto que los principios de orden público, seguridad pública y salud pública constituyen bienes jurídicos más valiosos que la libertad de desplazamiento. En definitiva, los motivos concretos elevados por el legislador a la categoría de causas justas de limitación de las libertades de los ciudadanos de la Unión en España tienen en común que se relacionan con derechos generales de la colectividad, y por ello prevalecen sobre el derecho de entrada y residencia de un ciudadano individualmente considerado.

Ahora bien, lo que no se puede negar es que estos tres términos (seguridad pública, orden público y salud pública) también comparten el mismo margen de indeterminación

---

(8) Sobre este tema, véase ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., «*Nacionalidad y emigración*», La Ley, Madrid, 1990, pp. 83 y ss.

(9) No está de más recordar que, según disponen los arts. 21.2 y 22.1 del Código Civil, es precisamente también el criterio de los diez años de residencia el que, con carácter general, se utiliza como presupuesto imprescindible para poder solicitar y adquirir la nacionalidad española por otorgamiento del Ministro de Justicia. A este criterio general hay que exceptuar determinadas situaciones concretas en las que se exige un plazo más reducido, atendiendo a las vinculaciones previas que el sujeto o su país de origen, tengan con España (arts. 22.1 y 22. Código Civil). Por ese motivo, la residencia continuada en territorio español durante 10 años, por sí sola, da derecho a un trato privilegiado del ciudadano a efectos de su expulsión, porque precisamente el mismo periodo de referencia, le hubiera dado derecho a solicitar la adquisición de la nacionalidad española por residencia continuada.

(10) En aplicación de este precepto, véase STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, núm. C-348/2009.

Revista REDMEX 34-2013.indb 72 02/01/14 09:40

que deriva de su amplitud. Es cierto que la CE recurre a estas nociones en ciertos preceptos de su articulado (artículos 9.3, 10.1, 17.1, 43.2, etc.), pero no los acompaña de una definición auténtica que ayude a perfilar su verdadero contenido y alcance. No dejan de ser declaraciones y reconocimientos genéricos, que no bastan para dotar de concreción a los términos de «orden público», «seguridad pública» o «salud pública».

Tampoco es fácil determinar la naturaleza jurídica que verdaderamente presenta esta causa de expulsión. Y es que la posibilidad de expulsión prevista en el RD 240/2007 no implica necesariamente la previa comisión por parte del sujeto de una infracción penal o administrativa (piénsese por ejemplo en la expulsión por motivos de salud pública) o incluso, puede aplicarse de forma independiente y complementaria a la imposición de una sanción sin afectar al principio constitucional de *ne bis in idem* (por ese motivo, se puede ordenar incluso sobre sujetos que ya han cumplido la pena impuesta por el delito cometido, pero que pese a todo, se estima que siguen representando un riesgo potencial para la seguridad o el orden público español). Así las cosas, podría decirse que esta forma de expulsión tiene mera naturaleza de medida cautelar impuesta en virtud de un procedimiento administrativo, a través de que la se intenta salvaguardar determinados intereses esenciales de la sociedad española, en los que se ve afectado el bienestar general(11).

Conviene insistir en que, por lo que respecta a los ciudadanos de la Unión, dada la configuración del artículo 15, RD 240/2007, no es la comisión de un delito ni tan siquiera el historial penal de un sujeto el motivo que, por sí sólo, puede utilizarse para argumentar su lesividad potenciar contra el orden público español, sino que debe tratarse de una conclusión valorada, razonada y fundamentada atendiendo a todas las circunstancias que concurran en el caso (por ejemplo, situación familiar del sujeto, actividades profesionales o académicas desempeñadas, peligrosidad potencial, posibilidades de reinserción social, etc.)(12).

Fuera de situaciones en las que puede apreciarse un riesgo cierto o probable contra el orden público, la seguridad pública o la salud pública, no cabe expulsar a un ciudadano de

---

(11) El procedimiento previsto para acordar la expulsión de un ciudadano de la Unión, de naturaleza administrativa, aparece regulado en los arts. 16, 17 y 18 del RD 240/2007: las resoluciones de expulsión serán dictadas por los Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, previo informe de la Abogacía del Estado, salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas. Las resoluciones de expulsión deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ellas, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se deben formalizar, así como, cuando proceda, del plazo concedido para abandonar el territorio español. Cabe resaltar que «durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio» (art. 17.2, RD 240/2007).

(12) Ante estas situaciones, cabe recordar que, aunque el menor de edad carece de responsabilidad penal, se le aplicaría la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor. La citada norma, en su Exposición de Motivos reconoce que su redacción se ha guiado por el principio del superior interés del menor y por el respeto a las garantías que nuestro ordenamiento constitucional y las normas de Derecho internacional reconocen a los menores de edad, con particular atención a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En concreto, con la referida ley, se pretende mejorar el marco jurídico de protección del menor hasta ese momento vigente, estableciendo la mayoría de edad penal en los dieciocho años, y al mismo tiempo promulgando «una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia que reclama la sociedad española de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad pena». En concreto, la citada responsabilidad se sustenta en principios orientados hacia la «reeducación» de los menores de edad infractores, en base a sus circunstancias personales, familiares y sociales.

Revista REDMEX 34-2013.indb 73 02/01/14 09:40

la Unión ni a sus familiares directos del territorio español. En estos casos, ni la comisión de delitos, ni la imposición de sanciones administrativas, ni mucho menos la carencia de meros documentos formales (como puede ser la ausencia de visado o de tarjeta de residencia de un familiar no europeo de un ciudadano de la Unión), por sí solos, pueden llevar aparejada la expulsión del territorio español(13).

Por el contrario las causas de expulsión de los ciudadanos nacionales de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea ni forme parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo ni puedan considerarse «familiares» de éstos, son mucho más numerosas. Y es que no resultará en este caso aplicable el RD 240/2007 (cuyo ámbito subjetivo de aplicación se reserva únicamente para ciudadanos miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o sus familiares), sino el Título III de la propia Ley de Extranjería (LOEX).

En definitiva, comparando el RD 240/2007 con las previsiones impuestas con carácter general en la LOEX se aprecia que las causas que legitimarían la prohibición de entrada o la expulsión del territorio español de un ciudadano europeo o de uno de sus familiares directos son mucho más reducidas que las que generarían estas consecuencias sobre un extranjero ajeno a la Unión Europea.

Adviértase que, para proceder a la expulsión de un extranjero extraeuropeo no es preciso que el extranjero se encuentre de forma irregular en España, sino que, al igual que es posible expulsar a un ciudadano europeo, también cabe la expulsión de sujetos nacionales de Estados que no sea miembros de la Unión Europea ni del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo a pesar de que hayan entrado y residido de forma legal en España, siempre que concurran circunstancias de especial gravedad.

Como se expone a lo largo del presente trabajo, cabe resaltar que los nacionales de países que no europeos que puedan considerarse «residentes de larga duración» tendrán también una protección reforzada frente a la expulsión. Al respecto, es la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, la que aprueba el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Siguiendo unas causas similares a las que legitiman la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, el artículo 6.1 de la citada Directiva expone que «los Estados miembros podrán denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública», indicando además que «al adoptar la correspondiente resolución, el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país

(13) A estos efectos, el TJUE en el asunto C-459/99, de 25 de julio de 2002, argumenta que una decisión denegatoria de un permiso de residencia o una decisión de expulsión que se basen únicamente en el incumplimiento de formalidades legales relativas al control de extranjeros –como la entrada sin visado en un Estado miembro o la permanencia sin tarjeta de residencia– constituyen medidas desproporcionadas y, en consecuencia, contrarias a las normas de la Unión, cuando el interesado puede aportar pruebas de su identidad y del vínculo de familiaridad con un nacional de la Unión. Dicha consideración ha sido contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 15.7 del RD 240/2007 sobre Entrada, Libre Circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Revista REDMEX 34-2013.indb 74 02/01/14 09:40

de residencia», exigencias que actualmente quedan plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 53.2 LOEX[14].

II. LAS CAUSAS DE EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS NO PERTENECIENTES A LA UNIÓN EUROPEA

Al margen de la situación especial en la que se encuentran los residentes de «larga duración», con carácter general, respecto a la expulsión de ciudadanos no europeos, cabe distinguir dos vías de expulsión: la expulsión administrativa y la expulsión penal. Ambas se impondrán con fines sancionadores pero por jurisdicciones diferentes y atendiendo a motivos diversos.

1. Expulsión del extranjero por vía administrativa

Es el artículo 57 LOEX, el que regula los supuestos concretos en los que la comisión de una infracción administrativa puede derivar en la iniciación de un procedimiento de expulsión. En concreto, dicho precepto clasifica en dos grandes grupos las distintas causas que pueden dar lugar a la iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión[15].

En primer lugar, el apartado 1 del referido artículo 57 LOEX establece que «*cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo*»[16].

---

(14) Por lo que respecta a los residentes de larga duración, resulta imprescindible hacer referencia a la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración «la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública». Así lo aprecia en un caso concreto la STSJ de 21 de diciembre de 2012, Sala de lo Contencioso, Burgos, Sección 1ª, núm. de Resolución: 571/2012.

(15) Sobre las consecuencias sancionadoras administrativas, véase MONTOYA MELGAR, A., «*El empleo ilegal de inmigrantes*», Civitas, 2007, pp. 169 y ss.

(16) Para valorar este precepto en toda su extensión, es imprescindible recurrir a los apartados específicos del art. 53 LO 4/2000 que en él se mencionan. Así, el art. 53 LO 4/2000 determina que las infracciones graves que pueden dar lugar a la expulsión del extranjero son: «*a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. f) La participación por el extranjero en*

Revista REDMEX 34-2013.indb 75 02/01/14 09:40

Se aprecia por tanto que, de las infracciones leves tan sólo se puede derivar una sanción de multa, que en ningún caso puede sustituirse por la expulsión[17].

En segundo lugar, ampliando el elenco de supuestos que, por vía administrativa, pueden generar la expulsión de un extranjero del territorio español, el apartado 2 del artículo 57 LO 4/2000, con altas dosis de ambigüedad e indeterminación, contempla que: «*asimismo, constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*».

2. Expulsión del extranjero por motivos penales

Es el artículo 89 del vigente Código Penal (CP) el que define y concreta los supuestos en los que se permite la expulsión del territorio español por motivos penales. El primer apartado del citado precepto dispone[18]:

«*Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestos a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acodarán en la sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España (…)».

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito administrativo, en esta ocasión no se distingue entre los delitos cometidos de forma dolosa y los delitos imprudentes, sino que la única diferencia de trato viene motivada por la naturaleza y entidad de la pena impuesta (ha de ser una pena privativa de libertad e inferior a seis años). Como se puede apreciar, el legislador, hace especial hincapié en la entidad de la pena y opta por utilizar como punto de referencia las penas inferiores a seis años con un doble objetivo:

---

la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana». Una explicación detallada de las infracciones graves y muy graves sancionables con la expulsión o con una multa, véase AA.VV. (coord., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.), «*Extranjeros en España. Régimen jurídico*», Laborum, Murcia, 2001, pp. 443 y ss.

(17) Además, la ley prevé que las infracciones que merecen una reprobación muy pequeña por parte del legislador, se tramiten en virtud de un procedimiento simplificado. Véase VALDUEZA BLANCO, M.D., «*El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*», Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 393 y ss.

(18) Recientemente reformado por LO 5/2010. Y es que antes de la citada modificación quedaba redactado en términos potestativos y no imperativos.

Revista REDMEX 34-2013.indb 76 02/01/14 09:40

Por una parte, se intenta conseguir la aplicación efectiva del principio de retributividad de las sanciones penales privativas de libertad y garantizar el respeto riguroso del orden público ante delincuentes que, en atención al delito cometido, pueden calificarse como de especialmente peligrosos(19); y por otra, al permitir la expulsión del territorio español como medida alternativa al ingreso en prisión, se está tratando de facilitar la resocialización de determinado tipo de delincuente, autor de delitos calificables como menos graves, para el que en muchos casos el retorno a su país de origen facilitaría su inserción social. Se aprecia así que el legislador se apoya en la gravedad de la pena imponible para intuir el grado de peligrosidad del delincuente, por lo que la expulsión se reserva para aquellos supuestos en los que se estima que el delincuente genera un riesgo «asumible» (imposición de penas inferiores a seis años o una vez alcanzado el tercer grado penitenciario) y por tanto, podría resultar conveniente incentivar su reinserción en su sociedad de origen.

Pero este criterio general no está exento de excepciones: es precisamente el criterio de la peligrosidad potencial del sujeto el que lleva al legislador penal a impedir que se lleve a cabo la expulsión del extranjero, incluso cuando la condena impuesta se ajuste a los parámetros indicados, siempre que ésta provenga de la comisión de un delito que atente contra los intereses generales del Estado (como ocurre con el tráfico legal de manos de obra, la potenciación de la inmigración clandestina, la asociación ilícitas y la participación económica en este tipo de asociaciones, etc.)(20).

Es muy importante resaltar que en ningún caso puede aplicarse la sanción penal de expulsión sobre un ciudadano de la Unión Europea. Y es que al igual que éste está excluido del ámbito de aplicación de la LOEX, también lo está de aplicación la expulsión contemplada en el artículo 89 CP como medida sancionadora sustitutiva de la pena de prisión, dado que se reserva únicamente para los extranjeros que «*no residan legalmente en España*» (situación en la que, debido al principio de libertad de circulación dentro del territorio español, obviamente no se podrán encontrar los ciudadanos europeos)(21). Así pues, como se ha expuesto, los ciudadanos de la Unión y asimilados,

---

(19) Es especialmente importante destacar que el límite de los seis años se utiliza para garantizar la aplicación práctica del principio de retributividad de las penas y evitar que la «expulsión» pueda verse como una solución «liberatoria» de aquellos delincuentes extranjeros que hayan cometido delitos más graves en nuestro país, y gracias a la ejecución de la expulsión del territorio español impuesta a modo de sanción, puedan evitar las consecuencias condenatorias impuestas por los actos cometidos.

(20) Literalmente, el art. 89.4 CP (introducido por la LO 8/2000) dispone: «*Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 321, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal*».

(21) Por ejemplo, el TS estima el motivo alegado por la recurrente, «condenada por el Tribunal de instancia como autora de un delito de uso de tarjetas de crédito falsificadas, a la pena de tres años de prisión que, en la misma Sentencia, se sustituía por la expulsión del territorio nacional por tiempo de seis años». En concreto, ésta «fundamenta su Recurso de Casación en un Único motivo por infracción de Ley, tanto por «error facti» (art. 849.2º LECr) como por indebida aplicación del art. 89 CP (art. 849.1º LECr), al haberse acordado la referida expulsión incorrectamente por tratarse de una ciudadana de la Unión Europea, Sala de lo Penal, Sección 1ª, (núm. de resolución 606/2012). Más discutible podría ser en cambio el hipotético supuesto en el que, después de haberse tramitado el oportuno expediente administrativo y haberse decretado una orden de expulsión respecto a un ciudadano europeo (por apreciar la existencia de un riesgo grave para la seguridad, la salud o el orden público español), y teniendo en cuenta que dicha expulsión necesariamente lleva aparejada la prohibición de entrada en España mientras subsistan las circunstancias personales sobre las que se ha sustentado la peligrosidad del sujeto, dicho ciudadano incumpla dicha prohibición

Revista REDMEX 34-2013.indb 77 02/01/14 09:40

sólo pueden sufrir expulsión por razones graves de orden, salud o seguridad públicos, contempladas en el artículo 15.1 del ya referido RD 240/2007 y declaradas expresa y concretamente por la Autoridad administrativa competente, por lo que la expulsión de estas personas (y aunque también pueda estar de alguna manera fundada en su conducta criminal), únicamente puede imponerse en virtud de un procedimiento administrativo específico y atendiendo a las causas previstas en el artículo 15 del RD 240/2007, siempre y cuando haya quedado debidamente constatada su peligrosidad potencial para los intereses españoles.

III. LAGUNAS E INDETERMINACIONES DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX

Como a simple vista se puede constatar, la redacción literal del citado artículo 57.2 LOEX no es tan precisa como sería deseable y obliga a realizar una minuciosa labor de interpretación jurídica. Es cierto que determinados aspectos propios de su configuración y alcance práctico son claros y aparecen debidamente precisados en el texto de la norma, pero también lo es que en otros muchos aspectos, el legislador mantiene un poco deseable margen de inconcreción.

Así pues, entre los aspectos que resultan indiscutidos en relación con la aplicación práctica del artículo 57.2 LOEX pueden destacarse los siguientes:

– No es preciso que el extranjero se encuentre de forma irregular en España, puesto que, cuando se produce la situación anterior, también cabe la expulsión de sujetos nacionales de Estados que no sea miembros de la Unión Europea ni del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo a pesar de que hayan entrado y residido de forma legal en España. Únicamente en el caso de que se trate de residentes *de larga duración*, lo previsto en el artículo 57.2 LOEX deberá aplicarse conjunta e indisolublemente unido a lo contemplado a estos efectos en el artículo 57.5 LOEX[22].

– La expulsión impuesta en aplicación del citado artículo 57.2 LOEX no lo es como alternativa a la sanción de multa (como en cambio sí se prevé en el supuesto contemplado en el artículo 57.1 de la misma Ley) ni tan siquiera como medida sustitutiva de la pena (tal y como contempla el artículo 89.1 CP) sino que se impone de forma imperativa y como única consecuencia legal posible prevista: en definitiva, por lo que respecta a la expulsión de ciudadanos europeos, no cabe elegir entre la sanción impuesta y la expulsión del territorio español[23].

---

de entrada y regrese a territorio español, situación en la que el ciudadano de la Unión pasaría a encontrarse también en situación *irregular* en España.

(22) Sobre esta cuestión, entre otras, véase la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2012 (núm. de resolución 417/2012). Adviértase que en el art. 57.5 LOEX, respecto a los residentes de larga duración, se indica que la sanción de expulsión solamente podrá aplicarse atendiendo a la lesividad del sujeto respecto a la seguridad y el orden público español, exigiendo en cualquier caso que, «antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado».

(23) Sobre esta cuestión, entre otras, véase la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2012 (núm. de resolución 417/2012).

Revista REDMEX 34-2013.indb 78 02/01/14 09:40

– En cualquier caso, a diferencia de lo previsto en el artículo 89.1 CP respecto a la expulsión como sanción penal sustitutiva de una pena privativa de libertad, debe insistirse en que la decisión de expulsión no es automática, sino que precisa de la instrucción y tramitación de un expediente administrativo previo encaminado a tal fin. La razón de ser de esta medida sancionadora es la *peligrosidad* que pueda suponer la permanencia del extranjero en territorio español, habida cuenta de las conductas anteriormente desplegadas por el extranjero afectado y que han constituido delitos de naturaleza dolosa. Y ello, «con independencia del tipo delictivo que se hubiese cometido y del grado de participación que se hubiera tenido»(24).

– El artículo 57.2 LOEX exige necesariamente que el sujeto en cuestión «haya sido condenado» (independientemente del país en el que se imponga la pena, o de la entidad real que ésta resulte tener). No basta por tanto, por motivos de seguridad jurídica, que el sujeto se encuentre imputado o esté siendo procesado por la comisión de un delito que tenga atribuido en nuestro ordenamiento jurídico una pena de privación de libertad superior a un año(25).

– Para iniciar un procedimiento de expulsión por la causa expuesta, no es imprescindible que la pena efectivamente impuesta al extranjero (bien por órganos judiciales españoles, bien extranjeros) haya sido «superior a un año» sino simplemente que dicha conducta *«constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año»*(26). Es decir, la gravedad de la pena se predica del delito en abstracto y según el tipo penal español, y no de la pena prevista en el ordenamiento jurídico extranjero (si es que la condena ha sido impuesta fuera de España) o del tiempo de privación de libertad finalmente impuesta al sujeto que ha cometido el acto delictivo(27), ni del periodo de privación de libertad que efectivamente haya llegado a cumplir el reo(28).

En definitiva, para que entre en juego la posibilidad de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX es necesario, no sólo que el tipo penal contemple, para dicha conducta delic-

---

(24) RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. y DEL MORAL GARCÍA, A., «Comentario al art. 57 LOEX», en «*Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo reglamento*», Civitas, Madrid, 2012, p. 833.

(25) Así pues, lo dispuesto en el art. 57.7 LOEX, debe entenderse exclusivamente referido a las causas de expulsión previstas por infracciones administrativas contempladas en el art. 57.1 LOEX y nunca por la causa genérica del 57.2 LOEX. En concreto, el citado apartado 7 indica que «cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación».

(26) A estos efectos resulta esencial tener en cuenta lo previsto en el art. 33.1 CP, que concreta que «en función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves». En esta línea, se considerará pena privativa de libertad de carácter «grave» «*la prisión superior a tres años*» (art. 33.2 a CP), y «menos grave», «*la prisión de seis meses a tres años*» (art. 33.3.a CP).

(27) El art. 36 CP prevé que «*la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código*».

(28) El Capítulo III del Título III del Código Penal permite *la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*. Y lo hace en los siguientes términos: «*los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*» (art. 80.1 CP).

Revista REDMEX 34-2013.indb 79 02/01/14 09:40

tiva, la imposición de una pena privativa de libertad, sino también que el legislador español, en abstracto, le atribuya a dicha privación de libertad un margen temporal de duración *superior a un año,* aunque la pena finalmente impuesta no alcance efectivamente esta duración, e incluso, a pesar de que finalmente el sujeto no haya llegado a ser internado en un centro penitenciario(29). De tal forma, incluso se puede llevar a cabo la expulsión a pesar de que el extranjero no haya entrado efectivamente en prisión, puesto que el parámetro que toma como referencia el artículo 57.2 LO 4/2000 es que el delito, *en nuestro país* esté *sancionado con pena privativa de libertad superior a un año,* independientemente de la pena impuesta en el caso en concreto y del periodo de privación de libertad efectivamente cumplido(30).

Por tanto, la posibilidad de expulsión administrativa de un extranjero con antecedentes penales puede acordarse cuando, en nuestro país, el delito por el que haya sido condenado esté sancionado, es abstracto, con *pena privativa de libertad superior al año*, referencia que abarca tanto a «penas graves» –privación de libertad superior a tres años– como «menos graves» –privación de libertad de duración inferior a tres años– (artículo 33 CP).

– El propio artículo 57.2 LO 4/2000 permite en su texto una única excepción: «*salvo que los antecedentes penales hubiesen sido cancelados*». Es decir, se admite que aunque concurra sobre el extranjero la circunstancia de haber *sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año,* no procederá en ningún caso la tramitación de un procedimiento administrativo de expulsión por deseo expreso del legislador(31). Esto es, la cancelación de los antecedentes penales provoca el efecto inmediato de impedir que

---

(29) Como lo que resulta relevante a efectos de la aplicación del art. 57.2 LOEX es la pena imponible en abstracto, podrá tramitarse el expediente administrativo de expulsión por esta causa incluso aunque la pena finalmente impuesta al sujeto haya sido suspendida o sustituida. No se puede olvidar que el Capítulo III del Título III del CP permite incluso *la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.* Y lo hace en los siguientes términos: «*los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto*» (art. 80.1 CP). De la misma forma, cabe recordar que también se admite la sustitución de penas privativas de libertad de duración reducida, por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 88.1 CP). Incluso, como reconoce la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 344537), la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX entraría en juego en los casos en los que el sujeto haya sido indultado o se encuentre en fase de remisión condicional de la pena impuesta.

(30) En ello insiste, entre otras, la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 342171).

(31) En concreto, es el art. 136 CP el que regula los requisitos y el procedimiento previsto para proceder a la cancelación de los antecedentes penales. Y lo hace en los siguientes términos: «los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tiene derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de los antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador» (136.1 CP). Así, el art. 136.2 CP precisa que «para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna (…).

2º Haber transcurrido sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves».

Revista REDMEX 34-2013.indb 80 02/01/14 09:40

cierto tipo de condenas puedan considerarse como potenciales causas de expulsión del sujeto del territorio español.

– Por otra parte, conviene insistir en que el artículo 57.2 LO 4/2000 hace referencia únicamente a «delitos dolosos», dejando al margen aquellas situaciones en las que, atendiendo al tipo de delito cometido, se aprecie la «imprudencia» como forma de culpabilidad criminal.

– Cuando el artículo 57.2 LO 4/2000 hace referencia a «delitos dolosos», resulta imprescindible remitirnos al Código Penal para comprender su verdadero significado. De esta manera, el artículo 5 CP explica que «no hay pena sin dolo o imprudencia». Completando esta afirmación, el artículo 10 del mismo código especifica que: «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Ahora bien, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que de forma clara y determinante defina que ha de entenderse por «*dolo*», de tal forma que se trata de un concepto que ha tenido que ser precisado por la doctrina y por la jurisprudencia.

Una primera aproximación al concepto de «*dolo*» nos obliga a deslindarlo del término «*imprudencia*». Exista dolo o imprudencia, en ambos casos se ha producido una lesión reprochable a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento. También en ambos casos, en la estructura interna del delito, se aprecia «culpabilidad» del infractor. Lo que varía entre el «dolo» y la «imprudencia» es la forma en que aparece la acción del sujeto como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad[(32)].

En resumen, dolo e imprudencia son formas de culpabilidad. Hasta la reforma de 1983, no se utilizaba en el ordenamiento jurídico penal la expresión *dolo*, sino que simplemente se hacía referencia a infracciones *maliciosas*. A diferencia de las conductas *imprudentes* (también llamadas *culposas*) el dolo se encuentra integrado por un elemento intelectual y un elemento volitivo, puesto que representa un conocer y un querer la realidad del hecho antijurídico. Por el contrario, cuando un delito se comete de forma imprudente, es porque el sujeto infractor no ha cometido el hecho antijurídico intencionadamente, sino porque ha infringido *el deber de cuidado* que le era exigible[(33)].

Teniendo esto en cuenta, resulta patente que la intención del legislador era la de reservar la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX para las situaciones en las que se aprecia en el extranjero un grado más alto de culpabilidad (esto es, cuando el delito se ha cometido por dolo y no por imprudencia), dado que con la expulsión se pretende ayudar a proteger el orden público como bien jurídico superior.

Ahora bien, como se ha indicado, todavía existen muchas cuestiones confusas y difíciles de concretar dada la ambigua y escueta redacción literal del artículo 57.2 LOEX. Entre otros puntos discutibles, resultan especialmente controvertidos los aspectos que se exponen a continuación:

---

(32) *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., «Derecho Penal. Parte General», Tirant Lo Blanch, 2009, p. 511.

(33) *Cfr.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., «Derecho Penal. Parte General», Tirant Lo Blanch, 2009, p. 571. No en vano, el Diccionario de la Real Academia Española define el término «imprudencia» como «temeridad, negligencia o falta de precaución elemental que puede constituir un delito».

Revista REDMEX 34-2013.indb 81 02/01/14 09:40

– A pesar de la extrema indeterminación que comparten tanto el artículo 57.2 LOEX como el artículo 242 RD 557/2011 que lo desarrolla[34], tomando como punto de referencia el principio de tipicidad de las disposiciones sancionadoras que proclama sin reservas el artículo 25.1 CE, y habida cuenta de que, el procedimiento administrativo de expulsión tiene carácter sancionador, ¿debe entenderse que es imprescindible la concurrencia, junto a los antecedentes penales citados, de una infracción administrativa, para que pueda prosperar el curioso supuesto de expulsión contemplado en el artículo 57.2 LOEX?[35]

Es decir ¿exige esta causa de expulsión la comisión de dos tipos de ilícito de forma sucesiva: primero un ilícito penal del que deriva la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año; y en un segundo momento, la comisión de una infracción administrativa?[36] O por el contrario, ¿es la mera comisión del hecho delictivo el elemento que puede desencadenar la tramitación del oportuno expediente administrativo a estos efectos?

– En el caso de optar por la interpretación de la necesidad de concurrencia de actuaciones contrarias a la legalidad, una vez demostrado que existen antecedentes penales ¿cualquier tipo de infracción administrativa por parte de un extranjero (como pueden ser las derivadas de la infracción del Código de Circulación, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de tenencia de animales peligrosos, etc.) determinaría por sí sola la iniciación del procedimiento de expulsión? Al respecto, dada la redacción del artículo 57.2 y su ubicación en el articulado de la LO 4/2000, ¿se infiere que tan sólo son las infracciones previstas en el Título III de la citada norma, las que pueden culminar con la expulsión del extranjero del territorio español?

– En cambio, de admitir que la comisión del hecho delictivo es por sí sola causa suficiente para iniciar un expediente de expulsión. ¿De qué dependerá en la práctica su iniciación o no? ¿De la entidad real del delito cometido? ¿De la facultad discrecional de la Administración Pública?

– Esto es, el procedimiento administrativo de expulsión ¿se debe iniciar sólo detectando que se ha cometido un hecho delictivo de las características expresadas en el artículo 57.2 LOEX, independientemente de su tipología o del grado de colaboración del sujeto? ¿O debería en cambio comprobarse que, en virtud de la conducta ejercida por el sujeto, éste genera un riesgo intolerable contra la seguridad o el orden público español? Y si es así, ¿por qué el legislador no ha optado por incluir en el artículo 57 LOEX una redacción

---

(34) En particular, el supuesto de expulsión previsto en el citado art. 57.2 de la Ley de Extranjería se ha llegado a calificar de «curioso», *cfr*: ESPULGUES MOTA, C.; DE LORENZO SEGRELLES, L., «*El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*», Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 440.

(35) Se trata ésta de una postura discutible. Precisamente sobre esta cuestión pero en sentido contrario, véase AA.VV. (coord., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.), «*Tratamiento jurídico de la inmigración*», Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, p. 290. En concreto, se sostiene que «en este caso, ha de tramitarse también un expediente, que ya no merece la condición de sancionador, sino de pura verificación. De ahí que haya de estarse a las reglas de los arts. 242 y ss. (RD 557/2011) que regulan, con carácter general, las normas procedimentales para la imposición de la expulsión».

(36) La figura en cuestión exige por tanto dos presupuestos, a) que se encuentre condenado el extranjero; y b) que simultáneamente exista un expediente administrativo. Sobre esta materia, véase VALDUEZA BLANCO, M.D., «*El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*», Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 396 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 82 02/01/14 09:40

similar a la utilizada a estos efectos en el artículo 15 del RD 240/2007 al regular la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea?

– Por otra parte, resulta llamativo comprobar que existe cierta coincidencia material entre los supuestos previstos respectivamente en el artículo 57.2 LOEX y 89 CP. Ahora bien, como es lógico, esto no quiere decir en modo alguno que el artículo 57.2 LOEX sea simplemente de una reiteración del supuesto contemplado en el artículo 89 CP, pero aplicable tanto a extranjeros que se encuentren de forma regular, como irregular en España. Adviértase que entre ellos existen diferencias sustanciales que, como se analiza en el apartado correspondiente de este trabajo, demuestran que ambos preceptos están orientados regular situaciones distintas.

– Como regla general, la expulsión es una sanción, unas veces de naturaleza administrativa y otras penal, impuesta previa tramitación del oportuno expediente o procedimiento judicial con la que se persigue expulsar a un extranjero que ha manifestado cierta peligrosidad social. Ahora bien, de entender que el artículo 57.2 LOEX también tiene naturaleza sancionadora ¿dicha sanción podrá imponerse incluso aunque la privación de libertad impuesta por el orden penal atendiendo al delito cometido ya haya sido cumplida? Si se sostiene esta interpretación, ¿la aplicación de esta medida no estaría bordeando peligrosamente la vulneración del principio *ne bis in idem* que proclama el artículo 25 CE? ¿Realmente era esa la intención del legislador?

La conducta penal del sujeto (que además no tiene por qué ser reiterada) ¿puede generar dos tipos de reproches jurídicos, el penal por un lado, impuesto en atención a los hechos cometidos, y el administrativo sancionador, por otro, aplicable dependiendo del «grado de peligrosidad potencial» que se aprecie en el sujeto en cuestión? Estas cuestiones, por su importancia, son objeto de un tratamiento específico en los apartados posteriores de este trabajo.

– Así pues, de entender que la comisión de un delito que, en abstracto, tenga atribuida en España pena privativa de libertad superior al año constituye por sí sola causa de expulsión en virtud de la redacción literal del artículo 57.2 LOEX, se aprecia que, podría ocurrir que, un ciudadano extranjero condenado en España por un delito que tiene atribuido en nuestro ordenamiento jurídico una pena de privación de libertad superior al año, y sobre el que (debido quizá a su situación regular o la entidad de la pena finalmente impuesta) no haya podido aplicarse la sanción penal de expulsión, ¿quedaría posteriormente sujeto en todo momento sólo por este hecho –a pesar incluso del cumplimiento efectivo de la pena (salvo que sus antecedentes penales hayan sido cancelados)[37]– a la posibilidad de

(37) En concreto, es el art. 136 del vigente CP el que regula los requisitos y el procedimiento previsto para proceder a la cancelación de los antecedentes penales. Y lo hace en los siguientes términos: «los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tiene derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de los antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador» (136.1 CP). Así, el art. 136.2 CP precisa que «para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que el reo hubiera venido a mejor fortuna (…).

2º Haber transcurrido sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves».

Revista REDMEX 34-2013.indb 83 02/01/14 09:40

ser objeto de un expediente administrativo de expulsión dada la enorme amplitud de configuración del referido artículo 57.2 LOEX? (38) Y es que la literalidad de la ley no parece impedir esta consecuencia.

– Por último, debe prestarse atención al problema que plantea la condición personal del extranjero que ha cometido el hecho delictivo. Es cierto que el tipo legal permite la aplicación de esta causa de expulsión a los extranjeros nacionales de un país no perteneciente a la Unión Europea tanto si residen legalmente en territorio español como si no lo hacen. Lo que no especifica en ningún momento es si la edad del extranjero (en concreto, su minoría de edad) constituye o no una causa de excepción a la aplicación del citado precepto.

Adviértase que tras la reforma de la Ley de Extranjería operada por LO 2/2009, se elimina un párrafo del citado artículo 57.2 LO 4/2000 en el que expresamente se disponía que «*cuando el autor de dicho delito sea un menor de edad tutelado por los servicios de protección de menores competentes, se procederá a su repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente Ley o bien a su expulsión tras acceder a la mayoría de edad*».

De esta forma, ante la supresión del mencionado párrafo, se genera una nueva duda: ¿pueden los extranjeros menores de edad que delincan ser expulsados del territorio español en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 57.2 LOEX? O por el contrario, al eliminar la citada previsión, ¿perseguía el legislador excluir también dicha causa de expulsión cuando el extranjero delincuente no haya alcanzado la mayoría de edad?

Para resolver esta pregunta, primero debemos plantearnos si, en virtud de la Ley Orgánica 5/200 Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, actualmente vigente en España, los menores de edad pueden ser «condenados» en virtud de la comisión de un delito, y si esto es así, si además a éstos se les puede imponer «penas privativas de libertad» (ambos requisitos, presupuestos imprescindibles para que opere la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX) –sin necesidad de que en su articulado se destine expresamente un párrafo concreto a contemplar esta situación–.

En otras palabras, la desaparición del citado párrafo puede ser interpretada desde dos puntos de vista muy diferentes:

– Por una parte, puede estar indicando que esta concreta situación en la que se vería implicado un menor de edad realmente ya queda implícitamente recogida en la regla general, sin necesidad de realizar especificidad alguna al respecto, y por tanto, se elimina el segundo párrafo con el fin de evitar reiteraciones.

– Por el contrario, cabe realizar también una lectura muy diferente, entendiendo de esta manera que, con dicha modificación legal, tácitamente el legislador ha optado por ofrecer un trato privilegiado a los menores de edad que delincan, dejando para ellos únicamente subsistentes las posibilidades de «repatriación» previstas con carácter general en el artículo 35.5 (anterior artículo 35.3) LOEX, y en las que siempre se ha de tomar como

(38) A estos efectos se ha indicado que basta «a tal efecto con una sola sanción penal, por lo que no se requiere reiteración criminal», *cfr.* RODRÍGUEZ GÓMEZ, M. y DEL MORAL GARCÍA, A., «Comentario al art. 57 LOEX», en «*Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo reglamento*», Civitas, Madrid, 2012, p. 833.

Revista REDMEX 34-2013.indb 84 02/01/14 09:40

criterio orientativo fundamental el interés superior del menor y la unidad del núcleo familiar, y no la tipología o entidad de la conducta cometida[39].

Así pues, un análisis detallado de las previsiones de la LO 5/2000 respecto a la responsabilidad penal de los menores de edad solventa la disyuntiva planteada, proclamando que, aunque se puede exigir responsabilidad a los menores de edad por los actos antijurídicos cometidos, ésta no implica la imputación de un «delito» ni por tanto, puede sancionarse nunca con «penas» privativas de libertad. De tal forma, indirectamente, la configuración el sistema vigente de exigencia de responsabilidades a los sujetos que no han alcanzado 18 años de edad, en el caso de que éstos sean ciudadanos extranjeros, impide por esencia la aplicación de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, pues nunca permitirá la concurrencia de los requisitos configuradores de su supuesto de hecho.

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español, los sujetos que, en el momento de la comisión de los hechos, no hayan alcanzado los 18 años de edad no reúnen la mayoría de edad penal exigida para la aplicación del Código Penal (artículo 19 CP).

Ahora bien, que carezcan de edad penal no quiere decir que carezcan también de responsabilidades jurídicas. La propia LO 5/2000 en su Exposición de motivos reconoce que su objetivo es imponer «una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores», cuando comentan «hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales». Ahora bien, al mismo tiempo, concreta también que esta reacción jurídica tiene una naturaleza educativa y no meramente sancionadora. Por ese motivo, dicha Ley no utiliza en ningún momento la terminología «pena» sino «medida» (entendiéndolas éstas desde una perspectiva sancionadora-educativa), advirtiendo tajantemente que en su utilización siempre «debe primar el interés superior del menor», objetivo en virtud del cual, entre el variado conjunto de medidas aplicables, el juez deberá adoptar la medida más idónea, valorando siempre las características del caso concreto y atendiendo constantemente a la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida. Esto es, el sistema previsto en la LO 5/2000 se ha «encaminado a la adopción de unas medidas que no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales», y por tanto, han de estar «orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor», aplicando las reglas interpretativas que a estos efectos marcan las Ciencias de la conducta[40].

---

(39) El citado art. 35.5. LOEX dispone que «La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos». Precepto, que siempre debe ser interpretado a la luz de las exigencias marcadas en el apartado 8 del mismo art. 35, en el que se dispone que «La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo».

(40) La Exposición de motivos de la propia LO 5/2000 expresamente proclama que tiene una «naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa». Esto es, abiertamente reconoce que «tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a

Revista REDMEX 34-2013.indb 85 02/01/14 09:40

En virtud de estos criterios, el artículo 7 de la LO 5/2000 especifica que a los menores mayores de 14 años, podrán imponérseles «medidas» (y no «sanciones penales»). De esta forma, aunque una de dichas «medidas cautelares/educativas» sea el «internamiento en un centro cerrado», tal consecuencia, aunque también implique la privación de la libertad deambulatoria del sujeto, no debe confundirse con una «pena» privativa de libertad, y por lo tanto, excluye por esencial, la concurrencia de los presupuestos previstos en el artículo 57.2 LOEX a efectos de dar lugar a la expulsión del sujeto del territorio español(41).

Adviértase además que si el sujeto no ha alcanzado todavía los 14 años de edad, pese a cometer un hecho delictivo, no se le podrán aplicar ni las consecuencias previstas a estos efectos en el Código Penal ni tampoco las contempladas en la citada LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, porque, como el propio artículo 3 de la LO 5/2000 indica, «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes»(42).

---

los menores infractores», pero, al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa (aunque desde luego de especial intensidad) al mismo tiempo está rechazando rotundamente «otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos –como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma–» pretendiendo con ello impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor.

(41) El art. 7.1 de la LO 5/2000 de responsabilidad penal de los menores de edad, entre las distintas medidas cautelares imponibles a dichos menores, contempla la de «internamiento en régimen cerrado» especificando que «Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio». En concreto, la exposición de motivos de la LO 5/2000 especifica que «el objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad (…). Así pues, debido principalmente a que, habida cuenta de la edad del sujeto infractor, no tiene finalidad sancionadora, sino meramente precautoria/educativa se especifica también que «el internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores».

(42) Como expresamente reconoce la Exposición de motivos de la LO 5/2000, se ha concretado en los catorce años la edad a partir de la puede aplicarse la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, «con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado». A estos efectos, el mencionado art. 3 de la LO 5/2000, dispone que en estos casos, «el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor». En concreto, cuando los menores de 14 años cometen hechos delictivos, puede ocurrir que se encuentren en ambientes poco propicios para su correcto desarrollo personal y social, y actúen condicionados por su ambiente social y familiar en el que se encuentra. Así pues, cuando las entidades públicas competentes en materia de protección de menores están obligadas a intervenir directamente, con inmediatez y eficacia ante toda situación de riesgo o peligro para el bienestar del menor y a adoptar todas las medidas necesarias y convenientes de contenido educativo e interdisciplinar (art. 14 LO 1/1996). En caso de riesgo importante para el desarrollo personal o social del menor, puede ordenarse la separación de su familia con objeto de eliminar los factores de riesgo provenientes de la estructura familiar; si el incumplimiento de los deberes de protección por parte de los padres o la familia, priva al menor de la necesaria asistencia material y moral, la entidad pública asume de manera directa y automática la tutela del menor y ha de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su guarda y protección (arts. 158 y 172.1 del Código Civil).

Revista REDMEX 34-2013.indb 86 02/01/14 09:40

Todas las cuestiones expuestas, derivadas de la confusa configuración legal de esta causa de expulsión, son las que se pretende analizar en el presente trabajo, estudiando con detalle las aparentes ambigüedades del citado precepto y sus consecuencias concretas.

IV. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN POR ESTA CAUSA

Adviértase en primer lugar que no se han previsto consecuencias especiales para la expulsión tramitada en virtud de la causa prevista en el artículo 57.2 LOEX. Así pues, puede afirmarse que, sea cual sea la causa que la justifica, la expulsión (administrativa o penal) produce un efecto triple: por un lado implica la salida obligada del extranjero del territorio español(43); por otro, lleva indisolublemente aparejada la prohibición de entrada durante el periodo de tiempo que determine la autoridad gubernativa al resolver el expediente de expulsión(44); y además, conlleva en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer en España(45).

Por lo que respecta a la prohibición de entrada en territorio español cabe resaltar que desaparece la referencia a un periodo mínimo de expulsión de tres años. Y es que según la

---

(43) En ausencia de cumplimiento voluntario por parte del extranjero de la resolución de expulsión, «*los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión*» (art. 141.7 RD 2393/2004). Ahora bien, en muchos casos, el lugar de destino del extranjero expulsado se concreta de forma mucho más específica. Al respecto, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Disposición adicional sexta LO 4/2000 (introducida tras la reforma llevada a cabo a través de la LO 14/2003), especificando que «*a los extranjeros que, en virtud de los Acuerdos que regulen la readmisión de las personas en situación irregular suscritos por España, deban ser entregados o enviados a los países de los que sean nacionales o desde los que se hayan trasladado hasta el territorio español, les será de aplicación de dispuesto en los citados Acuerdos y la presente Ley, así como su normativa de desarrollo*». La nueva reforma de la LO 4/2000, incorpora un nuevo apartado 10 al art. 57 LO 4/2000, en el que se prevé la posibilidad que, la comisión de determinadas infracciones, unida a la concurrencia de requisitos muy estrictos, implique, no sólo la expulsión del Estado en cuestión en el que se encuentra el extranjero, sino una consecuencia mucho más ambiciosa: la expulsión del territorio de la Unión Europea.

(44) Tanto los arts. 58.1 y 58.2 LOEX, como el art. 245.2 del RD 577/2011 determinan que «la resolución que acuerde la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español. Dicha prohibición de entrada se hará extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un periodo de prohibición de entrada de hasta diez años, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Sin perjuicio de lo anterior, el órgano competente no impondrá prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente o revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión». En términos muy similares queda redactado el art. 89.2 y 3 CP.

(45) Sea cuál sea la causa que la origina, la expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para permanecer en España o cualquier permiso de residencia concedido, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado (*cfr.* art. 57.4 LOEX). Así pues, incluso aunque la causa de expulsión tramitada en virtud de lo dispuesto en el art. 57.2 LOEX no tenga carácter sancionador, además de la salida forzosa del territorio español, como ocurre con toda resolución de expulsión, ésta llevará aparejada necesariamente la extinción de cualquier autorización para permanecer en España que tuviese el sujeto, incluyendo como es lógico los permisos de residencia de larga duración. Cuestión sobre la que se ocupa de insistir la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 342171).

Revista REDMEX 34-2013.indb 87 02/01/14 09:40

nueva redacción del artículo 58 LOEX dada por la LO 2/2009 únicamente se contempla la duración máxima de dicha prohibición de entrada pero no la mínima, cambio con el que en realidad se está permitiendo fijar breves prohibiciones de entrada en el caso de que se aprecie escasa peligrosidad del sujeto. Ahora bien, por lo que respecta a solicitudes de prohibición de entrada de únicamente un día, nuestra jurisprudencia ha matizado que una duración tan escasa, dejaría sin efecto tal medida(46).

V. LA DISCUTIBLE NATURALEZA JURÍDICA DEL SUPUESTO DE EXPULSIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 57.2 LOEX

No se puede negar que, una primera lectura del artículo 57.2 LOEX aparentemente estaría indicando el carácter sancionador de la medida administrativa de expulsión. A tal respuesta conduce en primer lugar su ubicación dentro del Título III de la citada norma dedicado íntegramente al análisis «De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador» y también lo hace la interconexión que existe entre el citado precepto y los apartados 1 y 3 del mismo artículo 57 LOEX, en los que se hace referencia a la expulsión como sanción y resultan imprescindibles para comprender el verdadero alcance de esta causa de expulsión.

En la misma línea se encuentran los artículos 242 y ss. del RD 577/2011 que actualmente lleva a cabo en nuestro ordenamiento jurídico el desarrollo de la LOEX. Y es que el artículo 242.1 del RD 577/2011 dedicado a desarrollar reglamentariamente las causas de expulsión previstas en el artículo 57 LOEX (y entre ellas, obviamente también el supuesto contemplado en el artículo 57.2) se ubica precisamente dentro de la Sección I («Normas procedimentales para la imposición de la expulsión») del Capítulo III («Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa»), por lo que a primera vista llevaría a concluir en general, el carácter sancionador de todas las causas de expulsión previstas en la LOEX, y en particular, el idéntico tratamiento procesal de los distintas situaciones referenciadas en el artículo 57 LOEX: esto es, tanto a las expulsiones que se tramitan en virtud de un procedimiento sancionador motivado por incumplimientos graves o muy graves de las obligaciones marcadas por la LOEX (artículo 57.1 LOEX), así como al supuesto peculiar de expulsión basado en los antecedentes penales del sujeto en cuestión que, como es sabido, recoge el artículo 57.2 LOEX y al que se dedica especial atención en este trabajo.

Ahora bien, si se realiza una lectura detallada del precepto citado, analizando la concreta situación que lo origina, valorando su verdadera razón de ser y estudiando las distintas consecuencias prácticas que su aplicación conlleva, su aparente naturaleza sancionadora ya no resulta tan obvia.

Y es que conviene tener presente que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 CE, y en aras de garantizar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento, como regla general, no se podrán imponer sanciones penales o administrativas por unos mismos

(46) Dado que, como estima la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 342171), «esa duración supone, en la práctica, dejarla sin contenido».

Revista REDMEX 34-2013.indb 88 02/01/14 09:40

hechos ya sancionados. Tal consecuencia no es más que la aplicación del clásico principio jurídico denominado «*ne bis in idem*».

En concreto, el principio *ne bis in idem* exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1º La identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que enjuicie y con independencia de quien sea el acusador u órgano concreto que haya resuelto, o que se enjuicie en solitario o en concurrencia con otros afectados.

2º La identidad fáctica supone que los hechos enjuiciados son los mismos, y descarta los supuestos de concurso real de infracciones en que no se está ante un mismo hecho jurídico sino ante varios(47).

3º La identidad del fundamento o causal, implica que las medidas sancionadoras no pueden concurrir si responden a una misma naturaleza, es decir, si participan de una misma fundamentación teleológica(48).

Resulta patente que la verdadera finalidad del precepto es introducir una válvula de escape que permitiera a nuestro Estado expulsar de su territorio a aquellos extranjeros considerados «no deseados». La amplia configuración del supuesto de hecho contemplado en el artículo 57.2 LOEX actúa como una alternativa residual que permite justificar la expulsión de aquellos sujetos que, pese a no haber cometido una de las infracciones administrativas calificadas como graves o muy graves que en principio legitimarían la expulsión de un extranjero (artículo 57.1 LOEX), atendiendo a sus concretas circunstancias personales (y en particular a sus antecedentes penales) puede entenderse que han atentado (dentro o fuera de España) contra bienes jurídicos considerados todavía de mayor valor que los tutelados en la LOEX, apreciación que justificaría su consideración como sujetos *non gratos* y la consiguiente iniciación de un procedimiento de expulsión.

Y no sólo eso, adviértase que el artículo 57.1 LOEX, al hacer referencia al supuesto general de expulsión como medida sancionadora utiliza la expresión «podrá aplicarse», como medida alternativa a la sanción de multa. Por el contrario, el apartado 2 del mismo precepto, queda redactado en términos imperativos y no potestativos («constituirá causa

---

(47) Como señala la STC de 10 de noviembre de 1990, «es indudable que el principio *ne bis in idem* no resulta vulnerado cuando las penas se aplican por acciones típicas diversas. La punibilidad acumulativa que se fundamenta en un concurso real de delitos no determina vulneración alguna de este principio precisamente por la diversidad de acciones sancionadas».

(48) A modo de otros ejemplos de valoración jurisprudencial del principio *ne bis in idem* cabe citar los siguientes:

– La STS de 12 Julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, (núm. de rec. 428/1996), en la que no se apreciar que la condena penal impuesta al ingeniero técnico y sanción administrativa recaída sobre la constructora por la muerte de un trabajador vulnere el principio *ne bis in idem*.

– La STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 11 de enero de 2007 (núm. de rec. 1908/2006), que declara que «ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del TC (STC 3154/90 de 14 de octubre) que la denominada excepción de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio «*ne bis in idem*», el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 CE como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito».

Revista REDMEX 34-2013.indb 89 02/01/14 09:40

de expulsión»). Y es que en este caso no cabe imponer alternativamente sanción administrativa o penal alguna de diferente naturaleza, dado que el sujeto, ya ha sido *condenado*, y *no ha cometido* una de las infracciones administrativas graves o muy graves que en principio legitimarían la expulsión atendiendo a lo previsto en el artículo 57.1 LOEX (y es que en ese caso, el procedimiento de expulsión se impondría como medida sancionadora, en virtud del citado precepto, sin necesidad de recurrir a la causa contemplada en el artículo 57.2 LOEX).

Así las cosas, ¿cómo se consigue salvar la constitucionalidad del supuesto particular de expulsión previsto en el artículo 57.2 LOEX, sin estimar que con él se ha vulnerado la seguridad jurídica de una persona? ¿Realmente el citado precepto, habida cuenta de la particular situación a la que hace referencia, es plenamente respetuoso con las exigencias propias del respeto al principio «*ne bis in idem*»?

Son dos las posibles teorías que permiten justificar la plena validez del precepto y su total encaje dentro del artículo 25 CE.

a) Una de ellas, parte de la apreciación de que, la sanción penal impuesta en su momento al sujeto, y la sanción administrativa de expulsión que se impone cuando se constatan sus antecedentes penales, pese a tener ambas claramente naturaleza sancionadora, no comparten la misma fundamentación teleológica. Es decir, si la doctrina penal exige la concurrencia de tres elementos para poder apreciar que se ha vulnerado el principio «ne bis in idem» (identidad de la persona, de los hechos y del fundamento jurídico), en esta concreta ocasión, faltaría el último de estos presupuestos, dado que los bienes jurídicos afectados por una misma conducta son diferentes, y cabe imponer distintas consecuencias con el fin de reparar o atenuar la lesión causadas sobre dada uno de estos bienes jurídicos[(49)].

b) La segunda teoría que permitiría evitar cualquier interpretación contraria al principio *ne bis in idem* del artículo 57.2 LOEX se apoya precisamente en una opinión muy diferente: en concreto, consiste en negar totalmente la naturaleza sancionadora del artículo 57.2 LOEX[(50)].

Así pues, según este criterio, tal forma de expulsión no tendría naturaleza sancionadora, sino mera naturaleza de medida cautelar impuesta en virtud de un procedimiento administrativo, a través de que la se intenta salvaguardar determinados intereses esenciales de la sociedad española, en los que se ve afectado el bienestar general[(51)]. No se puede negar que, atribuir naturaleza cautelar a esta causa de expulsión, resulta sin duda una res-

---

(49) Así, si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, y cabrá el doble castigo de lo mismo (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de enero de 1990, con la condena en jurisdicción penal por un delito contra la salud pública y la condena por la Autoridad Gubernativa a la clausura del local donde se vendía la droga, en razón a que en el segundo supuesto se trata de prevenir el delito impidiendo la extensión y tratando de erradicar y comercio de drogas).

(50) De conformidad con el criterio de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de noviembre de 2002, existirá compatibilidad entre la condena penal y la expulsión acordada vía administrativa en aplicación del art. 57.2 LOEX, toda vez que esta expulsión es distinta de la expulsión que puede acordarse como sustitución de la pena privativa de libertad.

(51) Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada,

Revista REDMEX 34-2013.indb 90 02/01/14 09:40

puesta llamativa, dada la ubicación del precepto en un título exclusivamente dedicado a las medidas sancionadas. Se admite entonces que esta causa de expulsión es la excepción que confirma una regla general: la expulsión por lo general tiene naturaleza sancionadora salvo una situación específica en la que puede imponerse como medida meramente cautelar, haciendo uso de la potestad del Estado de controlar las personas que residen en su territorio, partiendo de la base de que «es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad»(52).

Debe resaltarse que no se trata en modo alguno de una configuración jurídica novedosa, ni desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, dado que, como se ha expuesto, tampoco tiene naturaleza sancionadora el procedimiento de expulsión de ciudadanos de la Unión regulado en los artículos 16, 17 y 18 del RD 240/2007 que puede iniciarse por motivos de seguridad, salud u orden público, sin necesidad de exigir en estos casos que el sujeto haya cometido delito alguno(53).

Así pues, es precisamente esta alternativa por la que se decanta nuestra jurisprudencia más reciente, precisando que la expulsión que se impone en aplicación del artículo 57.2 LOEX «revela que la expulsión en este caso impuesta no constituye *una sanción* toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa, dado que el supuesto contemplado no se prevé como infracción administrativa en los artículos 52 y siguientes de la LO 4/2000»(54). Y es que con ello se evita tener que emprender en cada concreta situación personal, una compleja tarea de valoración de la naturaleza jurídica de los diferentes bienes lesionados, y del fundamento jurídico que legitimaría cada una de las distintas sanciones impuestas(55).

---

la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996).

(52) Como reconocen las SSTSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 384545) y de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19963). Se admite así que la expulsión, pese a no tener naturaleza sancionadora, supone un evidente perjuicio para el sujeto afectado, pero en estos casos, dicho perjuicio no es arbitrario ni inhumano sino que, como pone de manifiesto la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 14 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19549) se trata de una medida que es ajustada, proporcionada y coherente a la conducta claramente antisocial que ha llevado a efecto el mismo durante su permanencia en España, y que habilita al Estado español a no tener que soportar durante más tiempo la permanencia y residencia del citado extranjero en territorio español».

(53) Como pone de manifiesto la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 1ª) de 19 de octubre de 2012 (JUR 2012, 359441) se trata éste de un trato más ventajoso si cabe que el previsto en el RD 240/2007 respecto a los ciudadanos de la Unión Europea y sus familiares, «cuya expulsión, ni siquiera exige la previa condena penal», sino que bastará con cualquier circunstancia que permita acreditar que el sujeto genera un riesgo para la seguridad y el orden público español.

(54) La STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 342171) reconoce que la expulsión decretada en atención al art. 57.2 LOEX «no lo es ni como sanción ni como respuesta a la comisión de una infracción administrativa». Este mismo criterio ha sido reiteradamente expuesto y aceptado en otras sentencias de esta misma Sala, así entre otras en las sentencias de 28 de julio de 2006 (PROV 2006, núm. 224666) y en la de 13 de octubre de 2006.

(55) Son diversas las consecuencias que derivan a su vez de esta apreciación. Y es que si la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX no tiene naturaleza sancionadora sino meramente cautelar, tampoco puede exigirse «*proporcionalidad*» alguna entre las consecuencias que tal medida lleva aparejada y la gravedad de actuación cometida por el sujeto, dado que tal característica sólo se exige de las medidas sancionadoras. Así pues, por lo que respecta

Revista REDMEX 34-2013.indb 91 02/01/14 09:40

VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX: OTRAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

Precisamente al respecto se advierte una diferencia de matiz: tanto en los procedimientos penales como en las situaciones en las que la expulsión tiene su origen en un procedimiento administrativo derivado de infracciones administrativas graves o muy graves del extranjero (artículo 57.1 LOEX), la expulsión de un extranjero se contempla siempre como una *medida sustitutiva* del cumplimiento de la sanción que en un principio vendría impuesta por el legislador(56).

En cambio, el artículo 57.2 LOEX se redacta aparentemente en términos imperativos, proclamando sin reservas que «*constituirá causa de expulsión (…) que el extranjero haya sido condenado…*». Y es que el artículo 57.2 LOEX, al no tener naturaleza sancionadora, no puede existir carácter sustitutivo ni alternatividad alguna, dado que no hay condena ni sanción de ninguna clase pendiente de cumplimiento que quede sin efecto al dictarse la orden de expulsión. Ahora bien, que no quepa entender en este caso la expulsión como medida sustitutiva de sanción alguna, no quiere decir en absoluto que, una vez constatada la existencia de antecedentes penales no cancelados, dicha la expulsión deba aplicarse de forma automática(57).

Ahora bien, pese a negar la naturaleza sancionadora de esta medida, lo que en todo momento se ha de tener presente es que cualquiera que sea la causa de expulsión, siempre

---

a la duración del periodo de prohibición de entrada en territorio español que acompaña la decisión de expulsión, cabe resaltar que ciertas sentencias estiman incluso que, al no tener naturaleza sancionadora, tampoco puede infringir el principio de proporcionalidad «por cuanto que la expulsión no se impone como sanción y porque la misma es la única medida prevista para el caso de condena penal en el ciado art. 57.2 LOEX», y por lo tanto, una prohibición de entrada de 5 años en territorio español, no será abusiva «por corresponderse con la prevista en la normativa aplicable y con la conducta previa dolosa imputada al recurrente» (entre otras, véase la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2012, JUR 2012, 407518).

(56) Así, cuando la expulsión tiene lugar en virtud de la tramitación de un expediente administrativo sancionador, lo que sustituiría es la pena de multa, por la expulsión. En concreto, es el art. 55 LO 4/2000 el que contempla qué tipo de sanciones procederían si no se acuerda la expulsión, especificando que «*Las infracciones tipificadas en los arts. anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:*

a) Las infracciones leves como multa de hasta 300 euros.

b) Las infracciones graves con multa de 301 hasta 6.000 euros.

c) Las infracciones muy graves, como multa desde 6.001 hasta 60.000 euros, excepto la prevista en el art. 54.2.b), que lo será con una multa de 3.000 a 6.000 euros por cada viajero transportado con un mínimo de 500.000 euros a tanto alzado como independencia del número de viajeros transportado». A efectos de la expulsión como sanción administrativa, y con el fin de evitar cualquier duda al respecto, el art. 57.3 LO 4/2000 especifica que «*en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa».* De tal forma, cuando el procedimiento administrativo sancionador termina acordando la expulsión, dicha consecuencia sustituye plenamente a la imposición de las multas previstas para el tipo de infracción cometida cuya cuantía hubiese oscilado entre los márgenes arriba referenciados.

(57) De forma tajante el art. 89.1 CP utiliza la expresión «serán sustituidas». Y es precisamente la voluntad de cambiar la redacción potestativa por una fórmula imperativa la que llevó al legislador (por medio de la LO 5/2010) a modificar la redacción del citado art. 89.1 CP y a cambiar el sentido de la expresión literal que se utilizaba en la redacción inicial del CP de 1995 («podrán ser sustituidas») por la actualmente vigente («serán sustituidas»). En este sentido, la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 344537) tajantemente concluye que «cabe colegir la imposibilidad de aplicar el art. 57.2 LOEX de forma automática».

Revista REDMEX 34-2013.indb 92 02/01/14 09:40

se ha de decretar siguiendo el correspondiente procedimiento administrativo[58], de forma que será sólo una vez valoradas todas las circunstancias concurrentes, cuando proceda acordarse o no la orden de expulsión.

Conviene tener en cuenta que, como se ocupa de recordar el artículo 216 RD 577/2011, «el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ajustará a lo dispuesto en ella y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre». Y como es sabido, la Ley 30/1992 se ocupa de resaltar la necesaria motivación de los actos administrativos, dictados siguiendo el procedimiento establecido en sus artículos 53 y 54 respectivamente, bajo sanción de anulabilidad (artículo 63 Ley 30/1992)[59].

Una vez admitidas estas dos peculiaridades de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX (que no tiene naturaleza sancionadora y que para poder acordarla resulta preceptivo seguir el correspondiente procedimiento administrativo) queda por concretar una tercera cuestión: en este tipo de casos ¿cuál es el objetivo concreto que se persigue clarificar por medio de la tramitación del oportuno expediente de expulsión?

En cualquier caso, pese a admitir que el artículo 57.2 LOEX realmente no tiene naturaleza sancionadora, debe advertirse que no existe un procedimiento administrativo *ad hoc* para este tipo de causa de expulsión, por lo que habrá de tramitarse el procedimiento previsto con carácter general para cualquier fenómeno de expulsión por causa administrativa, procedimiento eso sí, previsto como procedimiento sancionador, y que por tanto, se articula siguiendo los trámites y garantías de todo procedimiento sancionador. En concreto, para la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, el artículo 234 RD 577/2011 prevé la tramitación del «procedimiento preferente».

Al tener que seguir los mismos pasos que un procedimiento sancionador, obviamente se tramitará un procedimiento contradictorio, dando la posibilidad de intervenir al sujeto afectado.

Ahora bien, para poder determinar cómo se ha de desarrollar el correspondiente procedimiento administrativo, resulta imprescindible contestar a la siguiente cuestión: dicho procedimiento ¿está directa y exclusivamente encaminada únicamente a comprobar que concurren sobre el sujeto los hechos previstos como causa de expulsión? (es decir, ¿la expulsión por aplicación del artículo 57.2 LOEX será aplicable sólo al constatar que el extranjero en cuestión ha sido condenado *«dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»?*); O por el contrario, ¿el legislador articula esta medida para garantizar además que, ante la concreta situación expuesta, el sujeto, realmente representa un riesgo potencial sobre la los intereses del Estado?

---

(58) El art. 216.2 RD 577/2011 se ocupa de advertir que «no se impondrá sanción alguna por infracciones a los preceptos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sino en virtud de procedimiento instruido al efecto».

(59) Concretando esta regla general, el art. 245.1 RD del 577/2011, a la hora de regular el «contenido y efectos de la resolución del procedimiento de expulsión», insiste en que «la resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada, con indicación de los recursos que contra ella puedan interponerse, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para su presentación (…)».

Revista REDMEX 34-2013.indb 93 02/01/14 09:40

En otras palabras, la expulsión por vía del artículo 57.2 LOEX ¿se aplicaría únicamente al constatar la concurrencia de los hechos descritos en su supuesto?; O en cambio ¿exige la previa constatación de que, habida cuenta de la situación personal del sujeto y sus antecedentes penales, realmente con su expulsión se está intentando evitar que permanezca en territorio español un sujeto que puede resultar lesivo?

Así pues, también ha sido nuestra jurisprudencia la que se ha ocupado de clarificar este extremo, matizando que «el control que se debe llevar a cabo sobre los medios de expulsión de extranjeros obedece a la idea general de que, en un Estado de Derecho, el orden público nacional, si bien puede justificar la expulsión de un extranjero, por el contrario no puede justificar actuaciones que resulten arbitrarias o inhumanas»(60). Y es que realmente la respuesta no podía ser otra: al exigirse en todo caso que el acto administrativo que decrete la expulsión sea un acto motivado, necesariamente se han de tener en cuenta las diversas circunstancias concurrentes en el caso, apoyando su decisión en la necesidad de salvaguardar un bien jurídico de mayor valor que el derecho de un extranjero de residir en España.

Es decir, se reconoce que el artículo 57.2 LOEX realmente está proclamando que el Estado tiene una potestad de control y expulsión de los extranjeros que se encuentran en su territorio, ahora bien, al igual que esta proclamación no tiene naturaleza sancionadora, tampoco puede tener causa arbitraria. Por lo que «debe discurrir con el fin de aportar indicios razonables que justifiquen la aplicación de tal medida, no bastando la comisión del delito, por sí mismo, para poder aplicarla, sin que este dato vaya acompañado de una argumentación que sustente la necesidad de expulsión del sujeto para salvaguardar intereses de mayor entidad»(61).

Lo que no queda en modo alguno precisado en la literalidad del artículo 57.2 LOEX es cuáles son estos «intereses estatales de mayor entidad». Al respecto podría entenderse que son el orden, la salud y la seguridad pública al igual que ocurre con la expulsión de nacionales de la Unión, tomando el supuesto de expulsión previsto en el artículo 15 RD 240/2007 como modelo interpretativo para rellenar la ambigüedad de la redacción literal del artículo 57.2 LOEX.

Pero no es ésta la única ambigüedad pendiente de respuesta de la escueta redacción del citado artículo 57.2 LOEX. Incluso admitiendo esta aplicación analógica necesariamente debe plantearse una segunda cuestión ¿en qué se ha de sustentar el interés del Estado de aplicar esta medida cautelar? ¿Se consideraría automáticamente vulnerado el orden público español solo por el hecho de detectar que el sujeto había sido condenado por un delito de esta naturaleza?

Precisamente para resolver estas cuestiones resulta imprescindible destacar que el artículo 57.2 LOEX no es más que una concreta transposición de la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE), que contempla la expul-

(60) Sobre esta cuestión, entre otras, véase la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2012 (núm. de resolución 417/2012).

(61) Sobre esta cuestión, entre otras, véase la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2012 (núm. de resolución 417/2012).

Revista REDMEX 34-2013.indb 94 02/01/14 09:40

sión de los ciudadanos extraeuropeos *basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales* que puede adoptarse en caso de «*condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año*». Así pues, si el origen del artículo 57.2 LOEX es la citada Directiva, debe atenderse a la finalidad y razón de ser que inspiraba las disposiciones de aquélla, para entender el verdadero sentido del citado precepto.

Y es el análisis de la Directiva 2001/40/CE en su conjunto el que conduce necesariamente a la siguiente conclusión: no procede la aplicación automática de la causa de expulsión revista en el artículo 57.2 LOEX sino que siempre se debe apreciar la existencia en el caso concreto de «una amenaza grave y actual»[(62)] para el orden público y la seguridad nacionales unido al hecho de que el sujeto en cuestión tenga pocos vínculos con el país del que se le expulsa (por ejemplo, porque no dispone de domicilio que legalmente reconocido o no acredita realizar trabajo alguno con anterioridad a adoptarse la medida de expulsión, u otras circunstancias que evidencien un nulo arraigo laboral) [(63)].

VII. LA PONDERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES Y LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEA

Parte el legislador de que el no existe un control exhaustivo de las fronteras de nuestro país ni por supuesto de los antecedentes penales de todos los sujetos que diariamente entran en nuestro territorio por cualquier vía, dando lugar a situaciones de entrada de determinados sujetos que puede no ser del todo conveniente acoger dentro de nuestro territorio; pero no se puede olvidar que esta medida se aplicará también en el caso de que el sujeto haya sido condenado en España[(64)]. Así que admitir una expulsión automática sólo por el hecho de detectar que existen antecedentes penales, obviamente estaría frustrando la interconexión entre los artículos 57.2 LOEX y 89 CP, llevando necesariamente al sujeto que haya cometido conducta delictiva de determinada entidad a una inevitable situación de expulsión del territorio español y que tendría lugar sin excepción, unas veces antes del cumplimiento de la pena, y otras, después.

Así pues, sólo si los diferentes datos concurrentes permiten demostrar sin reservas la peligrosidad potencial para el bienestar común que se atribuye al sujeto, atendiendo no sólo a sus antecedentes penales sino también a su concreta situación personal, laboral, social y familiar, el procedimiento tramitado podrá culminar con una orden de expulsión. En caso contrario, si no resulta realmente probada tal situación de riesgo, el expediente deberá

---

(62) Como exige literalmente el art. 3.1 de la Directiva 2001/40/CE, sin condicionarlo a la residencia legal o ilegal en España ni tan siquiera al hecho de tener o no reconocida residencia de larga duración, y recuerda la STC 236/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 236).

(63) Como indica, entre otras, la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 38545).

(64) Y no se haya hecho uso en aquel momento de la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por la sanción de expulsión que contempla el art. 89 CP.

Revista REDMEX 34-2013.indb 95 02/01/14 09:40

archivarse. En definitiva, si la orden de expulsión no va a acompañada de la consiguiente valoración de las circunstancias concurrentes y la preceptiva justificación de la razón de ser que la legitima, estará dando lugar a una decisión arbitraria.

Sobre este tema en particular, muy recientemente el TJUE ha señalado que la normativa de la Unión «subordina toda medida de expulsión a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro»(65).

Una vez admitido que el objeto del expediente administrativo previo a la expulsión no persigue únicamente comprobar que se han cometido los hechos tipificados, sino valorar la peligrosidad real del sujeto, debe necesariamente analizarse en qué datos objetivos ha de apoyarse la resolución de expulsión para entender que contiene una adecuada y suficiente justificación de la necesidad de expulsión del sujeto en cuestión.

Ahora bien, esto no quiere decir que una sola condena (dependiendo del tipo de delito cometido y de la naturaleza del bien jurídico vulnerado) no sea suficiente por sí sola para permitir sustentar la peligrosidad potencial del sujeto y su condición de *non grato* en nuestro territorio, pero eso sí, teniendo en cuenta que en cualquier caso, los antecedentes penales del sujeto deberán tomarse en consideración junto con el resto de factores concurrentes en su entorno personal (reincidencia o no en la comisión de delitos, posible concurrencia con infracciones administrativas, carencia de medios lícitos de vida, vivienda propia o al menos existencia de residencia habitual conocida, familiares a su cargo, seguimiento de estudios académicos o programas de recualificación profesional en España, etc.)(66).

---

(65) Aunque en relación con la expulsión de un ciudadano europeo, el TJUE, en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, (Gran Sala, núm. C-348/2009), avala que un Estado miembro expulse a un ciudadano de la Unión que haya cometido un delito grave, incluso si ha vivido más de diez años en el país de acogida. La sentencia precisa que esta medida está condicionada a que el comportamiento de la persona en cuestión «represente una amenaza real y actual para un interés fundamental de ese Estado», es decir, que exista un riesgo de que pueda volver a cometer el mismo delito. El fallo se refiere al caso de un italiano, residente en Alemania desde 1987, que fue condenado en 2006 a siete años y seis meses de cárcel por abusos sexuales, agresión sexual y violación de una menor, y cumpliría totalmente su pena en su pena en julio de 2013. El TJUE señala que la explotación sexual de niños forma parte de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza expresamente previstos por el Tratado en los que puede intervenir el legislador de la Unión. Según el fallo, los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las previstas en el Tratado constituyen un ataque especialmente grave a un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública». La citada sentencia estima que el art. 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el art. 83 TFUE, apartado 1, párrafo segundo (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organiza*da*), «constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de *motivos imperiosos de seguridad pública* que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido art. 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce».

(66) Como reconoce la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 344537) «la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en

Revista REDMEX 34-2013.indb 96 02/01/14 09:40

Es decir «no puede aplicarse automáticamente la expulsión, sino que han de valorarse con un segundo juicio de proporcionalidad las circunstancias referidas al extranjero y no pueden tenerse en cuenta los hechos en virtud de los cuales se impone la sanción, sino que han de ser otros, ajenos al mismo, los que determinarán la procedencia de la expulsión, referidos al tiempo de residencia, vínculos creados, edad, consecuencias para el interesado y miembros de su familia, vínculos en el país de origen»(67). En definitiva, todos aquellos datos concurrentes relativos a su situación personal, social o laboral, que demuestren que el sujeto en cuestión constituye un riesgo potencial para la seguridad del Estado y de sus ciudadanos.

VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTÍCULOS 57.2 Y 57.5 LOEX

En definitiva, habida cuenta de que la aplicación del artículo 57.2 LOEX no es automática, ni en lo respecta en la iniciación del procedimiento de expulsión, ni en la adopción final de la decisión de expulsión, queda por concretar la interconexión práctica que existe entre el citado precepto y el artículo 57.5 LOEX.

En él, la LOEX se ocupa de matizar las diferencias que operan respecto a la expulsión de aquellos sujetos considerados residentes de larga duración (también denominados «residentes permanentes») en relación con cualquier otro extranjero extraeuropeo. Debe destacarse que, en aplicación de las indicaciones incluidas en el artículo 6 de la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, la LO 2/2009, al reformar la LOEX optó por ofrecer una nueva redacción al texto del artículo 57.5 LOEX, persiguiendo con ello introducir el trato privilegiado que para este tipo de extranjeros residentes contemplan las normas de la Unión Europea(68).

La residencia de larga duración es la situación que «autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles» (32.1 LOEX). De esta forma, todos los países de Europa optan por prever un tratamiento jurídico particularizado respecto a aquellos sujetos que han demostrado tener un arraigo especial con el país en el que se residen, y en atención a ello se les ha reconocido el Estatuto jurídico del «residente de larga duración».

En concreto, es el artículo 32 LOEX el que especifica que «tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco

---

que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público».

(67) STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de septiembre de 2012 (núm. de resolución 417/2012).

(68) Trato cualificado en materia de expulsión que también reciben sus familiares directos, según dispone el art. 57.5 *in fine* LOEX: «tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo».

Revista REDMEX 34-2013.indb 97 02/01/14 09:40

años de forma continuada[69], que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente[70].

Una vez constatada esta diferencia de trato queda por resolver una cuestión: si el extranjero goza en España de la condición de «residente de larga duración», ¿puede aplicarse contra él la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX o únicamente las contempladas en el artículo 57.5 LOEX expresamente dedicadas a este tipo de residentes? Esto es, los antecedentes penales que en su caso pudiese tener un residente de larga duración ¿podrían legitimar en su caso una orden de expulsión?

Llegados a este punto conviene insistir en que dichas dudas interpretativas se suscitan debido a la tajante redacción literal del citado artículo 57.5 LOEX, en el que, como es sabido, se especifica que «*la sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros (…) residentes de larga duración*». En cualquier caso «*Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y*

(69) El art. 148.3 RD 577/2011 especifica que «la autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

a. Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.

b. Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

c. Residentes que hayan nacido en España y, al llegar a la mayoría de edad, hayan residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

d. Extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.

e. Residentes que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

f. Apátridas, refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.

g. Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior. En estos supuestos, corresponderá al titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración la concesión de la autorización de residencia de larga duración, previo informe del titular del Ministerio del Interior».

(70) A los efectos de obtener la residencia de larga duración computarán los periodos de residencia previa y continuada en otros Estados miembros, como titular de la tarjeta azul europea. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente» (32.2 LOEX). Perfilando el requisito relativo al periodo de permanencia continuada en el territorio español durante cinco años, el art. 48.2 RD 577/2011 concreta que «la continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de diez meses dentro de los cinco años referidos en el apartado 1, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular. En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos. En el caso de solicitud de una autorización de residencia de larga duración en base a lo previsto en el segundo párrafo del apartado anterior, la continuidad de la residencia como titular de una Tarjeta azul-UE no quedará afectada por ausencias de la Unión Europea de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de dieciocho meses dentro de los cinco años de residencia requeridos».

Revista REDMEX 34-2013.indb 98 02/01/14 09:40

los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado» (letra b del citado artículo 57.5 LOEX)[71].

Así pues ¿cuál es realmente la intención del precepto? ¿Quiere esto decir que los residentes de larga duración sólo pueden ser expulsados siguiendo las causas enumeradas en el propio texto del artículo 57.5 LOEX? Entonces ¿la aplicación del artículo 57.5 está excluyendo tácitamente al artículo 57.2 LOEX?

En concreto, han sido nuestros jueces y tribunales los que, en los últimos años, se han ocupado de contestar a esta pregunta, y lo han hecho admitiendo la plena compatibilidad entre los artículo 57.2 y 57.5 LOEX. Se parte entonces de que dichos preceptos no son excluyentes entre sí, sino perfectamente complementarios, de forma que las exigencias garantistas exigidas respecto a un tipo muy particular de extranjeros («los residentes de larga duración») no impiden la aplicación de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX.

Son dos los argumentos los que utiliza nuestra jurisprudencia para sustentar esta interpretación:

1º Por una parte, al provenir el artículo 5.7.5 LOEX de la necesidad de trasposición de las obligaciones impuestas en la Directiva 2003/109/CE, el alcance real del citado precepto necesariamente tiene que ser interpretado a la luz de los objetivos y obligaciones concretas marcadas en la citada Directiva. Así pues, es precisamente el artículo 6.1 del citado texto el que expresamente sintetiza el objetivo de trato cualificado respecto a los residentes de larga duración que se persigue con estas medidas especificando que «los Estados miembros únicamente podrán adoptar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública».

2º Por otra, aunque la literalidad del precepto aparentemente condicione la expulsión de los residentes de larga duración a la comisión de determinadas infracciones administrativas calificadas como «muy graves» (artículo 54.1.a LOEX) o a la reincidencia en la comisión de otro tipo de infracciones respecto a las que se contempla causa de expulsión[72], no se puede obviar el hecho de que precisamente las causas de expulsión contempladas en el citado artículo 54.1.a LOEX quedan referidas a la participación del sujeto «en actividades contrarias a la seguridad nacional» o «contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana». Así, no se puede dejar pasar desapercibido el hecho de que este atentado de los intereses estatales no se produce únicamente por la comisión de las infracciones

(71) Trato cualificado que sólo recibirán los sujetos que tengan reconocida administrativamente la condición de residentes de larga duración en el momento de tramitarse el correspondiente procedimiento de expulsión, sin que a estos efectos, durante dicha tramitación del procedimiento de expulsión se pueda entrar a valorar si el sujeto en cuestión reunía o no reunía los presupuestos que pudiesen haber dado lugar a este reconocimiento, ya que se trata de cuestiones jurídicas diferentes y actos administrativos distintos. *Cfr.* STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 16 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 402441).

(72) Es decir, cuando «realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del art. 53.1 de esta Ley Orgánica» (57.1 LOEX).

Revista REDMEX 34-2013.indb 99 02/01/14 09:40

administrativas previstas en el artículo 54.1.a) LOEX sino también por la comisión de determinado tipo de delitos. Y ello porque sin duda «es más grave realizar una conducta constitutiva de delito de cierta gravedad, que realizar una conducta que sólo es constitutiva de una infracción administrativa, como lo son las recogidas en la LO 1/1992 sobre Seguridad Ciudadana»(73). Y no sólo eso, de negar esta interpretación se estaría concediendo un trato más privilegiado a los residentes de larga duración que a los propios ciudadanos de la Unión (dado que, como se ha expuesto, respecto a ellos cabe siempre iniciar un expediente de expulsión sustentado en la salvaguarda de la salud el orden o la seguridad públicas, sin necesidad de exigir que el sujeto en cuestión ni haya cometido una de las infracciones administrativas calificadas como más graves ni que haya sido condenado previamente por la comisión de un delito sujeto a una pena de determinada duración) y obviamente no era ésta la intención del legislador al redactar el artículo 57.2 LOEX(74).

Ahora bien, una interpretación sistemática de los dos preceptos citados obliga necesariamente a concluir que, en el caso de que el expediente de expulsión se inicie debido a la constatación de los antecedentes penales (57.2 LOEX) de un residente de larga duración, la resolución administrativa que finalmente se dicte, deberá ajustarse estrictamente a los presupuestos contempladas en el artículo 57.5 LOEX: esto es tomando en consideración, como exige textualmente el artículo 57.5 LOEX, *«el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado»*(75). Se demuestra así que un sujeto que esté fuertemente integrado en su país de residencia, en realidad no constituye amenaza o riesgo alguno para el orden público del país que lo acoge.

Se ha de realizar una valoración de las circunstancias personales del sujeto con el fin de comprobar que (como exige el TJUE a la hora de perfilar el contenido del «orden público»), «además de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, existe una amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad(76), advirtiendo además que «la existencia de condena penal sólo puede apre-

---

(73) Conforme a lo recogido por la STC 236/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 236) se debe considerar una amenaza real y suficientemente grave el hecho de haber cometido un delito de cierta gravedad, remitiéndose precisamente a un delito castigado con pena superior a un año, por lo que es aplicable directamente lo dispuesto en el art. 57.2 LOEX para considerar que realmente se produce una amenaza real y suficientemente grave, sin que sea preciso que se haya cometido una infracción de las recogidas en el art. 54.1.a) LOEX en sentido estricto, y ello porque «sin duda es más grave realizar una conducta constitutiva de delito de cierta gravedad, que realizar una conducta que sólo es constitutiva de una infracción administrativa, como las recogidas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, a la que también se remite dicho art. 54.1.a)». También, *cfr.* entre otras la STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º) de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19963) y la de 5 de octubre de 2012 (JUR 2012, 384545).

(74) Como se ocupa de resaltar la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 19 de octubre de 2012 (JUR 2012, 359441).

(75) Es el art. 6.3 de la Directiva 2003/109/CE el que especifica que «antes de adoptar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) La duración de la residencia en el territorio; b) La edad de la persona implicada; c) Las consecuencias para él y para los miembros de la familia; d) Los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen». Acerca de la valoración de las concretas circunstancias personales del sujeto, véase la STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 344537).

(76) Sentencias Rutili, Orfanopoulos, etc.

Revista REDMEX 34-2013.indb 100 02/01/14 09:40

ciarse (como posible causa de transgresión del orden público nacional) en la medida que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público»(77).

En definitiva, la interconexión existente entre el artículo 57.2 y el artículo 57.5 LOEX permite apreciar que, si bien se puede entender que se vulnera el orden público español sólo por la existencia de determinados antecedentes penales (artículo 57.2 LOEX), esta decisión siempre debe quedar debidamente justificada y fundamentada, tanto si se dicta en relación con un residente de larga duración como respecto a otro sujeto que no reúna este presupuesto. Ahora bien, dicha fundamentación que ha de ser particularmente rigurosa en el caso de que el procedimiento se inicie sobre un residente de larga duración, debiendo prestar especial atención a las circunstancias familiares y sociales que concurran en el caso y a la peligrosidad «actual» que éste pueda representar para el bienestar general(78), debiendo necesariamente realizar un «análisis personalizado»(79).

En realidad son circunstancias personales muy variadas las que en la práctica servirían para fundamentar la existencia de fuerte arraigo social o laboral en España, y con ello, la ausencia de peligrosidad del sujeto en cuestión, a pesar de sus antecedentes penales, sobre el orden público español, como pueden ser la existencia de domicilio en España e hijos a su cargo, el desarrollo de actividad profesional lícitamente iniciada con el consiguiente alta en el RETA, la superación de determinados programas de recualificación profesional, etc. Eso es, siempre que «su conducta personal constituya además una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución»(80), y sin que ésta decisión «pueda justificarse solamente por razones de orden económico»(81). Así pues, la ausencia de valoración de las circunstancias personales necesarias para motivar la decisión de expulsión de un residente de larga duración, determinarían la anulabilidad de la decisión de expulsión(82).

---

(77) Casos Bouchereau, Calfa, etc.

(78) El mero hecho de contar con antecedentes penales legitimaría en principio la iniciación de un expediente administrativo de expulsión en aplicación del art. 57.2 LOEX. Ahora bien, es la valoración de este concreto hecho junto con las demás circunstancias que concurran en el caso, la que debe utilizarse necesariamente para «motivar» la resolución administrativa de expulsión finalmente adoptada. La STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012, 344537) explica que la causa de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX no podrá entrar en juego cuando, de las distintas circunstancias concurrentes, se demuestre que, pese a tener antecedentes penales, el sujeto se encuentra plenamente integrado en España y que por ello no constituye un «riesgo actual» para la seguridad o el orden público español. Por ejemplo, en el caso resuelto por la citada sentencia se aprecia que no se demuestra que existe «riesgo actual» para el orden público español de un residente de larga duración sólo por el hecho de haber sido condenado por un delito contra la seguridad vial, dado que el sujeto en cuestión ha demostrado tener fuertes vínculos sociales, familiares y laborales con el Estado español.

(79) Como exige la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19963).

(80) STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 199963).

(81) Art. 6.2 de la Directiva 2003/109/CE relativa al Estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración.

(82) Así, la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 14 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19549) aprecia causa de anulabilidad de la decisión recurrida por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente, necesario para

Revista REDMEX 34-2013.indb 101 02/01/14 09:40

Se parte de la siguiente apreciación: para reconocer a un extranjero extraeuropeo la condición de residente de larga duración, resulta preceptivo comprobar previamente que el sujeto ha demostrado tener un claro arraigo en España, consideración que, en ciertas ocasiones, dependiendo de los vínculos personales, familiares, sociales o laborales que haya creado con el país en el que viene residiendo, le ha hecho romper prácticamente en su totalidad los lazos con su país de origen. Y son estos vínculos con el país en el que reside los que pueden determinar la improcedencia de la decisión de expulsión en base a dos argumentos:

1º Realmente la conducta cometida, pese a haber generado antecedentes penales en el sujeto, no tiene la suficiente entidad, valorando todas las circunstancias concurrentes para estimar que le sujeto en cuestión realmente representa una amenaza grave para la seguridad y el orden público de un Estado en el que está perfectamente integrado.

2º Y en otros casos, y pese a apreciar que los hechos cometidos por sí solos son merecedores de un desvalor notable contra el bienestar general, la totalidad de las circunstancias concurrentes puede llevar a concluir que la decisión de expulsión realmente generaría en la unidad familiar del sujeto un perjuicio más grave que aquel que se trata de evitar. Ponderación en la que sin duda existe cierto margen de discrecionalidad por parte del juzgador (habida cuenta de la pluralidad de factores que se han de sopesar) pero que en modo alguno puede justificar decisiones de expulsión automáticas, arbitrarias o carentes de justificación.

Para terminar el análisis de esta compleja cuestión, queda por matizar un aspecto: desde el momento en que se concluye que toda decisión de expulsión motivada por la genérica causa contemplada en el artículo 57.2 LOEX, como cualquier otra decisión administrativa limitativa de derechos, debe adoptarse previa tramitación del oportuno expediente y debe recoger, bajo consecuencia de anulabilidad, la necesaria argumentación que la justifique ¿realmente qué diferencias existen en este aspecto entre las expulsiones tramitadas respecto a residentes de larga duración y los que no tienen reconocida tal condición? Si todas ellas, independientemente de la condición administrativa del extranjero, deben estar debidamente argumentadas atendiendo a la valoración realizada de las circunstancias concurrentes y han de ser dictadas como medida de salvaguarda del interés del Estado de garantizar la seguridad y el orden público dentro de sus fronteras ¿existe en realidad una diferencia de trato entre los residentes de larga duración y los que no lo son, en los procedimientos de expulsión dictados en virtud del artículo 57.2 LOEX?

Al respecto, el análisis individualizado y conjunto de ambos preceptos lleva a concluir que no existe en modo alguno imposibilidad de expulsar a residentes de larga duración por

---

motivar la decisión de expulsión en cuanto residente de larga duración. Habida cuenta de que este defecto resulta subsanable, «procede retrotraer las actuaciones para que por la Administración se valoren éstas de conformidad con el precepto invocado y la jurisprudencia de la Unión y resuelva en consecuencia». Y es que si no se valoran sus concretas circunstancias personales, la Administración no habrá motivado suficientemente «la razón de que el recurrente sea una amenaza social». Cuando se trata de un residente de larga duración, también la valoración de sus circunstancias personales es la que debe conducir a imponer, junto con la orden de expulsión, una prohibición de entrada en territorio español de duración más o menos prolongada. STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª), de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19963).

Revista REDMEX 34-2013.indb 102 02/01/14 09:40

la causa prevista en el artículo 57.2 LOEX[83], sino que entre la expulsión de éstos y la de cualquier otro extranjero nacional de un país no perteneciente a la Unión Europea, existe únicamente una diferencia de intensidad: en cualquier caso, toda decisión de expulsión derivada de la existencia de antecedentes penales exige su necesaria fundamentación y justificación. Ahora bien, se ha de ser más estricto en dicha ponderación cuando se está ante un extranjero que ha demostrado tener especiales vínculos con el Estado español. No es que en otros casos no hayan de valorarse también las circunstancias personales, familiares o laborales del sujeto en cuestión, lo que ocurre es que el propio legislador le atribuye a estas circunstancias un valor cualificado, un especial peso específico cuando repercuten sobre un sujeto que tenga previamente reconocida la condición de residente de larga duración (artículo 57.5 LOEX).

En otras palabras: si la expulsión sólo puede justificarse atendiendo al riesgo potencial del sujeto sobre el orden público español, y tal conclusión, en todo caso, exige una ponderación minuciosa de las distintas circunstancias concurrentes como si de una balanza romana se tratara (antecedentes penales u otras conductas antijurídicas del sujeto por un lado y los datos objetivos de vinculación social, familiar o laboral con España, por otro), normativamente se atribuye un valor cualificado a las citadas circunstancias personales del extranjero residente de larga duración. Factor que en modo alguno imposibilita una expulsión motivada por el juicio de desvalor que demuestran sus antecedentes penales, pero exigirá necesariamente para poder ser acordada una concreta justificación del peligro contra el orden público español que su permanencia en territorio español puede acarrear[84].

IX. DIFERENCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 57.2 Y EL 89 CP

Antes de comenzar el análisis de las diferencias que existen entre la expulsión impuesta vía administrativa por el artículo 57.2 LOEX y la expulsión decretada en virtud de un procedimiento penal en virtud del artículo 89 CP, resulta útil recordar que, toda «expulsión» (sea administrativa o penal), presenta al menos un rasgo coincidente: para poder llevar a efecto cualquier forma de «expulsión» (se trate bien de una expulsión administrativa o bien de una expulsión acordada a raíz de un procedimiento penal), siempre han de concurrir dos elementos esenciales: la *falta de cumplimiento voluntario por parte del extranjero* y la *previa detención* del citado extranjero.

Ahora bien, al margen de este rasgo común, se pueden destacar diferencias muy importantes que demuestran que ambos preceptos están encaminados a regular situaciones fácticas distintas:

1º Como se ha expuesto, la expulsión que se tramita de acuerdo a la LOEX (también del 57.2 LOEX) proviene siempre de la tramitación del correspondiente procedimiento

(83) *Cfr.* al respecto STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 342171).

(84) Así pues, la STSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de 5 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 407518) estima que los vínculos sociales y familiares del residente de larga duración con el territorio español no son suficientes para impedir que prospere la expulsión tramitada en virtud del art. 57.2 LOEX, fundamentada en la existencia de antecedentes penales por la comisión de un delito de abuso sexual.

Revista REDMEX 34-2013.indb 103 02/01/14 09:40

administrativo, debe ser decretada por las autoridades gubernativas previstas al efecto y, como cualquier acto administrativo, también queda sujeto a sistema de recursos que marca la Ley 30/1992[85].

Por el contrario, la expulsión que se lleva a cabo en virtud de un procedimiento penal, es siempre una decisión judicial, impuesta siempre por Jueces o Tribunales, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas (89.1 CP).

2º Aunque ambos exigen en sus supuestos de hecho la existencia de una condena privativa de libertad –lo que provoca que en ciertos casos, una misma conducta delictiva pueda encajar tanto en las previsiones del artículo 57.2 LOEX (delito para el que en España se prevea pena privativa de libertad *superior al año*) como el 89 CP (privaciones de libertad *inferiores a seis años*)–, debe destacarse que, como se ha adelantado, entre ellos existe una diferencia fundamental: en un caso, se debe atender a la duración de la pena imponible en abstracto dependiendo del tipo de delito cometido (57.2 LOEX), y en el otro, en cambio, únicamente resulta relevante la pena concreta de privación de libertad finalmente impuesta al sujeto (89.1 CP).

3º Por otra parte, la expulsión prevista en el artículo 89 CP se reserva únicamente para el «*extranjero no residente legalmente en España*». Por el contrario, puede iniciarse un procedimiento administrativo de expulsión contra un extranjero no europeo, en virtud de un variado elenco de causas, y no todas ellas parten de la ausencia de residencia legal en España. Y es que un extranjero, a pesar de que resida de forma legal en nuestro país, también puede cometer una infracción administrativa grave o muy grave de aquellas para las que se prevé la posibilidad de iniciación de un procedimiento administrativo de expulsión de expulsión (artículo 57.1 LOEX) o una conducta delictiva de las que dan origen a la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX como medida garantista del orden público español.

En resumen, mientras que la expulsión como sanción penal queda referida únicamente a los extranjeros *no residentes* legalmente en territorio español, también resulta relevante a efectos de una eventual expulsión el historial penal de los extranjeros que sí residan legalmente, dado que, siempre que tengan una condena penal de determinadas características, también podrán ser expulsados del territorio español en atención al artículo 57.2 LOEX. Y es que, como se ha estado comentando en estas líneas, la citada causa de expulsión no se hace depender ni de la duración de la pena finalmente impuesta, ni se ha previsto que su aplicación tenga lugar antes o después de su complimiento efectivo[86].

4º Tampoco la expulsión administrativa y la penal generan exactamente las mismas consecuencias. A estos efectos debe compararse lo dispuesto en el artículo 89.2 CP con las previsiones del artículo 58 LOEX. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en los pro-

---

(85) Como se ha expuesto, es la autoridad gubernativa competente en todo caso para dictar cualquier tipo de sanción en materia de extranjería (incluyendo la posibilidad de acordar la expulsión del territorio español como medida sustitutiva de la sanción de multa), es siempre el Delegado o Subdelegado del Gobierno (art. 55.2 LOEX).

(86) La compatibilidad entre el cumplimiento de la sanción penal impuesta por el delito cometido y la expulsión del territorio español apreciada en virtud del art. 57.2 LOEX queda patente de la redacción del 57.8 LOEX, que especifica que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312.1, 313.1 y 318 bis CP, la expulsión se llevará a efecto *una vez cumplida* la pena privativa de libertad».

Revista REDMEX 34-2013.indb 104 02/01/14 09:40

cedimientos administrativos de expulsión, tras llevarse a efecto una expulsión por motivos penales «el extranjero no podrá regresar a España *en un plazo de cinco a diez años*, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado»[(87)].

Por el contrario, el artículo 58 LOEX y aunque también contempla la prohibición de entrada en territorio español a raíz de la expulsión, lo hace fijando unos márgenes temporales distintos. En concreto, en estos casos no se fija una horquilla temporal dentro de cuyos límites máximos y mínimos deba encuadrarse la prohibición de entrada, sino que se opta por marcar únicamente una duración máxima, sin fijar en cambio un periodo de tiempo mínimo en el que necesariamente deba prolongarse en el tiempo dicha prohibición de entrada. Así pues, por lo que respecta a la prohibición de entrada que acompaña a las decisiones administrativas de expulsión, dicho periodo se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso[(88)], sin que pueda exceder de cinco años (58.1 LOEX) o de diez años si se aprecia que el extranjero en cuestión supone una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública (58.2 LOEX)[(89)].

5º Adviértase también que el ordenamiento penal no prevé la posibilidad de acordar la suspensión de la expulsión una vez impuesta, a diferencia de lo que hace la LOEX en torno a las decisiones administrativas de expulsión de un extranjero.

Es el artículo 246.7 del vigente Reglamento de Extranjería RD 577/2011 el que, desarrollando las escuetas previsiones el artículo 64.4 LOEX, regula la posibilidad de suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión. Se trata de una alternativa que sólo opera en los casos en los que se ha tramitado un procedimiento ordinario de expulsión (y nunca en los procedimientos de expulsión preferente), y que se reserva únicamente para los casos en los que el extranjero «*formule petición de protección internacional*»[(90)]; o «*en los casos de mujeres embarazadas, cuando la expulsión suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud*». En cambio, no existe una previsión simular cuando se trata de expulsiones impuestas en virtud de un procedimiento penal. Y es que existen causas de suspensión de penas privativas de libertad no superiores

---

(87) Adviértase que este precepto, antes de su reforma por LO 5/2010, era mucho más estricto, y disponía que «*el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena*».

(88) Se deduce que atendiendo a la concreta situación personal del sujeto y al tipo de conducta ilícita cometida a raíz de la cual se inició el procedimiento de expulsión (57.1 o 57.2 LOEX).

(89) Es importante tener en cuenta que también este precepto ha sido reformado por la LO 2/2009, flexibilizando su redacción anterior. Y es que anteriormente el mismo precepto imponía limitaciones mucho más rígidas, dado que no sólo fijaba una duración mínima de la prohibición de entrada que necesariamente debía acompañar la orden de expulsión (ahora desaparecida), sino que además preveía el plazo de diez años no como excepcionalísimo, sino como plazo máximo general, disponiendo que «*toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez*».

(90) En concreto, la presentación de la solicitud de asilo podrá efectuarse en territorio español, en la frontera, o en un tercer país, según el art. 4 de la Ley 5/1984. Sobre el procedimiento oportuno para solicitar asilo, véase AA.VV., (coord., CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.), «*Tratamiento jurídico de la inmigración*», Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 310 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 105 02/01/14 09:40

a dos años (artículo 80.1 CP) pero no causas de suspensión de la expulsión dictada en sustitución de una pena privativa de libertad en un procedimiento penal.

Por otra parte, y dado que el procedimiento de expulsión tendente a valorar la concurrencia de la causa prevista en el artículo 57.2 LOEX es un procedimiento preferente, resulta esencial incidir en que no cabrá tampoco respecto a él la suspensión de la medida, no siquiera en casos de petición de asilo o necesidad de atención médica. Con esta respuesta el legislador está reconociendo que, si el bien jurídico que se intenta salvaguardar por medio de esta concreta causa de expulsión es el orden público español, éste ha de prevalecer incluso sobre necesidades puntuales de atención del sujeto.

En cierta medida relacionada con estas cuestiones, cabe destacar la siguiente particularidad: el artículo 89.1 CP contempla una forma de sustitución imperativa por la medida de expulsión de penas privativas de libertad de entidad relativamente pequeña (*inferiores a seis años*) que operará de forma automática respecto a los extranjeros que *no tengan residencia legal en España*, sin establecer diferencia alguna respecto a las penas privativas de libertad de duración más reducida (por ejemplo, inferiores a un año o incluso, inferiores a seis meses).

Esto es, por la propia finalidad del precepto, parece que esta previsión legal deja sin efecto la otra forma de sustitución de penas privativas de libertad que existe en nuestro ordenamiento jurídico: y es que con carácter general el artículo 88.1 CP permite que «los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente (…)».

Interpretando sistemáticamente los artículos 88.1 y 89.1 CP se infiere que la ausencia de residencia legal en España limita en gran medida las opciones del juzgador, actuando como concreta «circunstancia personal» del sujeto que impediría la aplicación de las opciones de sustitución previstas en el artículo 88.1 CP y determinaría la automática operatividad de la expulsión según lo exigido en el artículo 89.1 del mismo texto normativo.

6º Con carácter general, también difiere la naturaleza jurídica de la sanción sujeta a sustitución por la expulsión del extranjero de territorio español, dado que en el ámbito penal tan sólo cabe la sustitución de *penas privativas de libertad* que además reúnan determinados requisitos, y no cualquier otro tipo de sanción[91]. Por el contrario, la expulsión que se acuerda en virtud de la tramitación de un expediente administrativo sancionador, como es obvio, tan sólo puede actuar como sustitución de *sanciones de contenido económico*[92].

---

(91) Cabe recordar que el art. 32 CP señala que «Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal, bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa».

(92) Así, literalmente el art. 57.1 LO 4/2000 indica que «(…) *podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español* (…)».

Revista REDMEX 34-2013.indb 106 02/01/14 09:40

– Ahora bien, si de lo que se trata es de analizar el artículo 57.2 LOEX, y tal como se ha apuntado a lo largo de este trabajo, conviene recordar que al no tener naturaleza sancionadora, tampoco persigue finalidad de sustitución alguna, dado que no hay sanción de ninguna clase o naturaleza que se pretenda dejar sin efecto a cambio de la expulsión del sujeto. Y es que aunque el artículo 57.2 LOEX se vincule a cierto tipo de conducta antijurídica del ciudadano extranjero, por su propia configuración, no constituye un reproche directo a la conducta realizada, sino una medida precautoria acordada en interés del Estado español, por lo que, como se insiste a lo largo del presente trabajo, puede operar incluso cuando el sujeto en cuestión ya ha cumplido la pena impuesta. Así pues, por lo que respecta a las diferencias entre el artículo 89 CP y el artículo 57.2 LOEX, conviene insistir en que, la expulsión impuesta en el ámbito penal es una medida sancionadora sustitutiva del ingreso en prisión, «sustituibilidad» que no se desprende en ningún momento del artículo 57.2 LOEX (recuérdese que dicha causa de expulsión puede operar, siempre que los antecedentes penales del sujeto no hayan sido cancelados, incluso aunque ya se haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta).

Resulta también importante valorar las posibles conexiones que existen entre los artículos 57.2 LOEX y 89.1 CP. Y es que, aunque a primera vista parezca difícil compatibilizar las referencias a la condena privativa de libertad que respectivamente realizan ambos preceptos, un estudio particularizado de las situaciones concretas a las que hacen referencia demuestra que ni su contenido ni su alcance son tan similares como parece.

Así pues, aunque resulte complejo imaginar una situación en la que la conducta realizada suponga un delito para el que se prevea una pena superior a un año de privación de libertad (requisitos exigidos para que prospere la causa de expulsión administrativa prevista en el artículo 57.2 LOEX) que no haya generado antes la expulsión vía penal por entenderse cumplido el requisito de haberse impuesto a un extranjero una pena privativa de libertad de duración inferior a seis años (según lo dispuesto en el artículo 89.1 CP), el análisis de los citados artículos demuestra que realmente son varias las situaciones de comisión de conducta delictiva que, pese a escapar del alcance del artículo 89.1 CP, sí pueden quedar perfectamente encajados en el artículo 57.2 LOEX.

De la interacción entre el citado artículo 57.2 LOEX y el artículo 89.1 CP, puede concluirse que la posibilidad de expulsión tramitada por vía administrativa (57.2 LOEX), únicamente operará sobre casos muy concretos, sobre los que, pese a haber delinquido, no haya podido actuar la expulsión penal, por superarse sus requisitos. Es decir, habida cuenta de que la expulsión por causa penal exige que el extranjero no resida legalmente en España, que sea condenado en España y que la pena de privación de libertad efectivamente impuesta sea inferior a seis años, para que pueda entrar en juego la causa de expulsión, derivada también de la comisión de un delito, pero impuesta por vía administrativa, se precisa por esencia, que no haya podido tener lugar la expulsión por causa penal prevista en el artículo 89.1 CP.

En particular el artículo 57.2 LOEX, siempre en relación con nacionales de un país no perteneciente a la Unión Europea, se reserva en la práctica para los siguientes supuestos:

– Sujetos *condenados fuera de España* (bien en su propio país de origen, bien en cualquier otro, tanto si se encuentran de forma legal en España como si no lo hacen e independientemente de que hayan cumplido o no la pena impuesta), siempre

Revista REDMEX 34-2013.indb 107 02/01/14 09:40

que el delito cometido esté sancionado en España con penas privativas de libertad superiores al año y sus antecedentes penales no hayan sido cancelados.

– Personas *condenados en España* pero que, en el momento de imposición de la pena, tengan reconocida *residencia legal* en nuestro país, por lo que no les resultará aplicable la causa de expulsión prevista en el orden penal por el artículo 89.1 CP, pero sí la amplia causa de expulsión administrativa prevista con ánimo generalizador en el artículo 57.2 LOEX. Y es que, como es sabido, la expulsión penal sólo procede para los extranjeros que *no tengan residencia legal en España* y en cambio, en principio, *cualquier extranjero extraeuropeo*, puede ser objeto de un procedimiento administrativo de expulsión.

  A estos efectos, aunque resulte obvio, conviene reiterar aquí la apreciación con la que se inicia el presente trabajo, relativa a que en modo alguno los ciudadanos de la Unión o sus familiares quedarían incluidos dentro de ninguna de las causa de expulsión previstas en la LOEX (ni en el artículo 57.1, ni en el artículo 57.2, pese a su amplia configuración subjetiva) ni tampoco en el supuesto de hecho del comentado artículo 89.1 CP (previsto por esencia para sujetos que no residan de forma legal en territorio español). Y es que, habida cuenta del principio de libre circulación que opera sobre los ciudadanos europeos, su expulsión sólo procederá si se cumple alguna de las estrictas causas previstas en el artículo 15 del RD 240/2007.

– Extranjeros condenados a penas privativas de libertad superiores a seis años, por lo que no corresponde aplicar sobre ellos sustitución de la pena privativa de libertad por la sanción de expulsión. En estos casos, e incluso una vez cumplida la pena impuesta, si se aprecia peligrosidad potencial del sujeto en sí, podría iniciarse además un procedimiento de expulsión, pero ahora en virtud de lo previsto en el amplio artículo 57.2 LOEX. Y es que, respecto a las penas de menor duración, en principio operaría directamente la causa de expulsión prevista con carácter imperativo en el citado artículo 89.1 CP.

– Situaciones en las que el sujeto haya sido condenado en España a penas privativas de libertad inferiores a seis años pero sobre el que el juez o tribunal estime de forma motivada, en atención a sus circunstancias personales, que concurren suficientes razones para dejar sin efecto la sustitución prevista en el artículo 89.1 CP, justificando así el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

– Supuestos en los que no se haya podido hacer efectiva la causa expulsión prevista en el 89.1 CP, por entrar en juego la excepción prevista en el artículo 89.4 CP (que operará cuando la condena, pese a ajustarse a los parámetros indicados en el artículo 89.1 CP, provenga de la comisión de un delito que atente contra los intereses generales –como ocurre con el tráfico legal de manos de obra, la potenciación de la inmigración clandestina, la asociación ilícitas y la participación económica en este tipo de asociaciones, etc.–)[93].

(93) No se puede negar que sustituir una condena a prisión por la devolución del sujeto a su país de origen consigue el doble efecto de, por una parte, ahorrar gastos de mantenimiento al Estado español evitando el ingreso penitenciario; y por otra, facilitar la resocialización del sujeto, evitándole su estancia en prisión y con ello, los

Revista REDMEX 34-2013.indb 108 02/01/14 09:40

– En situaciones en las que, se haya ejecutado una orden de expulsión dictada de acuerdo con la causa expresada en el artículo 89.1 CP, y una vez expirado el plazo de prohibición de entrada en territorio español que tal decisión lleva aparejada o habiéndose incumplido éste, el sujeto regresa a España, y sigue apreciándose en él, en atención a sus antecedentes penales (todavía no cancelados) y sus circunstancias actuales, un riesgo potencial para los intereses estatales.

Fuera de estas ocasiones en cambio, no será necesario tener que recurrir al artículo 57.2 LOEX ya que el sujeto habrá sido expulsado de España en virtud de un procedimiento penal y atendiendo a la imperatividad con que tras su última reforma queda redactado el citado artículo 89.1 CP.

Ahora bien, pese a que nuestra jurisprudencia insiste en que la aplicación del artículo 57.2 LOEX sobre sujetos que ya han cumplido la pena impuesta –siempre que sus antecedentes penales no hayan sido cancelados–, no vulnera el principio *ne bis in idem* (sosteniendo que dicha medida no tiene naturaleza sancionadora sino meramente precautoria), no ha clarificado todavía si la causa de expulsión contemplada en el artículo 57.2 LOEX podría tener lugar respecto a sujetos que todavía no han cumplido la pena impuesta en el ámbito penal, y en su caso, qué consecuencias desplegaría esta situación. Y es que si bien es cierto que por el propio engranaje que une a los artículos 57.2 LOEX y 89.1 CP se aprecia que el mayor número de situaciones que puedan dar lugar a la aplicación del artículo 57.2 LOEX versarán sobre penas ya cumplidas, nada impide que en la práctica también pueda ocurrir que el expediente administrativo en cuestión se inicie antes del cumplimiento (o al menos del cumplimiento completo) de la pena impuesta.

Responder a esta hipotética situación, necesariamente obliga a contestar a las siguientes preguntas: ¿qué decisión prevalecería? ¿La condena del juez penal a prisión, o la decisión administrativa dictada decretando el retorno del extranjero? ¿Debería la decisión administrativa hacerse efectiva únicamente después del cumplimiento completo de la pena privativa de libertad impuesta? O por el contrario, en caso de acordarse la expulsión administrativa, ¿provocaría de forma sobrevenida la expulsión del sujeto del territorio español sin esperar a que complete el periodo de privación de libertad impuesto en vía penal?

Y es que la estimación de una de las alternativas, frustra necesariamente a la otra (dado que es imposible el cumplimiento simultáneo de ambas), o al menos, la aplaza sustancialmente en el tiempo (como mínimo hasta el agotamiento del periodo de internamiento penitenciario).

---

inconvenientes que esto generará sobre su futura integración social. Ahora bien, esta función resocializadora de la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del sujeto del territorio español se reserva para delitos que merecen una reprobación leve o moderada de nuestro ordenamiento jurídico (normalmente por conllevar la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años). Se aprecia que en este caso excepcional, el legislador ha optado por hacer prevalecer la función retributiva de la pena sobre la resocializadora, al considerar atentados muy graves contra la seguridad del Estado los hechos cometidos, y por ese motivo, ante estos casos concretos, se impide sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio. Literalmente, el art. 89.4 CP dispone que «*las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 321, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal*». Por ese motivo, en estos casos concreto, se excluye la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión.

Revista REDMEX 34-2013.indb 109 02/01/14 09:40

Sobre este concreto punto pueden plantearse dos opciones, ninguna de ellas exenta de ventajas e inconvenientes:

1º Podría adoptarse una solución aplicando otras respuestas normativas por analogía: al igual que el legislador ha previsto respecto a extranjeros extraeuropeos sin residencia legal en España la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años por la expulsión del territorio ¿por qué no seguir el mismo criterio para delimitar el alcance del artículo 57.2 LOEX? Parece lógico permitir (siempre que existan suficientes razones para legitimar tanto la iniciación del correspondiente expediente administrativo, como la imposición de la resolución de expulsión y en el caso de que la resolución administrativa de expulsión se haya dictado antes del ingreso en prisión del sujeto condenado o durante su internamiento penitenciario), que también los ciudadanos con residencia legal en España podrán ver que queda sin efecto la medida privativa de libertad impuesta en el ámbito penal debido a la existencia de una orden administrativa de expulsión del territorio español tramitada por la causa prevista en el artículo 57.2 LOEX, siempre que, tomando como punto de referencia lo dispuesto en el artículo 89 CP, éstos hayan sido condenados a penas privativas de libertad no sólo de duración *superior al año*, sino también *inferior a seis años.*

Así pues, y a pesar de que el artículo 57.2 LOEX no tenga naturaleza sancionadora (y por lo tanto en este caso la expulsión no se plantee en modo alguno como medida alternativa a una sanción administrativa o penal), posiblemente cabría una única excepción a la regla de la no sustituibilidad prevista para este tipo de decisión administrativa. Excepción que para entrar en juego exige la concurrencia de dos requisitos: que se hayan apreciado indicios suficientes de vulneración de los intereses nacionales antes del cumplimiento íntegro de la pena impuesta y que ésta sea inferior a seis años. Sólo en este caso la pena privativa de libertad podría quedar sin efecto, pero eso sí, es muy importante advertir que no lo hará por aplicación de mecanismo sustitutorio alguno, sino simplemente por el propio devenir de los acontecimientos.

No parece que la intención del legislador sea la de exigir el cumplimiento íntegro de la pena para después, si se estima que existe un riesgo potencial, expulsar el sujeto en cuestión recurriendo a la posibilidad prevista en el artículo 57.2 LOEX, cuando en otras situaciones muy similares (pero acaecidas en relación a extranjeros sin residencia legal en España), se contempla automáticamente su expulsión del territorio español sin necesidad de cumplir la pena privativa de libertad impuesta en España. Realizar otra interpretación necesariamente obligaría a plantear la siguiente reflexión: ¿realmente se está queriendo imponer un trato más estricto a los extranjeros que residen de forma legal en España y delinquen, que a los que no lo hacen y cometen el mismo tipo de conductas?

Así, en el caso de admitir que la expulsión decretada en aplicación del artículo 57.2 LOEX opera incluso antes del cumplimiento íntegro de la condena, aunque no exista sanción de ninguna naturaleza que poder sustituir por la expulsión, realmente la privación de libertad se vaciaría automáticamente de contenido en el momento en el que opte por hacer efectiva la orden de expulsión, eliminando así cualquier opción de cumplimiento en España, con lo que indirectamente y en un caso muy específico, también se estaría admitiendo su alternatividad residual.

Ahora bien, en contra de la argumentación analógica expuesta actúan dos objeciones:

Revista REDMEX 34-2013.indb 110 02/01/14 09:40

– Es cierto que un solo hecho delictivo de las características mencionadas legitimaría la aplicación de la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, pero si, como en cualquier acto administrativo, se exige también que esta decisión en todo caso vaya acompañada de la preceptiva motivación y ésta a su vez, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, se debe sustentar en la ponderación de las circunstancias personales concurrentes, obviamente será más difícil que este proceso de valoración concluya en admitir la necesidad de expulsión del sujeto si éste todavía no ha cumplido en España la pena impuesta. Esto es, a efectos de tramitar la correspondiente expulsión administrativa por la causa contemplada en el artículo 57.2 LOEX, es difícil imaginar que, tomando como punto de referencia la conducta del sujeto y su concreta situación personal, se llegue a apreciar que éste representa un riesgo potencial para el bienestar general si todavía está cumpliendo o va a cumplir una pena privativa de libertad, puesto que no puede generar riesgo alguno para el orden público español mientras esté internado en un centro penitenciario. Por lo tanto, ante la absoluta indeterminación del texto literal de la ley en este punto(94), podría también sostenerse que el momento oportuno para tramitar el correspondiente expediente de expulsión basado en la aplicación del artículo 57.2 LOEX ha de ser siempre posterior al cumplimiento de la pena.

– Desde otro punto de vista, como se ha expuesto, ejecutar la orden de expulsión dictada tras la tramitación de un expediente administrativo en virtud del artículo 57.2 LOEX mientras el sujeto no ha cumplido todavía la pena privativa de libertad impuesta, provocaría indudablemente el efecto de dejar sin contenido a la pena privativa de libertad inicialmente impuesta sin que ésta haya sido técnicamente sustituida por ningún otro tipo de sanción. Y entonces, se genera el siguiente problema: ¿qué ocurre con el clásico principio «*nullum crimen sine poena*»?

Y es que permitir que una expulsión tramitada siguiendo un procedimiento administrativo meramente cautelar tenga efectos antes del cumplimiento íntegro de la condena estaría violando claramente el principio general que, en el ámbito penal, proclama que ningún delito debe quedar sin castigo, sin apoyarse en ninguna excepción o posibilidad de sustitución legalmente establecida. Y es que si obviamente la finalidad del legislador hubiese sido ésta, también se hubiese reflejado en el propio texto de la ley (como sí se ha hecho respecto a determinados presupuestos en el artículo 89.1 CP) la posibilidad de sustituir de forma generalizada hipotéticas penas privativas de libertad pendientes de cumplimiento por la expulsión *preventiva* acordada en virtud del amplio y genérico artículo 57.2 LOEX.

Por otra parte ¿hasta qué punto una resolución administrativa de expulsión (como lo sería la que pusiera fin a un procedimiento tramitado por la causa prevista en el artículo

(94) Adviértase que sólo pide que el sujeto «haya sido condenado» y que «los antecedentes penales no hayan sido cancelados», guardando absoluto silencia sobre si la pena impuesta ha debido cumplirse o no. Laguna legal que se puede interpretar bien como un reconocimiento tácito de la amplitud de posibilidades al respecto, bien como una presunción de que la condena impuesta lleva aparejado su necesario cumplimiento. Ahora bien, si partimos de la configuración del art. 57.2 LOEX que se ha expuesto al comienzo de este trabajo como un precepto necesariamente amplio en el cuál poder encuadrar la expulsión legítima de extranjeros que no son bien recibidos en nuestro país, parece lógico intuir que, habida cuenta de la ausencia de restricción al respecto, llegado el caso, podría iniciarse un expediente administrativo de expulsión en virtud del art. 57.2 LOEX también sobre sujetos que por diferentes motivos, no han llegado a cumplir la pena inicialmente impuesta.

Revista REDMEX 34-2013.indb 111 02/01/14 09:40

57.2 LOEX) podría surtir efectos cuando ya se ha dictado una resolución judicial de internamiento?

Si el artículo 89.1 CP no contempla la expulsión sustitutiva de extranjeros que residan legalmente en España ¿quiere esto decir, *a sensu contrario,* que tal posibilidad no es factible respecto a ellos? ¿Se debería entonces esperar al cumplimiento íntegro de la pena privativa de libertad para, en su caso, estimar después si concurren razones suficientes para apreciar la amplia causa de expulsión revista en el artículo 57.2 LOEX? Debe advertirse que nuestra doctrina y jurisprudencia se han ocupado de argumentar la compatibilidad entre la pena privativa de libertad y la posterior expulsión del sujeto, pero por el momento no hacen referencia alguna a que la posible expulsión operada en aplicación del artículo 57.2 LOEX, al llevarse a cabo, impida hacer efectiva una pena privativa de libertad impuesta sobre un extranjero regular ¿se puede deducir por ello que no se valora esta opción porque no existe para ellos dicha posibilidad?(95)

En otras palabras ¿podría ser operativa una resolución administrativa de expulsión respecto a un sujeto que resida legalmente en España y además se encuentra cumpliendo condena en España o tenga condena privativa de libertad pendiente de cumplir? ¿Tan amplio es realmente el alcance del artículo 57.2 LOEX? ¿Era esa realmente la intención del legislador al redactar su literalidad? De admitir esta posibilidad ¿se estaría produciendo indirectamente una nueva causa de suspensión de la pena privativa de libertad por la expulsión en un supuesto no previsto por el legislador? Y es que una vez admitido que el artículo 57.2 LOEX no tiene naturaleza sancionadora y por tanto no se contempla como medida sustitutiva de sanción de ninguna clase, resulta necesario plantear también la siguiente cuestión: si por sí mismo no actúa como medida sustitutiva ¿podría aplicarse en este caso alguna causa de suspensión de la pena impuesta, de forma que quedaría sin efecto mientras el sujeto no regrese a España? Recuérdese que en el amplio supuesto de hecho contemplado en el texto del artículo 57.2 LOEX no existe referencia alguna (ni permisiva ni restrictiva) a tal situación, ni se especifica si la exigencia de que el sujeto «haya sido condenado» debe entenderse indisolublemente unida al requisito de «haber cumplido la pena impuesta por ello».

Y si esto es así ¿no supondría aplicar a los extranjeros nacionales de un país no perteneciente a la Unión Europea que no residan de forma legal en España una respuesta más ventajosa que a los que sí lo hacen? De esta forma un sujeto que no resida de forma

(95) Nuestro TS insiste en que no se infringe el principio «*ne bis in ídem*» (como indican las STS, Sala 3ª, de 28 de abril de 2011, o la STS, Sala 3ª de fecha 19 de noviembre de 2002). Por el contrario, resulta interesante tener en cuenta que nuestra jurisprudencia no trata situaciones en las que la expulsión vía 57.2 LOEX se haya de llevar a cabo antes del cumplimiento de la pena sino que se limita a supuestos en los que la pena impuesta ya se ha cumplido íntegramente ¿se está con ello admitiendo que no cabe esta posibilidad? Sirva como ejemplo la STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 5 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 407518), que se ocupa de resolver un recurso planteado contra un resolución de expulsión dictada cuando el sujeto ya había finalizado el cumplimiento íntegro de la pena, haciendo hincapié en que «no se infringe el principio *ne bis in ídem* por cuanto existe compatibilidad entre la condena penal y la expulsión acordada vía administrativa en aplicación del art. 57.2 LOEX, toda vez que esta expulsión «es distinta de la expulsión que puede acordarse como sustitución de la pena privativa de libertad» a la que hace referencia el art. 89.1 CP. De la misma forma, también la expulsión se lleva a cabo sobre sujetos que ya han extinguido la pena impuesta, en el supuesto contemplado en las Sentencias de la misma sala de 16 de noviembre de 2012 (JUR 2012, 402441) y de 14 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 19549).

Revista REDMEX 34-2013.indb 112 02/01/14 09:40

legal en España, que sea condenado a penas privativas de libertad de duración reducida, evitaría su ingreso en prisión (y con ello, su condición de presidiario y las consecuencias negativas que esto conlleva) siendo expulsado de territorio español, consecuencia que no se contempla en el artículo 89.1 CP para otros sujetos distintos de aquéllos.

X. CONCLUSIONES

No se puede negar que la causa de expulsión de extranjeros contemplada en el artículo 57.2 LOEX, pese a la aparente sencillez de su redacción, es mucho más compleja que cualquier otro de los supuestos de expulsión previstos tanto en la LOEX como en el Código Penal. Ante esta particular situación, y habida cuenta del escasísimo desarrollo reglamentario existente, resulta interesante intentar analizar con detalle su verdadero contenido y alcance. En particular, debe dedicarse especial atención a las siguientes cuestiones:

En primer lugar, ha sido nuestra jurisprudencia más reciente la que admite que esta causa de expulsión opera por sí misma, sin necesidad de que la conducta del sujeto afectado deba necesariamente concurrir con otro tipo de ilícito. Y es que el principal objetivo que persigue esta específica causa de expulsión es permitir que el Estado haga uso de su potestad de decidir y controlar qué ciudadano extranjero reside en su territorio, negando esta posibilidad a los sujetos que, sólo por el hecho de contar con determinados antecedentes penales, pueden considerarse en alguna medida peligrosos para la sociedad española. De tal forma, se trata de una respuesta con finalidad preventiva destinada a impedir los posibles riesgos contra la seguridad o el orden público que puedan plantear ciertos sujetos que en el pasado no han demostrado tener una conducta idónea.

Siguiendo esta argumentación, debe destacarse que la aplicación final de la citada causa de expulsión dependerá de si, durante el transcurso del correspondiente procedimiento administrativo, la Administración del Estado consigue probar no sólo la concurrencia de condena penal por conducta dolosa con fundamento en la comisión de delito sancionado en España con pena privativa de libertad superior a un año, sino también, que el sujeto verdaderamente representa un peligro potencial para los intereses estatales.

En definitiva, existen muchas cuestiones complejas que todavía no han sido resueltas por nuestra jurisprudencia y que dan lugar a las múltiples ambigüedades que rodean la aplicación práctica del artículo 57.2 LOEX. Puede afirmarse que el citado precepto está ideado para actuar como una suerte de «cajón de sastre» dentro del cual poder justificar la expulsión de aquellos sujetos que, pese a no haber cometido infracción o delito sancionable con la expulsión del territorio español, no son deseados dentro de nuestras fronteras. De tal forma, la indeterminación de su articulado posiblemente no se pueda imputar a error u omisión del legislador, ni a la existencia de defecto alguno en la redacción literal del precepto, sino que se trata de una respuesta voluntaria por la que se ha optado intencionadamente con el fin de dotar al precepto citado de la amplitud necesaria para alcanzar el objetivo pretendido.

De tal forma, como su redacción literal permite claramente comprobar, no se busca en este caso (habida cuenta de que no tiene naturaleza sancionadora) alcanzar una estricta seguridad jurídica concretando con perfecta precisión cuáles son las situaciones que pueden generar la expulsión del territorio español de un extranjero no perteneciente a la Unión

Revista REDMEX 34-2013.indb 113 02/01/14 09:40

Europea, sino incluir en nuestro ordenamiento jurídico una alternativa jurídica gracias a la cual imponer la salida forzosa del territorio español de aquellos ciudadanos extranjeros que tengan antecedentes penales y que además no se hayan integrado en la sociedad española.

Por último, conviene resaltar que si las distintas causas de expulsión administrativa de extranjeros no europeos recogidas en el artículo 57 LOEX no son más que una concreta transposición de las previstas en artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE relativa a al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, la concreta causa de expulsión actualmente contemplada en el artículo 57.2 LOEX (prevista inicialmente en el artículo 3.1.a) de la citada Directiva), realmente era todavía mucho más amplia en el derecho de la Unión Europea de lo que finalmente se ha recogido en el ordenamiento jurídico español.

Y es que según la redacción del texto internacional, se podría sustentar una decisión de de expulsión no sólo cuando exista una «*condena*» del sujeto «*a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año*», sino también incluso en los casos en los que simplemente existan «*sospechas fundadas* de *que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves*» o «*indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro*». Posibilidad que finalmente no se ha recogido en el texto del artículo 57.2 LOEX, bien por entender que su extrema amplitud, produciría más inconvenientes aplicativos que utilidades prácticas, bien por estimar que tal situación ya se encuentra tácitamente recogida en su tenor literal, entendiendo que es precisamente la sospecha de probabilidades de comisión de futuros delitos en territorio español, el verdadero motivo que entre líneas, sustenta la compleja causa de expulsión basada en la simple constatación de los antecedentes penales que se ha tratado de analizar en el presente trabajo.

Revista REDMEX 34-2013.indb 114 02/01/14 09:40

III. A VUELTAS CON EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE ACCIDENTE DE TRABAJO POR PARTE DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN IRREGULAR

JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ

Profº Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Granada

RESUMEN

A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular

Una de las cuestiones de permanente actualidad en relación a los derechos de los trabajadores extranjeros en situación irregular tiene que ver con las prestaciones de Seguridad Social a que tienen derecho en el supuesto de accidente de trabajo. La vacilante Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros, aparte de regular la cuestión de forma imprecisa ha sido sometida a diversas modificaciones que no hacen sino abundar en el desconcierto que genera su interpretación. La polémica parecía relativamente zanjada con las sentencias del Tribunal Supremo 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y la posterior redacción, a través de la LO 2/2009, del artículo 36.5 de la Ley de extranjería. Sin embargo cualificada doctrina ha venido a sentar serias dudas acerca de los derechos de Seguridad Social del inmigrante en situación irregular. A tal circunstancia se suma el frente abierto por la sentencia de 21 de enero de 2010 generadora, en el seno del Tribunal Supremo, nada menos que de tres interpretaciones jurídicas distintas, en parte inconciliables pero sólidamente fundamentadas.

Palabras clave: accidente de trabajo, jurisprudencia, inmigración irregular, Seguridad Social, derecho.

ABSTRACT

A turn to the right to the benefits derived from accident by the illegal immigrant

One of the issues that remain relevant relating to foreign workers in an irregular situation rights concerns social security benefits they are entitled to in the event of an occupational accident. The faltering organic law 4/200 on the rights, freedoms and social integration of foreigners regulates vaguely this matter and was subjected to several amendments, which only sparked diverging interpretations. The controversy seemed settled by the judgements of the Supreme Court 9th June and 7th October 2003 and the subsequent drafting, through OL 2/2009, or article 36.5 of the Law on foreigners. Nonetheless, qualified doctrine has cast serious doubts on irregular migrant workers social security rights. To this adds the approach opened by the judgement 21st January 2010, leading to three different interpretations within the Supreme Court, partly irreconcilable but soundly reasoned.

Keywords: occupational accident*, jurisprudence, irregular inmigration, social security, right.*

SUMARIO

1. LOS VAIVENES Y MODIFICACIONES DE CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36.5 DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA (4/2000): LOS DERECHOS DEL INMIGRANTE IRREGULAR COMO UNA REALIDAD CAMBIANTE.

1.1. La primera redacción del precepto: artículo 33.3 LOEx 4/2000.
1.2. La segunda versión a través de la LO 8/2000.

Revista REDMEX 34-2013.indb 115 02/01/14 09:40

1.3. La reforma de la reforma: LO 14/2003.
1.4. La última versión a tenor de la LO 2/2009.

2. LA PROTECCIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

2.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003.
2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003.
2.3. El accidente de trabajo con suplantación de personalidad (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010).
2.4. Un supuesto más de suplantación de personalidad (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010).

3. CONCLUSIONES.

1. LOS VAIVENES Y MODIFICACIONES DE CONTENIDO DEL ARTÍCULO 36.5 DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA (4/2000): LOS DERECHOS DEL INMIGRANTE IRREGULAR COMO UNA REALIDAD CAMBIANTE

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supone de entrada la extensión de los derechos de seguridad social de nivel no contributivo a los extranjeros residentes legalmente en España, produciéndose en este aspecto una equiparación total entre extranjeros residentes legalmente y los nacionales(1).

A partir del momento crucial de la aparición de la LOEx se afronta de forma específica la situación del extranjero aludida a través del actual artículo 36.5, precepto que ha experimentado sucesivas modificaciones en su redacción que denotan, primero, la falta de confianza del legislador para afrontar el problema y, en segundo lugar, la ambigüedad y la condición de manifiestamente mejorable que cabe predicar acerca del citado precepto. Las cuatro redacciones que la norma ha tenido –*probablemente se esté en espera de una quinta que afrontara el problema regulado de forma más específica y clara sin necesidad de acudir a interpretaciones especulativas o de conveniencia*– se concretan en la original de la LO 4/2000, la reformada de la LO 8/2000, la correspondiente a la LO 14/2003, y por último la de la LO 2/2009.

1.1. La primera redacción del precepto: artículo 33.3 LOEx 4/2000

De acuerdo con la primera redacción, inicialmente numerada con el artículo 33.3(2), la doctrina ya dejó de manifiesto cómo se daba carta de naturaleza a un precepto creador

(1) MALDONADO MOLINA, J.A., «El Derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros», en *Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros,* en VV.AA., Monereo Pérez, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.Á. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010, p. 268.

(2) El citado precepto indicaba que: *«los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspon-*

Revista REDMEX 34-2013.indb 116 02/01/14 09:40

de una de las instituciones más enigmáticas y confusas de la Ley. Se trata de la autorización administrativa con la que los empleadores habían de contratar a los trabajadores extranjeros. Se da pie, de este modo, a una dualidad de autorizaciones. De una parte la del trabajador y, de otra, la de su empleador, aunque la realidad es que esta segunda nunca llegó a desarrollarse reglamentariamente ni a ponerse en práctica al dejarse sin efecto en la nueva redacción de la norma apenas unos meses más tarde (SEMPERE NAVARRO)[3].

En forma añadida, desde esta primera versión comienzan a plantearse otras dudas que la insuficiente técnica legislativa no llega a disipar pese a las continuas reformas a que se ha visto sometido el precepto, dudas que no afectan a las responsabilidades procedentes que podrían derivar en el ámbito sancionador administrativo o penal –circunstancia que obviamente no se limita– sino en orden a determinar las consecuencias en relación al contenido de esos derechos del trabajador extranjero. Como puede apreciarse, no se regulaban las cuestiones relativas a la protección de Seguridad Social dando lugar a una institución ciertamente enigmática y confusa[4] pero que, en cualquier caso, significaba un avance importante toda vez que la equiparación de derechos no derivaba del hecho de que el trabajo estuviera autorizado, sino del trabajo en sí mismo (FERNÁNDEZ AVILÉS).

1.2. La segunda versión a través de la LO 8/2000

La primera impresión, en cualquier caso, es que el precepto hace referencia a todos los derechos que deriven del contrato de trabajo cuya proyección se debe materializar también en el ámbito de los derechos de seguridad social. Tras apenas unos meses de vigencia se produce una segunda versión del precepto (LO 8/2000) que cambia ligeramente para finalizar aludiendo a que *«la carencia de la correspondiente autorización por parte del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero»*[5]. Sin perjuicio de que no es apreciable un cambio sustancial en la redacción de la norma se constata la sutil modificación llevada a cabo de modo que la carencia de autorización ahora pasa a ser del trabajador, y no del empresario, apuntándose que es una forma curiosa de distribuir responsabilidades cuando la reforma se ejecuta con un indisimulado criterio restrictivo de derechos previamente reconocidos (CABEZA PEREIRO).

El paso dado por la nueva legislación orgánica contiene la previsión concreta relativa a la posibilidad de que el contrato celebrado con un extranjero no comunitario carente de autorización administrativa despliegue efectos jurídicos si bien los mismos

---

diente autorización para contratos 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».

(3) SEMPERE NAVARRO, A.V., «Accidente laboral de extranjero sin permiso», *Repertorio de Jurisprudencia,* núm. 13, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 3.

(4) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La «nueva» vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social y las consecuencias derivadas de la falta de alta del trabajador», en *Los derechos de los extranjeros en España*, VV. AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), cit. pp. 592. La doctrina dejaba de manifiesto tanto el carácter enigmático del precepto, como la existencia de un avance significativo.

(5) CABEZA PEREIRO, J., «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *AL* 2008, núm. 3, pp. 298 y 299.

Revista REDMEX 34-2013.indb 117 02/01/14 09:40

no aparecen relacionados en el texto de la norma manteniéndose en la indefinición. La ambigüedad de la norma provocó de forma inmediata planteamientos diversos por parte de la doctrina científica entre quienes abogaban por la convalidación del contrato, quienes seguían manteniendo la nulidad del contrato suscrito en estas circunstancias y aquellos que mantenían la necesidad de atender a la casuística para determinar la validez o nulidad del contrato[6]. Para el sector clásico de la doctrina *«el reconocimiento de efectos jurídicos a un contrato en términos laborales debería calificarse como nulo, lo cual no dejaría de tener una cobertura legal»*, y ello porque se trata de un supuesto excepcional previsto en el artículo 6.3 CC, según el cual *«los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*[7]. También existían divergencias en relación al alcance que debía otorgarse a los *«derechos consecuentes»* pues unos autores venían a ofrecer una interpretación extensiva y otros, por el contrario, restrictiva.

1.3. La reforma de la reforma: la LO 14/2003

Posteriormente se da pie a una nueva reforma legislativa (LO 14/2003) en la que se modifica no solo el contenido del precepto sino la ubicación, pasando ahora a situarse en el artículo 36.3, mostrando el siguiente contenido: *«…La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia 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 que pudieran corresponderle».*

Se produce simultáneamente la convicción de que el inmigrante en situación irregular se encuentra prestando servicios para un empresario que se beneficia de esa irregularidad, siendo una consecuencia lógica tanto que el empresario responda por las responsabilidades derivadas de la falta de alta y cotización como que el trabajador reciba las coberturas propias del tipo de prestación laboral que realmente está llevando a cabo. El legislador una vez más eludió pronunciarse sobre el alcance de prestaciones mencionadas en el precepto, de manera que las dudas en torno a los derechos eventuales que cupiera generar no se resolvieron. De otro lado, se opera una vuelta al criterio inicial y donde teníamos la carencia de autorización por parte del trabajador, vuelve a realizarse la referencia a la carencia imputable al empresario como sujeto que carece del requisito administrativo legalmente exigido.

Debe constatarse como el precepto desde el primer momento mantiene una ambigüedad, seguramente calculada, impidiendo una interpretación concluyente al referirse

---

(6) DÍAZ AZNARTE, Mª T., «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular» en *Protección Jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), cit., p. 409. Se cita la postura de RAMOS QUINTANA, al entender que la construcción jurídica de la nulidad del contrato de trabajo se mantenía intacta con la nueva redacción de la LOEx, otorgando un efecto diferente a la nulidad contractual. Comparte estas tesis MORENO VIDA, si bien matiza que *«la falta de autorización para trabajar invalidará el contrato de trabajo pero se garantizarán todos los derechos del trabajador nueva»*.

(7) Ibídem, cit., p. 412.

Revista REDMEX 34-2013.indb 118 02/01/14 09:40

de forma imprecisa a *«aquellas prestaciones a que de lugar»* y las que *«pudieran corresponderle»*, en lugar de las *«prestaciones a que da lugar»* y *«las que le corresponden»*[8].

El problema aplicativo del precepto consiste en determinar cuáles podrían ser las aludidas prestaciones. Una lectura apresurada del mismo podría dar a entender que la norma atribuye al trabajador extranjero sin autorización todos los derechos prestacionales del sistema de Seguridad Social que deriven de una prestación de servicios. En esa línea parecía pronunciarse la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS (Servicio de Régimen Jurídico, expediente 30/2004) cuando adopta el siguiente acuerdo literal: *«A partir del 21 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica y para hechos causantes producidos desde el citado momento, a la hora de reconocer las prestaciones que gestiona el Instituto, se considerará extranjero que trabaja en España sin la preceptiva autorización gubernativa, como trabajador que no está dado de alta por el empresario, debiendo estarlo, con las consecuencias legales, de todo orden que tal incumplimiento comporta de conformidad con la legislación vigente»*[9].

Respecto de la nueva fórmula otorgada al precepto, la doctrina ha mantenido cierta discrepancia a la hora de mantener la inclusión o no de las contingencias comunes en el ámbito de protección a que se alude; mientras que, de otro lado, sí existe unanimidad a la hora de interpretar el derecho a la protección de las contingencias profesionales como algo indiscutible. Al hilo de esta última cuestión, debe ofrecerse la valoración conjunta que se deriva del artículo 10.1 LOEx que predica los derechos laborales y de seguridad social respecto de los trabajadores extranjeros que cumplan los requisitos administrativos contemplados en la LOEx, frente a los citados artículos 36.3 y 57.5 d), que admiten la procedencia de ciertas prestaciones, considerando además que la sanción de expulsión deja de ser procedente para los supuestos en que *«el implicado fuera declarado beneficiario de una prestación de incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, ocurrido en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral».*

La doctrina intentó justificar la paradoja que se desprende de la redacción normativa: de una parte derivada de la exigencia de autorizaciones administrativas para residir y trabajar en nuestro país y, de otra, la atribución de efectos jurídicos al contrato celebrado con un inmigrante que careciera de las mismas.

Era previsible que el legislador tuviera presente en el momento de la última modificación normativa el criterio doctrinal unificado[10] en virtud del cual se consolida el derecho

---

(8) CABEZA PEREIRO, J., «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», cit., p. 299. Se constata como la infortunada redacción aludida ha generado una enconada controversia doctrinal, de la que es exponente MONTOYA MELGAR al mantener una interpretación restrictiva al entender que se están negando las prestaciones derivadas de contingencia común en tanto que otra línea seguida por el autor opta por una interpretación amplia que sí las incluiría.

(9) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo…», cit. pp. 594. La instrucción reproducida resulta explícita, seguramente bastante más que la calculada ambigüedad que parece la doctrina ha utilizado para defender la existencia de posturas contradictorias.

(10) SSTS 09-06-2003 y 07-10-2003. Es relevante a este respecto que en la primera de las sentencias citadas ni siquiera el trabajador afectado tiene el amparo del criterio de la reciprocidad al tener nacionalidad ecuatoriana y

Revista REDMEX 34-2013.indb 119 02/01/14 09:40

a la protección por contingencias profesionales de las personas carentes de autorización para trabajar. En este contexto se acude de forma recurrente al principio de automaticidad de prestaciones, pese a que el artículo 7 LGSS excluye del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva a los extranjeros no residentes.

Una de las cuestiones claves de debate que plantea la persistente ambigüedad del precepto consiste en determinar si la cobertura que se ofrece se proyecta sobre otras contingencias distintas a las derivadas de contingencias profesionales(11). Buena parte de los indicios parecen apuntar a la conclusión contraria, esto es, que la protección dispensada a los extranjeros irregulares solo alcanza a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Abunda en esta interpretación el nuevo texto del artículo 42, párrafo 2º del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero) *–modificado por RD 1041/2005, de de 5 de septiembre–* de cuyo tenor literal se desprende la protección exclusiva de los trabajadores extranjeros extracomunitarios a los exclusivos efectos de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales de conformidad con lo previsto en el Convenio 19 OIT y del principio de reciprocidad que cupiera aplicar. En cuanto al contenido del citado Reglamento, cabría oponer cómo resulta discutible que se impongan restricciones por vía reglamentaria no contempladas en la Ley Orgánica que se desarrolla.

También pueden resultar incongruentes las restricciones expuestas a raíz de la normativa internacional que vincula a nuestro Estado(12) y de la propia doctrina constitucional, destacando de forma sobresaliente la sentencia TC 236/2007, de 1 de noviembre. Esta sentencia –y las que se pronuncian en el mismo sentido(13)– supuso un serio correctivo al legislador orgánico declarando la inconstitucionalidad de varios preceptos en tanto que se restringían de forma injustificada derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes.

Por otra parte la doctrina ha planteado que la norma debería tener una interpretación onmicomprensiva como se deduce de su propio tenor literal de modo que si la ley no diferenciaba, ni tampoco contempla la posibilidad de no aplicarse en determinadas excepciones, la consecuencia debería de ser el reconocimiento pleno de la protección del Sistema de

---

no haber suscrito este país el Convenio núm. 19 OIT por lo que no se podía recurrir a este criterio alternativo para la justificación del derecho reconocido.

(11) CABEZA PEREIRO, J., «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», cit. p. 301. El autor mantiene la probabilidad de que el legislador orgánico sostuviera el criterio de que el extranjero irregular quedara apartado del sistema de Seguridad Social. Para ello cita la posterior publicación del Reglamento 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social cuyo art. 48 contempla como la sanción por emplear a un trabajador sin autorización para trabajar se incrementa en la cuantía que resultara de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos recaudatorios durante el periodo de prestación de servicios, de modo que simultáneamente se traslada al empresario que contrata de modo irregular la obligación de cotización en forma íntegra pero se excluyen del sistema contributivo tales cuotas a favor del trabajador.

(12) Ibídem, cit. p. 302. Es significativa a los efectos expuestos –sin perjuicio de su carácter no vinculante– la Recomendación de la OIT núm. 151 de 1975 sobre trabajadores inmigrantes, cuyo art. 8.3 indica de forma explícita que: *«Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otro beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales»*.

(13) A esta sentencia se suman en igual sentido la STC 259/2007 de 19 de diciembre y las SSTC 260 y 267 de 20 de diciembre de 2007.

Revista REDMEX 34-2013.indb 120 02/01/14 09:40

Seguridad Social que resulta propio de la prestación laboral afirmándose que el mismo era *«un precepto rompedor y avanzado de la legislación social»* (FERNÁNDEZ AVILÉS)[14].

Sin embargo la jurisprudencia, que con seguridad había allanado el terreno al legislador para llevar a cabo una reforma siguiendo una línea tuitiva del trabajador al acoger la protección de los derechos de seguridad social derivados de las contingencia profesionales, echó a continuación *el freno* y pasó a ofrecer una interpretación restrictiva interpretando que el precepto no pretendía introducir una innovación en el ordenamiento al instaurar una equiparación plena entre los inmigrantes regulares y los irregulares, sino más bien confirmar el derecho a las prestaciones en los supuestos de accidentes de trabajo que ya habían sido reconocidos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde el año 2003 y venían siendo reconocidos por los Convenios de la OIT ratificados por España[15].

De nuevo la ambigüedad del precepto da pie a la interpretación del Tribunal Supremo concretando la sentencia de 18 de marzo de 2008 cómo la protección por accidente de trabajo del inmigrante irregular no tiene su justificación en las leyes nacionales sino en un Convenio Internacional (FJ 6º): *«No obstante lo dicho hasta ahora, la circunstancia de que el artículo 36.3 LOEx aluda, genéricamente, a «las prestaciones que pudieran corresponderle», sin limitarlas a las que enumera el artículo 14.3 de la LOEx, ha llevado a este Tribunal a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentran los Convenios internacionales suscritos por España (artículo 96.1 CE). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia»*[16].

1.4. La última reforma a tenor de la LO 2/2009

En cualquier caso, en la inercia que muestra el legislador con las continuas modificaciones legislativas se va a dar un nuevo paso adelante –o hacia atrás según se valore– de la mano

---

(14) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo…», cit., pp. 594. Se incluye la consideración al hilo de la interpretación que realiza LOPEZ CUMBRE*, «La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros», TS,* núm. 187, 2006, pp. 13 a 30, en virtud de la cual se había llevado a cabo un importante paso adelante, que suponía admitir la eficacia de un contrato que anteriormente se reputaba nulo por incumplimiento de los requisitos formales y que ahora pasaba a desplegar todos sus efectos, incluidos los de Seguridad Social.

(15) Ibídem, cit. p. 595.

(16) En esta sentencia además de negarse a los extranjeros en situación irregular el derecho a las prestaciones de desempleo (y *obiter dicta* de las prestaciones por contingencias comunes) se deja de manifiesto que la concesión de prestaciones distintas a las derivadas de contingencia profesional (o sanitaria por vía de urgencias) significaría una regularización indirecta a través de decisiones judiciales y contraviniendo la legislación vigente creando además *«una especie de regularización encubierta y en espiral, del emigrante irregular, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia [art. 50.g) del RD 2393/2004]»*, ya que podría ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.5.d) de la LOEx.

Revista REDMEX 34-2013.indb 121 02/01/14 09:40

de la LO 2/2009. La nueva modificación legislativa que se produce ofrece una justificación múltiple atendiendo de forma inminente a los ajustes derivados de los numerosos preceptos considerados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas.

Desde un punto de vista genérico, esta regulación legislativa ha buscado una reforma estructural y más estable de la *«cuestión social»* de la inmigración haciéndose eco de la pretensión implícita de pasar de una *«ley de extranjería a una ley de inmigración»*. Sin embargo, junto al fomento de las oportunidades de integración de los inmigrantes –planteada como eje principal de la política de inmigración–, también se persigue un aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones. Aparecen así novedades destinadas a la consecución de una inmigración ordenada, legal y vinculada a las necesidades de nuestro mercado de trabajo.

De otro lado se hacía preciso la adaptación de la normativa comunitaria que ha experimentado cambios de consideración desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (mayo de 1999) y que en su etapa posterior ha venido orientada por el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de octubre de 2008, firmado por los Estados miembros de la Unión Europea(17), estando pendiente hasta esta reforma la transposición de diferentes Directivas comunitarias, entre las que cabe citar: la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas sobre procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2009/20/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 y la Directiva 2009/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Se pretende asimismo incorporar las aportaciones de organismos como el Consejo Económico y Social, la Conferencia Sectorial de la Inmigración, la Comisión Interministerial de Extranjería o el Foro de Integración Social de los Inmigrantes. La nueva regulación normativa acomete el objetivo de adaptar la norma a la realidad cambiante de nuestro país donde la tradicional inmigración, fundamentalmente económico-laboral, ha pasado en unas pocas décadas de ser considerada un fenómeno marginal o coyuntural a ser hoy en día una realidad estructural con implicaciones de diverso alcance: sociológico, económico, político, social, jurídico, etc.

De este modo, tras haber quedado obsoleta la Ley Orgánica 4/2000 se precisaba la adaptación de la realidad social al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que se han producido en los años sucesivos. La anunciada reforma se traduce en la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, y recoge un amplio elenco de novedades con el que se pretende lograr un marco jurídico estable sobre inmigración, que garantice el respeto a los derechos y sea impulsor de una sociedad plural como la española.

---

(17) RAMOS QUINTANA, M., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la Reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España», *TS*, núm. 240, 2010, p. 68. Se deja de manifiesto como la orientación de la política migratoria en el marco de la Unión Europea se orienta en tres sentidos: a) la promoción de la migración legal, b) el combate frente a la inmigración irregular y c) El impulso de la integración de los inmigrantes en situación de legalidad.

Revista REDMEX 34-2013.indb 122 02/01/14 09:40

El legislador, en consecuencia, ha de acometer equilibrios propios de un *funambulista.* De una parte, ha de reconocer y ofrecer carta de naturaleza a una amplia relación de derechos fundamentales restringidos en la legislación anterior al extranjero y de otra parte, ha de acometer las modificaciones impuestas desde el contexto de la Unión Europea, orientadas desde la situación de crisis económica al ajuste del marco normativo regulador de los flujos migratorios, intentando canalizarlos legalmente de modo que puedan adaptarse a la capacidad de acogida y necesidades reales del mercado de trabajo(18).

En definitiva estamos ante la cuarta redacción del precepto en la que se pueden apreciar modificaciones sustanciales. Recordamos que el nuevo tenor literal de la norma (artículo 36.5 LOEx) establece que: *«La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».*

La nueva redacción ofrece una novedad relevante toda vez que la validez y eficacia del contrato no viene ahora referida a la carencia de la autorización para trabajar, sino a la carencia de autorización de residencia y trabajo, de forma peculiar, por lo que parece coordinarse con el procedimiento administrativo unificado para la obtención de este doble e indiferenciado tipo de autorización(19). Con la precisión añadida, se ofrece un cambio de orientación con el que se pretende combatir también el trabajo irregular derivado de la residencia irregular, ampliando el escenario de la mera irregularidad en el ámbito laboral al ámbito del orden público.

Ha de apreciarse cómo el nuevo precepto limita el ámbito material de las prestaciones de Seguridad Social al marco convencional que se deriva de *«los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudiera corresponderle compatibles con su situación».*

Como decíamos se da un pequeño paso para salvar parte de la ambigüedad tradicional de la norma, pero ese paso sin duda es hacia atrás, en tanto que no es otra cosa que una efectiva limitación de derechos. La referencia a los tratados internacionales puede ofrecer varias concreciones. De entrada tenemos el Convenio Internacional sobre la protección de los trabajadores migrantes núm. 97 OIT ratificado aprobado el 1 de julio de 1947 y ratificado por España el 23 de febrero de 1967 y que limita su ámbito de protección a los trabajadores residentes de forma legal. De otro lado, el Convenio núm. 143 OIT –que no establece diferencias de trato en función de la situación jurídico-administrativa del

(18) Se trata de una afirmación contenida en el Preámbulo de la LO 2/2009, y que viene a traducir el mayor rigor a la hora de establecer controles de entrada a los inmigrantes extracomunitarios así como una mayor agilidad, también, en los mecanismos de expulsión de los mismos.

(19) RAMOS QUINTANA, M., «La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular…», cit., p. 647. El cambio sustancial obedece a la armonización con la Directiva Europea 2008/115/CE denominada de retorno y con la Directiva 2009/52/CE, por la que se aplican sanciones a los empresarios que contraten extranjeros extracomunitarios en situación irregular.

Revista REDMEX 34-2013.indb 123 02/01/14 09:40

inmigrante– no ha sido ratificado ni por España ni por los países miembros de la Unión Europea, al igual que la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, aprobado por Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990[20].

Del modo expuesto se propicia la desregulación de los derechos de seguridad social del trabajador extranjero limitados de este modo en forma precaria a los derivados de las contingencias profesionales. Ello lo propicia un contexto en el que priman los mecanismos de control de fronteras y el establecimiento de medidas sancionadoras entre las que alcanza un trato preferente el objetivo del retorno o la expulsión.

Se extiende de este modo *–también desde Europa–* la tendencia a no reconocer efectos al trabajo prestado en situación de irregularidad, siendo significativa la novedad que incorpora el párrafo 5º del citado artículo 36 LOEx, donde se establece una declaración de manifiesto e incuestionable carácter restrictivo, al aludir que *«el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo»*. Cierra el legislador el círculo restrictivo de derechos que ya anticipó la jurisprudencia social y el Tribunal Constitucional. El Tribunal Supremo ya había valorado previamente[21] que el nacimiento a las prestaciones de desempleo no puede producirse respecto de quien no puede ni residir, ni inscribirse como demandante de empleo, ni suscribir el compromiso de actividad, ni buscar activamente empleo. Con anterioridad el Tribunal Constitucional[22] estableció que la igualdad en la protección por desempleo de los extranjeros con respecto a los españoles carece de reconocimiento automático, operando únicamente ante el *«reconocimiento establecido por la ley o tratado, de modo que si el mismo no existiera, no sería exigible la igualdad de trato»*.

La reforma materializada por la LO 2/2009 al introducir la negativa del derecho a que los extranjeros en situación irregular perciban el desempleo parece apoyarse en el criterio previo mostrado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008. En ella se rechaza tal derecho que puede ser extensible al resto de las prestaciones de seguridad social. El Tribunal Supremo, con seguridad, teniendo presente la situación de crisis económica y la preocupación por la permanencia de trabajadores extranjeros en nuestro país, plantea que ello implicaría *«la creación judicial de una especie de regularización encubierta, y en espiral, del inmigrante irregular»*, a pesar de que no podría obtener en ningún caso la autorización de residencia [artículo 50.g) RD 2393/2004][23]. En la argumentación en que se apoya el Tribunal se deja de manifiesto que durante el tiempo de percepción de desempleo podría el trabajador extranjero en situación irregular buscar un nuevo trabajo generando así una nueva prestación de

(20) Ibídem, cit., p. 79. La conclusión práctica que se deriva de la remisión a los tratados internacionales de aplicación no es otra que dejar en el ámbito de los convenios bilaterales la protección de los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes irregulares.

(21) SSTS 18-03 y 12-11-2008.

(22) STC 130/1995.

(23) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo…», cit. p. 598. El pronunciamiento del TS se produce, como se constata, a pesar de la doctrina de suplicación existente, que consideraba que la falta de requisitos para acceder al desempleo era responsabilidad del empresario y que sus efectos perjudiciales no podían recaer en el trabajador extranjero.

Revista REDMEX 34-2013.indb 124 02/01/14 09:40

desempleo y por consiguiente una nueva situación de imposibilidad para proceder a la expulsión. Se hacía referencia en la sentencia a que, de conformidad con lo previsto en el artículo 209.1 LGSS, se establece que sólo pueden solicitar la prestación de desempleo las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 207 LGSS acreditando la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad contemplado en el artículo 231 LGSS(24).

Son varias las cuestiones que desde mi perspectiva se podría haber dejado en el olvido con este planteamiento: la primera, que percepción de desempleo y prestación laboral simultánea son incompatibles por cuyo motivo en la hipótesis que se plantea el trabajador queda obligado a devolver las prestaciones antes de poder volver a solicitarlas; la segunda, que el empleo es una fórmula de integración social, siendo en tal sentido uno de los principios básicos de la normativa internacional y de la propia LOEx; y tercero, no parece plausible que quien demuestra una capacidad incansable para el trabajo –*como el extranjero en situación irregular del supuesto debatido*– sea incluido en el pasivo de una sociedad –*pese a que se encuentre en crisis*– sino que, a todas luces, debería merecer la consideración de un *«efectivo valor añadido»*.

A este respecto debe de considerarse plenamente acertada la advertencia del CES cuando señalaba que *«este apartado no aclara suficientemente cuáles son las prestaciones a las que tiene o no derecho el trabajador extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y trabajo, por lo que sería adecuado que las mismas se enumeraran expresamente»*(25), cuando el carácter inespecífico y críptico de la norma viene siendo un calificativo común y reiterado para todas y cada una de las modificaciones legislativas abordadas.

Por último también es reseñable el contexto socio-económico en que se acomete la reforma legislativa. En medio de una crisis global mundial sin precedentes claros y cada vez más intensa y con una tasa de paro de las más altas de la Unión Europea, el debate tiende a ofrecer tintes de radicalidad. De una parte se escuchan los ecos de quienes plantean abiertamente la prioridad de afianzar el principio de preferencia en el acceso al mercado de trabajo de los nacionales y comunitarios frente a los extracomunitario, mientras que por otra parte se razona en relación a la necesidad de seguir recurriendo a la mano de obra extranjera para paliar el déficit que se deriva de la composición de la pirámide poblacional española(26).

---

(24) BARCELÓN COBEDO, S., «Derechos sociolaborales de los extranjeros: el nuevo contenido de los arts. 10 y 14.1» en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, VV.AA., BOUZA MARTÍNEZ, D.; DONAIRE VILLA, F. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 86.

(25) CES, DICTAMEN 1/2009, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003 de 29 de septiembre y 14/2003 de 20 de noviembre. Sesión Ordinaria del Pleno de 28 de enero de 2009.

(26) DÍAZ AZNARTE, Mª T., «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», cit., pp. 413. Merecen en cualquier caso una crítica las perspectivas reproducidas, toda vez que se ha rebajado la cuestión migratoria a una situación de mera conveniencia económica, cuando dentro de la perspectiva global con que se ha de valorar el problema se pierden de vista los principios fundamentales proclamados en la Constitución de la OIT por los que *«el trabajo de un ser humano no debe tratarse como una mercancía ni como un art. de comercio»*.

Revista REDMEX 34-2013.indb 125 02/01/14 09:40

2. LA PROTECCIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

La protección por contingencias profesionales también alcanza a los inmigrantes que se encuentran trabajando de forma irregular sin autorización administrativa(27). Tradicionalmente la protección dispensada se ofrecía mediante una fórmula tenue e insuficiente a través de la aplicación del Convenio Internacional núm. 19 OIT, de 5 de junio de 1925(28). El Convenio marca un hito en la protección a nivel internacional de los trabajadores migrantes y fue ratificado por España el 24 de mayo de 1928. Implicaba, sin necesidad de la exigencia de residencia legal, una protección en régimen de trato de equivalencia respecto de los ciudadanos miembros de los Estados que hubieran suscrito el aludido convenio. Pese al incuestionable avance que supuso en su tiempo, en la medida en que pretende extender e internacionalizar el derecho a la protección por accidentes, quedará en evidencia la situación de infraprotección a que quedan abocados los emigrantes de países subdesarrollados en la medida en que difícilmente podían cumplir los requisitos de equivalencia de trato exigidos por el Convenio Internacional.

Tras sucesivas ampliaciones del ámbito subjetivo de protección de los inmigrantes en situación irregular(29), la actual situación viene definida por el artículo 36.5 LOEx y por la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, al establecer fórmulas de protección progresivas a favor de los inmigrantes extracomunitarios.

En primer término se ofrece, genéricamente, la protección a cualquier extranjero frente a los riesgos profesionales, aplicando las reglas generales del alta de pleno derecho (artículo 125.3 LGSS) y con la consecuente responsabilidad directa del empresario, con anticipo de prestaciones por la aseguradora y responsabilidad subsidiaria de INSS y TGSS. En segundo término, la protección derivada en los supuestos de accidentes de trabajo no queda limitada a los ciudadanos de los países que han ratificado el Convenio núm. 19 OIT, aplicándose a todos sin distinción(30).

La unificación de doctrina se produce en el año 2003, a raíz de 2 sentencias que se erigen en cuestión referente en la materia; de una parte, se produce la sentencia de fecha 9 de junio, y acto seguido la de 29 de septiembre, procediendo a declarar la validez de

---

(27) Puede encontrase una respuesta *in extenso* de la cuestión planteada en la obra citada SÁNCHEZ PÉREZ, J., «*La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*», Granada, Comares, 2011, 120 pp. Sobre protección social de los inmigrantes a nivel contributivo TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «Los derechos sociales de los inmigrantes», Comares, Granada, 2012, pp. 266 y ss.

(28) Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, aprobado en Ginebra el 5 de junio de 1925.

(29) RAMOS QUINTANA, M., En cuanto al acceso a las condiciones de empleo *vid.* «Trabajadores extranjeros», en AA.VV., *Enciclopedia Laboral Básica*, SEMPERE NAVARRO, A.V.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.; AGUILERA IZQUIEDO, A. (dirs.), Civitas, Madrid, 2009, pp. 1357 a 1360.

(30) El Convenio Internacional a que se alude es el convenio núm. 19 OIT, de 5 de junio de 1925, que fue ratificado por España, e implica, sin necesidad de la exigencia de residencia legal, una protección en régimen de trato de equivalencia respecto de los ciudadanos miembros de los Estados que hubieran suscrito el aludido convenio. Hasta el año 1956 era la única fórmula por la que los extranjeros sin residencia legal podían obtener la protección por accidente de trabajo. A partir del Decreto de 1956 se extiende la protección por accidente de trabajo a los trabajadores de países vinculados históricamente con España de forma independiente a que estos hubieran ratificado o no el aludido convenio.

Revista REDMEX 34-2013.indb 126 02/01/14 09:40

los contratos concertados a la luz del nuevo precepto legal (artículo 36.3 LOEx, actual párrafo 5º) y que, en consecuencia, corresponde al trabajador la protección legal propia de todo contrato de trabajo.

2.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003, RCUD núm. 4217/2002, se pronunció en relación a un trabajador ecuatoriano sin permiso de residencia y trabajo. En sus antecedentes fácticos se describe cómo fue contratado por una empresa y sufrió un accidente de tráfico con el vehículo de trabajo, por cuyo motivo solicitó recibir la asistencia sanitaria, así como las prestaciones económicas derivadas del accidente laboral a cargo de la empresa. En ella se reconoce que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, lo que significa *«la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Eso supone 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»*. Se resuelve estimando favorablemente las peticiones formuladas a pesar de que Ecuador no había suscrito el Convenio núm. 19 OIT, si bien procede a aplicar el Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960, cuyo artículo 2º dispone que: *«Los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países, y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los dos países»*. Esto no impide la consideración del requisito adicional de residencia legal en el territorio nacional que se establece desde el año 1974, y ello tras apreciar dos circunstancias: una, que de conformidad con la normativa de extranjería se precisa la autorización para trabajar, si bien la carencia de tal autorización, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero; dos, se establece la obligación de cotizar a la Seguridad Social por parte del empresario (artículo 106.1 LGSS), que se inicia con el comienzo de la prestación de servicios por cuenta ajena.

2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003, RCUD núm. 2153/2002, declaró el derecho de un trabajador de nacionalidad colombiana, que carecía de permiso de residencia y de trabajo y que no estaba de alta en Seguridad Social, a la prestación de incapacidad permanente en grado de absoluta derivada de accidente de trabajo. Según su fundamentación se trata de un trabajador cuyo país ratificó el Convenio núm. 19 OIT, también ratificado por España, de modo que el principio de reciprocidad obliga a conceder el mismo trato a los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, por lo que finalmente se considera al extranjero irregular en situación de alta de pleno derecho en la Seguridad Social. Se expone como argumento central que: *«A tenor de las expuestas normas, que evidencian una tendencia*

Revista REDMEX 34-2013.indb 127 02/01/14 09:40

progresiva a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4 y 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y que responde a las obligaciones que imponen los Tratados y Convenios suscritos por España así como a la declaración de principios rectores de la política social que contiene el artículo 41 de la CE, sobre el régimen público de Seguridad Social, se ha de concluir, que el actor se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, por tratarse de extranjero hispanoamericano, cuyo país de origen ratificó el Convenio núm. 19 OIT, pues al estar también ratificado por España obliga a este Miembro a conceder a los nacionales del otro Estado, que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, el mismo trato que otorgue a sus nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, lo que conlleva la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, en su núm. 1, en relación con el artículo 7.1 LGSS de 1994» (FJ 3). Concluye que las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, a tenor de lo previsto en el artículo 124 LGSS, causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliada y en alta, o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario, y que no se exigirán periodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo. En forma añadida, de conformidad con lo previsto en el artículo 125 LGSS, los trabajadores comprendidos en este régimen general se considerarán de pleno derecho en situación de alta a efectos de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones. En el fundamento jurídico 3º de la resolución se cita la anterior sentencia de 9 de junio, y la doctrina que conforma, mostrando *«una tendencia progresiva a la protección social de los inmigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena, sin contar con los preceptivos permisos legales, que culmina en las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000»*.

En tales pronunciamientos, el Tribunal Supremo declara que el empresario resulta responsable del pago de las prestaciones por accidente de trabajo sufrido por el inmigrante irregular, condena al anticipo de las prestaciones por la Mutua y declara la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS. Se viene a aplicar la doctrina general sobre responsabilidad en materia de prestaciones derivadas de accidente de trabajo en caso de incumplimiento de afiliación y/o cotización del empresario por el principio de automaticidad de prestaciones derivadas del artículo 125.3 LGSS, desplegando los mismos efectos que si se hubiera tratado de un trabajador nacional. Esta nueva doctrina legal estimó que los accidentes de trabajo sufridos por trabajadores inmigrantes en situación irregular determinan la responsabilidad directa del empresario, procediendo la regla del anticipo de prestaciones por la Mutua, y con responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora.

De este modo confluyen dos nuevas circunstancias: la nueva jurisprudencia, que admite por fin la validez del contrato de trabajo, y la necesidad de efectuar la transposición de las Directivas comunitarias. Se da lugar así a la nueva redacción del precepto (entonces artículo 36.3 LOEx, según LO 14/2003, hoy artículo 36.5) declarando la validez

Revista REDMEX 34-2013.indb 128 02/01/14 09:40

del contrato de trabajo con un doble efecto: en cuanto a los derechos laborales derivados de la relación de trabajo y en cuanto a las prestaciones de Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades a que de lugar la conducta de contratar sin haberse provisto de permiso o autorización previa(31).

El elemento gramatical del precepto no puede ser más claro cuando se indica que la falta de autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo, por lo que ya no puede considerarse nulo el contrato de trabajo con las consecuencias previstas en el artículo 9 ET, añadiéndose que la validez lo será respecto de los derechos del trabajador extranjero, con lo que expone que los mismos han de respetarse en su integridad en forma independiente a las consecuencias jurídicas que la concertación irregular pueda comportar.

Consecuentemente, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo por lo que el trabajador no puede verse privado de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo.

2.3. El accidente de trabajo con suplantación personalidad (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010)

Antes de entrar en el análisis de la destacada sentencia de mención conviene destacar los argumentos que anticipadamente expuso BORRAJO DACRUZ en relación a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, dictada tras interponerse recurso frente a la emitida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza(32) de fecha 17 de diciembre de 2007. Las actuaciones de mención derivan de la solicitud de una prestación de viudedad cuyo sustento argumental deriva de que pese a que el trabajador fallecido hubiera hecho uso de una identidad que no le correspondía, ello no significaba que no estuviera ni afiliado, ni en alta *«sino que lo estaba y su empleada cotizaba por él, aunque con datos personales impropios que pertenecían a otra persona»*.

La cuestión central en este caso deriva de que el trabajador en cuestión no sólo se encontraba en situación irregular, sino que además carecía de permiso de residencia. A ello se sumaba las actuaciones especialmente dolosas que derivaban de la firma por el trabajador suplantado de los recibos de nómina y la realización por éste de los reconocimientos médicos preceptivos. Pese a que la sentencia comentada declara el derecho de la viuda *–del trabajador suplantador–* a las prestaciones correspondientes de Seguridad

(31) Lo expuesto no ha impedido la aparición de una nueva polémica alrededor de las consecuencias desplegadas por los accidentes de trabajo sufridos por los extranjeros en situación irregular cuando han utilizado la identidad de otro. *Cfr.* BORRAJO DACRUZ, E., «Accidente de trabajo de un trabajador extranjero en situación irregular que utiliza la identidad de otro. Comentario a la STSJ Aragón, de 9 de julio de 2008», *AL*, núm. 11, 2009, pp. 1319 a 1327. *Cfr.* RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *AL*, núm. 5, 2009, pp. 504 a 526.

(32) BORRAJO DACRUZ, E., «El accidente de un trabajador extranjero en situación irregular que utiliza la identidad de otro», *AL*, núm. 11, p. 389. El supuesto de hecho descrito en las sentencias aludidas identifica la situación de un trabajador que suscribe contrato de trabajo en fecha 21/02/2003, si bien el que lleva a cabo las prestaciones reales derivadas del mismo no es otro que un compañero de piso, de nacionalidad rumana como el primero. En el desenlace de la situación se produce un accidente de trabajo mortal en el que el trabajador suplantador fallece el 31/03/2005.

Revista REDMEX 34-2013.indb 129 02/01/14 09:40

Social BORRAJO DACRUZ plantea una serie de interrogantes acerca de la justificación jurídica de esta resolución, partiendo del análisis de la situación de ilegalidad y del alcance del régimen de la igualdad de trato a tenor de las normas internacionales.

De entrada, la Recomendación 151 OIT plantea la igualdad de trato para los trabajadores migrantes… *«cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse»,* pero no cabe olvidar el carácter no vinculante de las Recomendaciones. En segundo lugar, el Convenio 143 OIT, de 24 de junio de 1975, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores emigrantes, establece (artículo 8.1) *«el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo»* situación que de forma consecuente parte de una condición previa de residencia legal con fines de empleo. En tercer lugar, el Convenio 97 OIT, de 11 de julio de 1949, ratificado por España el 23/02/1967, sólo acepta como posible beneficiario al migrante regular, esto es, al que goza de residencia de carácter legal. Por último, se destaca el alcance relativista que ofrece la propia LOEx en la medida en que su artículo 10 condiciona el acceso al trabajo y a la Seguridad Social al cumplimiento de los requisitos legales por los extranjeros y el artículo 14 –*específicamente dedicado a los derechos de Seguridad Social y servicios sociales*– matiza que sólo los servicios y prestaciones sociales básicas alcanzarán a los extranjeros de forma independiente a su situación administrativa. El corolario que se desprende de la exégesis mostrada por el autor se muestra con claridad: el reconocimiento de prestaciones de accidente de trabajo para el inmigrante en situación irregular carece de apoyo suficiente en las normas o convenios de carácter internacional.

Una vez analizado el precedente expuesto se emite la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 21 de enero de 2010, RCUD 106/2009 relativa a un trabajador ciudadano de Guinea Conakry que prestaba servicios para una empresa en la campaña de recolección de la aceituna en Jaén(33).

El Tribunal Supremo declara inexistente el contrato de trabajo suscrito por el trabajador, quien suplanta a otro a través de una falsedad documental, error que no solo es sustancial sino que es producido de forma dolosa por el trabajador. Se declara que no existió contrato al faltar uno de los requisitos esenciales que el mismo estipula (artículo 1261 CC, según el cual se precisa la concurrencia de los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca). A tal efecto indica la reseñada sentencia que: *«…el empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino*

(33) En esta sentencia el supuesto de hecho describe cómo el trabajador sufre un accidente de trabajo *in itinere* por el que sufre lesiones graves en el hombro que determinan una incapacidad permanente total para su profesión habitual. La peculiaridad de referencia viene a ser, de nuevo, un supuesto de suplantación de personalidad. Se produce una previa situación de alta laboral pero a nombre de otro trabajador, ya que sobre el trabajador accidentado pesaba una orden de expulsión y había utilizado la documentación falsa correspondiente a otra persona. En forma paralela se han incoado diligencias previas por un delito de usurpación del estado civil.

Revista REDMEX 34-2013.indb 130 02/01/14 09:40

producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente».

Matiza la sentencia que los efectos de la nulidad del contrato son: *«…los que deriven de la aplicación del artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores… los que reconoce a todo trabajador extranjero el artículo 14.3 de la propia LOEx… o los que puedan derivar de responsabilidad extracontractual –de tráfico en el caso de autos por tratarse de un accidente de trabajo in itinere o del propio empresario en los casos en los que pueda apreciarse culpa extracontractual derivada de culpa o negligencia que no es el caso–»;* concluyendo, en definitiva, que: *«…no pudiendo afirmarse que la normativa de Seguridad Social permita extender su protección a quienes se hallasen en la situación de ilegalidad del demandante».*

La indicada sentencia quedó acompañada de dos votos particulares: uno concurrente que también se pronuncia por la desestimación del recurso y otro discrepante. Los comentamos brevemente dada la trascendencia interpretativa de ambos.

El voto concurrente[34] refiere las circunstancias que se pueden dar en torno al trabajador extranjero, distinguiéndose dos grupos o subgrupos:

El primero hace mención a los extranjeros con autorización de residencia que tienen derecho a las prestaciones de Seguridad Social, distinguiéndose a su vez: los que tienen permiso de trabajo, que pueden por tanto formalizar su inclusión en la Seguridad Social y los que no tienen permiso de trabajo, de modo que han de derivar su protección en razón a los sistemas de responsabilidad empresarial, si bien con aplicación del anticipo derivado del principio de automaticidad.

El segundo grupo quedaría integrado por los extranjeros sin ese permiso de residencia, respecto de los cuáles se interpreta que sólo tienen derechos a los servicios y prestaciones sociales básicas, equiparándose a los mismos determinados servicios sociales y *«aquellas prestaciones que las leyes declaren básicas a estos efectos»* pero también se incluyen, por imperativo del artículo 36.3.2º LOEx *«las prestaciones que pudieran corresponderle»*[35]. Se expresa a estos efectos que tal responsabilidad quedará limitada a la de tipo indemnizatorio *«por daños y perjuicios que pueda exigirse al empresario que da empleo al extranjero no residente o irregular… siempre y cuando la ausencia de los requisitos que impiden acceder a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social sea imputable a la actuación del empleador».*

La conclusión que se deriva de este planteamiento plantea que la Ley de extranjería invalida el contrato permitiendo al trabajador extranjero irregular percibir prestaciones por la vía de la responsabilidad indemnizatoria. La nulidad que se predica de la relación

---

(34) En relación a este voto concurrente DESDENTADO BONETE glosa que la infracción básica es la que se produce con respecto a la norma que prohíbe la actividad laboral del extranjero sin autorización de residencia y de trabajo, de modo que sostiene que las sentencias de 2003 han ido demasiado lejos, dado que el Convenio núm. 19 de la OIT y los convenios bilaterales se refieren al trabajo de los inmigrantes irregulares, no protegiendo a los irregulares. En la forma expuesta, sólo cabría la responsabilidad imputable al empresario que, en este caso, cursó el alta y cotizó por el trabajador, de modo que si esas actuaciones no son válidas la responsabilidad recae en exclusiva sobre quien se presentó con una falsa identidad. «El accidente de trabajo con papeles falsos», *Diario la Ley*, núm. 7416, 2010.

(35) GARCÍA DE PAREDES, Mª L., «Accidente de trabajo: suplantación de la personalidad del trabajador extranjero irregular», *AL*, julio 2010, p. 479.

Revista REDMEX 34-2013.indb 131 02/01/14 09:40

contractual indicada deriva de la carencia de las autorizaciones necesarias por parte del trabajador demandante. Se aduce a este respecto que no resulta de aplicación el principio de igualdad de trato (recogido en el Convenio núm. 19 OIT) dado que *«esa protección no se extiende a los extranjeros que trabajan ilegalmente sin las autorizaciones necesarias».* De forma complementaria, tampoco es de aplicación el principio de reciprocidad dado que este principio de derecho internacional lo es respecto de situaciones legales de las personas a las que afecta(36).

El siguiente voto, en sentido discrepante, fue formulado por la Magistrada Dª Mª LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA, adhiriéndose al mismo cinco magistrados más. En el mismo se expone que la nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero *–sin perjuicio de sus responsabilidades penales–* no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de las prestaciones en el trabajador extranjero.

Se valora en las circunstancias expuestas que a una persona de nacionalidad española no se le privaría de la protección de la Seguridad Social. Se expone el ejemplo de un menor de 16 años –incapaz en principio para suscribir un contrato de trabajo– que exhibiera para ser contratado un DNI de una persona mayor de edad. Desde la perspectiva expuesta la nulidad contractual por suplantación no es ni mucho menos clara. En principio habría que cuestionarse si el trabajador es elegido por simular su documentación y situación administrativa (y esta circunstancia constituye una condición sin la cual el empleador no le contrataría); o, por el contrario, si obtiene una colocación en el mercado de trabajo por las características del desarrollo de su labor, independientemente de su situación administrativa, o si las contrataciones en masa en determinadas franjas de la actividad, necesitadas en momentos álgidos de producción de empleados, han desvanecido cualquier referencia a las cualidades de los trabajadores, incluida su situación administrativa.

Tal circunstancia se complementa, en la línea argumental del voto particular expuesto, con lo prevenido expresamente en el artículo 57.5 d) LOEx, el cual dispone que la sanción de expulsión que se aplica en el supuesto en que el trabajador se halle irregularmente en territorio español no podrá ser impuesta a *«los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España…»,* precepto que corrobora la plena protección por contingencias profesionales del trabajador extranjero en estos supuestos con independencia de cual sea su situación administrativa.

Según extracta gráficamente DESDENTADO BONETE estamos ante *«un problema, un texto legal y tres interpretaciones»*(37), pudiendo apreciarse que la discrepancia judicial puede encontrar fácil explicación en las *«vacilaciones y la oscuridad de la ley».*

---

(36) A este respecto se interpreta que lo dispuesto en el art. 42.2 del RD 84/1996, de 26 de enero, en redacción dada por Decreto 1041/2005, al permitir el alta en Seguridad Social, a efectos de contingencias profesionales, a los trabajadores en situación irregular, es regla contraria a la norma legal, al ir contra lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

(37) DESDENTADO BONETE, A., «El accidente de trabajo del extranjero con papeles falsos», Diario la Ley, núm. 7416, junio 2010, pp. 1 a 5.

Revista REDMEX 34-2013.indb 132 02/01/14 09:40

2.4. Un supuesto más de suplantación de personalidad (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2010)

Apenas dos meses después de la difundida sentencia de 21 de enero, el 9 de marzo de 2010, RCUD núm. 4198/2008, el Tribunal Supremo vuelve a conocer de un supuesto de suplantación de personalidad si bien, en este caso, inadmite el recurso de casación alegando falta de contradicción entre la sentencia dictada y la de contraste con el criterio de que los supuestos de hecho eran diferentes. Uno de los supuestos era muy similar al supuesto discutido si bien ahora se ha producido el fallecimiento como consecuencia del accidente laboral y las prestaciones discutidas no son las propias de la incapacidad permanente, sino las derivadas del fallecimiento (auxilio a la defunción, viudedad y orfandad) en el segundo.

En este supuesto, el hecho de que las consecuencias de una suplantación no fueran atribuibles a sus familiares constituyó la razón de mayor calado para desestimar el recurso interpuesto por la Mutua, obligada al pago de las prestaciones. La resolución recurrida (la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 27 de octubre de 2008, Recurso de Suplicación núm. 2242/2008) ofrecía varios razonamientos interesantes como la no exigencia de alta para la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo y el cumplimiento de las obligaciones de la empresa si bien ofrecería como piedra angular otro argumento destacable según el cual: *«es indiferente el nombre del trabajador asegurado, pues hay un trabajador asegurado, y la Mutua recibió las cuotas correspondientes. La identidad falsa no altera el hecho real de la prestación de trabajo y la existencia de un aseguramiento de una trabajador determinado».* Se subraya, además, otra circunstancia clave y es que considerada la existencia de un contrato de trabajo: el trabajador no puede verse privado de una protección que es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva ley de accidente de trabajo de 1900. Como se ha podido apreciar, sin embargo, este criterio no ha sido acogido por el Tribunal Supremo a salvo del voto minoritario reseñado.

Volviendo a cuestionar el criterio mostrado por el parecer mayoritario de la Sala, cabría incidir en la eventual infracción del principio de igualdad constitucional y de la discriminación añadida por motivo de raza. El Magistrado del Tribunal Constitucional RUBIO LLORENTE critica a quienes quieren dar un tratamiento retórico a las categorías jurídicas esenciales contenidas en la Constitución, lo que llevaría al Estado constitucional a mera forma, y su teoría en simple cobertura ideológica de determinados poderes sociales, de modo que el mandato contenido en el artículo 1 CE ha de ser interpretado al incluir como valor supremo la igualdad; le impone al Estado perseguir su realización, atribución a partir de la cual alcance carácter normativo evitándose la existencia de una norma vacía[38]. Desde esta perspectiva, sostiene FERRAJOLI, que los derechos constitucionales constituyen la base de la moderna igualdad que es precisamente una igualdad en *«derechos»* en cuanto hacen visibles dos características de todos los demás derechos: especialmente su *«universalidad»*, esto es, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *«excludendi alios»*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con

(38) RUBIO CASTRO, A., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación». en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, Mª N. (dirs.), cit., p. 958.

Revista REDMEX 34-2013.indb 133 02/01/14 09:40

exclusión de los demás; en segundo lugar su naturaleza de indisponibles e inalienables, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción(39).

En aplicación del criterio expuesto parece casar de forma deficiente el principio de no discriminación pues no parece justificada la situación de desprotección en que se deja al emigrante accidentado, por más que se haya producido una suplantación de personalidad. En tal supuesto cabría plantear que si efectivamente concurre la existencia de un ilícito penal, lo procedente sería aplicar en tal ámbito las consecuencias penales correspondientes, sin que quepa duplicar la sanción privando al trabajador de la prestación que se establece en el ámbito laboral.

3. CONCLUSIONES

La primera impresión que podemos obtener relativa a la accidentabilidad laboral de los inmigrantes muestra una realidad ciertamente preocupante. La población inmigrante tiene un riesgo de sufrir lesiones mortales y no mortales por accidente laboral que puede situarse en un porcentaje superior en varias veces al de los trabajadores autóctonos. Si en el pasado contexto de crecimiento económico se impulsaba la contratación de trabajadores extranjeros en sus países de origen, en la actualidad se ha invertido la tendencia promoviéndose la vuelta de los inmigrantes a estos países de origen. La crisis económica se muestra como una de las causas de este cambio de política, generándose el caldo de cultivo para la creación muy extendida de empleo precario en unas condiciones en las que atender a la salud de los trabajadores es una tarea que resulta especialmente complicada.

Pese a las disensiones interpretativas y los permanentes cambios de criterio que ha deparado la inquieta pluma del legislador en lo que se refiere a la normativa orgánica reguladora de los efectos de la prestación de servicios llevada a cabo por el trabajador extracomunitario(40), sí parece haberse hallado unanimidad en una cosa: la norma es ambigua e ineficiente. Los calificativos que al respecto nos facilita la doctrina no son más complacientes tal y como podemos apreciar de forma gráfica y contundente:

a. *«…las normas legales y reglamentarias están inspiradas en criterios ambiguos que afirman y niegan a la vez, con reglas abiertas y salvedades continuas, que revelan que el legislador está atenazado entre la realidad económica siempre limitada y los criterios de una cierta progresía, siempre fiel a los principios de igualdad de trato»* (BORRAJO DACRUZ)(41).

---

(39) Manifiesta FERRAJOLI que ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo indecidible; actúan como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones. «*Derechos y garantías. La ley del más débil*», traducción y prólogo a cargo de ANDRÉS IBÁÑEZ, Trotta, Madrid, 1999, pp. 23 y 24.

(40) Según redacción actual del art. 36.5 de la LOEx.

(41) BORRAJO DACRUZ, E., «Accidentes de trabajo y extranjería. Actualidad Laboral», cit., p. 16.

Revista REDMEX 34-2013.indb 134 02/01/14 09:40

b. «…entendemos que intencionadamente (el legislador optó) por una fórmula normativa opaca susceptible de diversas interpretaciones, conculcando el principio de seguridad jurídica que debería presidir la regulación de una materia tan delicada como la que estamos abordando» (DIAZ AZNARTE)[42].

c. «en cuanto a las prestaciones de seguridad social, la LOEx contiene una regla esotérica cuando dice que el trabajo de los extranjeros en situación irregular no será obstáculo… para las prestaciones que pudieran corresponderle, lo cual (no obstante) confirma en el ámbito de la relación jurídica de seguridad social, la vinculación legal entre trabajo y derecho a las prestaciones» (DE LA VILLA GIL)[43].

*d. «*el que más dudas interpretativas ha suscitado, por su *más que reseñable deficiente confección* es el artículo 36.3 de la LOEx*»* (MONTOYA MEDINA)[44].

e. «precepto que nos situaba ante «una de las instituciones más enigmáticas y confusas de la ley» (CAVAS MARTÍNEZ/ FERNÁNDEZ COLLADOS)[45].

f. «el artículo 36,3 de la LOEx permite sostener la protección del trabajador extranjero irregular, no sobre la base de que exista un contrato irregular, sino porque la propia LOEx atribuye al extranjero irregular, un elenco vago de prestaciones «las que pudieran corresponderle» (CEINOS SUÁREZ)[46].

No obstante, ello no ha evitado posturas más bondadosas con el criterio del legislador. Recordamos a tales efectos opiniones que muestran que: *«Se trata de una norma que, aunque resultaba muy oscura en su redacción originaria, se aclara cada vez más, con cada reforma legal, su letra y su sentido»* (CABEZA PEREIRO), mientras que, por otra parte se describe una situación nueva en la que el derecho no deriva de que exista o no autorización administrativa, sino del trabajo en sí mismo, lo cual constituye un avance incuestionable (ALFONSO MELLADO)[47].

En todas y cada una de las reformas acometidas se ha perdido sucesivamente la oportunidad de aclarar la redacción, el contenido y el alcance de los preceptos que incorporan consecuencias jurídicas al trabajo desempeñado por el inmigrante irregular.

---

(42) DÍAZ AZNARTE, Mª T., «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», cit., p. 410.

(43) DE LA VILLA GIL, L.E., «La protección de los extranjeros especialmente en el sistema de Seguridad Social», cit., p. 12.

(44) MONTOYA MEDINA, D., «Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado», cit., p. 866.

(45) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo…», cit., p. 592. Se reproduce la cita de los autores incluida en la obra: «Las autorizaciones de trabajo» en *Derecho de extranjería* AA.VV., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.), Diego Marín, Murcia, 2005.

(46) QUINTERO LIMA. M.G., «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales» *La protección social de los extranjeros en España*, cit., p. 223. La autora reproduce la cita a CEINOS SUARÉZ relativa a la imprecisa redacción de la norma.

(47) FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo…», cit., p. 592. El autor reproduce el criterio doctrinal expuesto: ALFONSO MELLADO, C.L., «La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.

Revista REDMEX 34-2013.indb 135 02/01/14 09:40

A este respecto, DESDENTADO BONETE llama la atención acerca de que en un sitio se afirma, en una remisión vacía de contenido, que los extranjeros que reúnan los requisitos legales tienen derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social, de conformidad con la legalidad vigente (artículo 10 LOEx); en otro, tal derecho queda vinculado a los extranjeros residentes, mientras que los extranjeros en general, al margen de su situación administrativa, tienen derecho a *«los servicios y prestaciones sociales básicas»* (artículo 14 LOEx). Sin embargo este concepto de *«servicios y prestaciones sociales básicas»* resulta desconocido en nuestro ordenamiento en la medida en que la norma no realiza aclaración o concreción de tipo alguno(48).

La última redacción del artículo 36.5 de la LOEx tampoco, ni de lejos, se ofrece como una solución definitiva. En el mismo se indica que la falta de autorización de residencia o de trabajo no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador, pero nada se aclara respecto del contenido de los derechos a que se hace referencia. Se añade, de otro lado, que no *«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»*.Tampoco se ofrece una interpretación transparente tal y como ha dejado de manifiesto el análisis que al respecto hemos comentado de BORRAJO DACRUZ.

Resulta patente que la total equiparación en materia de derechos laborales y de seguridad social entre extranjeros en situación de irregularidad administrativa y los que tienen regularizada su situación administrativa es algo a priori inviable. Esta circunstancia deriva de que nuestro sistema de empleo se encuentra estructurado en torno a la solicitud de autorizaciones para trabajar, habiéndose asentado de forma determinante la preferencia de los nacionales sobre los extranjeros respecto del acceso a los mercados de trabajo.

En el sistema de Seguridad Social la exigencia de cumplimiento de los requisitos de afiliación y alta es la regla general y la fórmula de acceso común a las prestaciones contributivas. El citado artículo 36.5 LOEx en su redacción actual *–aún con su persistente falta de transparencia–*, y de la que se desprende la validez parcial del contrato de trabajo celebrado por los inmigrantes en situación irregular, ofrece base jurídica para que pueda reconocerse el derecho a las prestaciones contributivas derivadas de contingencia profesional, con aplicación de la imputación de responsabilidad prestacional que pueda recaer sobre el empleador.

(48) DESDENTADO BONETE, A., «El accidente de trabajo del extranjero con papeles falsos», cit., p. 4.

Revista REDMEX 34-2013.indb 136 02/01/14 09:40

IV. LA «INTEGRACIÓN CÍVICA» Y LOS INFORMES DE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN

Antidio Martínez de Lizarrondo Artola
Observatorio Permanente de la Inmigración (Gobierno de Navarra)

María Ramírez de Arellano Alemán
Técnica Jurídica de la Sección de Atención a la Inmigración (Gobierno de Navarra)

RESUMEN

La «integración cívica» y los informes de esfuerzo de integración

Desde 2011 las comunidades autónomas poseen competencias en la tramitación de autorizaciones administrativas de personas extranjeras. En este marco se hallan los informes sobre esfuerzo de integración. Su objetivo es acreditar este esfuerzo a quienes lo deseen, así como facilitar la renovación de sus autorizaciones temporales.

En este artículo se alude en primer lugar a los antecedentes de la «integración cívica». A continuación se expone la normativa española que sustenta esta distribución competencial y en qué consisten estos informes, así como se realiza una perspectiva comparada entre algunas regiones que han estructurado procedimientos para su gestión. El análisis de caso se centra en la puesta en marcha de esta competencia en Navarra. El estudio muestra que a partir de una normativa común para todo el Estado se deriva una gran variedad de prácticas en las comunidades autónomas.

Palabras clave: esfuerzo de integración, extranjero, informes, Comunidades Autónomas.

ABSTRACT

The «civic integration» and reports on integration effort

Since 2011 regions have competence in handling administrative authorizations foreigners. Within this framework are the integration effort reports. Its aim is to prove this effort to those who want it, and to facilitate the renewal of their temporary authorizations.

This article refers primarily to the background of the «civic integration». Following is Spanish legislation behind this distribution of powers and what these reports and takes a comparative perspective between regions that have structured their management procedures. The case study focuses on the implementation in Navarra. The study shows that from a common standard for the whole state derives a variety of practices in the regions.

Key words: effort of integration, foreign people, reports, autonomous communities.

Sumario

1. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

1.1. Diferentes visiones de la integración en Europa.

1.2. Los antecedentes de la «integración cívica» en algunos países.

1.3. El estado de la cuestión en España.

2. EL MARCO NORMATIVO DE LOS INFORMES DE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN.

Revista REDMEX 34-2013.indb 137 02/01/14 09:40

3. UNA PANORÁMICA ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LOS INFORMES EN ALGUNAS CCAA.

3.1. Andalucía.
3.2. Baleares.
3.3. Cataluña.
3.4. Comunidad de Madrid.
3.5. Comunidad Valenciana.
3.6. País Vasco.
3.7. Castilla y León.

4. EL CASO DE NAVARRA.

4.1. El protocolo de actuación.
4.2. Los informes de esfuerzo de integración en Navarra.

5. ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES.
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1.1. Diferentes visiones de la integración en Europa

Desde hace bastantes años, los países del norte y centro de Europa han sido sobre todo quienes se han enfrentado al reto de la integración de poblaciones de origen extranjero que se instalan en sus territorios y han respondido de un modo diferente a las esferas que componen las políticas de integración(1).

En función de herencias históricas e institucionales, la integración no significa lo mismo en todos los países. Los modelos prácticos son divergentes y están marcados por una importante indeterminación de los objetivos perseguidos y logrados. En este marco consideramos interesante la visión de Favell(2), quien observa que estas herencias, utilizadas en ocasiones por las élites para reforzar el sentimiento de construcción nacional, han originado diversas filosofías de integración. Éstas han sido incorporadas al discurso público como consecuencia de un proceso de reafirmación política y al mismo tiempo de conflicto en el seno de cada país, que han influido en la articulación general de esos modelos de integración.

Un concepto arraigado en otros países y que en España aún se encuentra en sus comienzos es la necesidad de una «primera acogida». No obstante, este término tiene diversas interpretaciones. En los países de vieja inmigración esta cuestión no era impor-

(1) HAMMAR, T. y LITHMAN, Y., «La integración de los migrantes: experiencias, conceptos y políticas» en OCDE, *El futuro de las migraciones*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 347-385.

(2) FAVELL, A., *Philosophies of Integration. Immigration and the Idea of Citizenship in France and Britain*, Macmillan-Palgrave, Houndmills, Basingstoke, 2001.

Revista REDMEX 34-2013.indb 138 02/01/14 09:40

tante hasta hace poco, ya que obviaron que las personas inmigrantes permanecían en el territorio y que eran necesarias otra serie de políticas para su integración en la sociedad. Esta falta de previsión ha derivado en problemas ya conocidos. Hoy en día se asume, al menos formalmente, que la primera acogida es esencial para solventar y anticiparse eficientemente a problemas futuros. Así, desde hace varios años las políticas de integración de algunos países de la UE están diseñadas sobre todo a la mejora de la capacidad de los recién llegados para comunicarse en el idioma del país de acogida y su conocimiento de las principales instituciones de dicho territorio.

Por su parte, y debido también a lo reciente de sus flujos migratorios, en los países del sur de Europa se hace hincapié en aspectos sociales y asistenciales. En España algunos rasgos básicos son que las ONG y las entidades de iniciativa social de apoyo a inmigrantes, las asociaciones de inmigrantes y los sindicatos han trabajado tradicionalmente para mantener la cohesión social y evitar la marginación, por lo que las administraciones les derivan parte de lo que supone la asistencia al inmigrante(3).

En los países de inmigración antigua la primera acogida se liga a cuestiones formativas e incluso ciertas constricciones, avaladas por iniciativas como programas o contratos individuales de inserción. Más que el fracaso en la inserción laboral o el coste que representa el mantenimiento de programas sociales, el mayor temor que se ha instalado en Europa respecto de la inmigración es el fracaso en su integración cultural.

1.2. Los antecedentes de la «integración cívica» en algunos países

En los últimos años muchos países como Austria, Alemania, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda (donde existen programas de integración obligatorios para los recién llegados desde 1998), Italia, Noruega y Suecia han introducido cambios en sus leyes y/o políticas migratorias con el objetivo de conseguir lo que se ha venido a llamar la «integración cívica».

Ésta se concreta en una serie de cursos o programas de integración de la población inmigrante que derivan de una idea a menudo contractual de los derechos y deberes(4): la introducción de actividades y compromisos, con carácter habitualmente obligatorio (tanto antes del ingreso en el país de acogida o después) y que se orientan a garantizar un conocimiento adecuado de la lengua, las costumbres, las leyes y las instituciones básicas del país de acogida. Las sanciones en caso de no participación en estas medidas son variables, pero en un número creciente de países la obtención de la residencia estable por parte de ciertos grupos de inmigrantes depende de su capacidad para demostrar que cumplen los criterios de inclusión. De este modo se vinculan en la práctica las políticas de regulación de la estancia y las de integración(5).

---

(3) LAPARRA, M. y MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A., «Las políticas de integración social de inmigrantes en España» en A. Izquierdo (coord.) *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Fundación FOESSA, Madrid, 2008, pp. 291-324.

(4) JOPPKE, C., «Beyond national models: Civic integration policies for immigrants in Wertern Europe», *West European Politics*, 2006, 30 (1), pp. 1-22.

(5) OCDE, *Perspectives des migrations internationals 2011*, Éditions OCDE, Paris, 2011.

Revista REDMEX 34-2013.indb 139 02/01/14 09:40

Estas políticas tienen en principio como objetivo que la persona inmigrante disponga de posibilidades reales de ascender socialmente por la vía de la cualificación en el empleo y, en general, de su esfuerzo personal. Sin embargo, a menudo se enfatizan los aspectos más culturalistas de la integración, que se concibe progresivamente de una forma más impositiva y convierte esas políticas en dispositivos de control y selección del flujo migratorio. El ejemplo más mediático fue la petición planteada por el presidente francés Sarkozy para exigir contratos de integración a los inmigrantes. Los puntos más relevantes de esta idea se hallaban precisamente en las clases de idioma obligatorias para personas recién llegadas y en la exigencia de que asumieran «valores nacionales y europeos» como la igualdad entre hombres y mujeres.

La integración cívica se ha planteado como la forma de afrontar la integración de inmigrantes recién llegados cuando en realidad el problema de algunos países que han desarrollado hasta ahora esta estrategia, como Holanda y Francia, no está en la inmigración sino en las minorías étnicas asentadas desde hace décadas. Para estos colectivos no está muy claro qué tipo de incidencias pueden acarrear estas actuaciones, una vez que están plenamente asentadas, con permisos de residencia de larga duración e incluso con la nacionalidad del país de acogida.

Tal y como se ha visto en los últimos años[(6)], es cierto que el discurso político construido en la Unión Europea respecto de la dimensión cultural de la integración introduce un debate legítimo y que parece necesario desde distintos puntos de vista. En este sentido no debemos obviar que a nivel europeo tanto la población autóctona como la inmigrante coinciden en considerar el conocimiento de la lengua del país de acogida como el principal y más importante factor para la integración[(7)].

Este aspecto se recalca en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo[(8)], que fue adoptado por el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 15 y 16 de octubre de 2008. En este documento[(9)] se conmina a los Estados miembros a que establezcan políticas ambiciosas para promover la integración armoniosa que:

> «*deberán basarse en el equilibrio entre los derechos de los emigrantes (en particular el acceso a la educación, al empleo, a la seguridad y los servicios públicos y sociales) y sus deberes (respeto de las leyes del país de acogida). Implicarán medidas específicas para favorecer el aprendizaje de la lengua y el acceso al empleo, factores esenciales de integración; harán hincapié en el respeto de las identidades nacionales de los Estados miembros y la Unión Europea y de sus valores fundamentales, como los derechos humanos, la libertad de opinión, la democracia, la tolerancia, la igualdad entre hombres y mujeres y la obligación de escolarizar a los menores*».

---

(6) SOLANES, A., «¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2009, 20, pp. 47-75.

(7) EUROPEAN COMISSION, *Migrant Integration. Qualitative Eurobarometer*, 2011 [en línea], *http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/quali/ql_5969_migrant_en.pdf* [consulta: 15/03/2013].

(8) El Pacto es el documento más importante acordado en este campo por la UE en los últimos años. Fue propuesto por Sarkozy como una prioridad de la Presidencia francesa en el segundo semestre de 2008.

(9) CONSEJO DE EUROPA, *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*, Documento num. 13189/08 ASIM 68, Bruselas, 15 y 16 de octubre de 2008 [en línea], [Consulta: 22/04/2013] *http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf*.

Revista REDMEX 34-2013.indb 140 02/01/14 09:40

En los países del sur de Europa esta corriente pudiera tener una influencia positiva si conllevara el refuerzo de las acciones orientadas a facilitar el conocimiento de la lengua, de la sociedad de acogida y de sus instituciones. Ahora bien, existe un cierto riesgo de que este discurso legitime una concepción de las políticas de integración como otro mecanismo de control del flujo migratorio, que por su carácter coercitivo, podría entrar en abierta oposición con los principios que intenta preservar, en especial la libertad individual y la no discriminación. Además, el origen de los inmigrantes puede ser sin duda una variable relevante. En España, como en menor medida Italia, la fuerte presencia de inmigración latinoamericana es un elemento que hace plantearse la cuestión de la integración cívica de una forma diferente. En estos casos el tema se esboza implícitamente para la población magrebí, pero curiosamente no hay una política de integración cultural específicamente planteada para este colectivo.

En cualquier caso, el contraste europeo, tanto por la intensidad reciente del flujo migratorio en España como por el énfasis en los procesos de integración social pone de relieve la trascendencia de abordar esta cuestión con mayor seriedad en nuestro país, construyendo una estrategia de integración en la que todos los ámbitos administrativos y todos los agentes sociales estén implicados.

1.3. El estado de la cuestión en España

En este punto es necesario recordar previamente la heterogeneidad de España en materia de inmigración, donde las comunidades autónomas ejecutan la mayoría de competencias que afectan a la integración dentro del marco que establece la política migratoria del Estado, que se centra principalmente en los elementos de control del flujo. En síntesis, los condicionantes en el acceso a los sistemas de protección que tienen las personas inmigrantes en España, junto con la intensidad y heterogeneidad del flujo migratorio y la propia diversidad autonómica configuran un modelo peculiar de integración. Este modelo se puede denominar *patchwork*[(10)] porque aglutina modos de intervención que generan un conglomerado: no hay una estrategia realmente coherente interautonómica, ni intra-autonómica, acerca de cómo tratar a la población inmigrante.

Quizás como respuesta a estas limitaciones la Administración central pretendió intervenir con cierto carácter homogeneizador en las políticas autonómicas a través del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI)[(11)] y del Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes y Refuerzo Educativo (FAAIIRE)[(12)]; mientras que al mismo tiempo algunas comunidades trataban de construir una política migratoria o solicitaban mayor presencia en las decisiones estatales sobre inmigración, siempre dentro de los

(10) MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A., «La integración de inmigrantes en España: el modelo patchwork», *Migraciones*, 2009, núm. 26, pp. 115-146.

(11) Véase MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007 y SECRETARÍA DE ESTADO DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN, *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014,* Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Madrid, 2011.

(12) MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A. «La incidencia del Fondo de Apoyo y el PECI en las políticas autonómicas de integración de inmigrantes», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, núm. 85, pp. 31-46.

Revista REDMEX 34-2013.indb 141 02/01/14 09:40

límites del marco jurídico. Sin embargo, tanto la progresiva disminución del FAAIIRE desde 2010 hasta su eliminación en 2012, como algunas medidas que están adoptando las comunidades autónomas para el acceso a las prestaciones sociales aventuran que la crisis puede reconfigurar la estrategia ideada por el Estado, incluso antes de haberse perfilado como un modelo de integración más coherente.

La ejemplificación de esa segunda vía en cuanto a la voluntad de incidir en la política migratoria se observa en parte en los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía. Estas normas atribuyen a su administración autonómica la gestión ejecutiva de los permisos de trabajo de extranjeros y su participación en las decisiones del Estado sobre inmigración de especial trascendencia para ese territorio. No obstante, los efectos de la concreción de esta praxis todavía están pendientes de evaluar.

Un tercer ejemplo tiene relación con el asunto de la integración cultural o cívica y su incidencia en las autorizaciones administrativas de los nacionales de terceros países. La traslación a España del debate sobre la integración cívica se produjo con motivo de las Elecciones Generales del año 2008 cuando el Partido Popular planteó en su programa un «contrato de integración» para las personas inmigrantes (la iniciativa volvió en las elecciones autonómicas de Cataluña en 2011). Este contrato no se llevó a efecto a nivel estatal al vencer en los comicios el PSOE. Ahora bien, en algunas autonomías se produjeron iniciativas para su implantación que se han traducido en la aprobación de leyes, que de un modo general, establecen un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.

A raíz del debate producido la Comunidad Valenciana[13] fue la primera que trasladó a su legislación la idea del contrato de integración, que se plasma en el denominado «compromiso de integración»[14]. Y en 2010 el Parlamento catalán aprobó la Ley de acogida de las personas inmigradas y retornadas a Cataluña[15], tras algunas iniciativas partidistas de índole casi xenófobo y un fuerte debate político[16].

El riesgo en este momento puede ser elevar a la categoría de problema político el asunto de la integración cultural o cívica y que esto tenga consecuencias en el terreno de la convivencia, precisamente al revés de la estrategia planteada en su momento por el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración. Más allá de que, en este caso, el segundo PECI nació siendo «papel mojado»[17], en la actualidad hay elementos que pueden introducir debates distorsionadores y que son aún más peligrosos en situaciones de crisis que toman al inmigrante como chivo expiatorio.

Un ejemplo reciente es la propuesta del Ministerio de Justicia que modifica las condiciones para obtener la nacionalidad española, según recoge el anteproyecto de la Ley de

---

(13) GENERALITAT VALENCIANA, Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana, *DOCV*, núm. 5911, de 11 de diciembre de 2008.

(14) SOLANES, A. «¿Integrando…», *op. cit.*

(15) GENERALITAT DE CATALUNYA, Ley de acogida 10/2010, de 7 de mayo, de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 139, de 8 de junio de 2010, pp. 48945-48966.

(16) La Ley de Acogida establece el catalán como lengua vehicular en la formación de los inmigrantes. Por este motivo, entre otros, la Defensora del Pueblo decidió recurrirla ante el Tribunal Constitucional.

(17) El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014 fue aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de septiembre de 2011, dos meses antes de las Elecciones Generales. El nuevo Gobierno no ha hecho alusión al contenido de este documento en ningún momento.

Revista REDMEX 34-2013.indb 142 02/01/14 09:40

Reforma Integral de los Registros. Así, los extranjeros que deseen adquirir la nacionalidad deberán superar un examen que permita acreditar un grado suficiente de conocimiento del idioma y de su integración en la sociedad española.

Parece lógico debatir determinados aspectos sobre la acogida y la integración cívica, pero desde un punto de vista no punitivo y sin que suponga el sacrificio de la libertad individual y la igualdad de trato. Debemos tener en cuenta que si los procesos de integración son por definición multidimensionales y bidireccionales (dado que en ellos también interviene la sociedad de acogida), no deja de ser aleatorio y peligroso plantear que la «carga de la prueba» se enfoque únicamente en las personas inmigrantes.

2. EL MARCO NORMATIVO DE LOS INFORMES DE ESFUERZO DE INTEGRACIÓN

En 2011 el Estado reguló la forma en la que las comunidades pueden realizar informes acerca de la integración y arraigo de inmigrantes en su territorio y que afectan a la tramitación de autorizaciones administrativas que se exigen a estas personas. La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) incorporó un nuevo artículo 2 ter que ordena los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

Así, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[18], encomienda a las Administraciones Públicas el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora promoviendo la participación social, cultural y política de las personas inmigrantes en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás Leyes, en condiciones de igualdad de trato. Especialmente, procurarán mediante acciones formativas el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.

Para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal la LOEX prevé en su artículo 31.7 la posibilidad de valorar especialmente el esfuerzo de integración de la persona extranjera, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas descritas.

Es evidente que la Ley Orgánica 2/2009 ha dotado de mayor relevancia al papel de las administraciones autonómicas y locales. Uno de sus objetivos principales es reforzar la coordinación entre las Administraciones Públicas con competencias que inciden en materia de inmigración, potenciando al mismo tiempo la cooperación y colaboración entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a la ciudadanía. Un ejemplo de la colaboración entre administraciones (en este caso, entre la estatal y la

(18) LEY ORGÁNICA 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 299 de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

Revista REDMEX 34-2013.indb 143 02/01/14 09:40

autonómica) se produjo con la entrada en vigor el 30 de junio de 2011 del Reglamento de la LOEX[19]. En este Reglamento se establece una nueva figura, que se denomina «*Informe de Esfuerzo de Integración*».

Este informe podrá ser alegado por la persona extranjera como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización en los siguientes supuestos: residencia temporal no lucrativa (artículo 51.6); residencia temporal por reagrupación familiar (artículo 61.7); residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (artículo 71.6); y residencia y trabajo por cuenta propia (artículo 109.6). En todos los artículos mencionados se señala que el informe será emitido por la Comunidad Autónoma del lugar de residencia de la persona extranjera y tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en las acciones formativas señaladas, haciendo mención expresa al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados. Igualmente se indica que el informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas.

La presentación de este informe no tiene en ningún caso naturaleza de requisito exigible, pero puede ser alegado por la persona extranjera en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. Por consiguiente, será tenido en cuenta como información a valorar por la Oficina de Extranjería correspondiente, sin tener carácter vinculante en ningún caso. Por tanto, la inexistencia de ese informe positivo o la aportación al expediente de renovación de un informe negativo sobre el esfuerzo de integración no puede ser determinante de la denegación de la renovación de la autorización.

En última instancia, el fin que persigue el citado informe es la integración en valores en la sociedad de acogida y una implicación activa de la persona extranjera en la vida social. En definitiva, el informe de esfuerzo de integración hace referencia, valga la redundancia, a un esfuerzo propiamente dicho en sede de integración, esto es, a una trayectoria, y no tanto a un objetivo final o resultado puntual.

La Instrucción DGI/SGRJ/8/2011[20] establecía que al contenido mínimo podrá sumarse, en su caso y por decisión de la Comunidad Autónoma que emite el informe, otros aspectos que guarden relación directa con el esfuerzo de integración de la persona extranjera. Tales aspectos podrían incidir en el ámbito de la participación (pertenencia a asociaciones privadas sin ánimo de lucro, organizaciones de carácter social, etc.), en el ámbito de la inserción sociolaboral, el ámbito cultural, etc. Sin embargo, transcurridos seis meses de aplicación de la citada Instrucción y al no haber contribuido a los objetivos de clarificación y homogeneidad en la aplicación de la informe de esfuerzo, se aprobó la Instrucción SGIE/2/2012[21], derogatoria de la Instrucción DGI/SGRJ/8/2011.

---

(19) REAL DECRETO 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, 30 de abril de 2011, pp. 43821-44006.

(20) MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Instrucción del DGI/SGRJ/8/2011, sobre aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de informes sobre esfuerzo de integración*, 14 de diciembre de 2011.

(21) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Instrucción SGIE/2/2012 derogatoria de la Instrucción DGI/SGRJ/8/2011, sobre aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y liber-*

Revista REDMEX 34-2013.indb 144 02/01/14 09:40

Cuestión aparte, merece hacer una pequeña referencia al artículo 63 párrafo 3º de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, en el que se establece la posibilidad de que las personas extranjeras que vayan a tramitar la nacionalidad española aporten un informe emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la nacionalidad española. Esta cuestión fue introducida por la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

3. UNA PANORÁMICA ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LOS INFORMES EN ALGUNAS CCAA

Previamente a la exposición de cómo se ha regulado esta cuestión en determinadas comunidades autónomas es conveniente estimar cuántas pueden ser las personas afectadas. Esto es, a través de la estadística que proporciona trimestralmente el Observatorio Permanente de la Inmigración (Secretaría General de Inmigración y Emigración) conocemos el volumen total de personas extranjeras que se hallan en un proceso de renovación de una autorización de residencia temporal.

A 31 de marzo de 2013 en España había 700.721 nacionales de terceros países con una autorización en vigor de residencia temporal, fuera por residencia no lucrativa, reagrupación familiar, trabajo o circunstancias excepcionales (aunque esta estadística no incluye a quienes tienen caducada la documentación de residencia y están renovándola). Por tanto, ésta es la cifra aproximada de potenciales solicitantes de informes de esfuerzo en esa fecha, aunque es preciso subrayar que las personas en esta situación son cada vez menos ya que progresivamente van logrando la residencia de larga duración.

Las comunidades autónomas con mayor número de estas personas eran Cataluña (190.479), Madrid (137.647), Andalucía (79.135), Comunidad Valenciana (64.679), País Vasco (32.572) y Baleares (28.014). Junto al ejemplo de Navarra (7.510), que es la región que ofrece los datos más detallados acerca de la realización de este tipo de informes de esfuerzo, éstas son las CCAA sobre las que centramos nuestro análisis.

---

tades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de informes sobre esfuerzo de integración, 29 de junio de 2012.

Revista REDMEX 34-2013.indb 145 02/01/14 09:40

Tabla 1. **Extranjeros en Régimen General con autorización de residencia temporal en vigor según motivo de concesión y CCAA.**

CCAA	Residencia temporal							Total temporal
			Trabajo			Circunst. excepcional		
	Residencia no lucrativa	Reagrupación familiar	Cuenta ajena	Cuenta propia	Otros tipos	Arraigo	Razones humanitarias y otras	
Andalucía	12.905	15.431	41.575	1.021	595	7.010	598	79.135
Aragón	1.920	9.015	8.482	279	195	1.828	129	21.848
Asturias	1.149	2.644	3.622	140	39	928	35	8.557
Baleares	3.943	8.848	13.397	332	45	1.362	87	28.014
Canarias	4.001	5.884	11.321	223	93	1.563	130	23.215
Cantabria	1.221	3.058	3.592	65	36	327	24	8.323
Castilla y León	2.401	8.095	7.457	269	289	782	80	19.373
Castilla-La Mancha	3.987	7.783	9.366	236	123	1.348	94	22.937
Cataluña	16.163	74.354	86.821	811	1.339	10.463	528	190.479
Com. Valenciana	12.278	18.786	26.877	674	292	5.231	541	64.679
Extremadura	621	705	2.023	107	81	239	48	3.824
Galicia	1.882	5.137	6.829	325	118	913	100	15.304
Madrid	19.320	38.494	62.635	1.207	1.809	13.620	562	137.647
Murcia	4.506	3.340	16.398	247	54	1.818	84	26.447
Navarra	964	1.224	4.635	164	76	430	17	7.510
País Vasco	4.509	6.821	16.983	494	206	3.199	360	32.572
La Rioja	661	3.803	2.004	52	17	225	19	6.781
Ceuta	186	42	168	4	24	55	8	487
Melilla	553	347	518	14	15	101	25	1.573
No consta	246	352	1309	26	48	32	3	2.016
Total	**93.416**	**214.163**	**326.012**	**6.690**	**5.494**	**51.474**	**3.472**	**700.721**

Fuente: Secretaría General de Inmigración y Emigración (datos a 31 de marzo de 2013).

Si vemos estos datos distribuidos porcentualmente en base al total de tarjetas temporales en cada Comunidad Autónoma se comprueba que, como no puede ser de otro modo, hay diferencias en el peso de cada tipo de autorización según el territorio. Luego volveremos a esta tabla para comparar los resultados del caso de Navarra con la distribución aquí expuesta.

Revista REDMEX 34-2013.indb 146 02/01/14 09:40

Tabla 2. **Extranjeros en Régimen General con autorización de residencia temporal en vigor según motivo de concesión y CCAA (% horizontal).**

CCAA	Residencia temporal							Total temporal
			Trabajo			Circunst. excepcional		
	Residencia no lucrativa	Reagrupación familiar	Cuenta ajena	Cuenta propia	Otros tipos	Arraigo	Razones humanitarias y otras	
Andalucía	16,3	19,5	52,5	1,3	0,8	8,9	0,8	100,0
Aragón	8,8	41,3	38,8	1,3	0,9	8,4	0,6	100,0
Asturias	13,4	30,9	42,3	1,6	0,5	10,8	0,4	100,0
Baleares	14,1	31,6	47,8	1,2	0,2	4,9	0,3	100,0
Canarias	17,2	25,3	48,8	1,0	0,4	6,7	0,6	100,0
Cantabria	14,7	36,7	43,2	0,8	0,4	3,9	0,3	100,0
Castilla y León	12,4	41,8	38,5	1,4	1,5	4,0	0,4	100,0
Castilla-La Mancha	17,4	33,9	40,8	1,0	0,5	5,9	0,4	100,0
Cataluña	8,5	39,0	45,6	0,4	0,7	5,5	0,3	100,0
Com. Valenciana	19,0	29,0	41,6	1,0	0,5	8,1	0,8	100,0
Extremadura	16,2	18,4	52,9	2,8	2,1	6,3	1,3	100,0
Galicia	12,3	33,6	44,6	2,1	0,8	6,0	0,7	100,0
Madrid	14,0	28,0	45,5	0,9	1,3	9,9	0,4	100,0
Murcia	17,0	12,6	62,0	0,9	0,2	6,9	0,3	100,0
Navarra	12,8	16,3	61,7	2,2	1,0	5,7	0,2	100,0
País Vasco	13,8	20,9	52,1	1,5	0,6	9,8	1,1	100,0
La Rioja	9,7	56,1	29,6	0,8	0,3	3,3	0,3	100,0
Ceuta	38,2	8,6	34,5	0,8	4,9	11,3	1,6	100,0
Melilla	35,2	22,1	32,9	0,9	1,0	6,4	1,6	100,0
No consta	12,2	17,5	64,9	1,3	2,4	1,6	0,1	100,0
Total	**13,3**	**30,6**	**46,5**	**1,0**	**0,8**	**7,3**	**0,5**	**100,0**

Fuente: Secretaría General de Inmigración y Emigración (datos a 31 de marzo de 2013).

Es evidente que la incidencia de esta normativa hubiera sido muy distinta hace unos pocos años, cuando la situación de irregularidad era común a muchos nacionales de terceros países y podían tener por tanto que pasar por estos trámites en un futuro. No sólo eso. Afortunadamente, hay una evolución positiva y la inmensa mayoría ostenta autorizaciones permanentes que quedan al margen de la aplicación de la normativa objeto de análisis. En el conjunto del Estado sólo una de cada cuatro personas tiene una autorización temporal del Régimen General, sea inicial, de primera o segunda renovación. Como se apuntaba, la mayoría posee una autorización de residencia de larga duración (el 74,9%) y este porcentaje aumenta paulatinamente cada trimestre.

Revista REDMEX 34-2013.indb 147 02/01/14 09:40

Tabla 3. **Extranjeros en Régimen General con autorización de residencia en vigor según tipo de autorización y CCAA.**

CCAA	Total	Temporal: Inicial	Temporal: 1ª renovación	Temporal: 2ª renovación	Residencia de larga duración
Andalucía	296.421	35.002	17.531	26.602	217.286
Aragón	84.130	8.430	4.660	8.758	62.282
Asturias	21.284	3.076	1.950	3.531	12.727
Baleares	99.158	11.116	5.907	10.991	71.144
Canarias	101.253	9.791	4.364	9.060	78.038
Cantabria	20.524	2.114	2.051	4.158	12.201
Castilla y León	74.904	6.458	4.180	8.735	55.531
Castilla-La Mancha	97.300	8.341	4.602	9.994	74.363
Cataluña	798.566	71.556	33.236	85.687	608.087
Com. Valenciana	288.517	27.471	12.177	25.031	223.838
Extremadura	21.269	1.680	770	1.374	17.445
Galicia	42.936	5.424	3.402	6.478	27.632
Madrid	507.285	46.037	23.705	67.905	369.638
Murcia	169.039	14.570	4.305	7.572	142.592
Navarra	39.848	3.061	1.116	3.333	32.338
País Vasco	82.369	15.380	5.642	11.550	49.797
La Rioja	28.458	2.752	1.286	2.743	21.677
Ceuta	2.690	163	154	170	2.203
Melilla	7.689	710	363	500	6.116
No consta	3.278	881	315	820	1.262
Total	**2.786.918**	**274.013**	**131.716**	**294.992**	**2.086.197**

Fuente: Secretaría General de Inmigración y Emigración (datos a 31 de marzo de 2013).

Como veremos a continuación, la regulación para certificar el esfuerzo de integración se desarrolla con notables diferencias entre comunidades autónomas. Esta situación encaja en la línea del *patchwork* citado, aunque hay quien establece dos grandes modos de acreditación[(22)]: a) las CCAA que se basan en normativa propia para desarrollar un programa propio con contenidos cerrados; b) las CCAA que emplean fórmulas más abiertas que tienen en cuenta el conjunto de aspectos formativos, educativos y de participación, siendo ésta en principio la opción mayoritaria. Aunque en las próximas líneas nos centramos en las comunidades con mayor número de personas con autorización temporal, lo cierto es que del examen de la situación general se comprueba que la mayoría encaja en la segunda opción.

(22) LA SPINA, E., «Informe(s) sobre el esfuerzo de integración y discrecionalidad: una reflexión valorativa», *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, 14 y 15 de junio de 2012, Valencia.

Revista REDMEX 34-2013.indb 148 02/01/14 09:40

3.1. Andalucía

La Junta de Andalucía estableció el procedimiento para la emisión del informe sobre esfuerzo de integración a través de la Orden de 16 de febrero de 2012[23]. En ésta se indica que podrán solicitar su emisión las personas extranjeras que reúnan estos requisitos:

a) Estar empadronadas en un municipio de Andalucía.
b) Ser titular de una autorización de residencia temporal inicial o renovada, hallándose la misma, en el momento de la solicitud del informe, dentro del plazo legalmente previsto para su renovación.
c) Contar con posibilidades de renovar la autorización de residencia temporal a falta de acreditar algún requisito que pueda ser alegado mediante el informe de esfuerzo de integración.
d) Haber participado de forma activa en acciones formativas dirigidas a la integración social de personas extranjeras, desarrolladas por entidades públicas o privadas acreditadas.

Para la valoración positiva de la participación activa de la persona extranjera en acciones formativas será preciso obtener una puntuación mínima de 10 puntos, conforme a unos criterios de valoración ya establecidos. Además, una vez superada dicha valoración mínima podrán ser tenidas en cuenta como méritos complementarios, a efectos de ser incluidos en el informe, otras circunstancias como la pertenencia a asociaciones y entidades sociales y culturales, organizaciones sindicales o empresariales, o el ejercicio del voluntariado en entidades reconocidas como tales.

En general, toda la información relativa a los requisitos, documentación exigida y el procedimiento para solicitar un informe sobre esfuerzo de integración en esta comunidad se encuentra disponible en una página web de la Junta de Andalucía[24].

3.2. Baleares

En el Boletín Oficial de las Islas Baleares número 21 de 12 de febrero de 2013, se publicó la Instrucción 1/2013, de 1 de febrero, de la Directora General de Cooperación e Inmigración[25], por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de esfuerzo de integración para la renovación de autorizaciones de residencia, cuyo objeto es concretar el procedimiento para la tramitación y la emisión del informe sobre el esfuerzo de integración de la persona inmigrante, a los efectos de la renovación de la autorización de una residencia temporal.

---

(23) JUNTA DE ANDALUCÍA, «Orden de 16 de febrero de 2012, por la que se establece el procedimiento para la emisión del informe sobre esfuerzo de integración de la persona extranjera en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (BOJA)*, núm. 46, 7 de marzo de 2012, pp. 5-10.

(24) JUNTA DE ANDALUCÍA, *Informe sobre esfuerzo de integración*, *http://bit.ly/11D9Cyl* [en línea], [Consulta: 22/04/2013].

(25) GOVERN DE LES ILLES BALEARS, *Instrucción 1/2013, de 1 de febrero, de la directora general de Cooperación e Inmigración, por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de esfuerzo de integración para la renovación de autorizaciones de residencia*, *http://immigrabalears.com/IMG/pdf/Instruccion.pdf* [en línea], [Consulta: 5/08/2013]

Revista REDMEX 34-2013.indb 149 02/01/14 09:40

Con anterioridad a la aprobación de la mencionada Instrucción, la Dirección General de Cooperación e Inmigración del Gobierno balear había desarrollado un programa de formación destinado a la adquisición de un grado de conocimientos básicos que permitan la integración social de las personas inmigrantes.

El Plan Formativo para Personas Inmigrantes[26], aun vigente hoy en día, está destinado a ser una herramienta que facilite a sus destinatarios el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia.

El Plan Formativo tiene una duración mínima de 40 horas lectivas y garantiza a la persona inmigrante el conocimiento de los valores y las reglas de convivencia democrática, de sus derechos y deberes, de la estructura política, de la cultura y de los idiomas oficiales de las Illes Balears. Las personas que asistan a un mínimo del 80% de las horas lectivas del curso presencial del Plan Formativo recibirán un certificado de asistencia que se valorará de cara a obtener el informe de esfuerzo de integración emitido por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Los textos básicos que constituyen el Plan Formativo para Personas Inmigrantes han sido publicados constituyendo por tanto una herramienta gratuita y de fácil acceso.

Por otra parte, tal y como establece la Instrucción 1/2013, de 1 de febrero, son objeto de valoración para la emisión del informe de esfuerzo de integración las acciones de formación profesional para la ocupación impartidas por los servicios públicos de ocupación o por entidades privadas acreditadas por los servicios públicos de ocupación.

3.3. Cataluña

Una de las principales características en esta comunidad es el rol que han asumido los municipios en la elaboración de este tipo de informes. El 6 de abril de 2011 se firmó un Protocolo de Actuación entre el Departamento de Bienestar Social y Familia, la Federación de Municipios de Cataluña y la Asociación Catalana de Municipios para la realización de los informes de integración y adecuación de la vivienda que derivan de la última reforma de la Ley de Extranjería. En concreto, se acordó que la Generalitat elaborara los informes de esfuerzo de integración a partir de los documentos sobre integración de las personas extranjeras que con carácter preceptivo y determinante deben proporcionar los ayuntamientos. Por ello, se estimó necesario establecer criterios homogéneos y comunes que sirvan de aplicación en todos los municipios para evitar interpretaciones contradictorias en los informes.

En este sentido se aprobó la Instrucción 1/2012, que establece los criterios generales para la elaboración de los distintos informes en materia de extranjería[27]: el informe de

(26) GOVERN DE LES ILLES BALEARS, *Plan Formativo para Personas Inmigrantes*, <*http://immigrabalears.com/spip.php?article542*> [en línea], [Consulta: 22/04/2013].

(27) GENERALITAT DE CATALUNYA, *Instrucción 1/2012 de la Dirección General para la Inmigración del Departamento de Bienestar Social y Familia por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de extranjería competencia de la Generalitat de Catalunya*, 20 de marzo de 2012.

Revista REDMEX 34-2013.indb 150 02/01/14 09:40

adecuación de vivienda en caso de reagrupamiento familiar, el informe de integración social en caso de arraigo social y el informe de esfuerzo de integración en caso de renovaciones de autorizaciones temporales.

En el caso de este último informe, la competencia para su emisión corresponde al ayuntamiento del lugar de empadronamiento de la persona extranjera solicitante. Por ello, para la elaboración del mencionado documento-propuesta es necesario que desde el ayuntamiento se realice una entrevista con la persona extranjera a los efectos de valorar globalmente el esfuerzo de integración realizado durante su estancia, teniendo en cuenta la documentación aportada junto a la solicitud de informe.

Además, se valora la participación en programas de inserción socio-laborales y culturales, en cursos de formación y los conocimientos del castellano y del catalán (y del aranés en el caso del Vall d'Aran). En el caso de que la persona extranjera no pueda comunicarse mínimamente en cualquiera de las lenguas oficiales de Cataluña deberá acreditar haber cursado 20 horas de un curso oficial en el momento de la entrevista. Por otra parte, la instrucción prevé un trato específico para las personas analfabetas o discapacitadas, para que esta condición conste en el informe.

Toda la información relativa a la documentación exigida y el procedimiento para solicitar un informe sobre esfuerzo de integración en Cataluña se encuentra disponible en su web[(28)]. Cabe señalar que hasta diciembre de 2012 la Generalitat tramitó 46.130 informes de extranjería para acreditar la integración social o la adecuación de la vivienda de extranjeros[(29)]. Del total, la mayoría fueron de arraigo social (55%), seguidos por los de reagrupación familiar (33,4%), renovación de residencia por reagrupación familiar (9,5%) y renovación de residencia temporal (1,9%). Esto es, apenas el 11,4% fueron expedientes sobre el esfuerzo de integración para renovación de tarjetas.

El 87,4% de los informes emitidos fueron positivos. Los desfavorables (7,3% sin duplicados o desistimientos) se debieron sobre todo al desconocimiento de una de las dos lenguas, en el caso del arraigo social y renovación de residencia temporal, y a la existencia de viviendas sobreocupadas en el caso del trámite de reagrupación familiar y renovación de reagrupamiento. La importancia que se le da al conocimiento de las lenguas –e implícitamente al catalán como idioma vehicular– se observa en las declaraciones del consejero de Bienestar Social y Familia, según la nota de prensa: «*la acogida pasa por compartir nuestros valores, nuestras tradiciones y la cultura propias de Cataluña y uno de nuestros bienes más preciados: nuestra lengua*».

En este punto también se observan las discrepancias respecto al tema lingüístico entre las administraciones catalana y estatal, ya que aplican criterios opuestos a la hora de evaluar si una persona no comunitaria merece lograr la autorización de residencia. Dado que el informe de esfuerzo de integración no posee un carácter vinculante, la Delegación del Gobierno en Cataluña reconoce que expide autorizaciones a extranjeros cuyos expedien-

(28) GENERALITAT DE CATALUNYA, *Informe de extranjería de integración social*, *http://bit.ly/GVUcRz* [en línea], [Consulta: 22/04/2013]

(29) GENERALITAT DE CATALUNYA, *Benestar Social i Família ha tramitat més de 46.000 informes d'estrangeria per acreditar la integració social*, (18 de diciembre de 2012) *http://bit.ly/VkOr4h* [en línea], [Consulta: 22/04/2013]

Revista REDMEX 34-2013.indb 151 02/01/14 09:40

tes son valorados negativamente por el Govern porque no se acredita el conocimiento del catalán[30], en la línea de los preceptos de la Ley de Acogida. Sin embargo, la Delegación razona su postura en que lo relevante es la voluntad de aprender la lengua, no el conocimiento de la misma.

3.4. Comunidad de Madrid

En relación a los informes de esfuerzo de integración, así como los de arraigo y de adecuación de vivienda, la primera característica en la Comunidad de Madrid es que su emisión va ligada al abono de 30 euros por la persona solicitante, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 4/2012[31]. Cabe destacar que, en el conjunto del Estado, sólo Castilla-La Mancha (donde se requiere el abono de una tasa de 24,50 euros) y Madrid han decidido que las personas extranjeras paguen por la emisión de este tipo de informes.

Para la elaboración de los informes se tendrá en cuenta aspectos relacionados con la integración laboral[32], como elementos básicos en el proceso de integración y otros esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales realizados por las personas extranjeras para determinar su arraigo, como son la participación en acciones formativas de distinto tipo que recojan los ámbitos enunciados en el artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000.

Por otra parte, en la Comunidad de Madrid se viene realizando el Programa «Conoce tus Leyes», que constituye un medio para facilitar el nivel de integración de las personas extranjeras. Este programa gratuito, cuyo objetivo es dotar a las personas extranjeras de conocimientos sobre la sociedad española para facilitar su integración, se imparte de forma continua en los Centros de Participación e Integración de Inmigrantes (CEPI) así como en los Ayuntamientos que quieran acogerse al citado Programa. Todas las personas asistentes reciben un Diploma de Participación que sirve para acreditar la realización de los cuatro módulos formativos y que podrán adjuntar al tramitar las renovaciones de las autorizaciones de residencia o residencia y trabajo. Los módulos formativos que se imparten en el programa son el marco constitucional español, las herramientas para el acceso al empleo, la normativa española de Extranjería y los recursos para la integración.

3.5. Comunidad Valenciana

Como se ha indicado, la Ley 15/2008 alude al «compromiso de integración», que consiste en el ofrecimiento, por parte de la Generalitat, de un programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana que facilite a la persona inmigrante los conocimientos básicos

(30) EL MUNDO, 7 de enero de 2013, *El Gobierno da permisos que la Generalitat veta por el catalán*.

(31) COMUNIDAD DE MADRID, Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica, *BOE*, núm. 247, 13 de octubre de 2012, pp. 73244-73293.

(32) COMUNIDAD DE MADRID, *Gestiones y trámites: Informe de esfuerzo de integración*, *http://bit.ly/1b6pzE0* [en línea], [Consulta: 5/08/2013].

Revista REDMEX 34-2013.indb 152 02/01/14 09:40

sobre aquélla y en la manifestación de la voluntad de la persona inmigrante de seguir con aprovechamiento dicho programa(33).

Este marco es el que se está utilizando para la realización del esfuerzo de integración, que se acredita mediante el certificado de aprovechamiento del Programa Voluntario de Comprensión de la Sociedad Valenciana «Escuela de Acogida». Entre sus objetivos destaca el de proporcionar a los nuevos ciudadanos/as de la Comunitat conocimientos sobre la sociedad española y valenciana y, de este modo, dotarles de autonomía personal para que puedan ejercer plenamente su ciudadanía.

En aquellos casos en que la persona extranjera no cuente con dicho certificado, éste podrá ser adquirido realizando el curso que de manera on-line o presencial ha puesto en marcha la Comunidad Valenciana. Toda la información relativa a la realización de este curso y de la solicitud de los informes de integración está disponible en la web de la Conselleria de Justicia y Bienestar Social(34).

El Programa Voluntario de Comprensión de la Sociedad Valenciana es un programa de intervención social que garantiza a las personas extranjeras el conocimiento de los valores y reglas de convivencia democrática, los derechos y deberes, la estructura política y los idiomas oficiales de la Comunidad Valenciana. Este programa tiene una duración total de 40 horas y está dirigido a toda persona extranjera mayor de edad que resida en esta región. Sus contenidos se estructuran en cuatro áreas:

1. Lengua castellana y valenciana
2. Legislación básica
3. Geografía e historia de España y de la Comunidad Valenciana
4. Información práctica: extranjería, empleo, vivienda, sanidad…

A este respecto, es preciso mencionar la Orden 11/2010 que regula el régimen de autorización administrativa de las entidades que pueden impartir este programa(35). Según esta norma podrán solicitar autorización para ser Escuela de Acogida los agentes sociales, entidades locales, asociaciones de entidades locales, colegios profesionales y universidades que reúnan los requisitos establecidos.

3.6. País Vasco

La Dirección de Inmigración y Gestión de la Diversidad del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales es la encargada de emitir el informe de esfuerzo de integración(36). Para su emisión, así como la acreditación del esfuerzo o grado de integración de la persona

---

(33) GENERALITAT VALENCIANA, *Ley 15/2008 de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana. DOCV*, núm. 5911, 11 de diciembre de 2008, pp. 90324-90337.

(34) GENERALITAT VALENCIANA, *Solicitud de informe de esfuerzo de integración*, *http://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?id_proc=16044* [en línea], [Consulta: 22/04/2013]

(35) GENERALITAT VALENCIANA, Orden 11/2010, de 27 de septiembre, de la Conselleria de Solidaridad y Ciudadanía, por la que se regula la autorización para la impartición del programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana Escuela de Acogida, *DOCV,* núm. 6368, de 4 de octubre de 2010.

(36) GOBIERNO VASCO, *Informes de extranjería*, *http://bit.ly/15qOfqS* [en línea], [Consulta: 22/04/2013]

Revista REDMEX 34-2013.indb 153 02/01/14 09:40

extranjera se establecen diferentes ámbitos de referencia. Por ejemplo, en el ámbito formativo los solicitantes deben aportar certificación acreditativa de estar cursando o haber finalizado alguna titulación oficial del sistema educativo o de haber cursado o estar cursando formación para el empleo, así como la certificación de haber cursado acciones formativas, tales como las descritas en el artículo 2 ter de la LOEX.

Otro ámbito a tener en cuenta para certificar el esfuerzo de integración de la persona extranjera es el de la participación. A través de este aspecto se podrá aportar documentación acreditativa de la pertenencia a asociaciones y otro tipo de organizaciones de carácter social, de afiliación a sindicatos o partidos políticos o de la participación en eventos sociales o culturales.

En el ámbito de la inclusión social se podrá valorar si la persona extranjera solicitante del informe es beneficiaria de la Renta de Garantías e Ingresos, de la Renta Complementaria de Ingresos de Trabajo, de la Prestación Complementaria de Vivienda o que es firmante de un Convenio de Inserción Social. También se valorarán informes de los Servicios Sociales de Base o de otras entidades sobre los esfuerzos de inclusión de la persona extranjera.

El ámbito familiar también se valora para acreditar el grado de integración de la persona solicitante. Por ello, se tendrá en cuenta la acreditación de la convivencia de la persona solicitante con otras personas residentes y la existencia de vínculos familiares con personas residentes en Euskadi o en el resto de España.

Desde el ámbito laboral otros factores a destacar son el ejercicio de una actividad laboral o en su caso, la búsqueda activa de empleo. Así, podrá aportarse la copia del contrato u oferta de trabajo, la documentación acreditativa de percepción de prestación por desempleo, informe de la Seguridad Social sobre los periodos de cotización, etc. Por último, la documentación acreditativa de haber solicitado la nacionalidad española también constituye una vía para probar el grado de integración.

3.7. Castilla y León

La Comunidad de Castilla y León ha establecido algunos criterios a tener en cuenta a la hora de elaborar el informe de esfuerzo de integración[37]. Uno de los más destacables, lo constituye el hecho de que en esta Comunidad únicamente se emiten informes positivos de integración. Es decir, cuando la persona extranjera no pueda acreditar su integración y en consecuencia no sea posible la emisión de tal informe positivo, se pondrá en conocimiento de la persona extranjera esta circunstancia, sin que ello suponga constituir un informe negativo o desfavorable de integración.

Recientemente se ha aprobado la Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León[38], en cuyos artículos 5 y 6 se incorpora, de manera análoga a lo que establece el artículo 2 ter de la Ley Orgánica 4/2000, el compromiso de los poderes públicos para impulsar la integración de las personas inmigrantes en la sociedad

(37) JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Informes de esfuerzo de integración en Castilla y León*, *http://bit.ly/I2Ua7uK* [en línea], [Consulta: 5/08/2013]

(38) JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, «Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León», *Boletín Oficial de Castilla y León*, núm. 106, de 5 de junio de 2013, pp. 36951-36966.

Revista REDMEX 34-2013.indb 154 02/01/14 09:40

castellano y leonesa, promoviendo a tal efecto y mediante acciones formativas el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España y de la Comunidad de Castilla y León, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres.

4. EL CASO DE NAVARRA

4.1. El protocolo de actuación

En la Comunidad Foral de Navarra se ha elaborado un protocolo cuyo objetivo es recoger el procedimiento para la actuación en materia de «Informes sobre esfuerzo de integración», cuya emisión corresponde a la Sección de Atención a la Inmigración, adscrita al Departamento de Políticas Sociales. La finalidad principal del Protocolo de Actuación es la de constituirse en un elemento de información y clarificación para todas las partes implicadas, así como en un punto de partida para avanzar en la colaboración interinstitucional y en la atención y respuesta a las necesidades de la ciudadanía.

Este procedimiento afecta a las personas extranjeras demandantes del informe, a las personas que desarrollan su labor en entidades públicas y/o privadas relacionadas con la población inmigrante, y a las administraciones estatal, foral y local, en el ejercicio de sus distintas competencias.

Un rasgo diferencial en la elaboración del informe respecto al resto de CCAA es la obligación de que la persona solicitante sea entrevistada presencialmente por el personal técnico competente en su emisión. Esta entrevista podrá ser sustituida, siempre a criterio de estos técnicos, por la cumplimentación y envío de un informe realizado por personal técnico de entidades públicas y/o privadas que hayan desarrollado algún tipo de intervención social con la persona solicitante. En casos excepcionales y justificados, e igualmente a criterio de los técnicos, se podrá elaborar el informe con la documentación aportada por la persona solicitante, omitiendo la entrevista personal.

Para la emisión del informe de esfuerzo de integración las personas extranjeras solicitantes deben presentar determinada documentación para ser valorada. Entre esta documentación destaca la acreditativa de las actividades formativas realizadas desde su estancia en España, de la búsqueda de empleo, de la realización de algún programa de incorporación social y su duración, de pertenecer a algún tipo de organización social (asociaciones deportivas, culturales, vecinales, escolares, de voluntariado…), etcétera. Además, se podrán presentar otros documentos que, sin ser requeridos expresamente, se deseen aportar voluntariamente en apoyo de la solicitud y que guarden relación directa con el esfuerzo de integración (tales como acreditación de haber solicitado la nacionalidad española, contrato de trabajo, certificado de percepción de la renta de inclusión social, certificado de percepción de la prestación por desempleo, etcétera).

4.2. Los informes de esfuerzo de integración en Navarra

En este apartado presentamos los datos existentes acerca de la elaboración de informes sobre esfuerzo de integración de las personas extranjeras hasta el 30 de junio de 2013. Las primeras solicitudes a petición de las personas interesadas se recibieron en la Administra-

Revista REDMEX 34-2013.indb 155 02/01/14 09:40

ción Foral a finales de octubre de 2011. A la hora de comparar los datos de los informes según las variables de edad, sexo u origen con los correspondientes a las autorizaciones que ofrece trimestralmente la Secretaría General de Inmigración y Emigración es preciso apuntar que este organismo no desagrega esta estadística para las CCAA según el tipo de autorización y las variables mencionadas, por lo que no es posible establecer analogías concretas entre ambos parámetros.

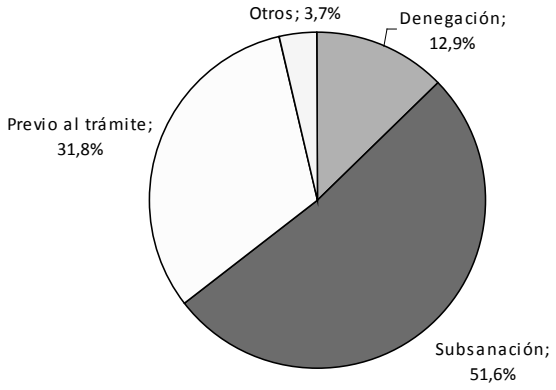
En este periodo de 21 meses se han realizado un total de 739 informes, que da una media de unos 35 al mes. Éste es un volumen importante, sobre todo si tenemos en cuenta que a fecha de 31 de marzo de 2013 eran 7.510 las autorizaciones de residencia temporal existentes en Navarra.

Llama la atención que casi la mitad de los informes elaborados (el 46,1%; 341 casos) corresponden a menores de edad, aunque obviamente son sus progenitores quienes hacen la solicitud en su nombre. De estos menores, 17 han nacido en España pero tienen otra nacionalidad.

Asimismo, en lo que concierne al sexo de las personas afectadas, la mayoría son mujeres (el 55,9%), ya que de los 739 informes, 413 son de mujeres y 326 de hombres. Debemos recordar, aun sabiendo que incluye también a quienes poseen autorizaciones de larga duración, que el porcentaje de mujeres en el Régimen General en Navarra a 31 de marzo de 2013 era el 46%.

En lo referente a los motivos que originan la elaboración de un informe de esfuerzo de integración se observa que el 51,6% corresponde a subsanaciones del expediente. A continuación, un 31,8% se debe a peticiones previas al trámite de renovación de las tarjetas (donde la propia persona afectada o una entidad de apoyo a inmigrantes toma la iniciativa para «reforzar» el expediente de renovación en la Oficina de Extranjería) y el 12,9% se solicitan tras haberles sido denegada la solicitud de renovación y como documento a adjuntar junto a la interposición del recurso administrativo correspondiente. Asimismo, en un 3,7% los motivos esgrimidos son otros; por ejemplo, como informes para apoyar una solicitud de nacionalidad española.

Gráfico 1. **Motivo por el que la persona solicita el informe de esfuerzo en Navarra.**



Fuente: Elaboración propia.

Revista REDMEX 34-2013.indb 156 02/01/14 09:40

La mayoría de solicitudes (el 56%) para realizar un informe obedecen a peticiones expresas de la Oficina de Extranjería de Pamplona a la hora de renovar una autorización. En este punto debemos subrayar que a nivel estatal la petición de estos informes se encuentra al albur de cada Oficina, de forma que se ha constatado que por diversos motivos hay algunas que han optado por no exigir este documento a las personas inmigrantes. En el caso de Navarra, y en parte debido precisamente al conocimiento de que se exige a menudo este tipo de informe, el 33,6% fueron derivados también por alguna entidad de iniciativa social que trabaja con inmigrantes (sobre todo UGT, Anafe-CITE, Cáritas y Cruz Roja), mientras que el resto de solicitudes llegaron tras la consulta con abogados particulares o a petición de la propia persona.

Un aspecto importante a resaltar es el tipo de autorización presentada. Como se puede observar en la Tabla 4 la mayoría de solicitudes, el 53%, se deben a renovaciones de tarjetas de reagrupación familiar, lo cual tiene sentido si tenemos en cuenta que casi la mitad de solicitantes se corresponden con menores de edad. A bastante distancia se hallan las autorizaciones por circunstancias excepcionales (24,4%), trabajo (14,3%) y residencia no lucrativa (3,1%). Sin embargo, como se avanzaba antes, si comparamos estos datos con la Tabla 2 vemos que no hay una concordancia directa con la distribución de las autorizaciones en vigor. Se aprecia que las solicitudes por reagrupación familiar y por circunstancias excepcionales están sobre-representadas (a 31 de marzo de 2013 suponían en Navarra el 16,3% y el 5,9% sobre el total de autorizaciones temporales, respectivamente). En cambio, proporcionalmente hay muchas menos solicitudes para quien posee una autorización temporal por trabajo, ya que en esa fecha representaba la mayoría de autorizaciones temporales, con el 64,9% del total).

Tabla 4. **Informes sobre esfuerzo de integración en Navarra, según autorización.**

Tipo de autorización presentada	Núm.	%
Reagrupación familiar	392	53,0
Circunstancias excepcionales	180	24,4
Trabajo	106	14,3
Residencia no lucrativa	23	3,1
Otros/no consta	38	5,1
Total	**739**	**100,0**

Fuente: Elaboración propia.

Por último, respecto a la nacionalidad de la persona demandante, la marroquí es la mayoritaria, con 240 informes y el 32,5% sobre el total. Como se comprueba en la tabla, a gran distancia se encuentran Bolivia (117 personas) y Ecuador (64). Si se agrupan los países por grandes zonas de origen se observa que el 44% de los informes son de personas latinoamericanas y el 38,9% del Magreb, mientras que las personas del resto de África se sitúan a más distancia, con el 11,4% del total.

Revista REDMEX 34-2013.indb 157 02/01/14 09:40

Tabla 5. **Informes sobre esfuerzo de integración en Navarra, según país.**

País	Total	% sobre total
Marruecos	240	32,5
Bolivia	117	15,8
Ecuador	64	8,7
Argelia	47	6,4
Colombia	42	5,7
Perú	37	5,0
Nigeria	28	3,8
Resto de países	164	22,2
Total	**739**	**100,0**

Fuente: Elaboración propia.

A partir de estos datos se vislumbra un hecho inquietante. A pesar de que no hay datos desagregados por CCAA entre tipo de autorización y país (y por tanto se desconoce qué países tienen en Navarra un mayor porcentaje de nacionales con tarjeta temporal), de esta distribución se intuye cierto sesgo discriminatorio hacia las personas magrebíes. Aparentemente hay cierta tendencia a exigir el requisito del informe sobre todo a las personas marroquíes, ya que 149 personas con esta nacionalidad (el 62% de su total) solicitaron dicho documento a instancias de la Oficina de Extranjería. Más aún. Si se valora el motivo que conlleva la solicitud del informe, el 47% de procedentes del Magreb acudió tras serles denegada la tarjeta de residencia, mientras que recordemos sólo el 12,9% del total solicitaba el informe por este motivo.

Con ciertas dosis de prudencia, cabe remarcar que estos datos avalan las tesis defendidas por Izquierdo (2003) acerca de cómo a la hora de solicitar la documentación en las regularizaciones extraordinarias, la *intrusa* (la inmigración magrebí) es menos favorecida que la *elegida* (la latinoamericana). En este caso se ve cómo en una época de crisis y dentro de un contexto ordinario de renovación de las autorizaciones de residencia parece que se siguen poniendo las mismas trabas a los mismos colectivos.

5. ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES

El abordaje de esta cuestión permite comprobar que es un tema muy controvertido y que por tanto da pie a una p alpable heterogeneidad. Respecto a otras prácticas existentes en Europa el primer aspecto llamativo en España es que los informes de esfuerzo de integración no se conciben como una obligación jurídica de la persona inmigrante. Es obvio que hay corrientes que propugnan cierta obligación, pero hasta el momento se mantiene una postura de «perfil bajo», que va ligada a la voluntariedad de la persona inmigrante a la hora de presentar este tipo de documentación.

La heterogeneidad no sólo se evidencia con otros países, sino que sobre todo se plasma en la diversidad de prácticas y políticas autonómicas. Esta praxis va en la línea del *patchwork* que muestra el modelo de integración imperante en España y el objeto de análisis

Revista REDMEX 34-2013.indb 158 02/01/14 09:40

del artículo no es una excepción. En el caso que nos ocupa, de un corpus legal común surge una enorme variedad en la aplicación de la normativa en cada territorio.

A modo de resumen recordamos que la Comunidad Valenciana fue donde, aludiendo en este caso a un «compromiso», se estructuró en primer lugar la idea de ponderar la integración en la línea de lo propugnado por el PP a nivel estatal en 2008. Esta base es utilizada ahora por dicha comunidad para la realización de los informes de esfuerzo de integración. En Cataluña una característica es el rol de los municipios en la elaboración de este tipo de informes, así como la polémica con la Administración estatal respecto a la importancia del catalán a la hora de renovar la autorización de residencia. Por su parte, un rasgo diferencial en Navarra y Castilla y León es la obligación de que la persona solicitante sea entrevistada presencialmente, mientras que en Madrid y Castilla-La Mancha son dos de las regiones que más se han significado al cobrar cierta cantidad a quien solicite un informe de este tipo, que es gratuito en el resto de CCAA.

Cabe subrayar que incluso es notorio que esta heterogeneidad se extiende a las propias Oficinas de Extranjería. En algunas provincias se pide esta documentación como requisito previo para renovar la autorización de residencia. En cambio, en otras se deja totalmente al albur de la persona inmigrante y se considera un documento más del expediente. Esta indefinición es un elemento que parece ya característico, como decimos, de la forma en que España trata en su conjunto la integración de inmigrantes.

6. BIBLIOGRAFÍA

COMUNIDAD DE MADRID, Ley 4/2012, de 4 de julio, de modificación de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012, y de medidas urgentes de racionalización del gasto público e impulso y agilización de la actividad económica, *BOE*, núm. 247, 13 de octubre de 2012, pp. 73244-73293.

– *Gestiones y trámites: Informe de esfuerzo de integración*, *http://bit.ly/1b6pzE0* [en línea], [consulta: 5/08/2013].

– *Informes de integración*, *http://goo.gl/VZT2O* [en línea], [consulta: 22/04/2013].

CONSEJO DE EUROPA, *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*, Documento núm. 13189/08 ASIM 68, Bruselas, 15 y 16 de octubre de 2008, [en línea], [consulta: 22/04/2013] *http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st13/st13440.es08.pdf*.

EL MUNDO, 7 de enero de 2013, *El Gobierno da permisos que la Generalitat veta por el catalán.*

EUROPEAN COMISSION, *Migrant Integration. Qualitative Eurobarometer*, 2011, *http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/quali/ql_5969_migrant_en.pdf* [en línea], [consulta: 15/03/2013]

FAVELL, A., *Philosophies of Integration. Immigration and the Idea of Citizenship in France and Britain*, Macmillan-Palgrave, Houndmills, Basingstoke, 2001.

GENERALITAT DE CATALUNYA, Ley de acogida 10/2010, de 7 de mayo, de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 139, de 8 de junio de 2010, pp. 48945-48966.

– *Instrucción 1/2012 de la Dirección General para la Inmigración del Departamento de Bienestar Social y Familia por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de extranjería competencia de la Generalitat de Catalunya*, 20 de marzo de 2012.

Revista REDMEX 34-2013.indb 159 02/01/14 09:40

– *Benestar Social i Família ha tramitat més de 46.000 informes d'estrangeria per acreditar la integració social*, (18 de diciembre de 2012) *http://bit.ly/VkOr4h* [en línea], [consulta: 22/04/2013].
– *Informe de extranjería de integración social*, *http://bit.ly/GVUcRz* [en línea], [consulta: 22/04/2013].

GENERALITAT VALENCIANA, Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana, *DOCV*, núm. 5911, de 11 de diciembre de 2008, pp. 90324-90337.

– Orden 11/2010, de 27 de septiembre, de la Conselleria de Solidaridad y Ciudadanía, por la que se regula la autorización para la impartición del programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana Escuela de Acogida, *DOCV,* núm. 6368, de 4 de octubre de 2010.
– *Solicitud de informe de esfuerzo de integración*, *http://www.gva.es/es/inicio/procedimientos?id_proc=16044* [en línea], [consulta: 22/04/2013].

GOBIERNO DE NAVARRA, *Solicitud de Informe de Esfuerzo de Integración del Inmigrante*, [en línea], [consulta: 22/04/2013] *http://bit.ly/11nqScv*.

GOBIERNO VASCO, *Informes de extranjería*, [en línea], [consulta: 22/04/2013] *http://bit.ly/15qOfqS*.

GOVERN DE LES ILLES BALEARS, *Plan Formativo para Personas Inmigrantes*, *http://immigrabalears.com/spip.php?article542* [en línea], [consulta: 22/04/2013].

– *Instrucción 1/2013, de 1 de febrero, de la directora general de Cooperación e Inmigración, por la que se establecen los criterios generales para la elaboración de los informes de esfuerzo de integración para la renovación de autorizaciones de residencia*, [en línea], *http://immigrabalears.com/IMG/pdf/Instruccion.pdf* [consulta: 5/08/2013].

HAMMAR, T. y LITHMAN, Y.G., «La integración de los migrantes: experiencias, conceptos y políticas» en OCDE, *El futuro de las migraciones*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pp. 347-385.

IZQUIERDO, A., *Elegidos o intrusos. Inmigración latinoamericana y magrebí en la OCDE*, Ponencia en Curso de verano, UPNA, Pamplona, 2003.

JOPPKE, C., «Beyond national models: Civic integration policies for immigrants in Wertern Europe», *West European Politics*, 2006, 30 (1), pp. 1-22.

JUNTA DE ANDALUCÍA, «Orden de 16 de febrero de 2012, por la que se establece el procedimiento para la emisión del informe sobre esfuerzo de integración de la persona extranjera en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 46, 7 de marzo de 2012, pp. 5-10.
– *Informe sobre esfuerzo de integración*, *http://bit.ly/11D9Cyl* [en línea], [consulta: 22/04/2013].

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, «Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León», *Boletín Oficial de Castilla y León*, núm. 106, de 5 de junio de 2013, pp. 36951-36966.
– *Informes de esfuerzo de integración en Castilla y León*, *http://bit.ly/12Ua7uK* [en línea], [consulta: 5/08/2013].

LA SPINA, E., «Informe(s) sobre el esfuerzo de integración y discrecionalidad: una reflexión valorativa», *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, 14 y 15 de junio de 2012, Valencia.

LAPARRA, M. y MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A., «Las políticas de integración social de inmigrantes en España» en A. Izquierdo (coord.) *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Fundación FOESSA, Madrid, 2008, pp. 291-324.

Revista REDMEX 34-2013.indb 160 02/01/14 09:40

LEY ORGÁNICA 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 299 de 12 de diciembre de 2009, pp. 104986-105031.

MARTÍNEZ DE LIZARRONDO, A. «La incidencia del Fondo de Apoyo y el PECI en las políticas autonómicas de integración de inmigrantes», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2010, núm. 85, pp. 31-46.

– «La integración de inmigrantes en España: el modelo patchwork», *Migraciones*, 2009, núm. 26, pp. 115-146.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Instrucción SGIE/2/2012 derogatoria de la Instrucción DGI/SGRJ/8/2011, sobre aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de informes sobre esfuerzo de integración*, 29 de junio de 2012.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Instrucción del DGI/SGRJ/8/2011, sobre aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en materia de informes sobre esfuerzo de integración*, 14 de diciembre de 2011.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN EN NAVARRA, «Los informes de esfuerzo de integración», *Boletín Enfoques,* Gobierno de Navarra, núm. 16, abril de 2012, pp. 1-11.

OCDE, *Perspectives des migrations internationals 2011*, Éditions OCDE, Paris, 2011.

REAL DECRETO 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 103 de 30 de abril de 2011, pp. 43821-44006.

SECRETARÍA DE ESTADO DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN, *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014*, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Madrid, 2011.

– *Extranjeros residentes en España a 31 de marzo de 2013. Principales resultados,* Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2013. [En línea], [consulta: 15/07/2013] *http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/con-certificado/index.html*.

SOLANES, A. «¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2009, núm. 20, pp. 47-75.

Revista REDMEX 34-2013.indb 161 02/01/14 09:40

Revista REDMEX 34-2013.indb 162 02/01/14 09:40

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

Revista REDMEX 34-2013.indb 163 02/01/14 09:40

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Derecho de asilo y protección subsidiaria. Nacional de Nigeria. Persecución por motivos religiosos. Relato inconcreto: Relato huérfano de acreditación o indicio sobre el agente perseguidor y sobre la actuación de las autoridades de su país para protegerle de tal situación. Denegación. Encaje de la persecución religiosa en los motivos protegibles por el asilo. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**
Fecha: **24 de junio de 2013**
Recurso de Casación: **4441/2012**
Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**
Voz: **Persecución por motivos religiosos: denegación de asilo a nacional de Nigeria**

«La sentencia recurrida llega a su fallo desestimatorio por considerar que de la documentación obrante en el expediente (único elemento probatorio existente, dado que el recurrente no propuso medio probatorio alguno) no resulta acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, que el solicitante de asilo haya sufrido persecución personal e individualizada en su país, dado que, enmarcado en el conflicto entre musulmanes y cristianos, no ha ofrecido datos concretos sobre el agente perseguidor ni sobre la actuación de las autoridades de su país para protegerle de tal situación.

Subraya la escasa credibilidad de su relato en cuanto a su llegada a España y a su traslado desde Las Palmas a Bilbao y, en fin, considera que en todo caso el agente perseguidor sería ajeno a las autoridades del país y tampoco consta que el interesado haya solicitado protección de dichas autoridades.

(…).

Se denuncia a través del único motivo casacional esgrimido la infracción del artículo 8, en relación con el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Considera acreditado que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para la adquisición de la condición de refugiado al tiempo que pone de manifiesto que la totalidad de los miembros de su familia perecieron en Nigeria como consecuencia de ser cristianos siendo incapaces las autoridades del país de sofocar los incidentes. Basta, a su juicio, la aportación de indicios de tal persecución para deducir que el solicitante cumple los requisitos del artículo 3º de la Ley de asilo y, en todo caso, habría sido necesario que la Administración investigara la certeza de las alegaciones y demás datos aportados.

(…).

No cabe duda que la persecución por motivos religiosos tiene pleno encaje dentro de los factores de persecución contemplados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951 y en la propia Ley 12/2009.

Revista REDMEX 34-2013.indb 165 02/01/14 09:40

Ahora bien, la Sala de instancia ha considerado que el relato ofrecido por el recurrente se encuentra huérfano de toda acreditación o indicio sobre el agente perseguidor y sobre la actuación de las autoridades de su país para protegerle de tal situación.

Es cierto que el agente perseguidor no tendrá que ser, por fuerza, un agente estatal conforme nos indica el artículo 13 de la Ley 12/2009 y que, tal y como ha señalado la sentencia de esta Sala de 7 de mayo de 2009 (recurso de casación número 1280/ 2006), «(…) Respecto de la persecución procedente de agentes distintos de la autoridades de su país, a que se refiere la sentencia impugnada y que combate la recurrente en el parte final del escrito de interposición, debemos recordar lo que hemos dicho en numerosas sentencias, es decir, que «procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, no solo cuando la persecución proceda de las autoridades o agentes estatales, sino también cuando tal persecución provenga de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz».

En este caso, como subraya la Sala sentenciadora ni se ha aportado nada sobre el agente perseguidor, ni sobre la acción u omisión de las autoridades de su país para proteger de tal situación al solicitante de asilo.

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que, como hemos sostenido reiteradamente (por todas, sentencia de esta Sala y Sección de 7 de octubre de 2011 –rec. 4859/2009–), en el recurso de casación no es posible someter a revisión las valoraciones o apreciaciones de tipo fáctico que se realicen en la instancia siempre que se hayan expresado en forma motivada, sean razonables y no arbitrarias y no incurran en error manifiesto, dado que este recurso no es el cauce procesal adecuado para obtener la revisión de tales valoraciones de hecho por tratarse de un recurso extraordinario encaminado exclusivamente a la verificación de la recta aplicación e interpretación del Derecho.

(…).

Por el contrario, a partir de los datos que suministra el propio demandante y el informe emitido en la instrucción del procedimiento administrativo, la Sala concluye que el relato fáctico no resulta veraz en determinados extremos y respecto de la persecución sufrida y la índole de la misma resulta huérfana de toda constancia, que no ha sido acreditada, ni siquiera de manera indiciaria.

Derecho de asilo: Solicitud formulada por nacional de Jordania alegando persecución. Hay una falta total de prueba, ni siquiera indiciaria: No se han acreditado los actos de persecución relatados. Tampoco existe falta de motivación en el acto recurrido: Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre el deber de motivación de las resoluciones. De acuerdo con la legislación no concurren razones humanitarias para autorizar la permanencia en España.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **4 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **377/2012**

Ponente: **Dña. María de la Esperanza Córdoba Castroverde**

Voz: **Solicitud de asilo por nacional de Jordania: ausencia de razones humanitarias**

Los fundamentos que llevaron a la decisión desestimatoria, son los siguientes: «La cuestión decisiva para la resolución del presente recurso es el efecto combinado que hayan de tener: (i) el hecho de que la resolución de 13 de agosto de 2010 fuera notificada fuera del plazo de

Revista REDMEX 34-2013.indb 166 02/01/14 09:40

un mes que establece la Ley 12/2009, de 30 de octubre, para resolver y notificar la resolución, en su artículo 20.2; y (ii) la realidad de que con carácter anterior a la resolución, el 11 de agosto de 2010, Austria hubiera asumido su responsabilidad en el examen de la solicitud conforme a los criterios del Reglamento [CE] 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero, en particular, lo que determina el artículo 9.2, conforme al cual «si el solicitante es titular de un visado vigente, el Estado miembro que haya expedido dicho visado será responsable del examen de la solicitud de asilo», lo que determina, en el criterio de la Administración demandada, su incompetencia para ese examen, pues se trata de una de las circunstancias que con arreglo al artículo 20.1 a) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, dan lugar a la no admisión a trámite de la solicitud por falta de competencia para el examen de la solicitud; (iii) el efecto sobre lo anterior de la caducidad previa del visado que refiere la defensa del recurrente.

La cuestión ha de resolverse en el sentido en que lo hizo la primera resolución, luego recurrida: en el momento de dictarla, la norma aplicable –nacional y del Derecho de la Unión Europea, prevalente– determinaba sin margen de duda la incompetencia de las autoridades españolas para el examen de la solicitud, pues se había declarado responsable para hacerlo en aplicación de los criterios del Reglamento citado otro estado miembro de la Unión. Esto es así pese a la caducidad del visado, pues el mismo artículo 9 del reglamento tan citado, en su apartado 4, regula el caso de que el visado se hallara caducado, en los siguientes términos: «Si el solicitante de asilo sólo es titular de uno o de varios documentos de residencia caducados desde hace menos de dos años o de uno o de varios visados caducados desde hace menos de seis meses, que efectivamente le hayan permitido la entrada en el territorio de un Estado miembro, los apartados 1, 2 y 3 serán aplicables mientras el solicitante no haya abandonado el territorio de los Estados miembros». Procedía, por tanto, la asunción de responsabilidad en el examen del Estado emisor del visado, Austria; y, consecuencia de ésta y con arreglo al artículo 20.1.a) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, la inadmisión a trámite de la solicitud que adoptó la primera resolución impugnada. En ese sentido se pronunció también el ACNUR en su informe de 12 de agosto de 2010, señalando expresamente que «la solicitud podría ser inadmitida a trámite en base a lo dispuesto en el artículo 20.1.a)».

(…).

La resolución del recurso debe partir del hecho de que el juzgador de instancia ha aplicado las normas contenidas en Reglamento 343/2003, de 18 de febrero, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, dando prevalencia a este, de acuerdo con el «principio de primacía» y «efecto directo» del derecho comunitario, asumiendo que la norma comunitaria ha pasado a formar parte del acervo del derecho nacional aplicable en el caso.

El razonamiento es correcto, por lo que a continuación exponemos. El Juzgador ha constatado que una vez que el Estado miembro requerido se declara responsable, de acuerdo con los criterios de jerarquía establecidos en el Reglamento (CE) 343/2003, es ese Estado el responsable de conocer la solicitud de asilo, conforme al artículo 19 del Reglamento 343/2003.

(…).

El efecto directo del derecho de la Unión viene a referir que las normas comunitarias son fuente de derechos y obligaciones para aquellos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, sin necesidad de normas nacionales de aplicación (artículo 12 del Tratado CEE (artículo 25 TCE), tras su modificación –hoy artículo 30TFUE–); A su vez, este principio llevaba implícito el reconocimiento de su primacía sobre los sistemas estatales (sentencia de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia, sentencia Costa/ENEL de 15 de julio de 1.964). Esta resolución, retomando los argumentos de la sentencia Van Gend & Loos acerca de la cesión de soberanía y la especificidad del ordenamiento de la Comunidad, declaró la imposibilidad de que los Estados miembros hagan prevalecer, contra un sistema aceptado sobre el principio de reciprocidad, una medida unilateral posterior, añadiendo que quedarían en entredicho

Revista REDMEX 34-2013.indb 167 02/01/14 09:40

los objetivos de aquel ordenamiento, si su fuerza vinculante variase de un lugar a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores. Se fundó también en el artículo 189 del Tratado CE (RCL 1978, 2836) (luego artículo 249 TCE y hoy 288 TFUE que, al otorgar carácter obligatorio a los reglamentos, impide que las normas nacionales los obstaculicen, pues de otro modo se pondrían en tela de juicio los basamentos de la Comunidad.

El principio de primacía supone que el derecho comunitario se superpone a los derechos nacionales, lo que implica que la vulneración del derecho comunitario conduce a la inaplicación de la norma interna incompatible (sentencia Costa/ENEL).

«Este poderoso efecto deriva de cuatro factores: la cesión de soberanía de los Estados en favor de la Comunidad que dota de características especiales a las Comunidades y al ordenamiento comunitario con desplazamiento de las normas internas incompatibles; el carácter obligatorio de las normas de derecho derivado conforme al artículo 249 TCE (hoy 288 TFUE); el antes referido principio de cooperación leal del artículo 10TCE (Artículo 4.3 TUE) y la exigencia de aplicación del derecho comunitario sin discriminación basada en la nacionalidad de los particulares (artículo 12TCE –hoy 18 TFUE–) (TSJ Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, S de 26 Octubre 2012).

Por consiguiente, en aplicación de tales principios es patente que debía prevaler la norma de derecho derivado, que entraba en contradicción con la norma de derecho interno, por las razones indicadas. De ahí que la decisión del juez de instancia, que dejó de aplicar el artículo 20.2 de la Ley 12/2009, en función de la prevalencia –decía– de la norma del derecho de la Unión, sea conforme a derecho, puesto que se ajusta a los principios indicados.

De ahí que no puedan prevalecer los motivos que invoca la parte apelante.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Gambia que alega persecución. Requisitos legales para reconocer la condición de refugiado. La tardanza en la petición resta credibilidad al relato, además de haber manipulado el pasaporte. La petición no aporta prueba alguna que acredite la persecución manifestada: Análisis jurisprudencial de la actividad probatoria en estos procesos. Tampoco concurren razones humanitarias que conduzcan a la autorización de residencia: Ausencia de prueba.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **4 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **421/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Petición de asilo por nacional de Gambia: ausencia de prueba sobre la persecución alegada**

La resolución impugnada fundamenta la denegación del asilo solicitado en varios hechos y circunstancias que harían patente, para la Administración, la improcedencia del referido derecho, siendo el primero, altamente significativo, «…el tiempo transcurrido entre la llegada a España y la presentación de la solicitud de asilo hace que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada…», pues entró en nuestro país el 7 de septiembre de 2011, según sus propias manifestaciones, de donde marcha a Alemania a los pocos días, el 10 de septiembre de 2011, donde permanece a lo largo de prácticamente medio año (184 días). Estado en que solicitó el derecho de asilo, y de donde vino devuelto a España en aplicación del Convenio de Dublín de 12 de marzo de 2012. Además de ese dilatado transcurso temporal entre la salida del recurrente

Revista REDMEX 34-2013.indb 168 02/01/14 09:40

de su país de origen alegado, Gambia, y la petición de asilo, lo que parece claramente incompatible con la idea de persecución de la que se pretende huir, resulta que en la aplicación Argos de la Dirección General de la Policía aparece el interesado con nacionalidad de Sudáfrica y usurpación de estado civil, de fecha 7 de noviembre de 2011, en el aeropuerto de Gerona, aunque declaró que su entrada lo fue por el aeropuerto de Barcelona en la señalada fecha de 7 de septiembre de 2011, circunstancia de la que se omite toda referencia o explicación en el escrito de demanda.

Tales hechos y severas contradicciones, a las que la demanda no se refiere en absoluto, así como el hecho de que tardó más de seis meses antes de decidirse a instar el derecho de asilo desde su salida de Gambia, desvirtúan absolutamente la credibilidad del relato ofrecido, máxime ante el silencio de la demanda sobre tales puntos.

Además de tal circunstancia, el solicitante pudo haber pedido asilo político en Senegal, país a donde huyó, según sus propia versión, para evitar las consecuencias adversas del proceso penal seguido contra quien afirma el actor era su tío, el general Lang Tombong Tamba, y de donde entraba y salía con facilidad, pues Senegal es un Estado firmante de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1962.

Finalmente, entre las causas que inspiran la denegación del asilo, se encuentra la manipulación del pasaporte presentado por el Sr. Benedicto, en tanto le faltan las hojas 5 y 6, lo que dificulta la comprobación de las visitas efectuadas a otros países en el periodo temporal del que aparecen datos de entrada y salida en las hojas anteriores y posteriores.

De todo ello resulta, a juicio de la Administración, que los hechos aducidos de persecución no se derivan de los motivos recogidos en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, no concurriendo los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la mencionada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados para el derecho de asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la protección subsidiaria.

Por otra parte, la resolución impugnada considera que tampoco se desprende la existencia de razones humanitarias que justifiquen la autorización de permanencia en España conforme a la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(…).

Por tanto, en este asunto hay una completa, total y absoluta falta de prueba, por parte del interesado, acerca de la existencia de una persecución contra su persona, basada en alguno de los motivos que se recogen en la Convención de Ginebra y, por tanto, en la vigente Ley de Asilo de 2009, pues no consta, ni siquiera remoto o indiciario, que el recurrente haya sufrido en su persona la persecución que da lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado, conforme al artículo 3 de la citada Ley, según el cual: «…la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país», toda vez que ni consta el carácter fundado del temor, ni el motivo por el que ese temor fuera fundado, ni la pertenencia del Sr. Benedicto a grupo específico alguno, al margen de que las amenazas que dice temer, sin haberlas sufrido materialmente, derivarían de hechos de significación equívoca, pues aun partiendo dialécticamente de la certeza de su narración, no es amparable en la Convención de Ginebra el temor fundado a ser perseguido judicialmente por razón de delitos comunes que se hubieran cometido, siendo así que la demanda es sumamente oscura y confusa a la hora de identificar no ya los hechos que se le imputarían y que conducirían a su presencia ante un Tribunal en su país, sino que ni siquiera se da cuenta de los hechos determinantes de la condena a su presunto tío y si lo fue por conspiración o por rebelión u otro delito común, lo que hace difícilmente identificar los hechos tan confusamente descritos en la demanda, aun probados, como merecedores de la protección reclamada.

Ahora bien, lo que en todo caso está huérfano de toda constancia probatoria, ni siquiera en el ínfimo grado de los indicios, es que el interesado haya sido perseguido por las autoridades de su país, Gambia, por razón de un parentesco del que no hay la más mínima prueba objetiva, con el aludido General Tamba, en razón de la comi-

Revista REDMEX 34-2013.indb 169 02/01/14 09:40

sión supuesta de delitos por parte de aquél o de su conocimiento de hechos relevantes para el mencionado proceso penal, pues hay una completa, total y absoluta falta de prueba de que esa eventual persecución de las autoridades gambianas, manifestada en la pretendida amenaza penal que podría temer el recurrente, se haya concretado en actuaciones oficiales de citación, orden de detención o requisitoria de clase alguna, necesarias para dar verosimilitud al relato de persecución en que se basa la solicitud del recurrente, a fin de no basar exclusivamente en su propia interesada versión de los hechos la veracidad de su narración, o bien derivase de de la existencia de algún dato, hecho o circunstancia que acreditase, aun de forma indiciaria, la colaboración o identificación política o de otro signo del recurrente con el mencionado general Tamba, aun para el caso, no probado, de que estuvieran unidos por el parentesco que invoca el actor.

(…).

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en el recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho de asilo, ni la protección subsidiaria, pues aunque los hechos que relata pudieran considerarse acreditados, incluso indiciariamente –lo cual únicamente se acepta a efectos dialécticos, dado que la ausencia de prueba es, como hemos afirmado, total y absoluta–, el agente perseguidor, en este caso, no se conoce que sea directa, la autoridad del país del que procede el recurrente, Gambia, pues lo único que al respecto se afirma es que la persecución derivaría del proceso penal seguido frente a su tío, pero sin concretar si ese temor fundado lo es a que se siga frente a él otro proceso penal o a represalias por parte de individuos particulares contrarios a las posiciones políticas del referido general.

Esto es, no se ha alegado ni acreditado que las autoridades o el gobierno de Gambia hayan amparado o tolerado actos de persecución política o de otra naturaleza, sin que, como de forma clara indica el Informe fin de Instrucción, la demanda lo haya desmentido en lo más mínimo, ni conste, ni remotamente, que haya indicios de que dichas autoridades hayan perseguido al recurrente por causa alguna ni, concretamente, conste se haya abierto frente al interesado actuación penal de ninguna clase, sin que, es de repetir, se haya acreditado al respecto que el interesado fuera objeto de busca y captura en su país por razón de algún eventual delito cometido en su país, en una relación que la demanda tampoco ofrece con las actividades de su supuesto tío el general Tamba, lo que además queda claramente desmentido si se verifica que el actor entró sin el más mínimo problema en territorio gambiano para salir de él rumbo a España, lo que desmiente toda idea de persecución, no acreditada, por lo demás, ni siquiera de forma indiciaria en este proceso, en que no se ha interesado el recibimiento del proceso a prueba.

Además, el solicitante procedía de Senegal, donde pudo acogerse a la protección de dicho Estado, de manera temporalmente inmediata a los hechos narrados de los que infiere el propio recurrente la idea de persecución, pues se trata de un país signatario de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, a todo lo cual cabe añadir que la demanda no afronta de modo claro, comprensible y convincente las objeciones de la Administración española para negar el derecho de asilo solicitado.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Camerún que alega persecución. Requisitos legales exigidos para reconocer la condición de refugiado. La solicitante no ha acreditado ni su nacionalidad ni la realidad de la persecución alegada. Análisis jurisprudencial de la prueba en estos procesos. La falta de verosimilitud del relato se ve reforzada por el hecho de haber formulado con anterioridad la misma petición en Suecia y haber sido expulsada del país.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **4 de julio de 2013**

Revista REDMEX 34-2013.indb 170 02/01/14 09:40

Recurso Contencioso-Administrativo: **434/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Solicitud de asilo por nacional de Camerún: falta de verosimilitud del relato**

Se razona en los fundamentos de dicha resolución administrativa, como motivos de la denegación del asilo solicitado, de un lado, que la recurrente «…el relato del solicitante resulta inverosímil, así como genérico, impreciso, e incongruente en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de dicha persecución, y contradice hechos y circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible de su país de origen y la recogida en el expediente, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de tal persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o justifiquen un temor fundado a sufrirla…», a lo que se añade como motivación que «…el solicitante ha tenido la oportunidad de solicitar asilo en un Estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad a la presentación de su solicitud en España, no habiéndolo hecho así y no aportando explicaciones suficientes sobre esta conducta, por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada», indicándose igualmente que «…no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia».

(…).

De hecho, la demanda no versa en modo alguno sobre la veracidad de los hechos que denunció en su día, que es más que dudosa, ya que no está avalada por prueba alguna, ni indiciaria, ni por alegaciones de refutación contrarias a las extensas reflexiones de los informes administrativos que valoran el escasísimo crédito que merece el alegato de persecución a la recurrente por parte de su familia de origen y de su esposo –sin que al respecto conste si el matrimonio llegó a celebrarse, dadas las continuas contradicciones de la recurrente y la absoluta falta de prueba de un hecho tan elemental y de tan fácil prueba–, entre otras razones porque no consta que, si se sentía amenazada en su persona, libertad o derechos por su tía, que habría concertado el matrimonio forzoso o de conveniencia, o por su familia, acudiese a la autoridad para denunciar los hechos –lo cual tampoco es objeto de respuesta en la demanda– puesto que dicho escrito parte de una especie de principio de credibilidad inherente o intrínseca, pese a que se trata de hechos simplemente alegados interesadamente por quien pretende extraer de ellos un efecto favorable para su esfera de derechos e intereses, y sobre la base de esa veracidad autoatribuida al relato de persecución, suponerla conciliable con la situación social, política y religiosa de un país al que el interesado dice pertenecer, sin prueba de la menor clase.

(…).

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en la recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho de asilo, ni la protección subsidiaria, pues aun en el caso de que los hechos que relata pudieran considerarse acreditados, siquiera lo fueran indiciariamente, lo cierto es que el agente perseguidor, en este caso, sería ajeno a las autoridades del país de origen al que se supone pertenece el recurrente, Camerún, pues aunque aceptáramos a efectos puramente polémicos, pese a la total y absoluta falta de prueba, que la recurrente hubiese estado perseguida por su esposo o por su familia de origen, esto es, aun dando por buena la versión de los hechos que ofrece la demanda, por íntegra remisión a los declarados en la solicitud inicial, lo que cabe negar con absoluta rotundidad es que la Sra. Cecilia haya sufrido persecución alguna por razón de la pertenencia a algún indefinido colectivo y que, además, esa persecución, que debería haberse manifestado en hechos o conductas concretas a las que tendría que haberse referido la demanda con un mínimo de detalle, hubiera sido causada por las autoridades de Camerún, por ser los protagonistas de la persecución hacia su per-

Revista REDMEX 34-2013.indb 171 02/01/14 09:40

sona, o bien por evidenciar pasividad o abstención frente a posibles denuncias que no constan formuladas.

En suma, los hechos, aun partiendo de su acreditación, serían elementos necesarios, pero no suficientes, para tener por probada la persecución cuya concurrencia abre el camino de la protección internacional a través del instituto jurídico del asilo, máxime cuando ni siquiera se alude, en lo más mínimo, a hechos o episodios de persecución ni a señalar quién los habría protagonizado fuera de la esfera familiar.

Esto es, no se ha acreditado, ni siquiera alegado, que las autoridades cameruneses hayan amparado o tolerado actos de persecución que ni siquiera dice la actora cuáles habrían sido –salvo la persecución que se dice proveniente del ámbito familiar–, sin que, como de forma clara indica el Informe fin de Instrucción, la demanda lo haya desmentido en lo más mínimo, ni conste, ni remotamente, que haya indicios de que la familia del solicitante ni las autoridades de Camerún hayan perseguido a la recurrente por causa de su negativa matrimonial, persecución que, para ser verosímil en principio, debería haber sido expuesta con expresión circunstanciada de los hechos en que se habría manifestado, sin que nada se haya acreditado en contrario, y sin que conste al respecto, por lo demás, que la interesada hubiera acudido a las autoridades de su país a denunciar los hechos sucedidos, si es que de ellos vislumbrara el temor a padecer persecución, y que éstas hubieran hecho caso omiso de tales denuncias, no les hubieran dado curso o hubieran amparado la pretendida conducta de persecución tan borrosamente expresada en el escrito de demanda y que se identifica de un modo tan sumamente impreciso y evanescente en los relatos ofrecidos a la Administración española, de suerte que, bien de forma directa, bien por la vía de la pasividad, de la indiferencia o de la impotencia, circunstancias todas ellas que debían haber sido reflejadas, aun de un modo sucinto, en la demanda que, cabe reiterar, adolece de graves carencias argumentativas y probatorias, constase que los agentes gubernamentales de un país que no sabemos si es el de la nacionalidad o residencia de la actora hubieran permanecido pasivas ante la persecución que dice padecer ésta.

Cabe añadir a lo expuesto que la solicitante, que estuvo en Suecia varios años y alega haber sido víctima en dicho país de explotación sexual por parte de otros miembros de su familia, solicitó por dos veces el derecho de asilo, en 2006 y 2010 y que el 14 de septiembre de 2011 las autoridades suecas contestaron que rechazaban la petición pues la solicitante tenía una orden de expulsión de su país con prohibición de entrada hasta el 16 de junio de 2015 y fue trasladada a su país, Camerún, el 10 de junio de 2011, todo lo cual nos hace pensar, con toda evidencia, en la patente falta de verosimilitud de los hechos y, desde luego, en la clara improcedencia de concesión del asilo, pues al margen de los hechos impeditivos y las palmarias contradicciones en que la recurrente ha incurrido, lo cierto es que los hechos invocados, aunque gozaran de plena credibilidad, sólo admisible a efectos polémicos, no integrarían en modo alguno las causas previstas en la Convención de Ginebra para dispensar el derecho de asilo a quien los invocase.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de India. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para su concesión. No resulta creíble la persecución alegada por el solicitante ni el temor manifestado. Los certificados médicos aportados no acreditan el origen de las lesiones. No procede la petición de permanencia en España por motivos humanitarios.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **11 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **202/2012**

Ponente: **D. Jesús Nicolás García Paredes**

Revista REDMEX 34-2013.indb 172 02/01/14 09:40

Voz: **Denegación del asilo solicitado por nacional de India: falta de credibilidad de la persecución alegada**

Del contenido del denominado Informe fin de instrucción y elevación del expediente a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que es el documento esencial del expediente de asilo en el que se efectúa la evaluación de la solicitud, en relación con la credibilidad de los hechos expuestos, su concordancia con la información disponible sobre el país de procedencia del peticionario, con las normas nacionales e internacionales aplicables al caso y, en suma, con la necesidad de protección internacional que desde un punto de vista del juicio especializado se evalúa, resulta lo siguiente, dando lugar a la expresión de un criterio desfavorable a la concesión (folios 6.1 a 6.9 del expediente):

– El solicitante posee la nacionalidad jordana y refirió ser de origen palestino.

– Salió de Palestina en 1963 en barco hasta Líbano y de ahí a Barcelona. De Barcelona se desplazó a Las Palmas, pues es donde vivía su padre.

– Refiere que reside en Las Palmas hasta 1988. En 1989 se traslada a Marruecos donde se instala durante 22 años. Allí se casó con una ciudadana marroquí. Llegó a tener tres fábricas procesadoras de pescado y en 1996 comenzó a tener problemas. Sufrió un embargo de cuentas y durante 10 años le fue retenido el pasaporte. Cuando consiguió salir se marchó a Jordania para pedir apoyo por el incumplimiento de Marruecos de un acuerdo entre ambos países.

Expuso que el rey y el ministro le prometieron ayuda pero, finalmente, le cerraron la fábrica y le embargaron el dinero. Manifiesta que volvió a Jordania y denunció al gobierno por omisión del deber de protección. Estuvo 2 años y medio allí y se vino de nuevo a Las Palmas en febrero de 2011 a pedir protección.

– Señala el informe fin de instrucción que el solicitante se habría encontrado en una situación que no resulta susceptible de protección internacional al amparo de la legislación vigente en la materia.

– Describe haberse encontrado en una serie de problemas económicos con las autoridades marroquíes, siendo evidente que esta causa no está contemplada en la legislación de protección internacional.

– Junto a ello, tampoco cabe ver en la actitud de las autoridades marroquíes un acto de persecución concreta y personal contra el solicitante, sino que lo ocurrido parece proceder más de fallos en el sistema marroquí y abuso de poder por parte de las autoridades.

– Tampoco cabe considerar que las autoridades jordanas no hayan querido protegerle, es más, de sus propias alegaciones, junto con las realizadas por su hijo en el expediente (…), cabe concluir que el solicitante no ha tenido ningún problema en su país, Jordania, salvo económicos.

La Sala estima que, en el supuesto que se enjuicia, la persecución descrita por el recurrente no es incardinable en ninguno de los motivos previstos por la Convención de Ginebra de 1951 y que han sido trasladados al artículo 3 de la propia Ley 12/2009. En efecto, del relato ofrecido no se desprende la existencia de una persecución concreta e individualizada en la persona del recurrente, sin que, por otra parte, se ofrezcan en la demanda datos o elementos que particularicen una persecución en el ámbito de la situación que describe.

En efecto, no se acredita que el solicitante haya tenido ningún problema en el país al que pertenece, Jordania, salvo económicos. No manifiesta siquiera la existencia de una persecución en su país que resultara encuadrable dentro de las causas de persecución recogidas en la Convención de Ginebra. Tampoco los problemas que expone haber sufrido en Marruecos, país en el que vivió durante 22 años, son subsumibles en un acto de persecución de los recogidos en la citada Convención de Ginebra.

(…).

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en el recu-

Revista REDMEX 34-2013.indb 173 02/01/14 09:40

rrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho de asilo.

Esto es, la prueba, sea plena o semiplena, acerca de la posición o actitud del gobierno de Jordania incumbe al recurrente, que centra su narración en problemas de tipo económico, como se ha expuesto, por lo que no puede tenerse por acreditada una persecución cuya concurrencia abriría el camino de la protección internacional a través del instituto jurídico del asilo.

Además, no se ha acreditado que las autoridades de Jordania hayan llevado a cabo o amparado actos de persecución, y sin que conste al respecto que el interesado hubiera acudido a las autoridades de su país a formular denuncia y que éstas hubieran amparado la pretendida conducta de persecución bien de forma directa, bien por la vía de la pasividad, de la indiferencia o de la impotencia, circunstancias todas ellas que debían haber sido acreditadas, aun cuando lo fueran de un modo sucinto, en el escrito de demanda.

En conclusión, los hechos alegados no implican una persecución que justifique una necesidad actual de protección, máxime teniendo en cuenta que las alegaciones efectuadas en la demanda no desvirtúan las razones en las que se basa la resolución impugnada.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Nigeria. El solicitante alega persecución por motivos religiosos. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para otorgar la condición de refugiado. No consta probado el temor manifestado ni ha acreditado en forma su identidad. Tampoco se prueban las razones que justifiquen la concesión de autorización de permanencia en España por razones humanitarias.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **11 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **225/2012**

Ponente: **D. Jesús Nicolás García Paredes**

Voz: **Persecución por motivos religiosos: solicitud de asilo por nacional de Nigeria**

Se impugna en el presente recurso la resolución de fecha 13 de marzo de 2012, del Ministerio del Interior P.D. (Orden INT 3162/2009, de 25 de noviembre), la Subdirector General de Asilo, de fecha 23 de marzo de 2012 que deniega el derecho de asilo y la Protección subsidiaria a la recurrente, Dª Trinidad, y de Ildefonso y José, nacionales de Nigeria, decisión que se fundamenta en la inexistencia, atendidas las circunstancias personales del solicitante contenidas en su petición de asilo, de la persecución a que se refiere el artículo 1.a) de la Convención de Ginebra.

La Administración concretamente sustenta la resolución denegatoria en que el relato del solicitante no resulta veraz, al no acreditarse las amenazas que invoca el recurrente por parte de familiares por motivos religiosos, debido a los enfrentamientos entre musulmanes y cristianos. El resto de los elementos probatorios aportados por el solicitante valorados en su conjunto y con el relato del solicitante y en el contexto del país de origen, no resultan suficientes para considerar acreditada, ni aún indiciariamente, la existencia de la persecución alegada, que, en todo caso, no proviene de las autoridades nacionales nigerianas. Además argumenta sobre la falta de acreditación de la identidad de la solicitante.

(…).

En la demanda se sostiene que existe fundado temor por su vida si regresa a su país.

La tesis del actor no puede ser compartida por este Tribunal a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables

Revista REDMEX 34-2013.indb 174 02/01/14 09:40

en materia de asilo. Ni de los autos ni del expediente administrativo se desprende, como hemos visto en el fundamento segundo, una prueba, ni siquiera indiciaria, de la realidad de los hechos que narra. Sólo existe su propia declaración que no viene corroborada ni por otros testimonios ni por documentos que confirmen alguno de sus extremos esenciales.

Por ello no puede afirmarse que se ha aportado un mínimo de prueba de que el recurrente ha sido objeto de amenazas de las características exigidas por la legislación vigente para que le sea concedido el asilo solicitado, ni de que padezca un fundado y razonable temor de sufrir amenazas en el futuro si regresa a su país de origen.

(…).

Por ello, un relato que carece de aquellos elementos de precisión y detalle puede considerarse inverosímil. En el caso que se somete a nuestra consideración, la demandante de asilo exponía en su relato que había huido de Nigeria debido a los problemas religiosos entre cristianos y musulmanes; persecución que sufre en su entorno familiar, por lo que decidió abandonar el país.

Este relato refiere la situación de conflictividad entre dos comunidades, si bien esta circunstancia no es suficiente para la admisión de la petición de asilo (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 30 jun. 2008, rec. 1300/2005), si la misma no tiene un reflejo específico en el peticionario de asilo. A su vez, constatamos que el relato aporta escasos datos acerca de la situación personal de la interesada y de las circunstancias en las que tienen lugar los actos de acoso que refiere, su intensidad, tiempo y lugares en los que se estarían produciendo etc. En tales condiciones, y ante los escasos datos que aporta la recurrente, procede la desestimación del recurso, pues no contamos con un relato preciso y detallado que nos permita valorar la veracidad de cuanto expone a fin de poder admitir a trámite su petición. A ello, se ha de añadir la falta de acreditación en forma de la identidad de la solicitante.

Por último, se ha de hacer constar que, como se desprende de la prueba practicada en el presente recurso, en la comunicación emitida por la Dirección General de Policía, Jefatura Superior Policía de Cantabria, en relación con el ciudadano Ildefonso, consta que solicitó protección internacional en fecha 13-03-2012 indicando que era «hijo de Laouan y Halima, de nacionalidad de Niger», no de Nigería.

(…).

Finalmente, la pretensión de permanencia en España por razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Asilo) tampoco guarda relación con el contenido del acto impugnado, pues se centra en la autorización de permanencia en España, aun cuando no concurran las circunstancias que permiten legalmente el reconocimiento del derecho de asilo. Al margen de que tales medidas han de adoptarse en el marco general del derecho de extranjería, el recurrente no expone ni acredita razones especiales que permitan concluir la existencia de tales «motivos humanitarios».

En consecuencia, la Sala estima que en este caso no aparece ni siquiera indiciariamente la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de la existencia de amenazas por motivos religiosos en su país, Níger, 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.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Angola. La resolución impugnada denegando la solicitud está debidamente motivada de manera individualizada. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para reconocer el derecho de asilo. El solicitante no aporta ni siquiera indicios que justifiquen su petición basada en motivos de persecución. Tampoco existen razones humanitarias para conceder la autorización de residencia temporal: Los certificados médicos adjuntados no se incardinan en los supuestos legales.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **11 de julio de 2013**

Revista REDMEX 34-2013.indb 175 02/01/14 09:40

Recurso Contencioso-Administrativo: **482/2011**

Ponente: **D. Jesús Nicolás García Paredes**

Voz: **Solicitud de asilo por nacional de Angola: ausencia de razones humanitarias y falta de credibilidad del relato aportado**

Se impugna en el presente recurso la resolución de fecha 2 de diciembre de 2011, del Ministro de Interior P.D. (Orden INT 3162/2009, de 25 de noviembre), la Subsecretaria de Interior, el Director General de Política Interior, por la que se deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria a don Vidal, nacional de Angola, así como la resolución que desestima la petición de reexamen, de fecha 7 de diciembre de 2011.

El recurrente fundamenta su impugnación en los siguientes motivos: 1) Concurrencia de los elementos objetivos para que le sea reconocido al recurrente el derecho de asilo. Alega que, el conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante es un dato objetivo a tener en cuenta para evaluar el grado de credibilidad de la persona solicitante. Se remite al Informe anual de ACNUR sobre la situación política en Angola, y, en especial, en la región de Cabinda; situación que refleja la prensa española. Manifiesta que el recurrente ha sufrido persecución política, dada su pertenencia a un movimiento separatista, el FLEC, y la voluntad del recurrente de no querer formar parte de la lucha armada, como expuso en la solicitud de reexamen, así como su pertenencia a la tribu Mukombo, sin que, por otra parte, se motive suficientemente la desestimación de la solicitud. Y 2) Concurrencia de los requisitos para la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, conforme a lo establecido en el artículo 4, de la Ley 12/2009.

(…).

Alega el recurrente la concurrencia de los elementos objetivos para que le sea reconocido al recurrente el derecho de asilo, teniendo en cuenta el conocimiento de la situación en el país de origen del solicitante, un dato objetivo a tener en cuenta para evaluar el grado de credibilidad de la persona solicitante. Se remite al Informe anual de Acnur sobre la situación política en Angola, y, en especial, en la región de Cabinda; situación que refleja la prensa española. Manifiesta que el recurrente ha sufrido persecución política, dada su pertenencia a un movimiento separatista, el FLEC, y la voluntad del recurrente de no querer formar parte de la lucha armada, como expuso en la solicitud de reexamen, así como su pertenencia a la tribu Mukombo.

(…).

La Sala comparte esta valoración pues, efectivamente, tanto las manifestaciones del recurrente como los hechos invocados sobre los que sustenta la persecución y encarcelamiento sufridos, no están ni indiciariamente acreditados, careciendo el relato que expone de credibilidad en relación con los hechos y origen de su encarcelamiento y puesta posterior en libertad, de forma que, la Sala considera que estos criterios e interpretaciones realizadas por la Administración frente a las genéricas alegaciones del recurrente, no han sido enervados en el presente procedimiento, pues el «status» probatorio es el acontecido en vía administrativa, sin que se haya añadido algún elemento que acredite, aunque de forma indiciaria, pero creíble, los hechos invocados por el recurrente, pues la remisión a la situación política existente en Angola, por sí misma, no puede sustentar la solicitud de asilo si no va acompañada de un elemento objetivo como es la persecución sufrida personalmente por el propio solicitante y no en relación con la situación general de quienes se vean afectados por dicha situación, independientemente de su pertenencia política o no a un determinado partido o grupo étnico.

(…).

La existencia de razones humanitarias requiere, por tanto, una cumplida prueba, y de otro, tales razones se identifican con la existencia de un riesgo para la vida o integridad física en el país de origen, o bien, con otras razones distintas, pero que necesariamente deben aparecer vinculadas, a la institución del asilo, o a la existencia de una necesidad de protección

Revista REDMEX 34-2013.indb 176 02/01/14 09:40

(Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 25 Sep. 2007, rec. 151/2007; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 8 Nov. 2006, rec. 208/2006).

(…).

Por lo tanto, la pretensión subsidiaria, tampoco puede prosperar, pues de los partes o certificados médicos aportados, no se desprende que la enfermedad o lesiones alegadas, se incardinen en los supuestos legales citados, no estando acreditado en fase probatoria en esta vía judicial.

Derecho de asilo: Nacional de Guinea Conakry. La denegación está justificada por reiterar las alegaciones previamente invocadas en otra solicitud anterior sin haberse producido nuevas circunstancias. Tampoco concurren motivos humanitarios por no apreciarse un temor fundado de regresar a su país.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **17 de julio de 2013**

Recurso de Apelación: **75/2013**

Ponente: **Dña. Ana Isabel Martín Valero**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Guinea Conakry: petición anterior ya denegada. Ausencia de motivos humanitarios**

Añade que, en esta nueva solicitud, se reiteran los motivos de la anterior, que ya fue denegada, y las circunstancias siguen siendo las mismas de las de entonces. Se dice que entonces no pudo aportar documentos y que ahora lo hace; sin embargo, pretendiendo reabrir un expediente que ya fue terminado mediante el subterfugio de una nueva solicitud no debe conducir a un examen nuevo pues el precepto que ha tenido en cuenta la Administración para denegarle su solicitud es claro y terminante. Que como recoge el informe de instrucción, la documentación presentada no modifica dicho criterio de inverosimilitud; la documentación relativa a su identidad, sólo probaría que sus datos de filiación son los que dice, respecto a la documentación sobre la identidad de su mujer filipina, de su hija y de la residencia en Israel, fueron datos que no se pusieron en duda en el informe de la Oficina de Asilo y Refugio de la petición anterior. En las noticias de prensa, no figura el nombre del interesado y hacen referencia a unos hechos que tuvieron lugar en Guinea con posterioridad a la salida del solicitante del país, como ya se dijo en el informe de la Oficina para la solicitud anterior. Respecto a la documentación del partido UFDG, el carné de miembro está expedido el 14 de mayo de 2011 y en los otros certificados consta que es miembro desde esta fecha, lo que redunda en la idea de inverosimilitud apuntada en el informe de la Oficina para la petición anterior en el sentido de que no es creíble que una persona que lleva sólo 10 días militando en un partido pueda ser citado y posteriormente encarcelado para que informe sobre su actividad política y dos de los certificados del UFDG, tienen el mismo contenido, pero presentados fechas distintas, uno de ellos el 30 de noviembre de 2011, a pesar de que afirma, en el escrito de alegaciones, no haber contactado con su partido hasta febrero de 2012; y también el tercer certificado del partido UFDG presentado, es de 25 de noviembre de 2011. Además el contenido de los mismos, se contradice con las alegaciones, ya que en estos consta que se hicieron negociaciones para la supuesta liberación del solicitante en cambio él dijo que un militar le dejó salir de forma irregular a cambio de dinero, por lo que se entiende que las alegaciones realizadas en la presente petición, si bien con otras palabras, y aportando nueva documentación que hace referencia a los mismos hechos, no modifica las con-

Revista REDMEX 34-2013.indb 177 02/01/14 09:40

clusiones que sirvieron como base para denegar la petición anterior.

Finalmente, considera que tampoco sería factible la admisión de la solicitud por motivos humanitarios al no apreciarse temores serios y fundados para entender que el regreso al país suponga riesgo para la vida o integridad física del recurrente, dado que para que la concesión de lo solicitado por razones humanitarias es necesario que se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere la Ley de Asilo, ello no puede predicarse de la parte recurrente ya que en los motivos alegados no se dan esas circunstancias.

(…).

Invoca la existencia de fumus bonis iuris y considera que procede la autorización de la permanencia en España conforme al artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de Marzo, por razones humanitarias, ya que se trata de una persona solicitante de protección internacional que, tal y como consta en su solicitud, es nacional de Guinea Conakry, y ha sido víctima de una detención ilegal en su país, secuestro y luego fue abandonado en España sin documentación. En consecuencia solicita protección internacional por la imposibilidad de regresar a su país dada la situación de inseguridad en que se encuentra y la amenaza que supone para su vida.

(…).

En el presente supuesto, la resolución administrativa se basa en que alegaciones del recurrente son, sustancialmente, reiteración de las invocadas en otra solicitud anterior ya denegada, sin que se haya justificado que desde dicha denegación se hayan producido nuevas circunstancias o acontecimientos en su país de origen, o en su situación personal, que hagan necesaria la revisión de los criterios que se tuvieron en cuenta para la anterior denegación.

Este fundamento es confirmado por la sentencia impugnada, y frente a ella, el recurso de apelación se limita a alegar que el recurrente se encuentra totalmente integrado en la sociedad española y en sus costumbres, contando con medios suficientes de vida, así como con el apoyo de la comunidad en que se integra, pero no combate la concreta causa de inadmisión apreciada, esto es, la reiteración de otra petición anterior ya denegada.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Camerún que alega persecución por razón de su homosexualidad. Análisis de los requisitos legales necesarios para conceder la condición de refugiado. El solicitante no acredita su identidad ni su nacionalidad. Pudo haber formulado la petición con anterioridad en otros países lo que hace dudar de la necesidad de protección. Hay una absoluta falta de actividad probatoria: Análisis de los requisitos jurisprudenciales relativos a la prueba, admitiéndose la prueba indiciaria. No cabe el reconocimiento de protección subsidiaria ni la concesión de autorización de permanencia en España por razones humanitarias ante la ausencia de prueba.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **34/2013**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Solicitud de asilo por nacional de Camerún: homosexualidad. Ausencia de acreditación de la persecución alegada**

Se razona en la resolución impugnada, como motivo de la denegación del asilo, en primer lugar, que el solicitante no ha aportado documentación acreditativa de su identidad –y, por

Revista REDMEX 34-2013.indb 178 02/01/14 09:40

ende, de su nacionalidad–, sin explicar las razones que justifiquen dicha carencia, omisión absoluta que persiste en vía judicial, donde la escueta demanda no efectúa referencia alguna a la identidad y nacionalidad del recurrente, que afirma ser nacional de Camerún. Además de ese fundamental motivo, la resolución resalta que éste «… basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido, o tenga un temor fundado de sufrir, una persecución personal por ésta causa», a lo que se añade como motivación que «…según la información disponible sobre su país de origen, la mera pertenencia a tal colectivo (el Sr. Raúl alega tener la condición de homosexual) no determina necesariamente la existencia de persecución ni justifica suficientemente un temor fundado a sufrirla». Finalmente, la resolución destaca que «…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 esta persecución y sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla…».

Se añade a los motivos anteriores que «…el solicitante ha tenido la oportunidad de solicitar asilo en un Estado donde hubiera podido recibir protección antes de la presentación de su solicitud en España, no habiéndolo hecho, y no aportando explicaciones suficientes sobre dicha conducta, por lo que puede razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada».

(…).

En la demanda de este recurso se combate la anterior resolución, con remisión al relato de hechos realizado ante la Administración, sin discutir en lo más mínimo la validez de las razones exteriorizadas por el Ministerio del Interior para denegar el derecho de asilo, sino que partiendo apodícticamente de que lo que alegó en su día es cierto de forma indiscutible, por el mero hecho de haber sido alegado, extrae como consecuencia jurídica necesaria la obtención del derecho al asilo que se pretende, sin fundamentar procesalmente su pretensión en dato alguno sobre la persecución padecida por el recurrente en Camerún, como consecuencia de su alegada condición homosexual, por parte de autoridades o agentes del Gobierno de dicho país, circunstancia sobre la que la muy breve e inexpresiva demanda no formula alegación de clase alguna.

De hecho, la lacónica demanda no versa sobre la veracidad de los hechos que denunció en su día, que ni siquiera intenta justificar en lo más mínimo, la cual es más que problemática para esta Sala, ya que no vienen avalados los hechos en su día aducidos por prueba alguna, ni aun indiciaria, ni sobre la improcedencia de las extensas reflexiones de los informes administrativos que valoran el escaso crédito que merece el alegato de persecución del recurrente –que tampoco son objeto de respuesta en la demanda– sino que sin siquiera reproducir los hechos en su día aducidos ante la Administración, parte de una especie de credibilidad inherente o intrínseca, pese a que se trata de hechos simplemente alegados interesadamente por quien pretende extraer de ellos un efecto favorable para sus derechos e intereses, y sobre la base de esa veracidad autoatribuida a su conciso relato de persecución, suponerla conciliable con la situación social y política de un país al que dice pertenecer sin prueba de esa pertenencia, la cual sería de sumamente fácil obtención en caso de corresponder con su efectiva nacionalidad, eligiendo el país de pertenencia que mejor conviene a su alegato de persecución, sobre lo cual nada en absoluto dice en la demanda, pese a que esa falta de prueba respecto a su nombre y nacionalidad priva por completo de credibilidad a la persecución que dice padecida, una vez que cabe dudar de la propia nacionalidad del demandante.

(…).

En el presente caso, sin embargo, el relato de hechos proporcionado por el demandante está lejos de haber intentado siquiera la acreditación indiciaria de tales datos y circunstancias, pues carece de la más mínima consistencia que pudiera llevar a la Sala a la convicción de que las cosas fueron como se dice que fueron y que, por tanto, el recurrente haya acreditado al menos mínimamente, en el proceso jurisdiccional, que sufra persecución, o tenga fundados temores a sufrirla, por alguna de las causas contempla-

Revista REDMEX 34-2013.indb 179 02/01/14 09:40

das en la Convención de Ginebra y que además sea proveniente, como hemos señalado, de una manera directa o indirecta, de algunos de los agentes de persecución indicados en el artículo 13 de la Ley de Asilo, aun concebidos los conceptos que se encuentran en dicho precepto de un modo amplio.

(…).

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en el demandante de las condiciones establecidas en la Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho de asilo, ni la protección subsidiaria, pues aun en el caso de que los hechos que relata pudieran considerarse acreditados, siquiera indiciariamente, lo cierto es que el agente perseguidor, en este caso, sería ajeno a las autoridades del país de origen, Camerún, pues aunque aceptáramos, pese a la total y absoluta falta de prueba, que el actor ostentase esa alegada condición homosexual, no consta tampoco que haya sufrido persecución de clase alguna, ni judicial ni policial ni de otra índole, por razón de la pertenencia a ese colectivo y que, además, esa persecución, que debería haberse manifestado en hechos o conductas concretas a las que tendría que haberse referido la demanda con un mínimo de detalle, sin guardar, como hace, total y absoluto silencio al respecto, provenga de las autoridades de su país, bien por ser los protagonistas de la persecución hacia su persona, bien por evidenciar pasividad o abstención frente a supuestas denuncias del Sr. Raúl que no constan formuladas.

Esto es, la prueba, sea plena o semiplena, acerca de la posición o actitud del gobierno de Camerún –en la hipótesis de que no hay constancia de que el recurrente proceda de dicho país, lo que ni siquiera está acreditado– incumbe a éste, que centra su muy lacónica narración en ponderar la condición de homosexual –o bisexual, extremo que tampoco precisa con la claridad exigible a todo escrito de demanda, pues tal extremo queda en la incertidumbre al referirse al actor, quien dice convivir con una mujer y haber tenido dos hijos comunes con ella– que poseería, la cual, aun partiendo a efectos dialécticos de que estuviera acreditada, sería un elemento necesario, pero no suficiente, para acreditar la persecución por esa razón cuya concurrencia abre el camino de la protección internacional a través del instituto jurídico del asilo, máxime cuando ni siquiera se alude, en lo más mínimo, a hechos o episodios de persecución contra la persona del recurrente ni a señalar quién los habría protagonizado.

Esto es, no se ha acreditado, ni siquiera alegado, que las autoridades cameruneses hayan protagonizado, amparado o tolerado actos de persecución que ni siquiera dice el actora cuáles habrían sido, sin que nada se ha acreditado en contrario, y sin que conste al respecto que Don. Raúl –para el caso de que sea su verdadero nombre– hubiera acudido a las autoridades de su país a denunciar la persecución a que se refirió en su primer e indefinido relato, tal como dice que le sucedió, y que las autoridades hubieran hecho caso omiso de tales denuncias, no les hubieran dado curso o hubieran amparado la pretendida conducta de persecución tan borrosamente expresada en el escrito de demanda y que se identifica de un modo tan sumamente impreciso y evanescente en la narración facilitada a la Administración, de suerte que, bien de forma directa, bien por la vía de la pasividad, de la indiferencia o de la impotencia, circunstancias todas ellas que debían haber sido reflejadas, aun cuando lo fueran de un modo sucinto, en el escrito de demanda, constase de algún modo que las autoridades de Camerún hubieran permanecido pasivas ante la persecución que dice padecer el recurrente –todo ello dando por buena la nacionalidad que alega el interesado, que llegó a España sin documentación alguna que adverase su identidad y nacionalidad–, de manera que no cabe descartar, en absoluto, por ser una mecánica que se repite incesantemente, que se escoja a voluntad un país en conflicto bélico o de otra naturaleza, o en que se den situaciones de violencia o persecución contra personas o grupos determinados, para a partir de ese dato creado de propósito inventar ad casum una artificial situación de temor fundado a sufrir persecución.

En todo caso, la muy imprecisa demanda guarda silencio sobre el hecho obstativo puesto de relieve en la resolución impugnada al respecto de la pasividad del recurrente a la hora de interesar la protección internacional en países por los que transitó previamente, entre otros

Revista REDMEX 34-2013.indb 180 02/01/14 09:40

Argelia o Marruecos, países ambos signatarios de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y del Protocolo de 1967, lo que denota una muy precaria verosimilitud de la persecución que se denuncia, reforzada por el hecho de que permaneció en España varios meses antes de solicitar el asilo, con un posterior traslado a Bélgica de donde regresó a España, todo ello en un contexto general, tanto en vía administrativa como judicial, de ausencia completa de prueba –la recurrente, al promover el recibimiento del proceso a prueba, no ha tenido en cuenta que en la solicitud han de incorporarse «los medios de prueba que se propongan» –artículo 60 de la LJCA tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, prevención que no ha sido observada en lo más mínimo–.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Sahara que alega persecución. Examen de los requisitos legales y jurisprudenciales para obtener la condición de refugiado y la prueba necesaria a aportar. Constan abundantes informes médicos compatibles con las agresiones referidas derivadas de la persecución lo que justifica la concesión de la petición. La resolución recurrida carece de motivación suficiente a la vista de las pruebas.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **226/2012**

Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**

Voz: **Concesión del asilo a nacional del Sahara: informes médicos probatorios de las agresiones sufridas. Relato coherente y verosímil de la persecución alegada**

Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación procesal de don Argimiro la resolución de la Subsecretaría de Interior (adoptada por delegación del Ministro) de fecha 26 de abril de 2012, por la que se denegó al citado interesado la concesión del derecho de asilo y la protección subsidiaria y se autorizó su permanencia en España por razones humanitarias en los términos previstos en la normativa vigente.

Se razona en la demanda, frente a la citada resolución, que el recurrente, nacido en 1974, es natural del Sáhara, y que a tenor del relato (coherente y verosímil) que ofreció a las autoridades españolas al pedir el asilo, en atención a la situación de los derechos humanos en los territorios ocupados por Marruecos y teniendo en cuenta la prueba practicada en sede administrativa y jurisdiccional (señaladamente, las diversas periciales médicas que han analizado y valorado su situación física y psicológica) resulta merecedor de la concesión del estatuto de refugiado dado el fundado temor de sufrir persecución por motivos de su pertenencia a un grupo social (el saharaui, de cuya causa ha sido, además, activo militante), sin que la decisión impugnada aporte motivación suficiente para negar el reconocimiento del derecho pretendido.

A tal pretensión se ha opuesto la representación de la Administración del Estado, en cuyo escrito de contestación a la demanda –en coincidencia con la tesis sostenida por la resolución recurrida– se señala el carácter genérico, impreciso e incongruente de sus alegaciones y la ausencia de prueba directa sobre su condición de saharaui, añadiendo que los síntomas físicos y psicológicos que presenta tienen un origen ajeno a los motivos en los que fundamenta su solicitud de asilo.

(…).

En la petición que dio origen al procedimiento que nos ocupa (presentada en Las Palmas de Gran Canaria el 16 de diciembre de 2009), el demandante adujo que nació en 1974 en Essawi-

Revista REDMEX 34-2013.indb 181 02/01/14 09:40

ra, donde vivió –junto a su hermano– con unos tíos. Hacia 1999 se desplazó a El Aaiun (al parecer en busca de su hermano, que había salido de Essawira con anterioridad), donde participó en varias ocasiones en manifestaciones pro derechos del pueblo saharaui junto con los miembros del grupo «wafaa», en compañía de otros chicos que se colocaban siempre encabezando las marchas.

Añadía que en el año 2004 acudió a varias manifestaciones con el citado grupo y que en 2007, cuando colocaban banderas en la avenida Tan Tan, fue sorprendido –junto a otros activistas– por agentes de diversos cuerpos policiales que le agredieron gravemente. Finalmente, se despertó en un hospital (el Hassan Ben Elmadi) quince días después, logrando escapar de madrugada. Contactó con un dirigente de llamado Herminio, dueño de varios camellos, que le mantuvo oculto en el desierto durante dos años. Desde allí consiguió entrar en un barco, con el que llegó a la costa canaria.

En el expediente administrativo constan los siguientes documentos:

a) Un informe psicológico de Cruz Roja Española en el que se concluye que el interesado «presenta sintomatología propia del trastorno de estrés postraumático crónico» que puede derivar de haber sufrido (o haber sido testigo de) agresión física o amenaza para la vida de uno mismo o de otra persona y que se detecta «re-experimentación del suceso traumático a través de recuerdos recurrentes, intrusivos y angustiosos del suceso, y de pesadillas».

b) Un informe del Hospital Universitario La Paz (Protocolo de Estambul) en el que se destacan las múltiples cicatrices (más de cien) distribuidas en cabeza y cara, tórax y extremidades que son valoradas por los tres facultativos que suscriben el informe como el resultado «de una administración sistemática», descartando que fueran autoinfligidas, compatibles con agresiones realizadas durante varias horas con látigos y porras de goma flexible de diversos diámetros y longitudes, o realizadas con instrumentos calientes (en el caso de las quemaduras), o por hiperextensión o posturas forzadas prolongadas. Al informe se adjuntan numerosas fotografías que constatan la relevancia de las heridas descritas.

c) Un extenso informe de ACNUR emitido el 23 de febrero de 2012 en el que se concluye: 1. Que la persona en cuestión padece un grave trauma; 2. Que todo apunta a que su estado mental es consecuencia de las torturas descritas; 3. Que el perfil del solicitante coincide con el de un activista a favor de la causa saharaui.

En los Informes Fin de Instrucción, desfavorables a la concesión de asilo, valorativos de las entrevistas realizadas con el solicitante, se concluye que el interesado incurre en notables contradicciones tales como la relación con su familia, su vida en el desierto en el período comprendido entre los años 2007 y 2009 o sus actividades con el grupo activista. Se añade, además, que no ha dado respuesta satisfactoria a la cuestión de su identidad y origen saharaui y se hace especial hincapié en el desconocimiento por el interesado –pese a su larga estancia en El Aaiun– del idioma «hassania», señalando finalmente que no tiene un perfil político relevante y que llama la atención que, pese a la gravedad de las supuestas torturas, no se hayan recogido estas agresiones en las numerosas fuentes pro-saharauis que informan sobre detenidos, heridos, retenciones o domicilios allanados.

La resolución recurrida, por último, dedica su fundamento jurídico tercero a fundamentar, en trece líneas, el rechazo a la petición de asilo o la protección subsidiaria afirmando que no aporta documento acreditativo de su identidad, que el relato es incongruente y contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución, que no puede considerarse que haya acreditado suficientemente la veracidad de la persecución y la permanencia en su país durante dos años y que no solicitó el asilo sino cinco meses después de haber llegado a nuestro país.

(…).

En el supuesto de autos, y en contra de lo que defiende la Administración, el interesado fundamenta su solicitud en un relato razonablemente completo, exhaustivo y coherente, sobre todo en lo que hace al episodio acaecido en el año 2007 (agresiones tras la pegada de carteles y banderas y huída del hospital al que fue trasladado).

Ciertamente existen contradicciones en las alegaciones vertidas en las distintas ocasiones en las que el demandante ha sido entrevistado en el

Revista REDMEX 34-2013.indb 182 02/01/14 09:40

procedimiento, pero tales discrepancias o explicaciones no del todo suficientes carecen, a juicio de la Sala, de la relevancia constatada por el instructor del expediente. Con independencia de cuándo estuvo en Casablanca, o de cuáles eran sus relaciones con su familia en Essawira, o de con quién vivió en El Aaiun, es lo cierto que el relato ofrecido en relación con las agresiones sufridas en el año 2007, tras colgar carteles y banderas, no solo resulta verosímil y completo sino, fundamentalmente, aparece como compatible, en cuanto a los resultados de las agresiones descritas, con las cicatrices y secuelas físicas que padece. Tampoco puede olvidarse que el actor, por el estrés postraumático que presenta, está parcialmente desorientado y muestra cierta dificultad y desconfianza en relatar los hechos, lo que no parece permitir una exigencia tan exhaustiva y concreta como la que defiende por el instructor (en cuanto a fechas, lugares, nombres o situaciones concretas).

El Tribunal no puede pasar por alto a este respecto el informe emitido por tres facultativos del Hospital Universitario La Paz, en el que, tras describir minuciosamente las cicatrices que, en más de cien, presenta el recurrente, se concluye que están asociadas a episodios de tortura sistemática (son compatibles, dice el informe, con agresiones realizadas durante varias horas con látigos y porras de goma flexible de diversos diámetros y longitudes, o realizadas con instrumentos calientes –en el caso de las quemaduras–, o por hiperextensión o posturas forzadas prolongadas).

Llama la atención que en la última ampliación al Informe Fin de Instrucción (folios 16.1 y siguientes) se enerven las conclusiones establecidas en dicho dictamen sobre la base de dos circunstancias: la primera, que el Sr. Argimiro «no es un líder de la causa saharaui»; la segunda, que resulta extraño que los agresores «se molesten, después de golpearle brutalmente en la calle, en detenerle para seguir golpeándole y que, además, le trasladen a un hospital». Decimos que llama la atención esta fundamentación porque, en primer lugar y a tenor de la información disponible del territorio en cuestión, no parece que pueda afirmarse que la persecución se desenvuelva exclusivamente contra líderes de la causa o personas de alto perfil político. A ello debe añadirse que no es de recibo descartar la verosimilitud del relato a tenor de una indagación presuntiva de lo que deberían hacer los agresores en ocasiones como la descrita o de cuál debería haber sido su comportamiento tras golpear a un ciudadano que colocaba pasquines o banderas en la calle.

Resulta también relevante a estos efectos el informe de la Cruz Roja que describe el estrés postraumático del solicitante y su compatibilidad con haber sufrido o haber presenciado episodios traumáticos.

No entendemos, en fin, que las contradicciones descritas (teniendo en cuenta la situación psíquica que se acaba de describir en la que el actor se encuentra), o el desconocimiento del «hassania», o la ausencia de documentación sobre su condición de saharaui (que perdió el solicitante, según manifiesta) resulten suficientes como rechazar el derecho pretendido si el temor fundado de persecución (derivado de las agresiones sufridas) no solo resulta de un relato creíble y verosímil del sujeto, al menos desde el plano indiciario, sino que aparece constatado, también desde la perspectiva indiciaria o presuntiva exigida en este tipo de procesos, por hechos objetivos, cuales son las secuelas psíquicas analizadas por los profesionales competentes y, sobre todo, las marcas y cicatrices que presenta, en los términos que han sido valorados por el informe médico tantas veces citado.

Por último, desde la perspectiva de la motivación de la resolución recurrida, no entendemos que la decisión que constituye el objeto del proceso justifique debidamente el rechazo de la solicitud. Por más que pueda entenderse que dicho acto administrativo hace suyas las conclusiones del instructor del procedimiento, no podemos olvidar que consta en autos un informe de ACNUR en él se concluye expresamente que concurren las razones legalmente previstas para la concesión de la protección internacional, informe al que ni siquiera se refiere la resolución y sin que, por tanto, se haya dedicado una sola línea a rebatirlo.

En definitiva, la credibilidad de las alegaciones aducidas, su aval (al menos indiciario) por documentos e informes no discutidos suficientemente por la Administración y la escasa o nula

Revista REDMEX 34-2013.indb 183 02/01/14 09:40

fundamentación de la resolución recurrida para rebatir tales circunstancias conducen a la Sala a estimar el recurso y reconocer al demandante el derecho solicitado.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Colombia que alega persecución. El solicitante presenta abundantes pruebas que respaldan su petición y que han sido desdeñadas por la administración sin justificación. Análisis jurisprudencial del valor de la actividad probatoria. Ha quedado acreditada la situación de persecución que respalda la concesión del derecho de asilo solicitado.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **411/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Concesión de asilo a nacional de Colombia: se acredita suficientemente la persecución alegada**

La resolución impugnada refleja, en su fundamento de derecho tercero, los motivos determinantes de la denegación del derecho de asilo, que se transcriben de forma literal:

«…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 disponible 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.

Parte de 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 resto de los elementos probatorios aportados, valorados en su conjunto y en relación con los elementos probatorios mencionados anteriormente y con el relato del solicitante, no resultan suficientes para considerar acreditada, ni aun indiciariamente, la existencia de la persecución alegada».

(…).

El denominado «Informe fin de Instrucción y elevación del expediente a estudio de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio» emitido el 15 de diciembre de 2011, tampoco es, en este caso, más preciso a la hora de señalar las causas que fundamentan su propuesta de denegación del derecho pedido, pues tras reseñar, en el aparato IV, la abundantísima documentación aportada por el solicitante (se identifican hasta 24 apartados, algunos de los cuales contienen a su vez más de un documento, siendo así que ninguno de ellos es objeto de análisis específico

Revista REDMEX 34-2013.indb 184 02/01/14 09:40

en el citado informe), se termina por concluir, en el apartado V, sobre la valoración que al funcionario instructor le merece ese copioso acervo documental, que «el relato resulta poco creíble», afirmación apodíctica que parece basarse más en la opinión subjetiva de la instructora del caso que en el resultado racional de analizar uno por uno los documentos aportados, muchos de ellos consistentes en denuncias ante las autoridades colombianas, para deducir de su examen conjunto, en tal informe, que la petición de asilo se basaría en hechos objetivamente difíciles de creer, algo que debería ser razonado y motivado de forma suficiente, proporcional con la naturaleza protectora de la institución que nos ocupa.

En otras palabras, no se puede despachar tan amplia y copiosa documentación aportada por el recurrente con una especie de duda subjetiva de la funcionaria de la que no se ve obligada a dar explicaciones de por qué el relato le resulta «inverosímil», término que no significa que los hechos alegados por el Sr. Martin en que se basa el temor fundado a sufrir la persecución que denuncia hayan quedado o no probados, con el nivel de intensidad adecuado a la naturaleza de los hechos y a las dificultades de obtención de una prueba plena en esta clase de procedimientos de solicitud de protección internacional, sino que la inverosimilitud significa algo más, supone que no son creíbles, susceptibles de responder a la verdad, y esa conclusión no puede basarse en una mera afirmación subjetiva de quien instruye, que no está en posesión jurídica de la capacidad de determinar qué es lo que puede o debe creerse o no creerse, sino que tal conclusión, que aparecerá clara en algunos casos y más dudosa en otros, debe ser el resultado objetivo de analizar con cuidado y detalle individual, de modo completo, la documentación aportada por el interesado, tarea que, aunque pueda resultar enojosa o ingrata a quien la afronta, es necesaria para que la inverosimilitud que, en el fondo, constituye en la resolución impugnada la base de la denegación, pueda sustentarse en algo más que la ligera y momentánea impresión de quien no acredita haber examinado a fondo la solicitud.

(…).

En el presente caso, la Sala considera que el recurrente ha acreditado suficientemente la situación de persecución que origina convencional y legalmente el derecho al asilo postulado, mientras que, por el contrario, nada hay en la resolución recurrida que justifique la existencia de razones objetivas, individualmente referidas al Sr. Martin y no a un peticionario abstracto, para la denegación de tal derecho. Resulta procedente, al efecto, efectuar las siguientes consideraciones:

a) La resolución recurrida se aparta del criterio favorable al asilo manifestado, de forma rotunda e inequívoca, en el informe del ACNUR emitido el 23 de enero de 2012 en relación con la solicitud que nos ocupa, (…).

b) En particular, el expresado informe del ACNUR es expresivo de la necesidad de protección que debe dispensarse al recurrente, uno de cuyos aspectos más destacados es el análisis singular del grupo paramilitar amenazante, la incapacidad del gobierno colombiano para facilitar una protección eficaz a sus ciudadanos frente a las amenazas de tales grupos –entre otras razones, debido al grado de penetración entre las fuerzas armadas y policiales–, lo que significa, trasladado a este caso, que la alternativa de reubicación interna no es recomendable por los elevados riesgos que representa. Pues bien, si ACNUR desaconseja desplazarse q otras regiones de Colombia, resulta francamente inexplicable que el Subsecretario del Interior –que actúa por delegación del Ministro, que es el responsable del acto que ahora fiscalizamos– considere, sin más explicación, que es razonable esperar que se desplace el actor, afirmación que descansa en la no menos inexplicada sobre el «…contenido del expediente y la información disponible sobre su país de origen…», que en este caso resultan ser informaciones inexactas o incompletas.

c) La resolución tampoco se hace eco, en absoluto, de una circunstancia decisiva a nuestro juicio, como la obtención del derecho de asilo, en Francia, de D. Luis Pablo, defensor de los derechos humanos y socio del recurrente, siendo así que una motivación razonable y respetuosa de los derechos de éste habría exigido destacar las diferencias fácticas entre uno y otro caso a fin de no incurrir en contradicciones, toda vez que la persecución denunciada por el demandan-

Revista REDMEX 34-2013.indb 185 02/01/14 09:40

te está íntimamente relacionada con la padecida por el Sr. Luis Pablo, lo que permite considerar que la petición de éste no es irrebatiblemente inverosímil, como la Administración sostiene.

d) El propio Sr. Luis Pablo fue objeto de cierta protección en España, dentro del Programa Asturiano de Derechos Humanos (septiembre de 2008 a febrero de 2009), por lo que la Administración era perfecta conocedora de su situación, siendo de destacar que las denuncias sobre amenazas al recurrente Sr. Martin no pueden ser reputadas inverosímiles cuando otras amenazas y coacciones del mismo grupo a su socio han dado lugar a la obtención del derecho de asilo en otro Estado de la Unión Europea.

e) La motivación es igualmente abstracta e inexpresiva en lo que se refiere a la evaluación de los documentos presentados, ya que la sumamente genérica resolución se limita a indicar que parte de los elementos probatorios presentados –sin decir cuáles de ellos– no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acreditan –se dice– sólo circunstancias personales del solicitante, haciendo de nuevo repetida alusión a la información disponible sobre el país de origen, información cuya fuente se desconoce por completo, no sólo para corroborar su calidad y actualidad, sino para cotejarla con otras fuentes distintas, siendo de reiterar que, desde luego, el ACNUR constituye una fuente de información valiosa y aquí ha sido rigurosamente desatendida.

f) La referencia hecha en el Informe Fin de Instrucción en relación con la petición de asilo previamente denegada a Dª Lourdes, esposa del recurrente, no puede provocar un efecto negativo para el recurrente, pues la resolución final denegatoria, que es el acto definitivo de decisión, prescinde de ese dato para atribuirle valor alguno, ni en favor ni en contra del interesado, puesto que no cita tal circunstancia entre los motivos conducentes a la denegación, siendo de añadir que ni el expediente incorpora la resolución a que se ha hecho mención, a fin de que podamos conocer las razones motivadoras y su relación con las que ahora se expresan en el acto impugnado, ni menos aún las actuaciones preliminares que permitieran constatar la plena identidad de situaciones de hecho en uno y otro caso, si es que el Informe fin de Instrucción –en el que parece adivinarse cierta predisposición contraria al recurrente– quiere sustentar la denegación que propone en una especie de cosa juzgada administrativa aquí no concurrente, dada –entre otras razones– la falta de identidad objetiva y subjetiva.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Georgia que alega persecución por motivo de su homosexualidad. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para reconocer la condición de refugiado. La ausencia de actividad probatoria, siquiera indiciaria, justifica la desestimación de la petición. Tampoco concurren razones humanitarias que justifiquen la permanencia en España.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **449/2012**

Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Georgia: homosexualidad. Ausencia de razones humanitarias**

Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación de don Augusto la resolución de la Subsecretaría de Interior (adoptada por delegación del Ministro) de fecha 22 de octubre de 2012, por la que se denegó al citado interesado la concesión del

Revista REDMEX 34-2013.indb 186 02/01/14 09:40

derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada.

Se razona en la demanda, frente a la citada resolución, que el recurrente es nacional de Georgia, que a la edad de doce años descubrió su orientación homosexual, circunstancia que provocó la pérdida de amigos y compañeros de clases, viviendo en un ambiente hostil (habladurías, terror psicológico y físico, agresiones) en las distintas ciudades en las que habitó (Gori, Tbilisi). Finalmente, tras conseguir un visado, el 18 de junio de 2008 viajó a Varsovia y, desde allí, a Barcelona, ciudad en la que pidió el asilo en mayo de 2010.

(…).

En la petición que dio origen al procedimiento que nos ocupa (presentada en Barcelona el 28 de mayo de 2010), el demandante adujo que es nacional de Georgia y que en su país ha sufrido discriminación y distintas agresiones por su condición de homosexual, lo que le llevó a huir y, a través de Varsovia, llegar a España. Aunque en la primera parte de su relato señala que su familia sufrió persecución «psicológica y física» por ser su madre osetia y que se sintió «en minoría» en sus relaciones con los ortodoxos por su condición de católico, centra su necesidad de huir del país en los temores derivados de su homosexualidad, único motivo –por cierto– aducido en la demanda.

En el Informe Fin de Instrucción, desfavorable a la concesión de asilo, se expone en primer lugar que, aun reconociendo que Georgia mantiene ciertos estereotipos homófonos, el interesado llevaba en su país una vida más o menos normalizada, sin que aporte datos sobre la efectiva persecución o sobre la tolerancia que sobre ella puedan haber ejercido las autoridades, añadiendo que es significativa la tardanza del peticionario en solicitar el asilo desde que llegó a España y la circunstancia de que lo hace después de serle incoado un expediente de expulsión y tener reseñar policiales por falsificación de documentos y usurpación de estado civil.

(…).

Pues bien, pese a que en la demanda se alega la concurrencia de las condiciones para la obtención del reconocimiento de la condición de refugiado y del derecho de asilo del recurrente, con base en las declaraciones formuladas por éste, lo cierto es que de la documentación obrante en el expediente no resulta acreditado, aun de forma indiciaria, que el solicitante de asilo haya sufrido persecución personal e individualizada en el que dice ser su país por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

Y es que, con independencia de la mayor o menor verosimilitud que pueda darse al relato ofrecido por el recurrente, es lo cierto que del mismo no se desprende –ni aun presunta o indiciariamente– que el interesado haya sufrido efectivamente persecución en su país, por motivos de su orientación sexual, proveniente o tolerada por las autoridades de Georgia, pues la única referencia que se hace a esa persecución (tanto en su declaración en vía administrativa como en la demanda) se sitúa en su entorno familiar o personal y en la «presión psicológica» padecida por vivir en una sociedad que discrimina a esta minoría exclusivamente por su orientación sexual. Efectivamente, las agresiones o vejaciones que dijo padecer se ciñen a un ámbito doméstico, familiar o de relación social, sin que conste en modo alguno que hayan sido consentidas o toleradas por las autoridades de su país, o que éstas se muestren renuentes a perseguirlas y menos aun que promuevan o inciten persecución por causa de orientación sexual. De hecho, el interesado no promovió acción o denuncia alguna contra sus agresores, ni acudió a los organismos competentes para solicitar ayuda o protección.

Por otra parte, aunque no es determinante, pero sí relevante, ha de tenerse en cuenta que el recurrente entró en España el 18 de junio de 2008, no solicitando asilo hasta el 28 de mayo de 2010, esto es, casi dos años después, contraviniendo el artículo 17.2 de la Ley 12/2009, circunstancia que pone en cuestión la necesidad de protección internacional, pues de haberse encontrado el interesado en situación de persecución, o con temor a padecerla, por alguna de las causas establecidas en la Convención de Ginebra, parece razonable que debiera haber presentado la solicitud de asilo tan pronto llegó a nuestro país, cosa que no hizo, sin que a estos efectos se haya dado explicación alguna.

Por lo demás, las alegaciones efectuadas en la demanda no desvirtúan las razones en las

Revista REDMEX 34-2013.indb 187 02/01/14 09:40

que se basa la resolución impugnada, sin que el resultado que arroja la prueba practicada en esta instancia permita llegar a diferente conclusión.

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en el recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho asilo, ni la protección subsidiaria.

Derecho de asilo y protección subsidiaria: Nacional de Eritrea que alega persecución. Análisis de los requisitos legales para el reconocimiento de la condición de refugiado. La solicitante no acredita su identidad ni su nacionalidad e incurre en abundantes contradicciones. Tampoco concurren los requisitos necesarios para la concesión del derecho a la protección subsidiaria ni autorización de residencia por razones humanitarias: Ausencia total de actividad probatoria de la persecución manifestada.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **464/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Eritrea: relato contradictorio de la persecución alegada**

En primer lugar, la solicitante no aporta documento alguno que acredite su identidad ni su nacionalidad, existiendo fundados indicios para dudar de la veracidad de las alegadas por la misma.

Así, la interesada desconoce aspectos básicos del que dice es su país de origen, Eritrea, como son:

El nombre de cualquier ciudad de dicho país, excepto la capital del mismo.

Confunde un país (Sudán), con una ciudad eritrea. Desconoce cuál es la moneda del que dice es el país en el que ha vivido y nacido, ya que la denomina «melan», cuando es «nafka», (siendo tan diferentes fonéticamente que no puede ser un error). Dice que el Servicio Militar no es obligatorio, cuando la realidad es que lo es incluso para las mujeres. Desconoce el idioma «tigriña», mayoritariamente hablado en su supuesto país, así como quien gobierna en el mismo, entre otros desconocimientos básicos.

Habiendo además la interesada manifestado en Portugal, país del que fue devuelta a España en virtud del Convenio de Dublín, que ostentaba la nacionalidad nigeriana.

En cuanto a los hechos alegados por la interesada en los que basa su solicitud de asilo, además de que las fundadas dudas que existen respecto a la veracidad de la nacionalidad alegada, se extenderían también a la de su relato, es que la forma en que narra los hechos la solicitante, tampoco se corresponden con la problemática que existe en Eritrea y, además, existen contradicciones sustanciales entre los dos relatos que la misma ha efectuado en cada una de las dos entrevistas mantenidas.

Así, cuando en la entrevista mantenida con la Instrucción, se pregunta a la interesada con qué país estaba en guerra Eritrea, ésta contesta que era con Sudán. Aunque en la primera entrevista sí dijo que era con Etiopía.

Asimismo, en la primera entrevista efectuada por la interesada con motivo de su solicitud, manifestó que cuando perdió el contacto con su familia y un hombre la ayudó a escapar de la guerra, fue en el año 2000. Manifestando sin embargo cuando se entrevista con la Instrucción, que esos mismos hechos tuvieron lugar en el año 2005.

Sin que la documentación aportada por la interesada al expediente, todos ellos (sic) de

Revista REDMEX 34-2013.indb 188 02/01/14 09:40

carácter médico, puedan ser considerados como prueba o indicio ni de la persecución alegada ni para acreditar la nacionalidad que dice ostentar.

(…).

Al existir en el relato de la solicitante indicios suficientes para dudar de la veracidad de la nacionalidad eritrea que dice ostentar y, por ello, de la de los hechos en los que basa su petición, al ser estos consecuencia de aquélla, dado el desconocimiento que demuestra del que se supone es su país y las contradicciones sustanciales en que incurre en cada una de las dos ocasiones en que ha narrado los mismos hechos.

Sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que haya sido víctima de una persecución o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

(…).

En suma, esta Instrucción considera que no ha quedado suficientemente establecida la existencia de una persecución contra la 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 a la concesión del estatuto de refugiado con relación a la presente solicitud.

(…).

La absoluta falta de concreción sobre la procedencia de la protección subsidiaria y la total ausencia de prueba sobre la persecución al recurrente por parte de las autoridades del país al que dice pertenecer, sin tampoco acreditarlo, impiden también reconocer la protección subsidiaria, pues ni cabe hablar, en Eritrea –aun aceptado que sea el país de origen de la recurrente y no otro, pues no consta su nacionalidad–, de una situación de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno, ni consta en lo más mínimo que la Sra. Tatiana se viera involucrado en tal conflicto de una manera probada, para el caso de que sea de ese país, lo que sorprendentemente desmiente ella misma en su demanda para alegar ahora ser nacional de un país distinto.

En concreto, que la recurrente presente, según la demanda «indicios claros de que ha sido víctima de violencia sexual y de trata con fines de explotación sexual», además de que es portadora de VIH, diagnosticada por primera vez en España, así como del VPH (virus del papiloma humano), no constituyen razones suficientes, atendidos los precisos términos legales, para reconocer en favor de la actora –aun dando por íntegramente probados tales hechos– la protección subsidiaria, vinculada al temor de sufrir los daños graves taxativamente descritos en el artículo 10 de la Ley de Asilo, que aquí son claramente no concurrentes, pues aun de ser víctima la actora de tales execrables crímenes y padecer las enfermedades que describe, asociadas a su explotación sexual, no hay el más leve indicio de que tales males y la amenaza de su repetición o agravamiento se deban al gobierno eritreo, o incluso al nigeriano, y no a la criminal conducta de organizaciones delictivas que han podido eventualmente agredir a la recurrente en Marruecos, por ejemplo, o incluso en España, dando lugar a delitos comunes perseguibles por la autoridad y que no constan, en cualquier caso, hayan sido objeto de denuncia por parte de la recurrente.

(…).

No cabe acoger tampoco la pretensión subsidiaria de autorización de residencia por razones humanitarias, pues la concurrencia de alguno de los requisitos exigidos en el artículo 37.b) de la Ley de Asilo para dar lugar a tal derecho, cuya concreción se remite a la Ley Orgánica 4/2000, debería haber sido objeto de suficiente alegación y prueba en la demanda, algo que brilla completamente por su ausencia, también en cuanto a este punto, máxime cuando el reconocimiento de ese derecho excepcional –en tanto excluye el efecto natural de la denegación o inadmisión a trámite de España conforme a la legislación general de extranjería, algo sobre lo que no se razona en dicho escrito rector–, está supeditado a que se argumente y pruebe, aun no de forma plena, sobre la existencia de razones humanitarias concurrentes, que no pueden presumirse en todo peticionario del derecho de asilo por el mero hecho de serlo.

Revista REDMEX 34-2013.indb 189 02/01/14 09:40

EXPULSIÓN

Expulsión de extranjero: Análisis legal y jurisprudencial en el caso de extranjeros con autorización de residencia permanente. No se trata de una medida automática, sino que deben tomarse en consideración circunstancias de arraigo e interés público: Sólo consta una condena por cuatro meses y la expulsión conllevaría un perjuicio injustificado para su hijo.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Aragón**

Fecha: **13 de junio de 2013**

Recurso de Apelación: **423/2011**

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Hijar**

Voz: **Improcedencia de la expulsión: extranjero con autorización de residencia permanente**

El recurrente aunque le constan cinco detenciones sólo consta que fue condenado a pena privativa de prisión de cuatro meses por delito de hurto por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alcañiz por Sentencia de 8 de septiembre de 2009. Se le ha sancionado con la expulsión del territorio nacional por la condena penal y aplicación directa del artículo 57.2 de la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

2) Se trata de un ciudadano con autorización de residencia permanente (ahora larga duración) que solicitaba en el recurso se decretase la vulneración del principio de proporcionalidad, dado que tiene arraigo, contrato de trabajo.

3) La Sentencia recurrida de 28 de septiembre de 2011 asume la tesis relativa a que la tenencia de un permiso de residencia permanente no impide la aplicación automática del artículo 57.2 de la Ley de extranjería, por tanto no han de valorarse las circunstancias establecidas en el artículo 57.5 b) de la Ley.

(…).

La cuestión fundamental que se plantea en este recurso pasa por verificar si un extranjero que cuenta con autorización de residencia permanente (en la actualidad, denominada de «larga duración») puede ser expulsado cuando incurre en el supuesto fáctico definido en el artículo 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, esto es, «cuando haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año».

El Juzgado de lo Contencioso núm. 5 de Zaragoza (en el mismo sentido el Juzgado de lo Contencioso núm. 1) sostiene la siguiente doctrina que esta Sala asume por su corrección y dice:

Ciertamente, frente a la conclusión afirmativa, se encuentra lo dispuesto en el artículo 57. 5.b) que, en la redacción aplicable al caso de autos, establece lo que sigue:

«5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54.a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

b. Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia y los vínculos con el país al que va a ser expulsado».

(…)

En este caso es evidente que no debió haberse impuesto la sanción de expulsión. En princi-

Revista REDMEX 34-2013.indb 190 02/01/14 09:40

pio porque la única condena que consta es de cuatro meses, no superior a un año y seguidamente por que la correcta calificación de la conducta del actor ha de ponerse en relación con las circunstancias personales que indican que pudiera conllevarse un perjuicio injustificado al hijo del recurrente si se procediera a la expulsión.

Como en un supuesto análogo ha entendido este Tribunal, para anular la expulsión de residente de larga duración, (STSJ de Aragón de 22 de febrero de 2013 –STSJAR 107/2013–) y a diferencia del supuesto enjuiciado en la sentencia de referencia, se ha de concluir, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que sí existen en el caso arraigo y circunstancias personales y familiares que merecen una atención específica y son determinantes para excluir la medida de expulsión no obstante los hechos que dieron lugar a que el recurrente fuera condenado por delito contra la salud pública a la pena de tres años y un día de prisión –fue sorprendido en las instalaciones portuarias de Algeciras cuando transportaba en un vehículo de su propiedad un total de 14.720 gramos de hachís, con un valor de 21.402,88 euros, que pretendía vender o donar a terceras personas–. En efecto, como resulta de lo actuado, el recurrente, de nacionalidad marroquí, lleva residiendo en España más de 20 años, habiendo trabajado en el sector de la construcción, está casado con persona de la misma nacionalidad con la que ha tenido dos hijos nacidos en España el NUM000 de 1996 y el NUM001 de 2000, con los que convivía en una vivienda en propiedad, gozando su esposa e hijos de autorización de residencia de larga duración, y trabajando aquella en el servicio de limpieza; por lo que es evidente que la expulsión determinaría, de quedar aquí madre e hijos, que éstos quedaran privados del derecho a estar con su padre y a la atención que en todos los órdenes está obligado a dispensarles, con la consiguiente desmembración de la familia; o, para evitarlo, vendrían obligados los cuatro a salir del país, viéndose privados de disfrutar de la autorización de larga duración de la que son titulares. A lo que se une que no consta en el expediente ningún otro antecedente penal.

En atención a lo expuesto procede estimar el recurso de apelación interpuesto y anular la expulsión objeto del recurso.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: traslado de mujeres rusas a España de manera ilegal. Intervención de las comunicaciones telefónicas: Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para admitirla como prueba. Procede la concesión de un indulto parcial dado que se trata de un delito formal no constando haber producido perjuicio a las víctimas.

Tribunal: **Sentencia de la AP de Lleida**

Fecha: **21 de junio de 2013**

Procedimiento Abreviado: **63/2012**

Ponente: **D. Víctor Manuel Garcia Navascues**

Voz: **Traslado ilegal de mujeres rusas a España para trabajar en club de alterne**

Los acusados Candelaria, también conocida como «Picarona», Pura y Pio, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y actuando conjuntamente, en los meses de enero y febrero de 2011, se concertaron a su vez con otras personas de nacionalidad extranjera y residencia en Rusia, que actuaban a través de una agencia con la denominación de (…) ofreciendo colocación en distintos países, y contra las que no se dirige acusación en este procedimiento, con la finalidad de procurar la llegada a España de mujeres de nacionalidad rusa, entrando aparentemente como turistas pero siendo en realidad la finalidad perseguida que se

Revista REDMEX 34-2013.indb 191 02/01/14 09:40

quedasen en España para dedicarse a la actividad de alterne en el club (…), sito en la calle (…) de Lleida y regentado por Candelaria y cuya encargada era Pura, siendo ésta quien inicialmente contactaba con una de las personas residentes en Rusia, a fin de solicitarle el traslado de mujeres a España; una vez seleccionadas las concretas mujeres que iban a ser trasladadas, que además habían remitido previamente por correo electrónico su fotografía, los citados acusados enviaban dinero a su contacto en Rusia para que se encargaran de gestionar la obtención de la documentación necesaria para entrar efectivamente en España, visado tipo C de la República Checa o Polonia (tras presentar las personas trasladadas únicamente su pasaporte) y sufragar los gastos del viaje, asumiendo después la persona trasladada una deuda por dichos conceptos que debía devolver con el fruto de la actividad a la que iba a dedicarse en España; la entrada tenía lugar por el aeropuerto de «El Prat» de Barcelona, en el que eran recogidas por el acusado Pio, en alguna ocasión acompañado por Pura, siendo trasladadas a un piso sito en (…) de Lleida, domicilio en el que las alojaban a cambio de un alquiler, dedicándose de manera voluntaria al alterne en el citado local, actividad por la que recibían un determinado porcentaje de cada consumición a la que les invitaban los clientes; de este modo, los acusados facilitaron el traslado a España de, al menos, las testigos protegidas identificadas con las letras A, B y C.

Las presentes diligencias se iniciaron a raíz de un oficio policial de la U.C.R.I.F., Brigada Central de Redes de Inmigración, en el que tras exponer el «modus operandi», según resulta de diversas investigaciones llevadas a cabo por dicha unidad policial, de las redes de tráfico de mujeres rusas y considerando que el modo eficaz de abordar la investigación de este tipo de delitos pasaba por una constante y fluida cooperación policial entre los países afectados, reflejaba que la comisaría general había recibido diversas informaciones desde el mes de marzo de 2010 en referencia a una red organizada de tráfico de mujeres establecida en Rusia, haciendo constar incluso el supuesto máximo responsable, así como la identidad de diversas personas encargadas de captar y gestionar el envío a España de las mujeres, que después serían explotadas sexualmente y concretando que el traslado desde Moscú a Lleida se realiza mediante rutas indirectas, tratando de evitar el control policial en las fronteras, concretamente viajando en tren de Volgogrado a Moscú y continuando en avión hasta Barcelona, donde son recogidas por los dueños de clubes de alterne o representantes de éstos, ejerciendo las encargadas de estos clubes de contacto con los responsables rusos de la organización; y concretamente, en cuanto a la relación de los acusados con los hechos investigados, el oficio policial recoge que en la información facilitada por las autoridades rusas se hace mención al Bar (…) y al Club (…), ambos de Lleida, como dos de los establecimientos receptores de mujeres rusas a través de dicha organización de tráfico de personas, concretando, según resulta de las gestiones practicadas, que los propietarios del primero, actualmente denominado (…) Pub, eran Juan Pedro y Plácido, mientras que Mariana aparecía identificada en la información facilitada por las autoridades rusas como «contacto» entre el Club (…) y el responsable de la organización en Rusia, estando empadronada en el mismo domicilio que la encargada del club (…); por su parte, respecto a Candelaria y Pura, la primera figuraba como propietaria del segundo establecimiento y Pura como encargada del mismo; a raíz de este oficio policial, el auto de fecha 10 de agosto de 2010 procedió a incoar el correspondiente procedimiento de Diligencias Previas, haciendo expresa referencia a que el contenido de dicho oficio informaba de un hecho que pudiera ser delictivo, aunque reservando para una resolución aparte la concreta solicitud efectuada, remisión expresa al oficio policial que dada la naturaleza de la resolución, incoación de diligencias previas, se estima suficiente en orden a la motivación sobre la existencia de un presunto hecho delictivo y sobre las personas que en él hayan podido participar, tal como recoge además la fundamentación jurídica del mismo, acordándose posteriormente en el seno del procedimiento incoado tanto la intervención telefónica, entre otros del teléfono usado por Mariana, como la petición a los operadores de telefonía de determinada información sobre los acusados Candelaria, Pura, Plácido y Juan Pedro.

En cuanto a la fuente de conocimiento expuesta en el oficio policial, es decir, las auto-

Revista REDMEX 34-2013.indb 192 02/01/14 09:40

ridades rusas, en el marco del convenio bilateral de colaboración, el secretario del atestado, Agente núm. (…), a su vez coordinador de la investigación, expuso en el acto del juicio oral que ésta se inició a raíz de la información facilitada por la policía rusa a través de la U.C.R.I.F. Central, reflejada en un documento oficial cuya aportación al atestado no recordaba, aunque dio fe a través de la correspondiente diligencia de que dicha información fue efectivamente recibida, añadiendo que, si bien en la información inicial con la que contaban no se hacía referencia al club (…), pudieron comprobar después que las personas relacionadas con éste eran las mismas que las vinculadas al Bar (…).

El análisis conjunto de todos estos datos nos conduce a concluir que las autoridades policiales rusas pusieron en conocimiento de la policía española la «noticia criminis» y, a raíz de ello, ésta desarrolló una serie de gestiones tendentes a identificar a las personas que pudieran estar participando en la red de tráfico de personas que operaba entre Rusia y España y más concretamente, los responsables de los distintos establecimientos en los que mujeres rusas se dedicaban al alterne, solicitando la intervención del teléfono de Mariana al aparecer como presunto contacto con los responsables rusos de la organización, así como la petición de información telefónica relativa a los demás acusados, al aparecer vinculados como propietarios o encargados de dos de los clubes investigados, presuntamente receptores de mujeres; y todo ello es convenientemente reflejado en el oficio policial que después sirvió de base a la motivación objetiva de los autos habilitantes, indicándose en el primero de ellos que los teléfonos a intervenir pertenecían a personas vinculadas a clubes de alterne que actuaban como presunto «contacto» con la persona que en Rusia era responsable de captar y gestionar el traslado de mujeres para su explotación sexual en España, haciéndose constar en el segundo de los autos, que la información telefónica solicitada a diversos operadores hacía referencia a personas físicas y jurídicas que podrían estar relacionadas con los hechos investigados; y para que estos datos objetivos puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave ha de decirse, conforme a la STC 26/2010 de 27 de abril, FJ 2º, que esos indicios deben ser algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento

(…).

Según ha quedado reflejado en el relato de hechos probados, fruto de la convicción a que llega el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 de la LECrim, tras presenciar y valorar la prueba practicada en el acto del juicio oral así como las diligencias de instrucción reproducidas de forma efectiva en dicho acto, la Sala considera debidamente acreditado que los acusados Candelaria, Pura y Pio favorecieron de forma activa y con plena conciencia y voluntad, junto con otras personas residentes en Rusia contra las que no se dirige acusación, la inmigración a España de ciudadanas extranjeras que carecían de permiso de trabajo y residencia, a las cuales se hacía entrar en España como turistas cuando no lo eran, pasando a dedicarse al alterne en el club que regentaban y gestionaban; tal conducta constituye un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en su modalidad de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina e ilegal de personas, previsto y penado en el artículo 318 bis del Código Penal, perpetrado sobre las testigos protegidas A, B y C.

(…).

En definitiva, todo ello sirve para concluir que los responsables del club (…), es decir, Candelaria y su hijo Pio, valiéndose de la encargada del local, Pura, contactaban con una persona en Rusia para promover y facilitar el traslado de mujeres rusas a España, de manera fraudulenta haciéndose pasar por turistas, con la finalidad de permanencia para dedicarse al alterne en dicho local, de manera que una vez establecido el contacto con esa persona en Rusia, llamada Adolfina, ésta captaba a las mujeres y efectuaba las gestiones necesarias para que obtuvieran la documentación para entrar en España, concretamente, un visado de turista de la República Checa o de Polonia, efectuando igualmente la programación de viaje, sufragándose los gastos por parte de los acusados mediante envío de dinero a través de Western Union a nombre de un tal Jose Francisco; una vez las mujeres llegaban al aeropuerto, las recogía Pio, en una ocasión acompañado de Pura, trasladándolas a un piso en

Revista REDMEX 34-2013.indb 193 02/01/14 09:40

el que les ofrecían alojamiento a cambio de un alquiler, en el que residían varias mujeres en la misma situación, todas ellas dedicadas al alterne en el club; así pues, todo lo expuesto corrobora lo que las testigos protegidas declararon en el acto del juicio oral y permite concluir la existencia de prueba de cargo suficiente respecto a los hechos que se han declarado probados.

Delito intentado de hurto: No se ha producido error en la valoración de la prueba dado que hay prueba suficiente de cargo que desvirtúa el principio de presunción de inocencia. La tasación de los efectos sustraídos se ha efectuado correctamente. Los acusados no han acreditado el arraigo por lo que procede la sustitución de la pena de privación de libertad por la expulsión del territorio nacional: Análisis de la evolución legislativa y jurisprudencial.

Tribunal: **Sentencia de la AP de Barcelona**

Fecha: **26 de junio de 2013**

Recurso de Apelación: **96/2013**

Ponente: **Dña. María Magdalena Jiménez Jiménez**

Voz: **Sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión con prohibición de entrada**

A pesar de tales declaraciones jurisprudenciales, algunas secciones de Audiencias Provinciales –lo cual nunca fue compartido por esta sección quinta–, con anterioridad a la reforma por LO 5/10, venían sustituyendo el debate contradictorio en juicio sobre tal cuestión, es decir, la audiencia real del acusado, por el conocimiento del Escrito de Acusación provisional, de forma que, si de forma voluntaria no comparecía a juicio, y el enjuiciamiento se efectuaba en su ausencia, se posibilitaba tal pronunciamiento de sustitución de la pena por la expulsión, dado que tal pronunciamiento no cabía en fase de ejecución.

1. Tras la reforma por LO 5/2010 el momento procesal de tal pronunciamiento cabe ser diferido a un momento ulterior a la Sentencia: «podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior» (artículo 89.1, segundo inciso).

2. Dicha reforma recupera en todo caso la audiencia al «penado» como requisito «sine qua non» para ser sustituido la pena de prisión impuesta por la expulsión

3. Persiste el concurso de los requisitos para que opere la expulsión; uno objetivo (extensión de la pena efectivamente impuesta) y otro subjetivo (extranjero no residente legalmente en España).

4. Subsiste, tras la repetida reforma, la cláusula de excepcionalidad (o de eliminación de la expulsión) consistente en «razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España» (anteriormente era exclusivamente «la naturaleza del delito»).

De lo que se infiere que, en la actualidad, con las modificaciones introducidas por la LO 5/10 tantas veces citada que permite la expulsión en un momento ulterior al dictado de la Sentencia firme, se precisa una audiencia previa y real, un debate contradictorio en juicio oral sobre los requisitos objetivos y las circunstancias personales y fácticas (exigidas jurisprudencialmente: arraigo especialmente) que conduzcan a una decisión tan grave –desde diversos puntos de vista– como lo es la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional y prohibición de regreso en plazo, más o menos, dilatado.

Dicha audiencia real y efectiva en juicio oral, se hizo efectiva en el caso presente, habiendo acreditado la Acusación por informes de la Policía nacional de extranjería (folios 16 y 23) que ambos acusados carecen de permiso de residencia en España y, además, Benito tiene vigente un Decreto de expulsión dictado por la autoridad gubernativa.

Revista REDMEX 34-2013.indb 194 02/01/14 09:40

Es a los acusados a quienes correspondía acreditar las razones –excepcionales– por las que deberían permanecer en España y, sobre todo, el arraigo en el país, cosa que no han hecho. No es suficiente que el hecho delictivo sea de escasa entidad y que la pena sea corta para justificar el cumplimiento en centro penitenciario español, puesto que la Ley dice «penas privativas de libertad inferiores a 6 años». Es necesario un «plus» (arraigo, peligro para la vida o integridad física en el país de origen por razones políticas o de otro tipo…), «plus» que no ha resultado acreditado.

En consecuencia, el motivo se estima puesto que la carencia de residencia legal conlleva la imposibilidad de trabajar y de obtener ingresos con los que subsistir, considerando que en sus respectivos países de origen, ambos acusados tienen lazos familiares y sociales más intensos y que les permitirán arraigo social y económico.

En consecuencia, desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados y estimamos el interpuesto por el M. Fiscal, con el resultado que se expone en la parte dispositiva y la Resolución recurrida.

Expulsión del territorio nacional a ciudadano dominicano: Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales para aplicar la expulsión en lugar de la sanción de multa. Salvo la permanencia ilegal del recurrente, no consta ningún otro dato negativo de tal entidad que justifique la expulsión: Procede la imposición de una multa. Vulneración del principio de proporcionalidad.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Galicia**

Fecha: **3 de julio de 2013**

Recurso de Apelación: **187/2013**

Ponente: **D. Fernando Seoane Pesquera**

Voz: **Improcedencia de la expulsión: denuncia por malos tratos. Arraigo en España: imposición de multa**

La sentencia de primera instancia ha desestimado el recurso contencioso-administrativo por considerar que la sanción de expulsión no vulnera el principio de proporcionalidad, en base a que el 24 de agosto de 2009 se le ha denegado la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo, por no tener contrato de trabajo en vigor, constan denuncias por malos tratos y amenazas, si bien no figuran sentencias condenatorias, y el hecho de que conviva con su hija, la madre de ésta y otros familiares en España, no implica que la expulsión entrañe una vulneración del derecho a la vida familiar, porque no supone una injerencia ilegítima sobre la vida familiar del recurrente, habiéndose denegado la solicitud de nacionalidad española de su hija menor por auto del Registro Civil de 22 de marzo de 2011.

Frente a dicha sentencia se alza el demandante, con fundamento en que se ha valorado incorrectamente la prueba documental aportada, así como la que forma parte del expediente administrativo, entendiendo que dicho material probatorio acredita que el actor tiene arraigo familiar, social y económico en Santiago de Compostela, y que no concurre ningún elemento negativo que justifique su expulsión. En ese sentido, aduce que el señor Jacobo entró legalmente en España, a través del espacio Schengen y con pasaporte de la República Dominicana, visado y un contrato de trabajo de un año de duración, obtuvo autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial, se le asignó un número de afiliación a la Seguridad Social, e intentó en varias ocasiones regularizar su situación en España, primero solicitando la renovación de la

Revista REDMEX 34-2013.indb 195 02/01/14 09:40

autorización de residencia temporal y trabajo, y posteriormente presentando ante la oficina de extranjeros una oferta de empleo, realizada por doña Estrella, para prestar servicios en la cafetería (…) sita en Santiago de Compostela. Añade que, con respecto a las denuncias de malos tratos y amenazas, consta en las actuaciones sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de A Coruña de 12 de abril de 2011, y auto de 25 de abril de 2011, dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela, en el que se reputan falta los hechos que dieron lugar a las diligencias policiales núm. NUM000 y señalamiento de juicio de faltas, sin que se le haya notificado sentencia. Por último, incide en que tiene arraigo familiar en España porque mantiene una relación estable de pareja con doña Rita, con la que convive y tiene dos hijos, convivencia y vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión del territorio nacional.

(…).

En la resolución administrativa en que se acordó la expulsión del recurrente se concretaban tres circunstancias negativas en justificación de dicha medida sancionadora: 1) encontrarse indocumentado, incumpliendo así las obligaciones impuestas tanto en 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, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 14/2003, y por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, como en el artículo 10 del Real Decreto 2393/2004, vigente a la sazón, 2) incumplir la orden de salida obligatoria impuesta por las autoridades españolas, lo cual denota una clara intención de permanecer en España al margen del cumplimiento de las normas migratorias que impone nuestro país, y 3) la trayectoria antisocial puesta de manifiesto por el órgano instructor a la vista de sus antecedentes policiales.

El examen del expediente evidencia la falta de realidad de la primera de dichas circunstancias, pues al folio 14 consta copia compulsada del pasaporte del señor Jacobo (avalada por el hecho de que en el informe policial de 8 de marzo de 2011, de los folios 50 a 52, se reseña su pasaporte de la República Dominicana número NUM001), expedido el 4 de septiembre de 2007, que se acompaña en su totalidad junto con la demanda, al folio 15 se acompaña certificado de 15 de enero de 2010 de inscripción consular y buena conducta, emitido por el Cónsul General de la República Dominicana en España, y al folio 16 figura la solicitud del visado Schengen, mientras que con la demanda se aporta el visado en España de 7 de agosto de 2008, además de que al folio 49 consta la tarjeta sanitaria expedida en su favor. Por tanto, el demandante está perfectamente documentado y acreditada su identificación y filiación, lo cual es congruente con el hecho de que por resolución de 18 de abril de 2008 le fue concedida autorización inicial de residencia temporal y trabajo, lo cual no sería factible si no estuviese identificado y documentado.

La salida obligatoria del territorio español podría derivarse, a través del artículo 28.3.c) de la LO 4/2000, de la denegación de la primera renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, que tuvo lugar por resolución de 30 de septiembre de 2009, pero la propia Administración reconoce, y en el expediente se acredita, que le incoó al recurrente expediente de expulsión en fecha 20 de diciembre de 2009, añadiendo que fue archivado el 17 de marzo de 2010, por lo que aquella salida obligatoria quedó desactivada, y no resulta procedente invocar ahora la misma como circunstancia negativa que se añade a la permanencia irregular para optar por la expulsión.

La trayectoria antisocial, que se argumenta como tercera circunstancia negativa en la resolución de expulsión, queda igualmente desactivada si se tiene en cuenta la derivación judicial de las diligencias policiales incoadas. En efecto, la denuncia por malos tratos en el ámbito familiar, que partió de su pareja doña Rita, terminó por sentencia absolutoria de 12 de abril de 2011 respecto al señor Jacobo, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, aparte de que los hechos habían ocurrido el 20 de diciembre de 2009, y sin embargo en febrero de 2011 el demandante vivía de nuevo en compañía de la señora Rita, tal como se deduce del certificado de empadronamiento del Concello de Santiago de Compostela. Por su parte, las dili-

Revista REDMEX 34-2013.indb 196 02/01/14 09:40

gencias policiales núm. NUM000, en las que el señor Jacobo figuraba como denunciado por amenazas, dieron lugar al juicio de faltas núm. 258/2011, seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela, sin que conste lo ocurrido posteriormente. Por tanto, no existe prueba fehaciente de la trayectoria antisocial que se achacaba al recurrente, lo que hace decaer asimismo esta circunstancia como justificativa de la opción por la expulsión, máxime si se tiene en cuenta que los antecedentes policiales no han sido considerados suficientes en la sentencia de 27 de abril de 2007 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo para determinar la procedencia de la expulsión.

A los anteriores razonamientos ha de añadirse que el señor Jacobo mantiene una relación estable de pareja con la anteriormente mencionada señora Rita, residente legal en España, con quien reside, así como con dos hijos menores, escolarizados en Santiago de Compostela, lo cual entraña una cierta estabilidad familiar, que se vería comprometida con la expulsión. Además, no cabe olvidar que el actor ha trabajado en España, y por ello ha obtenido la autorización inicial de residencia temporal y trabajo, por lo que ha detentado núm. de afiliación a la Seguridad Social, presentando posteriormente una oferta de trabajo como camarero asimismo en Santiago de Compostela (documento núm. 9 de los aportados con la demanda), lo cual demuestra que ha buscado un empleo en nuestro país, cuyos intentos de entrada en el mercado laboral revelan un propósito de regularización y de integración en nuestro país que no puede desconocerse.

Por consiguiente, al margen de la permanencia ilegal, no se ha demostrado ningún otro dato negativo sobre la conducta del sancionado o sus circunstancias, que, unido a aquella, sea de tal entidad como para justificar la expulsión, por lo que, al amparo de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, no procede la sanción de expulsión, y en su lugar ha de imponerse la de multa de 501 euros, con arreglo al artículo 55.1.b) de la LO 4/2000.

Expulsión del territorio nacional: Denegación de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución. Análisis de los presupuestos legales y jurisprudenciales para la adopción de la medida cautelar. El actor ha acreditado arraigo familiar y laboral en España por lo que procede acordar la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de La Rioja**

Fecha: **4 de julio de 2013**

Recurso de Apelación: **60/2013**

Ponente: **D. Alejando Valentín Sastre**

Voz: **Suspensión de la orden de expulsión: arraigo familiar y laboral**

Como resulta de lo que se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, el auto recurrido en apelación acuerda denegar la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de una resolución administrativa por la que se ordena la expulsión del territorio español de D. Romeo, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de tres años.

En la resolución administrativa impugnada se recogen los antecedentes penales que le constan al interesado (condenado a diferentes penas de multa y otras accesorias mediante sentencia de fecha 24 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Logroño, por la comisión de sendos delitos de falsificación por particular de documento público y de conducción sin permiso), las detenciones que le constan (Logroño, en fecha 12 de enero de 2011, por asociación ilícita; Zaragoza, en fecha 3 de mayo de 2012, por robo con fuerza en las cosas; Logroño, en fecha

Revista REDMEX 34-2013.indb 197 02/01/14 09:40

21 de junio de 2012, por robo con fuerza en las cosas y pertenencia a organización criminal) y se considera que quedan acreditadas razones de orden público y seguridad pública, fundadas exclusivamente en la reiterada conducta personal del interesado, teniendo en cuenta sus antecedentes penales y los numerosos antecedentes policiales que le constan, y que, de ser confirmados, permiten calificar su presencia en España como amenaza real, actual y suficientemente grave, quedando justificada la medida de expulsión del territorio español, conforme establece el artículo 15 del RD 240/2007.

En el auto apelado se señala: –que la parte recurrente se limitó a alegar genéricamente que su expulsión le iba a ocasionar daños y perjuicios de difícil reparación, sin haber acreditado dichos perjuicios; –que sin perjuicio de lo que debe enjuiciarse en sentencia, los datos penales del actor (las detenciones y antecedentes penales consignados en la resolución administrativa) son graves en sí mismos considerados y recientes, por lo que razonablemente puede inferirse una conducta contraria al orden público que opera con un carácter negativo de cara a acceder a lo solicitado.

Antes de abordar el examen de los motivos en los que se fundamenta el recurso de apelación, se considera oportuno efectuar varias precisiones: 1. la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado es eminentemente casuística, como ha señalado la jurisprudencia y resulta también de lo previsto en el artículo 130.1 de la LJCA. 2. El artículo 130 de la LJCA establece cuales son los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, resultando de su examen que son, esencialmente, dos: a) uno positivo, cual es que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, esto es, que el mismo quedase vacío de contenido por causar dicha ejecución una situación jurídica irreversible, para lo que deberá valorarse ponderada y en forma suficientemente motivada todos los intereses en conflicto, y, b) otro negativo, y de carácter excepcional, representado por el hecho de que la medida cautelar no origine perturbación grave de los intereses generales o de tercero. 3. El Tribunal Supremo ha dictado reiteradas resoluciones sobre las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional, o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como consecuencia o en relación con la denegación de la exención de visado o de la expedición de un documento que autorice la estancia en España, en las que se ha declarado que dicha suspensión resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión –directamente adoptada o que puede adoptarse como consecuencia del deber de abandonar el territorio nacional que en la resolución administrativa se impone– habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que afectarían a sus intereses.

En fundamentación del recurso de apelación se alega que el recurrente tiene arraigo social y familiar en España y lo ha acreditado.

Pues bien, en relación con este motivo, ha señalarse, que de lo actuado en la pieza separada de medidas cautelares, resulta: –el recurrente consta empadronado en el Ayuntamiento de Logroño desde el 27.12.2005, en el domicilio C/ DIRECCION000 núm. NUM001 NUM002; –el mismo domicilio C/ DIRECCION000 núm. NUM001 NUM002 es el que consta en el certificado de registro de ciudadano de la Unión correspondiente a Amelia, ciudadana Rumana con la que el recurrente ha tenido una hija nacida en España el día NUM003.2012; –si bien Amelia figura empadronada en el Ayuntamiento de Logroño en el domicilio C/ DIRECCION000 núm. NUM004 NUM005 NUM006, en el que también constan empadronadas la hija habida con el recurrente y otra hija de Amelia, en el certificado literal de inscripción en el Registro Civil del nacimiento de la hija del recurrente y de Amelia consta como domicilio de ambos C/ DIRECCION000 núm. NUM004 NUM005 NUM006; –con fecha 24 de julio de 2012 fue reconocida al recurrente prestación por desempleo, constando en la resolución que le constan 1.395 días cotizados.

De los anteriores datos, resulta que el actor acredita una situación de arraigo familiar y

Revista REDMEX 34-2013.indb 198 02/01/14 09:40

social en España, como resulta del hecho de la convivencia con una ciudadana rumana, ser padre de una hija menor nacida en España, con quienes convive, y haber desarrollado una actividad laboral en España.

Resulta, de lo expuesto, que queda acreditada, a la fecha de la interposición del recurso contencioso-administrativo, una situación de arraigo laboral y social.

Es cierto que también resulta acreditado que el actor ha sido condenado, en dos ocasiones, como autor penalmente responsable de dos delitos (falsificación de documento público y conducción sin permiso) y que le constan tres detenciones policiales.

Teniendo en cuenta las circunstancias reseñadas, la cuestión de si procede suspender la ejecución de la resolución administrativa que ordena la expulsión del actor, ahora apelado, durante la sustanciación del procedimiento ha de resolverse en sentido estimatorio, pues, si bien es cierto que consta que el actor ha sido condenado en el año 2011, como autor de los delitos antes indicados, también lo es que de los datos antes reseñados, resulta una situación de arraigo a partir de la que puede considerarse acreditado que la salida del apelado del territorio español producirá a éste perjuicios de imposible o difícil reparación, fundamentalmente en el ámbito familiar.

La salida del recurrente del territorio español y la consiguiente prohibición de entrada que lleva aparejada, suponen, para el mismo, la desarticulación o grave afectación de los vínculos familiares que mantiene en nuestro territorio al verse separado de su cónyuge y de su hija menor de edad, imposibilitando la eficacia plena de los derechos y deberes que integran las relaciones familiares, intereses que deben prevalecer, en este trámite, sobre el interés público que pueda resultar afectado por la adopción de la medida cautelar, fundamentalmente, cuando los delitos por los que ha sido condenado el actor no han tenido lugar en el ámbito familiar, que es el que se trata de tutelar en este momento y que ha de prevalecer también sobre el interés en dar cumplimiento a la normativa que disciplina la materia de extranjería.

A la vista de todo lo expuesto, y sin que se prejuzgue el sentido de la sentencia que haya de dictarse en su día al resolver la cuestión principal, debe estimarse el recurso de apelación y revocarse el auto apelado, debiendo accederse a la medida cautelar solicitada.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla**

Fecha: **17 de enero de 2013**

Recurso: **Recurso de suplicación núm. 776/12**

Ponente: **D. Antonio Reinoso y Reino**

Voz: **Trabajador que carece de las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo. Servicio del hogar familiar. Desistimiento**

Resumen: «***Sexto:*** Terminado el examen de los motivos de revisión fáctica, el primero de los dedicados a la censura jurídica denuncia la infracción del artículo 2.2 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, en relación con los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Revista REDMEX 34-2013.indb 199 02/01/14 09:40

Argumenta la recurrente que la situación real que se daba en el caso de la demandante era una relación «a la par» o de intercambio de compañía por comida y alojamiento, lo que la excluye del cumplimiento de los requisitos de la relación laboral.

El artículo 1 del RD 1424/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, dispone: «1. El presente Real Decreto regula la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, a la que se refiere el artículo 2, número uno, apartado b) del Estatuto de los Trabajadores.

2. Se considera relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.

3. Por titular del hogar familiar se entiende tanto el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico.

4. El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas».

Por su parte, el artículo 2.2 de la referida norma establece: «Con carácter general quedan excluidas del ámbito de esta relación laboral especial las relaciones de trabajo en las que falta alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico-laboral, como la remunerabilidad, la dependencia y la ajenidad.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las notas señaladas no concurren en las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas «a la par», mediante las que se prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el artículo 1.cuatro, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos».

Del relato fáctico se extrae que la relación que unía a la actora con Dª Petra presentaba todos los requisitos propios de una relación laboral, al observarse en ella los caracteres de ajenidad y dependencia. Así mismo, por la índole de los trabajos realizados, la relación ha de ser incluida en la especial de empleados de hogar.

En efecto, la actora acudía a casa de la demandada para el cuidado de la misma –una persona mayor–, durante los fines de semana y festivos, a cambio de un salario de unos 750 € que se percibía mensualmente, estando sometida a un específico horario. Tal prestación no es asimilable a la que se recoge en el artículo 2.2 del RD 1424/1985 denominada «a la par», al no encontrarse entre los supuestos previstos para la misma en el precepto, razón que conduce a la desestimación del motivo.

Séptimo: Se denuncia en el segundo de los motivos articulados bajo el amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, la infracción del artículo 3 del RD 1424/1985, en relación con el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores y 30 y 36 de la Ley Orgánica 4/2000.

Se alega por la recurrente que la condición de la actora de extranjera sin regularizar, esto es, sin permiso de residencia en España, le imposibilitaba en todo caso la contratación. Entiende por ello que la demandante, cubana que se halla en posesión de un título universitario, no se concibe que optara por un trabajo de las características que ahora describe, por lo que cabe entender que la relación laboral con la recurrente realmente no existió, y en todo caso, no podría haberla contratado.

Acreditada la realidad de los servicios prestados por la actora, la situación de irregularidad de la misma en nuestro país, o más concretamente la carencia del permiso de trabajo, ha sido una cuestión ya resuelta por los Tribunales en lo que se refiere a las consecuencias del despido de un trabajador en estas condiciones, doctrina que modificó tras la entrada en vigor de la Ley Orgá-

Revista REDMEX 34-2013.indb 200 02/01/14 09:40

nica 4/2000, su inicial consideración de que el contrato sería nulo y por tanto inexistente el despido. La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003, con cita de la previa del mismo Tribunal de 9 de junio de 2003, declaró al respecto: «Sobre la cuestión que se puede debatir al concurrir el requisito de contradicción y denuncia de infracción legal, la válida existencia de contrato de trabajo como por tratarse de ciudadano extranjero no comunitario que carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo, procede tener en cuenta que cuando se procede al cese de la aquí demandante se encontraba en vigor (y era de aplicación) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuyo artículo 33, si bien en su apartado número 1, dispone que «Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo», ello se matiza en el párrafo segundo del número 3, cuando establece que «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autorización previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos 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». Matización que establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. Así, en este sentido, ya se pronunció esta Sala en sentencia de 9 de junio de 2003 (recurso 008/4217/02) –fundamento de derecho tercero, apartado 2–, sobre responsabilidad de la empresa en accidente de trabajo sufrido por ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia, que después de hacer cita del artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, entiende que «Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero 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 …**».**

Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al «extranjero no autorizado para trabajar» –que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia– y, establece en tal caso que los empresarios «deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales». A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, que «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».

En la concreta materia de despido de trabajadores extranjeros sin la debida autorización Administrativa para trabajar en España, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011, reiteró el acceso de los mismos a los derechos derivados de un despido, incluidos los salarios de tramitación (sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará en cuanto a la relación laboral especial de la actora).

En razón a lo expuesto, la situación irregular de la demandante por la carencia de la necesaria autorización administrativa, no sería causa de nulidad del contrato ni enervaría los efectos del despido, si bien ha de limitarse la condena al pago de la indemnización, sin conceder a la demandada la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable respecto a una trabajadora que carece de permiso de trabajo, y ello se indica con carácter general, y sin perjuicio de lo que en fundamentos jurídicos posteriores de esta sentencia se indicará en relación con este extremo que se debate también por la recurrente.

Se desestiman, en consecuencia los alegatos de la recurrente al respecto.

Octavo: El tercer motivo formulado al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 10 del RD 1424/1985 de 1 de agosto, en relación con los artículos 9 de la misma norma, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral, motivo que se formula con carácter subsidiario, para

Revista REDMEX 34-2013.indb 201 02/01/14 09:40

el supuesto de que se haya estimado por la Sala la existencia de relación laboral.

Sostiene la recurrente que en todo caso, y comunicada la extinción del contrato, se habría producido un desistimiento y no un despido, con las consecuencias indemnizatorias anudadas a tal calificación.

Las diferencias existentes entre el despido disciplinario y el desistimiento del empleador, ha sido matizada por la sentencia de unificación de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 5 de junio de 2002, en la que se afirma que: «El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción».

Según el Tribunal, corresponde al dueño del hogar definir con claridad su voluntad, bien sea la de desistir o la de despedir, por lo que si no lo hace así y la deja en penumbra, ha de estimarse que se está ante un despido.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos nos lleva a concluir que la demandante fue objeto de un despido, puesto que la Sra. Petra no definió con claridad su concreta voluntad extintiva al comunicar el cese, ya que si bien los términos de su comunicación se asemejan más a los propios del desistimiento que a los que corresponden a un despido disciplinario (una mera comunicación verbal de extinción, reproduciendo lo indicado en el Hecho Probado tercero y sin imputar un expreso incumplimiento), sin embargo no la preavisó ni puso a su disposición la indemnización prevista para el desistimiento. Se revela, con ello, que ni formalmente se ha invocado una de las dos causas a la hora de comunicarle su decisión extintiva, ni cabe presumir que fuera el desistimiento, – dada esa ausencia de preaviso y ofrecimiento indemnizatorio–, por lo que no acreditada la voluntad de desistir y sí la meramente extintiva del vínculo, sin mayor concreción, esa decisión debemos calificarla como un despido improcedente, lo que conlleva el fracaso del motivo del recurso analizado.

Noveno: El penúltimo de los motivos denuncia, a través del mismo cauce procesal, la infracción del artículo 10 del RD 1424/1985 de 1 de agosto, en relación con los artículos 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral, motivo que se formula también con carácter subsidiario, para el caso de que se califique el despido como improcedente.

Alega la recurrente que el juzgador «a quo» ha aplicado la normativa contenida en relación con la indemnización, en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y no la específica incluida en el RD 1424/1985, regulador de esta relación laboral especial de empleados de hogar.

Ciertamente, el despido improcedente implica para los empleados de hogar, de conformidad con su específica regulación contenida a este respecto en el artículo 10.1 del RD 1424/1985, una indemnización equivalente «al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades». Ante lo escueto de la regla especial, y la previsión de incluidas las prorratas, hay que aplicar la regla común contenida en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores: «por años de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año», criterio finalista de la norma que también aplica el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de junio de 2002.

Dado que la magistrada de instancia no ha motivado de donde extrae el cálculo de la indemnización, habrá de realizarse éste conforme a la normativa citada para constatar si ha sido o no aplicada por el Juzgado.

Dicho lo anterior, hemos de partir para el cálculo, de un salario mensual de 750 €, (Hecho Probado sexto), que con la prorrata de dos pagas extraordinarias se fijaría en 875 € mensuales (salario a efectos de despido), de una antigüedad

Revista REDMEX 34-2013.indb 202 02/01/14 09:40

de 8 de febrero de 2010 y de una fecha de extinción de la relación laboral de 15 de noviembre de 2010. De ello resulta una indemnización de 486,11 €.

Al haber fijado la juzgadora a quo la indemnización en 995,55 €, de ello se infiere que, en efecto, ha aplicado los mayores parámetros de cálculo establecidos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, extremo éste en que debe ser estimado el recurso pero parcialmente, al haber fijado la indemnización la recurrente en una cantidad inferior, 416,75 €, encontrándose el error de su cómputo en la no inclusión en el salario de la prorrata de pagas extraordinarias.

Décimo: El último motivo del recurso se formula así mismo con carácter subsidiario, denunciándose en él la infracción del artículo 10 del RD 1424/1985 de 1 de agosto, en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral y con la Jurisprudencia dictada en la materia.

Se opone la recurrente a la condena al pago de salarios de tramitación y a la posibilidad de otorgar un derecho de opción entre indemnización y readmisión.

Como constata la lectura de la sentencia impugnada, la juzgadora «a quo» ha aplicado directamente y en todas las consecuencias del despido, la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, la relación laboral especial del servicio del hogar familiar contiene regulaciones específicas, como hemos venido reiterando, en el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que se apartan de la regulación común. Concretamente en su artículo 10.1 con respecto a los requisitos y consecuencias del despido, establece en síntesis: a) no existe opción entre readmisión o indemnización; b) la indemnización aplicable es de 20 días por año, siendo el tope de 12 mensualidades frente a las previstas en el artículo 56 del ET; c) no existe previsión alguna de condena al abono de salarios de tramitación.

Analizado ya en el Fundamento Jurídico anterior la cuestión atinente a la indemnización, en relación con el derecho de opción entre la indemnización y la readmisión, ha de decirse que éste último no opera en este ámbito de las relaciones laborales, como acabamos de señalar, imponiéndose la indemnización como única alternativa, lo que se evidencia como lógico, si se tiene en cuenta la delicada posición en que se encuentra una persona trabajando dentro del hogar de otra, lo que exige máxima confianza y no situaciones impuestas contra la voluntad de cualquiera de las partes después de acreditada la falta de entendimiento o la voluntad de no mantener el vínculo.

La doctrina de los Tribunales en este punto es pacífica, pudiendo citarse las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 27 de enero de 1998 y 24 de noviembre de 2008 y de Valencia de 19 de junio de 2007, como no puede ser de otro modo dada la claridad del precepto que lo establece.

Ha de ser revocada por tanto la opción otorgada por la magistrada a favor del empleador, restando como única alternativa, la indemnización.

Por último, en relación con los salarios de tramitación, se estiman igualmente la infracción por la sentencia recurrida de los preceptos denunciados, ya que como ya indicamos en Fundamentos Jurídicos anteriores de esta Resolución, tales salarios no se encuentran previstos en la normativa reguladora de esta relación especial, siendo así mismo pacífica la doctrina de los Tribunales en este punto (SSTSJ Cataluña de 1 marzo 2006, 2-9-1999 y 23-5-1998; SSTSJ Madrid 27 enero 1998, Rec. 5426/1997, 24-11-2008 y 10-12-2010; STSJ Valencia 19-6-2007; STS 5-6-2002).

Nota:

Las estadísticas demuestran que, aunque con solo un pequeño margen de diferencia, en España se ha producido una feminización de la inmigración. Y la gran parte de las mujeres inmigrantes se incorporan al mercado de trabajo a través del empleo doméstico (véase el Anuario de la Inmigración en España 2012: «La inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio», publicado por la Diputación de Barcelona, CIDOB). Conviene, por tanto, aclarar algunos conceptos sobre la relación laboral de carácter especial de las personas empleadas de hogar, que la Sentencia que ahora se comenta aborda. Aunque la Sen-

Revista REDMEX 34-2013.indb 203 02/01/14 09:40

tencia aplica el RD 1424/1985, de 1 de agosto, sobre la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, habiendo sido sustituido por el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, las consideraciones que se van a realizar tienen vigencia en el nuevo régimen jurídico.

El supuesto de hecho es sencillo. Una ciudadana cubana, que carecía de autorización para trabajar, comienza a prestar servicios bajo las órdenes y la dependencia de Dña. Petra, como empleada de hogar, los fines de semana y festivos. Transcurridos nueve meses de prestación laboral, le comunica a la trabajadora la extinción de su relación laboral.

Parece que no es necesario detenerse sobre los efectos que sobre el contrato de trabajo acarrea la falta de las correspondientes autorizaciones administrativas, pues sobre esta cuestión se han comentado en esta sección numerosos y significativos pronunciamientos. Baste extractar algún párrafo de la Sentencia «Acreditada la realidad de los servicios prestados por la actora, la situación de irregularidad de la misma en nuestro país, o más concretamente la carencia del permiso de trabajo, ha sido una cuestión ya resuelta por los Tribunales […]. En la concreta materia de despido de trabajadores sin la debida autorización Administrativa para trabajar, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2011. Reiteró el acceso de los mismos a los derechos derivados de un despido, incluidos los salarios de tramitación. […]. La situación irregular de la demandante por la carencia de la necesaria autorización administrativa, no sería cusa de nulidad del contrato ni enervaría los efectos del despido, si bien ha de limitarse la condena al pago de la indemnización, sin conceder a la demandada la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable respecto a una trabajadora que carece de permiso de trabajo».

En relación a la alegación de que los servicios prestados constituyen trabajos denominados «a la par» (excluidos del ámbito laboral por el artículo 2.2. del RD 1424/1985 y ahora en el artículo 1.4 RD 1620/2011), debe señalarse que la diferencia entre la relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el negocio jurídico llamado «a la par» estriba que el primero tiene las notas características típicas de una relación laboral (ajenidad, retribución, y dependencia), en tanto que el segundo supone la existencia de una convivencia familiar, asumiendo el conviviente la obligación de cuidar a los niños, enseñarles idiomas o alguna otra tarea adicional con carácter marginal y esporádico, y a cambio de esas actividades recibe alimentación, alojamiento o compensaciones de gastos que no tienen carácter salarial y no supone por ello una contraprestación a sus servicios o actividades en el seno de la familia con quien convive. En la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 20 de mayo de 2000, se deniega la existencia de relación *au pair* alegada por el empleador de una trabajadora extranjera sin permiso de trabajo, al verificarse la existencia de las notas configuradoras de la relación de trabajo, como ocurre también en presente caso, en el que la actora acudía a casa de la demandada para el cuidado de la misma –una persona mayor– durante los fines de semana y festivos, a cambio de un salario de 750 euros al mes, estando sometida a un específico horario.

Por lo que respecta a las conexiones entre despido y desistimiento, es evidente que son claras. El desistimiento es una resolución unilateral del empresario sin necesidad de que alegue causa alguna que lo justifique, pero con la obligación de abonar una indemnización. Pero puede ocurrir que un despido disciplinario declarado improcedente se daba también a la ausencia de causa justificativa suficiente. La indemnización en uno u otro caso es distinta: 7 días (12 días, en la nueva regulación) o 20 días. Los plazos de reclamación son también distintos (un año, en caso de desistimiento, 20 días, en el supuesto de despido). De ahí que, como señalara la STS de 5 de junio de 2002, «El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa u otra». Probablemente en esta doctrina jurisprudencial se haya basado el legislador para introducir en el RD 1629/2011 la exigencia de que el desistimiento del empleador «deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa». De no constar la voluntad inequívoca del empleador de desistir de la relación laboral (además no preavisó ni puso a

Revista REDMEX 34-2013.indb 204 02/01/14 09:40

su disposición la indemnización prevista para el desistimiento), y a pesar de que los términos de su comunicación se asemejaban más a los propios del desistimiento, el Tribunal entiende que la decisión del empleador debe calificarse como de despido improcedente. Actualmente, se presume que el empleador opta por el despido del trabajador (conforme al art.11.2 RD 1620/2011) y no por el desistimiento, cuando incumpla el requisito de comunicación escrita o no se ponga a disposición del trabajador la indemnización pertinente; la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no tienen tal efecto, sin perjuicio de la obligación empresarial de abonar los salarios correspondientes a dicho período o de pagar la indemnización en la cuantía correcta.

En suma, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 17 de enero de 2013 resulta impecable, no queda más que recomendar su lectura.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo**

Fecha: **9 de abril de 2013**

Procedimiento: **Recurso abreviado núm. 64/2013**

Magistrado-Juez: **D. Juan Galo Carrasbal Onieva**

Voz: **Autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena: requisitos. Situación nacional de empleo. Trabajador con conocimientos específicos**

Resumen: «Tercero. La cuestión de la contratación de cocineros con conocimiento de la cocina china y dominio del idioma chino ha sido ya abordada en diversos pronunciamientos de la escala de grados del orden contencioso-administrativo, desde los Juzgados a la Sala del Tribunal Supremo, con un asentado criterio favorable a atender la petición empresarial de trabajadores que reúnan aquellas características, haciendo abstracción de la existencia de demandantes de empleo cualificados como cocineros que no cumplan con aquellos específicos parámetros –conocedores de la cocina china y dominadores del idioma chino–, valiendo como ilustrativa la sentencia núm. 26/2012 de este mismo Juzgado, de fecha 7 de febrero de 2007 –aun pronunciada por distinto Juzgador–, cuyo particular del fundamento de Derecho segundo, acertado donde los haya, contiene en encomiable síntesis el estado de la cuestión en términos que merece la pena reproducir aquí y que la sentencia que ahora se dicta acoge en su integridad y literalidad:

«La doctrina jurisprudencial consolidada permite la exigencia de condicionamientos, como pueden ser el conocimiento de un idioma o comida determinada, en el curso de una oferta nominativa de trabajo. En concreto, tratándose de peticiones de permisos para cocineros especializados en comida china, india o paquistaní, se ha considerado adecuado y conforme a derecho la exigencia de conocimientos de tal comida y de las especies usadas, pues el dato de que existan solicitantes de empleo como cocineros de la misma provincia, incluso en la propia localidad, no sería suficiente para denegar el premiso de trabajo solicitado, ya que evidentemente un cocinero que desconozca el modo de preparar los platos propios de aquel tipo de cocina no cubriría las necesidades de la empresa. Así, laSala 3ª del Tribunal Supremo, en Senten-

Revista REDMEX 34-2013.indb 205 02/01/14 09:40

cias de 13 de febrero de 2003,20 de marzo de 2.003,18 de junio de 2003y8 de julio de 2003, en supuestos de los que se trataba respectivamente, de peticiones de permisos de trabajo para cocineros de restaurantes chino e indio, ha aplicado dicha doctrina, otorgando validez y prioridad a la capacitación para el puesto de trabajo a que se refiere la solicitud».

En el caso que nos ocupa, el certificado del Servicio Vasco de Empleo obrante al folio 49 de expediente administrativo explicita la existencia de 399 personas inscritas como cocineros/as y ayudantes de cocina, con antigüedad y experiencia contrastadas, aunque ninguno de ellos habla el idioma chino, requisito exigido por la empresa, exigencia patronal la idiomática, al tenor de la memoria que obra al folio 50 del expediente administrativo, justificado en que el personal utilizado por la empleadora es de procedencia china, lo que presenta como lógico que se requiera un cocinero que domine el idioma de sus compañeros, a lo que nada empece que la clientela del restaurante concernido no sea mayoritariamente china. Por lo demás, el hecho de que tenga el empresario trabajando en el negocio tres asalariados despeja, de inicio, la duda que pueda asaltar de que la pretendida fuera a tratarse de una contratación fraudulenta, considerando la magnitud del establecimiento, capaz para 90 comensales en su comedor. Remacha la cuestión, aun cuando en aquel caso se trataba de una nueva contratación a tiempo parcial en un restaurante chino que contaba con un número considerable de empleados previamente, valiendo para el caso que nos ocupa – salvadas las lógicas diferencias–, la ratio de la sentencia dictada por el Juzgado de la misma clase número 5 de los de esta Villa en el procedimiento abreviado núm. 36/2011.

A mayor abundamiento, deben tenerse presentes los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico contempla para reaccionar frente a lo que a posteriori, con la debida demostración, se justifique hubieran sido contrataciones fraudulentas o simuladas, con el consecuente reproche administrativo o penal –en su caso– que corresponda y con el alcance de éste al empleador, desde luego y al mismo ciudadano extranjero a emplear si se acreditase su participación en las mismas. Por ello procede la estimación del recurso y la anulación de la resolución administrativa impugnada».

Nota:

En los últimos tiempos no es frecuente que una resolución judicial aborde la cuestión de la situación nacional de empleo, como criterio esencial y fundamental a valorar a la hora de la concesión o denegación de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Lo cierto es que años atrás era una de las cuestiones que mayor conflictividad generaba, pues no siempre era interpretada correctamente ni la Administración ni por nuestros Tribunales. Así, la simple constatación de la existencia de trabajadores inscritos como demandantes de empleo en la actividad para la cual se solicitaba el permiso de trabajo era suficiente para denegarlo.

Sin embargo, una recta aplicación e interpretación del referido principio de la situación nacional de empleo debía llevar a considerar que no era suficiente la constatación de excedente de mano de obra nacional en la actividad de que se tratase para la denegación de la correspondiente autorización de trabajo de extranjero, sino que era preciso que se demostrase que un desempleado inscrito como demandante de reuniese las condiciones y conocimientos requeridos por la empresa, además de manifestar su deseo de ocupar el puesto de trabajo ofertado y estar capacitado para ello.

Tratando de buscar una mayor objetividad y, sobre todo, una recta aplicación del referido principio, el RD 2393/2004, Reglamento de Extranjería, incorpora la figura del «Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura», que debe ser elaborado trimestralmente por el Servicio Público de Empleo Estatal y que, en suma, evalúa la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes y su adecuación a las necesidades del mercado de trabajo. La reforma de la Ley de Extranjería operada por la LO 2/2009 eleva a rango legal, incorporando modificaciones tendentes a perfeccionarlo.

Como dispone el artículo 65.1, in fine, Reglamento de Extranjería, la calificación de una ocupación como de difícil cobertura permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de

Revista REDMEX 34-2013.indb 206 02/01/14 09:40

trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en dicho Catálogo. No obstante lo anterior, la falta de inclusión de una ocupación en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura no imposibilita la tramitación de la autorización para residir y trabajar por cuenta ajena. El artículo 65.2 del Reglamento señala que se considerará que «la situación nacional de empleo permite la contratación den las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno». Para ello se establece un procedimiento específico y la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, regula la certificación acreditativa de dicho extremo.

En este caso, se interpone un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, por la que se acordaba denegar la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena inicial solicitada para un ciudadano chino que se quería contratar como cocinero para un negocio de restauración. La denegación se basa en que la ocupación pretendida de cocinero de cocina china no figura en el Catálogo correspondiente al segundo trimestre del año 2011, así como que el empresario solicitante no había aportado la certificación del Servicio Público de Empleo, lo que impedía conocer si la situación nacional de empleo, como requisito de concesión, permitía contratar al ciudadano extranjero.

La Sentencia que ahora se comenta reproduce el contenido de otra del mismo Juzgado de 7 de febrero de 2007 que, en suma, reitera la doctrina contenida en Tribunales superiores. En este sentido, es importante resaltar que la doctrina jurisprudencial consolidada permite la exigencia de condicionamientos en la oferta de empleo como pueda ser el conocimiento de un idioma o cocina determinada. En este caso, parece, además, fundamentado, que se requiere el conocimiento del idioma chino, pues el personal contratado por la empleadora es de procedencia china y resulta lógico que se «requiera un cocinero que domine el idioma de sus compañeros». Así lo entendió también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de julio de 2005 señala que la empresa ofertante era una Asesoría Laboral china para lo cual resultaba imprescindible el dominio del referido idioma.

DERECHO PENAL

Delito contra los derechos de ciudadanos extranjeros: El intento de introducción de un súbdito marroquí supone, en este caso, una conducta atípica, faltando la acreditación de la existencia de un ánimo de lucro. Análisis legal de la entrada de ciudadanos extranjeros en España: Régimen jurídico aplicable en Ceuta. Delito de uso de documento de identidad falso: Cooperadora necesaria. Se trata de una actuación preparada con graves consecuencias.

Tribunal: **Sentencia de la AP de Cádiz**

Fecha: **7 de junio de 2013**

Recurso: **75/2012**

Ponente: **D. Emilio José Martín Salinas**

Voz: **Inmigración clandestina: entrada ilegal de súbdito marroquí en España**

El Ministerio Fiscal interesó en su escrito de acusación que se condenara a Isabel como autora de un delito contra los derechos de ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis.1 y 2 del código penal y como cooperadora necesaria de otro uso de documento de identidad falso del artículo 392.2 del mismo cuerpo legal en relación con su artículo 400 bis a las pena de 6

Revista REDMEX 34-2013.indb 207 02/01/14 09:40

años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el primero y de 2 años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses a razón de 10 euros de cuota diaria por el segundo y a Isidoro como autor de una infracción como la segunda de las indicadas a las mimas penas antes también referidas y que se ordenara el comiso del vehículo que se indicará a continuación. Los hechos punibles en los que se fundaron tales peticiones fueron los siguientes:

«… Isabel …sobre las 116:45 horas del día 27 de agosto de 2012 fue sorprendida en El Puerto de Ceuta a bordo del vehículo marca Citroen Picasso, modelo Xsara, matrícula …FFF, de su propiedad, llevando como pasajero al también acusado Isidoro, indocumentado, de nacionalidad marroquí, nacido el día NUM006/89 y sin antecedentes penales, al que pretendía introducirlo ilegalmente a la Península a cambio de una cantidad de dinero que no ha sido determinada.

El acusado Isidoro mostró a los agentes el DNI núm. NUM007 a nombre de José Manuel, el cual había sido falsificado, al haberse manipulado la fotografía original y ser sustituida por una del acusado y haber manipulado los datos del acusado, DNI que previamente les habían sido entregados por el acusado Isabel, y ello con la finalidad de pretender introducirlo ilegalmente a la Península.

El acusado Isidoro carece del permiso legal necesario que le habilite para la estancia y residencia en territorio nacional».

Isabel mantuvo en su escrito de defensa que no había tenido propósito de cometer delito alguno y que no sabía que carecía de documentación legal Isidoro, a quien se prestó a llevar en su vehículo sin percibir cantidad alguna a cambio, en atención a lo cual interesó su absolución.

(…).

La entrada, permanencia y circulación en España de ciudadanos extranjeros se sujeta a dos regímenes diferentes en función de que sean nacionales o familiares de los mismos de Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, de un lado, o de terceros países, de otro, conforme con el artículo 1 del Real decreto 240/2007, los artículos 1 y 25 de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el artículo 3 del reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo número 562/2006 por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. En función de los hechos que se han considerado probados en línea con la acusación del Ministerio Fiscal, el segundo sería el aplicable a la persona que viajaba con Isabel, dado que se ha acreditado que es nacional de Marruecos.

(…).

El tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el que se fundó en parte la pretensión punitiva del Ministerio Fiscal se encuentra recogido 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, o con destino a otro país de la Unión Europea… «. Este precepto recoge una infracción abierta tendente a dar respuesta al fenómeno de la inmigración que se ha producido en los últimos años en general, aunque en la ciudad de Ceuta haya sido una constante histórica, sancionando, al menos según se desprende de un primer análisis del mismo, casi cualquier conducta de colaboración a actuaciones migratorias fuera del marco normativo expuesto en los tres fundamentos de derecho anteriores, ya sea a través de los propios puntos de entrada habilitados legalmente o fuera de ellos. A tenor de los hechos que se consideraron probados, Isabel trató de que el coacusado llegara a la Península a pesar de que no estaba autorizado para ello, llevándolo con conciencia de tal circunstancia en un vehículo de su propiedad con el que pretendía acceder a una embarcación burlando los controles policiales establecidos en la estación marítima con un documento alterado para hacerlo pasar por español, lo que debe encuadrarse, a falta de acreditación de la existencia de un ánimo de lucro, en un acto de facilitación a la inmigración revestido de la clandestinidad necesaria para encontrar encaje aparente en este delito. Ahora bien la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencias como las de fecha 28 de mayo de 2012 y 28 de diciembre de 2012 han hecho reflexionar a este tribunal si lo anterior es suficiente como para

Revista REDMEX 34-2013.indb 208 02/01/14 09:40

realizar dicha subsunción, como ha venido entendiendo en ocasiones anteriores. La respuesta es negativa. Siguiendo la línea marcada por esas dos resoluciones, entre otras, no debe obviarse el propio «nomen iuris» de la infracción, que debe guiar a los órganos jurisdiccionales a realizar una interpretación teleológica de la misma. Ciertamente no habría de dejarse de tomar en consideración que el legislador lo hubiera adoptado por una mera cuestión eufemística y atendiendo a consideraciones de imagen política. La propia exposición de motivos de la ley orgánica 5/2010 parece girar en ese sentido cuando indica que con la introducción del delito de trata de seres humanos en el nuevo artículo 177 bis del código penal se recogía una infracción en la que «…prevale la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren… «, predominando en el de «inmigración clandestina «, haciendo referencia al artículo 318 bis, «…la defensa de los intereses del Estado en el Control de los flujos migratorios… «. Tampoco debe ser ajena a la labor interpretativa, debe reconocerse, la referencia en su párrafo segundo se utilice en dos ocasiones el término «víctima», impropio de un valor colectivo como este último indicado, presuponiendo, por lo tanto, que no es el único llamado a proteger. Además de ello, desde un análisis hermenéutico sistemático, no puede dejarse de lado que la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España prevé una serie de infracciones derivadas del incumplimiento de la normativa de extranjería. En concreto, en su artículo 54.1.b) sanciona «inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito». Constituyendo el ánimo de lucro una circunstancia cualificativa específica del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en función de lo previsto en el artículo 318 bis. 2 del código penal, parece un claro contrasentido que se castigue por la vía penal algo que quedaría excluida de la administrativa, que, por definición, habría de ceñirse a acciones u omisiones que lesionan en menor medida determinados bienes jurídicos que por su importancia se considera necesario proteger por ambos sectores del ordenamiento jurídico. De todo ello cabe deducir, aunque quepa pensar que el legislador no ha sido consciente de la interferencia entre las diferentes normas o incluso que no tuviera un cabal conocimiento de qué era exactamente lo que pretendía castigar, que es necesario dejar un marco de aplicación diferenciado entre las infracciones penales y administrativas, entendiendo, como corolario, que el artículo 318 bis tiene un carácter pluriofensivo y, por lo tanto, junto al mero interés estatal en el control de los flujos migratorios se pretende tutelar los derechos del ciudadano extranjero, lo que debe entenderse en el sentido de la protección del emigrante que busca su integración social en la comunidad nacional con plenitud en el ejercicio de sus libertades públicas. En tal entendimiento, el relato de hechos punibles del Ministerio Fiscal recogía una conducta atípica en lo tocante al intento de introducción del súbdito marroquí en la Península, sin perjuicio de que, ante la ausencia de una investigación posterior, por el momento en el que se detuvo a la acusada y las pruebas practicadas, no fuera posible determinar en qué se hubieran visto afectados sus derechos como migrante. Ello impone su absolución por dicho delito en virtud del artículo 742 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y contra los derechos de los trabajadores extranjeros: Análisis de los tipos penales. Consta acreditada la veracidad de los puestos de trabajo ofertados y de las gestiones realizadas por los acusados para tramitar las autorizaciones de entrada, residencia y trabajo de los ciudadanos extranjeros. Delito de estafa: Pese a haber habido un desplazamiento patrimonial a favor del acusado, no medió engaño por su parte ni error en quienes lo realizaron.

Tribunal: **Sentencia de la AP de Segovia**

Fecha: **28 de junio de 2013**

Revista REDMEX 34-2013.indb 209 02/01/14 09:40

Recurso: **2/2013**

Ponente: **Dña. María Felisa Herrero Pinilla**

Voz: **Inmigración clandestina: improcedencia. Ofertas de empleo veraces: delito de estafa**

Tanto el escrito de calificación del Ministerio Público como el de la acusación particular, parten de la existencia de un previo acuerdo entre ambos acusados para simular una serie de ofertas de puestos de trabajo supuestamente inexistentes, con el fin de dar apariencia de veracidad a una situación que no respondía a la realidad de las cosas y así conseguir de las Autoridades españolas competentes la autorización de entrada, trabajo y residencia en España de ciudadanos extranjeros. Según aquellos escritos, el traslado ilícito de personas (ya en su condición de trabajadores en particular o de ciudadanos extranjeros en general), se habría consumado al promover o favorecer los acusados una inmigración –la de los hermanos de los acusados– calificable de clandestina o de tráfico ilegal, por cuanto se pretendía su entrada en territorio nacional de forma fraudulenta, a través del empleo de documentación (ofertas de trabajo) inveraz.

Sin embargo, tales circunstancias no han quedado acreditadas. Bien al contrario de la prueba practicada, fundamentalmente de la testifical y de la documental obrante en autos, se desprende que los puestos de trabajo ofertados por Margarita a los hermanos de los denunciantes y a otros sujetos que no han sido parte en el procedimiento, sí tenían base real y expresaban la necesidad de la acusada de encontrar trabajadores que asumieran las tareas de ayuda en el cuidado de su familia y de su propiedad. Y ello ante la falta de operarios españoles que quisieran dedicarse a estas labores, como lo demuestran los certificados emitidos por el ECYL (Servicio Público de Empleo de Castilla y León) en los años 2005 y 2007, unidos a los folios 82 y 153 de las actuaciones, en los que se textualmente plasma que «De la gestión de la oferta de empleo se concluye la insuficiencia de candidatos idóneos y disponibles para aceptar dicha oferta». Según la versión dada por la acusada, confirmada por la testigo María Dolores, ciudadana búlgara que trabajó unos meses para la Sra. Margarita, desde finales de los años 90 Margarita se vio compelida a solicitar continuos permisos de trabajo para ciudadanos extranjeros pues los empleados duraban poco a su servicio dadas las duras condiciones derivadas de vivir aislados en el campo y alejados de todo núcleo urbano. En cuanto tenían ocasión, los trabajadores se mudaban a la capital de la provincia. La propia testigo manifestó que tras su marcha trabajaron y residieron en la (…) otros tres familiares suyos; primero su hermana, quien también estuvo poco tiempo, y luego su hermano con su mujer.

La anterior circunstancia explicaría el gran número de solicitudes de permisos de trabajo para ciudadanos extranjeros que formuló Margarita desde el año 2005 hasta el año 2007, hasta once (folio 63), entre las que se encuentran las de Clemencia y Gaspar. De todos ellos, más de la mitad sí llegaron a prestar servicios en su hogar familiar (folio 385 y 497 y siguientes)

A los elementos de prueba que acabamos de analizar, hay que añadir que las declaraciones de los denunciantes también apuntan a la realidad o veracidad de los puestos de trabajo ofertados por la acusada, pese a que sus respectivos escritos de denuncia se basaran en afirmar lo contrario. En efecto, en el acto de la vista oral ambos admitieron que desde su primera entrevista con Ginés, éste les indicó que sus hermanos iban a trabajar en la finca de una mujer.

Por otro lado, también hemos de ponderar la actitud o comportamiento observado por uno y otro acusado durante los meses posteriores al inicio de los expedientes administrativos de autorización de trabajo y residencia. La actividad por ellos desplegada, sobre todo por Margarita, en absoluto se compadece con la de alguien que pretenda favorecer o fomentar la entrada ilegal de trabajadores o de ciudadanos extranjeros en España.

Y es que, al margen de las propias declaraciones de la acusada, existe abundante documental que acredita el interés que ésta tenía en que los extranjeros por los que había presentado las

Revista REDMEX 34-2013.indb 210 02/01/14 09:40

oportunas solicitudes ante la Subdelegación del Gobierno en Segovia –entre los que se encontraban Gaspar y Clemencia–, vinieran a trabajar efectivamente a nuestro país. Las molestias que se tomó ante la demora y posterior negativa en el otorgamiento de los visados por parte del Consulado de España en Nador, no son las propias de un sujeto que ha ofertado unos puestos de trabajo inexistentes.

En este sentido, en primer lugar, hemos de resaltar que tras presentar las solicitudes y a requerimiento de la Subdelegación del Gobierno, aportó tanto las copias de sus declaraciones tributarias (renta y patrimonio), a fin de demostrar su capacidad económica para poder hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo, como los certificados de reconocimiento de minusvalía de sus familiares (folio 216 y siguientes) Resulta acorde con la lógica pensar que si las ofertas de trabajo no hubieran sido veraces, la primera traba administrativa con que se hubiese topado el presunto empresario, habría supuesto su desistimiento en el expediente.

Pero es más. Una vez concedidos los permisos de trabajo y residencia a los hermanos de los denunciantes, conocemos que el Consulado Español en la ciudad marroquí de Nador retrasó la concesión de los respectivos visados, para finalmente negarlos.

Pues bien, ante tal situación, Margarita no sólo dirigió una carta a la Subdelegación del Gobierno de Segovia pidiendo la ampliación de los permisos de residencia y de trabajo (fol. 230). Es que además llegó a llamar por teléfono al Consulado para hablar con el responsable máximo de la delegación española, así como a mandar sendos email, con el fin de enterarse de las razones por las que se demoraba la concesión de los visados (folio 510). De nuevo tal comportamiento sólo es entendible desde la óptica del empresario que realmente tiene vacantes puestos de trabajo y mucho interés en que sean efectivamente cubiertos por los trabajadores extranjeros para los que ha solicitado los oportunos permisos administrativos.

Por último, y en esta misma línea, tampoco podemos dar otra interpretación al hecho de que tras serle denegada por esas mismas fechas (mayo de 2008) la autorización de residencia temporal inicial y trabajo por cuenta ajena, relativa a otro de los trabajadores, Pedro Antonio, recurriera en reposición la resolución administrativa, insistiendo en las razones por las que solicitaba el permiso de trabajo de varios individuos (folios 387 y siguientes) Insistimos: demasiadas molestias para un empresario ficticio que oferta inexistentes puestos de trabajo.

Al lado del comportamiento de Margarita también hemos de poner el de Ginés. Es cierto que respecto del mismo no poseemos datos y acontecimientos tan precisos como los que se acaban de examinar en relación con la otra acusada. Quizás derivado del hecho de que ha basado su defensa en la negación de que cobrase cantidad alguna por gestionar la venida a nuestro país de los hermanos de los denunciantes.

Partiendo del hecho de que como luego justificaremos, creemos que sí recibió las cantidades que se dicen entregadas, ello no es óbice para considerar acreditado que sí hizo las gestiones que estuvieron de su mano para conseguir que Gaspar y Clemencia vinieran a Segovia a trabajar a la finca de Margarita. Y es que es la propia acusación particular la que en su escrito de conclusiones provisionales, reconoce, en primer lugar, que el acusado se encargó de tramitar los permisos de trabajo y residencia. Pero es que textualmente manifiesta hasta en dos ocasiones que «Lo cierto es que, tras la entrega de los papeles previo pago, Ginés no se desatendió en absoluto del asunto y, conforme estaba pactado, siguió trabajando para con seguir el resultado: que Gaspar (y Clemencia) obtuviera el visado y pudiera entrar en España» (ordinal PRIMERO).

En definitiva, todo lo razonado ha de llevarnos a concluir no sólo que los puestos de trabajo ofertados por Margarita existían y respondían a la necesidad que la misma tenía de empleados dispuestos a trabajar en su finca, sino que Ginés llevó a cabo las gestiones oportunas para la que se había comprometido con los denunciantes, a cambio de dinero.

(…).

Tras considerar que 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

Revista REDMEX 34-2013.indb 211 02/01/14 09:40

promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, define lo que haya de entenderse por tales actividades:

«Esa doctrina ha entendido que es claro 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 sobre Extranjería (artículo 25 y ss LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.).

Por último, en cuanto al elemento subjetivo, se exige el conocimiento de las circunstancias y elementos objetivos del delito, que los inmigrantes son ilegales y la voluntad de omisión o ejecución, favorecer y facilitar el tráfico.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, hemos de rechazar que estemos en presencia de inmigración clandestina o tráfico ilegal de extranjeros. En efecto, como ya hemos razonado más arriba, los puestos de trabajo ofrecidos por Margarita y que a su vez sirvieron para tramitar las autorizaciones de entrada, residencia y trabajo correspondientes tanto a Gaspar como a Clemencia, sí existían. Las ofertas eran veraces. Tal situación también excluye el dolo en los acusados; de que conocieran y quisieran el comercio de ciudadanos marroquíes ilegales.

(…).

Restaría, por tanto, examinar la concurrencia el delito de estafa por el que también ha ejercido acusación la defensa de los denunciantes.

Sobra ahora hacer una exégesis de los elementos que configuran el tipo de la estafa, por ser suficientemente conocidos y no haber sido discutidos por las partes, entre los que destaca la concurrencia de engaño bastante que produzca el error determinante del desplazamiento patrimonial en la víctima.

Pues bien. Como ya hemos razonado más arriba, no apreciamos en la conducta de los acusados ardid, argucia o treta utilizada frente a los denunciantes para hacerles creer algo que no era verdad (SSTS 161/2002, de 4 de febrero y 47/2005, de 28 de enero) y conseguir, de esta forma, la entrega de diversas cantidades de dinero. Y ello dejando a un lado lo inmoral de la conducta del acusado Sr. Ginés.

No nos cabe duda alguna de que hubo desplazamiento patrimonial a favor de Ginés. Al margen de las declaraciones de los afectados y de las del testigo Carlos María, quien confirmó las declaraciones de los otros dos ya que vio en persona la entrega de, al menos, parte del dinero que se dice en los escritos de denuncia, nos encontramos con sendos documentos muy clarificadores.

Se trata tanto del justificante emitido por el banco CREDIT DU MAROC, relativo el ingreso de 80.000 DIRHAMs a favor de la mercantil (…), de la titularidad del Sr. Ginés (folio 7), como del contrato presentado por la defensa del acusado que, supuestamente, justificaría el cobro de esa suma en la ejecución de unas obras de construcción de un chalet encargadas por el hermano de Marcos (folio 573).

Que el contrato citado no responde a la realidad de operación contractual alguna, sino que fue elaborado expresamente para crear una prueba en defensa del acusado, se demuestra en que en el recibo bancario citado se hace constar como motivo de la operación (obviamente en francés): «VERS PAR Conrado «, que traducido al español significa «INGRESADO (se entiende la suma de 80.000 dirhams) por Conrado». Desconocedora del idioma galo, la persona que fabricó el contrato de obras, pensó que todo lo entrecomillado respondía al nombre del contratante dueño de la obra, razón por la cual dicho documento, que se encabeza con el nombre de los supuestos contratantes, textualmente dice: «se reúnen de una

Revista REDMEX 34-2013.indb 212 02/01/14 09:40

parte D. VERS PAR Conrado (D. ingresado por Conrado)… y de otra D. Ginés …».

Tal circunstancia, insistimos, refuerza las declaraciones testificales, por lo que tenemos la firme convicción de que Ginés recibió dinero de ambos denunciantes. Pero también la tenemos de que tal traspaso patrimonial se produjo sin que mediara engaño alguno de los acusados, ni error en quienes lo realizaron.

En primer lugar porque ya hemos razonado cómo se ha acreditado que desde el principio el Sr. Ginés les dijo que les cobraría una determinada y elevada suma de dinero por las gestiones que se comprometía llevar a cabo para la obtención de las oportunas autorizaciones por parte de las autoridades españolas para trabajar en la finca de Margarita, aceptando voluntariamente los denunciantes tales condiciones. Y no consta que les hiciera creer que ésta era la única manera de obtener las correspondientes autorizaciones. Esto es, no se ha acreditado (ni siquiera ha sido alegado por las acusaciones) que el encausado engañara a los denunciantes diciéndoles que en España, conseguir el permiso de trabajo y residencia costaba entre 8.000 y 10.000 euros. Se pactó que tales sumas se debían exclusivamente por las gestiones que él se comprometía a realizar.

En segundo lugar porque las ofertas de trabajo respondían a una existencia real de los puestos laborales ofertados, conforme hemos exhaustivamente argumentado en anteriores ordinales.

Y en tercer lugar porque ambos acusados hicieron todo lo posible para conseguir que Gaspar y Clemencia vinieran a Segovia a trabajar a la finca de Margarita. Si no lo consiguieron fue por circunstancias ajenas a su propio actuar que surgieron fuera de ámbito de control (denegación de los oportunos visados en el Consulado español de Nador), circunstancia que descarta completamente ánimo defraudatorio alguno en los inculpados.

En definitiva, hemos de absolver a los acusados de los ilícitos por los que se ha formulado acusación (nada se ha alegado respecto de la posible falsedad del documento antes aludido), sin perjuicio de que queden abiertas otras vías para que los denunciados puedan recuperar el dinero entregado a Ginés, en el caso de estimar que éste no cumplió debidamente con su parte de lo pactado.

Delitos de determinación de la prostitución, inmigración clandestina y detención ilegal: Procede la absolución porque la acción típica no puede basarse en la retención de parte del dinero en el ejercicio de la prostitución. Se trata de una acción posterior a la ejecución del hecho, cuando el delito ya se ha consumado.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **8 de julio de 2013**

Recurso: **2055/2012**

Ponente: **D. Manuel Marchena Gómez**

Voz: **Delito de inmigración clandestina: ejercicio de la prostitución**

A) Razona el Ministerio Público que los hechos probados narran que la acusada Mónica regentaba un negocio de prostitución que desarrollaba en tres pisos arrendados, dos en Cáceres y uno en Mérida, donde facilitaba alojamiento, alimentación y demás enseres necesarios a las mujeres que ejercían la prostitución a cambio de la mitad de los ingresos que éstas obtenían de sus clientes. La testigo NUM010, de nacionalidad brasileña, quería venir a España para ejercer la prostitución y, en su país, contactó por Internet con una mujer que le facilitó billetes de avión y le anticipó cierta cantidad de dinero para justificar la entrada en España como turista, contrayendo una deuda que debía devolver en España con el producto de su trabajo. A continuación, el

Revista REDMEX 34-2013.indb 213 02/01/14 09:40

factum dibuja con nitidez la participación de la acusada en el delito de favorecimiento a la inmigración clandestina, cuando dice que la mujer viajó a Málaga donde fue recibida por dos personas que la trasladaron al piso de Mónica, en Mérida, donde «… ésta acusada la informó del importe de la deuda contraída y de las condiciones económicas en las que podía ejercer la prostitución en aquel piso, que eran las anteriormente referidas, si bien la mitad que le correspondía percibir a la testigo se la quedaría la acusada hasta cubrir el importe de la deuda y, una vez cubierta, lo que tuvo lugar tras dos meses de trabajo, comenzaría a percibir su mitad en dinero».

Estima el Fiscal que esa conducta es perfectamente subsumible en el artículo 318 bis 1º del CP, en el que se castiga al que «… directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España». Con una laboriosa cita de la jurisprudencia de esta Sala sobre aquel precepto y del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 3 octubre de 2005 –» el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina»–, el recurrente interesa la condena de Mónica.

(…).

B) Es cierto que el tráfico ilegal de personas encierra una dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales. La necesidad de un adecuado tratamiento jurídico-penal de la ofensa a algunos de los bienes jurídicos implicados está fuera de dudas. También lo es que la inmigración clandestina muta una y otra vez su fenomenología criminal en aras de la impunidad, lo que exige una diligente actuación de los poderes públicos para proporcionar los instrumentos normativos necesarios con los que hacer frente a aquellos delitos.

La discrepancia de la Sala con el Fiscal no afecta al razonamiento que, para la subsunción de los hechos, sostiene la acusación pública. No es cuestionable que facilitar un billete de ida y vuelta para la entrada ilegal en España colma el tipo previsto en el artículo 318 bis del CP. Así lo dijimos en el acuerdo de Pleno transcrito supra, cuyo contenido ha sido reflejado, entre otras, en la STS 52/2006, 19 de enero. También lo es que el delito nace cuando la entrada en territorio español, pese a producirse de un modo formalmente correcto, esto es, utilizando los pasos fronterizos, en posesión del pasaporte y, en su caso, del correspondiente visado, lo que habilitaría al extranjero para disfrutar de una estancia temporal en España, el objetivo de la entrada no es otro que quedarse a trabajar irregularmente en territorio español, con las indudables consecuencias negativas que tal situación supone para las personas que lo sufren (*cfr.* SSTS 801/2007, 28 de septiembre y 1238/2009, 11 de diciembre, entre otras).

(…)

No existe, por tanto, discrepancia en los términos de la subsunción. El problema radica en que no estamos ante una simple controversia acerca del juicio de tipicidad. Encajar la conducta de Mónica en la porción de injusto abarcada por el artículo 318 bis 1º del CP nos exigiría dar por probado lo que el Tribunal a quo no ha hecho explícito en el juicio histórico. Es más, su contenido apunta en dirección contraria a la sugerida por el Fiscal. En el factum se proclama que la testigo protegido quería venir a España para ejercer voluntariamente la prostitución. Para ello contactó por Internet con una tal Monique, quien «… podía facilitarle los medios necesarios para venir a España, por lo que se puso en contacto con ella a tal fin, gestionándole Monique los billetes de avión (cuyo importe no se ha acreditado que fuera abonada por la acusada Mónica)…». La Sala observa que en ese fragmento incluido entre paréntesis, se descarta que la acusada hubiera tenido cualquier participación, no ya con la organización del viaje de la testigo a España, sino con el envío del dinero que hizo posible la adquisición de los billetes. No hay rastro de ningún acuerdo de voluntades entre la desconocida Monique y Mónica. Tampoco se afirma nada en ese sentido cuando, en el párrafo siguiente, se describe la llegada de la joven y su recepción por dos personas en el aeropuerto de Málaga.

Revista REDMEX 34-2013.indb 214 02/01/14 09:40

La acción típica descrita en el artículo 318 bis 1º del CP no puede construirse con la simple retención de una parte del dinero obtenido en el ejercicio de la prostitución por la testigo «… hasta cubrir el importe de la deuda». Lo que aquí se describe es una actuación posterior a la ejecución del hecho que determina la consumación del delito. Es cierto que la acción típica en aquel precepto está redactada en términos de una gran elasticidad (contribuir, favorecer o facilitar). Pero la contribución del autor ha de estar teleológicamente encaminada a hacer posible la inmigración clandestina, sin que colme la acción típica una actuación posterior, cuando el delito ya se ha consumado, además, limitada a retener una determinada cantidad de dinero cuyo destino final tampoco precisa el factum.

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: De la prueba practicada no puede acreditarse que el acusado tuviera conocimiento de la irregularidad que suponía intentar acceder a la Península con una persona que no estaba habilitada para ello ni que actuase movido por la intención de obtener un beneficio económico. Análisis legislativo del acceso de nacionales de países ajenos a la Unión Europea: Régimen jurídico especial en Ceuta.

Tribunal: **Sentencia de la AP de Cádiz**

Fecha: **31 de julio 2013**

Recurso: **15/2013**

Ponente: **D. Emilio José Martín Salinas**

Voz: **Entrada ilegal de súbditos marroquíes: ánimo de lucro**

El Ministerio Fiscal interesó en su escrito de acusación que se condenara a Anton como autor de un delito contra los derechos de ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis.1 y 2 del código penal a las penas de 6 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el primero y que se ordenara el comiso del vehículo que se indicará a continuación. Los hechos punibles en los que se fundaron tales peticiones fueron los siguientes:

«Sobre las 20:30 horas del día 7 febrero 2012 en la Estación Marítima de la Ciudad Autónoma de Ceuta, el acusado fue sorprendido por funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando pretendía acceder al trasbordador con destino a Algeciras llevando interior de su vehículo marca Volkswagen modelo golf con matricula …FFF, de su propiedad a Micaela ciudadana extranjera en situación irregular en España, a la que, con ánimo de lucro, pretendían introducir ilegalmente la península».

Anton mostró su disconformidad con el relato de hechos punibles del Ministerio Fiscal en su escrito de defensa, en atención a lo cual solicitó su absolución.

En el acto del juicio oral se oyó al acusado en primer lugar, quien accedió a responder a las preguntas que se le formularon, declaró como testigo el agente del Cuerpo Nacional de Policía con número de identificación profesional NUM003, se leyó la declaración prestada en sede de instrucción por quien dijo llamarse Micaela y se dio por reproducida la prueba documental, aunque no se había admitido ninguna de la propuesta por las partes.

(…).

El día 7 de febrero de 2012, alrededor de las 20:30 horas, Anton pretendía acceder en el vehículo marca Volkswagen, modelo Golf, matrícula …FFF, cuya titularidad se desconoce, a uno de los trasbordadores que realizan la travesía entre Ceuta y Algeciras en compañía de quien dijo llamarse Micaela, ciudadana extranjera que no estaba habilitada para entrar en la Península, al menos,

Revista REDMEX 34-2013.indb 215 02/01/14 09:40

y que presentó un documento nacional de identidad para tratar de eludir el control policial que se efectuó antes del embarque, circunstancias ambas de las que no se ha justificado que fuera conocedor el Sr. Anton. En el plano del derecho interno, partiendo del régimen más restringido de los referidos en el fundamento de derecho anterior, que es el de los nacionales de países ajenos a la Unión Europea o al Espacio Único Europeo, la entrada en España de la persona que acompañaba al acusado debía efectuarse, conforme con el artículo 25 de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por los puestos especialmente habilitados a tal fin, siempre que no incurriese en prohibiciones expresas y provisto de los documentos exigibles en cada caso, que serían el pasaporte o el título de viaje que acreditase su identidad conforme a los tratados internacionales y los demás que se determinan reglamentariamente para justificar el objeto y condiciones de la estancia y acreditar tener medios de vida o estar en condiciones para obtenerlos legalmente durante el tiempo que permaneciera en suelo patrio. Además de ello, se le exigiría visado, no disponiendo de una tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.

El régimen jurídico aplicable a los que no sean nacionales de los Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo encuentra en Ceuta, no obstante lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, una importante excepción. Las especialidades geográficas de la ciudad y su vinculación histórica con el territorio limítrofe del Reino de Marruecos a raíz de la época del denominado Protectorado ha determinado que se aplique respecto de la misma un régimen excepcional en materia de entrada en la ciudad, no en cualquier otro punto del país, de determinados súbditos marroquíes, el cual se encuentra reconocido en el acta final del acuerdo de adhesión del Reino de España al convenio de aplicación de 19 de Junio de 1990 del de Schengen y que no se ha visto alterado por el reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo número 562/2006 por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, según se desprende de lo previsto en su artículo 36. A tenor de ello están eximidos de la necesidad de visado los residentes en la provincia de Tetuán, pudiendo concederse a los restantes uno limitado que permita múltiples entradas y salidas. Por tal razón tiene que distinguirse muy nítidamente las actuaciones tendentes a acceder a Ceuta y las que tengan por destino el resto del territorio nacional, como es la Península, punto al que, según la tesis del Ministerio Fiscal, el acusado pretendía que accediera la persona que le acompañaba.

El tipo básico del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en el que se fundó la pretensión punitiva del Ministerio Fiscal, se encuentra recogido en el artículo 318 bis.1 del código penal, que castiga al que «…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…». Con independencia de las críticas que pueda merecer el precepto, justificadas o no, y de la posición que se mantenga sobre la distinción entre las actuaciones que pudieran encontrar encaje él con exclusión de las infracciones administrativas en materia de extranjería previstas en la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, lo primero que tiene que destacase del mismo es su carácter abierto. Con él trata de darse respuesta al fenómeno de la inmigración, sancionando un amplio margen de conductas de colaboración a actuaciones migratorias fuera del marco legal, ya sea a través de los propios puntos de entrada habilitados legalmente o fuera de ellos, pero que, como muy razonablemente entendió el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de noviembre de 2009, 15 de febrero de 2005 o 10 de noviembre de 2006, se lleven a cabo mediante un engaño o simulación que les dote de la clandestinidad que exige. Si se vuelve sobre el relato de hechos punibles mantenido por el Ministerio Fiscal es fácil apreciar que esto último era completamente ajeno a la acción que le atribuyó Antón, lo que impedía ya de entrada su condena.

(…).

El que la mujer que viajaba con el acusado portase un documento nacional de identidad español que no se correspondía con la misma y lo exhibiera de forma consciente ante el control policial que se efectuó con anterioridad al embarque en el trasbordador fue admitido por la misma

Revista REDMEX 34-2013.indb 216 02/01/14 09:40

en sede de instrucción, coincidiendo en lo tocante a que aquél era de otra persona con el agente que depuso en el plenario. Cualquier sospecha sobre su mendacidad resulta ociosa, no ya sólo por la condición profesional de este último y lo antes referido al respecto, sino también porque suponía el desarrollo de una actuación irregular por la primera, que, aún en el caso de actuar de consuno con el segundo contribuiría a incriminarlo, como se extrae de lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores. De hecho ella misma vino a asumir en su declaración que no estaba habilitada para acceder a la Península, lo que por esos mismos motivos ha de considerarse probado.

El que fuera consciente el acusado de que la conocida como Micaela, dado que ante las pruebas practicadas no puede determinarse su filiación con certeza, no podía acceder a la Península y que convino con ella que procuraría que lo lograra a cambio de una cantidad de dinero fue negado por ambos. La credibilidad que puede atribuirse al primero es muy menguada, dado que, como persona contra la que se ejercita la pretensión punitiva, tiene un evidente interés en que se considere probado lo mantenido por él y no depuso con la conminación de poder incurrir en un delito de falso testimonio de ser mendaz. No mucho mayor era la de la segunda. El material de descargo introducido por los súbditos foráneos en situación irregular cuya introducción en territorio nacional es la base de la acusación debe analizarse con extrema cautela, no en vano, además de que en este caso no declarase con la inmediación de este tribunal, es fácil aventurar que se haya podido pactar una versión exculpatoria previamente, ya sea con la promesa de restituir la suma abonada, intentarse en otra ocasión realizar la operación migratoria o, simplemente, evitar el castigo de quien altruistamente pudiera haber acordado con ellos una actuación contraria a las normas de extranjería. Si se tiene en cuenta también las poco coherentes aseveraciones de Anton sobre que se dirigía a Málaga, que era donde él vivía, y ella a Murcia, lugar en el que, a continuación, mantuvo de una forma un tanto contradictoria que era donde trabajaba en virtud de una relación laboral indefinida es fácil entender los motivos por los que cabe dotarles de verosimilitud. Ello, sin embargo, no justifica que, automáticamente, se tenga por probada la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal. Si no se han practicado pruebas directas que pudieran conducir a una convicción sobre estas dos circunstancias tampoco podía llegarse a ella por una vía indirecta. Del mero hecho acreditado de que la ciudadana extranjera foránea que no estaba autorizada, al menos, para acceder a la Península según el régimen especial al que se ha aludido en el fundamento de derecho tercero viajase junto con el Sr. Anton en un vehículo que habría de conducirle a ella no puede presumirse por carecer de un enlace cierto y directo conforme a las reglas del criterio humano, siguiendo la terminología del artículo 386 de la ley de enjuiciamiento civil, con un grado de conclusividad tan elevado, rayano en la certeza, como era exigible para enervar la presunción de inocencia que le atribuye el artículo 24.2 de la Constitución Española que tuviera conocimiento de la irregularidad administrativa que ello suponía y que actuó así movido por la intención de obtener un beneficio económicamente valorable.

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Homologación de título de nacional de Rumanía: Enfermería. La formación realizada no alcanza el nivel universitario. La resolución que desestima la petición está debidamente motivada. No hay nulidad ni anulabilidad del acto. No se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica ni de igualdad: Análisis comparativo de otros precedentes administrativos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de junio de 2013**

Revista REDMEX 34-2013.indb 217 02/01/14 09:40

Recurso Contencioso-Administrativo: **1065/2010**

Ponente: **D. José Luis Gil Ibánez**

Voz: **Homologación del título de enfermería obtenido en Rumanía**

Mediante escrito presentado el 13 de diciembre de 2009 en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Aragón, recibido en el Ministerio de Educación el 20 de enero de 2010, Dª Rosa, de nacionalidad rumana, solicitó la homologación del título Asistent Medical Generalist, obtenido en Scoala Postliceala Sanitaria, Slatina (Rumanía), al español de Diplomado en Enfermería, acompañando la documentación oportuna.

Mediante oficio de 24 de marzo de 2010, la Jefe de Servicio de la Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones comunicó a la interesada que, de la documentación aportada, «se deduce que los estudios realizados, en razón de su nivel académico, carecen de referente en el Catálogo Oficial de Títulos Universitarios Oficiales español», reseñando que el Consejo de Coordinación Universitaria ha informado «que los diversos Diplomas y certificados de absolvire de Scola Postliceala sancionan una formación de carácter profesional de nivel post secundario superior, que en determinados casos pueden ser objeto de reconocimiento profesional por derechos adquiridos, pero de ninguna manera sancionan una educación superior, pronunciándose desfavorablemente respecto a la homologación de dichos Diplomas […]», concediendo un plazo de quince días para alegaciones.

Mediante escrito presentado el 27 de abril de 2010, con entrada en el Ministerio de Educación el 4 de mayo siguiente, la Letrada Dª María Amparo Romero Pascual, en representación de la solicitante, presentó las alegaciones que consideró procedentes, solicitando se dictara «una resolución favorable a la solicitud de la Sra. Rosa».

Por Resolución de 15 de junio de 2010, la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, actuando por delegación del Ministro de Educación, denegó la solicitud de homologación. Esta resolución se intentó notificar por correo certificado con acuse de recibo en el domicilio designado por la referida letrada, lo que no pudo realizarse al consignarse «desconocido».

(…).

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de homologación del título de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scoala Postliceala Sanitaria, Slatina (Rumanía), al español de Diplomado en Enfermería, si bien en el expediente administrativo consta la Resolución de 15 de junio de 2010, de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, actuando por delegación del Ministro de Educación, por la que se denegó expresamente dicha solicitud de homologación, y cuya notificación se intentó, sin éxito, por correo certificado con acuse de recibo.

La existencia de esta Resolución expresa sirve al Abogado del Estado para alegar la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional al no haberse solicitado la ampliación prevenida en el artículo 36.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por lo que, a su entender, concurriría la causa de inadmisión recogida en el artículo 69.c) de la misma Ley Jurisdiccional.

Aunque la actora no ha dicho nada sobre la concurrencia de la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada cuando tuvo oportunidad para ello –en el escrito de conclusiones–, la negativa a acogerla resulta clara desde el mismo momento en el que la demanda se dirige contra la citada Resolución expresa, tal y como se hace constar en el encabezamiento «formulo demanda contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de la recurrente de homologación del título rumano de enfermería que ostenta, y contra la resolución de 15 de junio de 2010 de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por la que se acuer-

Revista REDMEX 34-2013.indb 218 02/01/14 09:40

da denegar la solicitud […]» –y en el suplico– se postula con carácter principal la declaración de «la nulidad de la resolución de 15 de junio de 2010 de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por la que se acuerda denegar la solicitud formulada por Dña. Rosa de que su título de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scola Postliceala Sanitaria Slatina (Rumanía) le sea homologado al título español de Diplomada en Enfermería, acodando la homologación». Pero es que, en el primer otrosí de la demanda, se instó, «de conformidad con el artículo 36 de la L.J»., la ampliación de la impugnación a la repetida resolución de 15 de junio de 2010, por más que esta Sala no se pronunciara al respecto, lo que revela de mayores razonamientos para rechazar la causa alegada.

(…).

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de homologación del título de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scoala Postliceala Sanitaria, Slatina (Rumanía), al español de Diplomado en Enfermería, si bien en el expediente administrativo consta la Resolución de 15 de junio de 2010, de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, actuando por delegación del Ministro de Educación, por la que se denegó expresamente dicha solicitud de homologación, y cuya notificación se intentó, sin éxito, por correo certificado con acuse de recibo.

La existencia de esta Resolución expresa sirve al Abogado del Estado para alegar la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional al no haberse solicitado la ampliación prevenida en el artículo 36.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por lo que, a su entender, concurriría la causa de inadmisión recogida en el artículo 69.c) de la misma Ley Jurisdiccional.

Aunque la actora no ha dicho nada sobre la concurrencia de la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada cuando tuvo oportunidad para ello –en el escrito de conclusiones–, la negativa a acogerla resulta clara desde el mismo momento en el que la demanda se dirige contra la citada Resolución expresa, tal y como se hace constar en el encabezamiento –«formulo demanda contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la solicitud de la recurrente de homologación del título rumano de enfermería que ostenta, y contra la resolución de 15 de junio de 2010 de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por la que se acuerda denegar la solicitud […]» –y en el suplico– se postula con carácter principal la declaración de «la nulidad de la resolución de 15 de junio de 2010 de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por la que se acuerda denegar la solicitud formulada por Dña. Rosa de que su título de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scola Postliceala Sanitaria Slatina (Rumanía) le sea homologado al título español de Diplomada en Enfermería, acodando la homologación»–. Pero es que, en el primer otrosí de la demanda, se instó, «de conformidad con el artículo 36 de la L.J»., la ampliación de la impugnación a la repetida resolución de 15 de junio de 2010, por más que esta Sala no se pronunciara al respecto, lo que revela de mayores razonamientos para rechazar la causa alegada.

(…).

En efecto, consta que la Administración homologó al título universitario español de Diplomado en Enfermería el de una compatriota de la actora poseedora del título rumano de obtenido en la Scoala Postliceala Sanitaria Fundeni (Bucarest).

Sin embargo, la existencia de este –o, incluso, de otros precedentes– no puede conducir, sin más, al reconocimiento de la pretensión de la actora, pese a que posea un título de similares características.

En primer lugar, aunque se invoca el principio de seguridad jurídica, lo que está en cuestión es el principio de igualdad de trato, que sólo puede operar dentro de la legalidad (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982, 51/1985, 151/1986, 62/1987, 40/1989, 21/1992, 78/1997, entre otras muchas), resultando evidente, por lo que se ha expuesto en el fundamento anterior, que no cabe equiparar una titulación que no alcanza el nivel universitario con una que sí lo tiene.

En segundo lugar, la existencia de precedentes administrativos no impide que la Administra-

Revista REDMEX 34-2013.indb 219 02/01/14 09:40

ción, fundadamente, cambie el criterio, como ha hecho con respecto a los títulos de enfermería obtenidos en Rumanía. Nótese que, según figura en el ramo de prueba, en el expediente que dio lugar al reconocimiento de la homologación de contraste, el Consejo de Coordinación Universitaria emitió un primer informe favorable –ratificado posteriormente–, pero con anterioridad al criterio establecido para sucesivas solicitudes, justificándose el nuevo criterio –que asume los términos propuestos por la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones– en la realización de «un análisis del sistema educativo rumano, para determinar de alguna forma su encuadre dentro del sistema educativo español» –que, probablemente, debería haberse realizado antes–, encontrando «que en muchos casos podría ocurrir que los estudios realizados en Rumanía sean tan distintos a los realizados en España, que no tengan un encaje real, y lamentablemente, deban se adaptados a estudios con duración inferior al que el interesado pueda tener como pudieran ser estudios de Formación Profesional que en el país de origen requieran mayor especialización. Este podría ser el caso de algunos títulos de enfermería», diferenciando a continuación las vías de homologación seguidas hasta el momento y los títulos en enfermería expedidos en aquel país, puesto que algunos sí proceden de Universidades, según figura en la tabla adjunta.

Finalmente, el acogimiento de la pretensión de la recurrente supondría, al socaire de unos precedentes ilegales, la producción de nuevas ilegalidades, debiendo tener en cuenta que este Tribunal –como la Administración– está sometido al ordenamiento jurídico, sin que su vulneración esté autorizada por el principio de seguridad jurídica.

Homologación de título obtenido en Argentina: Diplomada en enfermería. El recurso presentado por el órgano colegial resulta extemporáneo: Debió presentarse en el plazo de dos meses desde que la interesada solicitó la colegiación. Análisis jurisprudencial sobre el cómputo del plazo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **290/2010**

Ponente: **D. José Luis Terrero Chacón**

Voz: **Homologación del título de diplomada en enfermería obtenido en Argentina**

Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 27 de septiembre de 2004, que homologa el título de Técnica de Laboratorio Clínico e Histopatología, obtenido por la codemandada Dª. Luisa (Argentina), en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), al título español de Diplomada en Enfermería.

Como quiera que los presupuestos fácticos y las posiciones de las partes se recogen en los antecedentes de hecho de la sentencia, procederemos seguidamente al enjuiciamiento y resolución del recurso.

Y para la resolución del presente recurso no podemos sino remitirnos a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo por las organizaciones corporativas profesionales en materia de homologación de títulos, doctrina recogida, entre otras muchas, en las sentencias SSTS de 19 de febrero y 21, 22 y 23 de mayo de 2008.

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008, exponente de la susodicha doctrina legal, se expresa sobre el particular en los siguientes términos:

«Se basa la alegación del motivo de inadmisión en la cita de Sentencias que desestimaron los recursos interpuestos en relación con la inadmisibilidad por extemporáneos de los recur-

Revista REDMEX 34-2013.indb 220 02/01/14 09:40

sos Contencioso-Administrativos deducidos por Corporaciones frente a la decisión de homologar los títulos universitarios expedidos en países extranjeros con los correspondientes españoles. El motivo de inadmisión debe estimarse. Es cierto que, como señala el Abogado del Estado, numerosas Sentencias de la Sala han desestimado recursos prácticamente idénticos al que aquí resolvemos, con la particularidad de que tales Sentencias han venido a modificar radicalmente la doctrina que hasta entonces mantenía esta Sala en relación con las alegaciones de extemporaneidad bien como alegaciones previas, bien en la contestación a la demanda, siguiendo el criterio de esta Sala plasmado en Sentencias, por ejemplo de 10 de julio de 2001 y 10 de junio de 2002 en que se venía a considerar como una notificación defectuosa el conocimiento que tenía el Colegio profesional de las órdenes individuales de homologación de títulos y, por tanto el cómputo del plazo para interponer el contencioso contra dichas órdenes se realizaba desde que la corporación profesional tuviera conocimiento de los actos administrativos correspondientes, por más que esta solución en los casos en que las homologaciones databan de varios años atrás, fuera difícilmente compatible con la seguridad jurídica, según señaló esta Sala en alguna sentencia. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 20 de julio de 2006, el criterio de computación del plazo de impugnación ha variado sustancialmente y así, en otra de nuestras Sentencias, esta de 20 de diciembre de 2006 (recurso de casación núm. 1334/2003), se señaló lo siguiente: «(…) la fecha a tomar en consideración es, tal cual hace la sentencia de instancia, la fecha en que el titulado cuya titulación es objeto de impugnación solicitó la pertinente alta en la organización corporativa. Fue en tal momento y no otro en que se tuvo conocimiento de la homologación que se pretende combatir. Por ello no es admisible que el plazo se compute desde la fecha en que el órgano colegial celebra reunión plenaria y no desde la fecha en que la solicitud de colegiación tuvo entrada en el Colegio. La doctrina "pro actione" que, por otro lado no desarrolla al articular el motivo, no puede conducir a que se eludan el cumplimiento de los plazos procesales. Y, como expresa la sentencia de 16 de enero de 2006, en que la parte recurrente era la misma que aquí recurre "nos encontramos en un proceso en el que se discute la legalidad de una actuación administrativa por quien no fue parte en el procedimiento que condujo a ella. Ciertamente, no se niega la legitimación que le asiste al Colegio en la medida en que defiende los intereses que la Ley le confía. Pero que el ordenamiento jurídico le habilite para impugnar aquellos actos que considere contrarios a Derecho y lesionen esos intereses profesionales tan pronto tenga conocimiento de ellos si es que no se le han notificado, no significa que pueda hacerlo en cualquier momento. Al contrario, tal singularidad obliga a comprobar con especial cuidado la concurrencia de los requisitos a los que está sometido el recurso. Entre ellos, el cumplimiento de los plazos y de los hechos que determinan su cómputo"».

En el supuesto enjuiciado, de la documentación que se acompaña a la demanda y obrante en el expediente administrativo se desprende que la codemandada solicitó la colegiación del título objeto de homologación ante el Colegio Oficial de Enfermería de Málaga el 24 de septiembre de 2009; y el Consejo recurrente interpuso el recurso contencioso-administrativo con fecha 14 de mayo de 2010, es decir, sobrepasando el plazo de dos meses establecido en el artículo 46.1 de la Ley de la Jurisdicción, por lo que el referido recurso debe considerarse extemporáneo y declararse inadmisible de conformidad con el artículo 69.e) de la Ley Jurisdiccional.

No podemos considerar que el Consejo recurrente sea una entidad jurídica distinta del Colegio Oficial de Enfermería de Málaga a los efectos de la formalización del recurso contencioso-administrativo, como se sostiene por la actora en el escrito de conclusiones.

Sobre este particular, baste recordar que de conformidad con el Real Decreto 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España, el Consejo General es el órgano superior de representación y coordinación de todos los Colegios (artículo 23.1), siendo la entidad que agrupa, coordina y representa con carácter exclusivo a la profesión de enfermería y a todos los Colegios Oficiales de Enfermería de España en los ámbitos nacional e internacional (artículo 23.2), y teniendo entre sus competen-

Revista REDMEX 34-2013.indb 221 02/01/14 09:40

cias las atribuidas a los Colegios por la Ley de Colegios Profesionales, cuando tuvieran ámbito o repercusión nacional (artículo 24.1).

Homologación de título «Administración de Empresas»: Nacional de Colombia. La concesión queda condicionada a la previa superación de una prueba de aptitud o de curso tutelado sobre ciertas materias. Resulta relevante el informe emitido por el órgano técnico: Su juicio ha de prevalecer salvo prueba en contrario.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **17 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **182/2012**

Ponente: **Dña. Ana Isabel Resa Gómez**

Voz: **Homologación de título obtenido en Colombia: Administración de Empresas. Previa superación de una prueba de aptitud**

La parte demandante impugna la resolución de 21 de febrero de 2012 del Ministerio de Educación, Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por la que se acuerda supeditar la homologación del título de Administración de Empresas obtenido por la actora en la Universidad Santiago de Cali (Colombia) al título español de licenciada en Administración y Dirección de Empresas, a la superación de una prueba de aptitud o curso tutelado sobre determinadas materias.

Se alega, en síntesis, por la parte actora que tiene derecho a que se le conceda la homologación pretendida sin necesidad de superar los requisitos formativos señalados por la Administración, ya que queda probado que las materias cursadas en la Universidad de Cali son suficientes para homologar el Título que posee de Administración de Empresas.

El control de la equivalencia de la formación es el elemento esencial para resolver sobre la homologación en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, como normativa aplicable al caso por razones temporales y por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior.

Se desprende de ello, la relevancia en el procedimiento del informe emitido por el Comité Técnico, en cuanto implica un juicio valorativo a través del cual, comparando la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración como a su contenido y alcance, determina la equivalencia exigida para la homologación, juicio que por su carácter técnico ha de prevalecer salvo prueba en contrario, pero sin que pueda sustituirse por el que subjetivamente pueda realizar la parte.

Pues bien, en el dictamen emitido por el órgano técnico se dice que dado que existen carencias en la formación acreditada respecto a las materias troncales determinadas en el RD 1421/90, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas y las directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a la obtención de aquel, se condiciona la homologación solicitada a la previa superación de una prueba de aptitud o curso tutelado sobre las siguientes materias: Macroeconomía, Microeconomía, Contabilidad General y Analítica y Dirección Financiera. Por lo que analizados los extremos anteriores, se considera que el informe de homologación es favorable, pero queda condicionado a la previa superación por la solicitante de los siguientes requisitos complementarios, una prueba de aptitud o un curso tutelado de las materias anteriormente reseñadas, a elección de la actora.

Ha de recordarse que el juicio de equivalencia de que se trata implica un juicio de discrecio-

Revista REDMEX 34-2013.indb 222 02/01/14 09:40

nalidad técnica, que, cual hace notar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no está al alcance de los órganos administrativos ordinarios, como tampoco del órgano judicial que ha de resolver, sin que sea dable en sede judicial la mera sustitución de aquel juicio discrecional por otro más o menos fundado, de tal forma que la labor en estos casos de los Tribunales de Justicia viene dada por el limitado control de legalidad que normalmente se proyecta sobre las decisiones administrativas apoyadas en juicios de discrecionalidad técnica, de suerte que solo si se aprecian errores patentes, desviación de poder o infracción de los elementos reglados podrá la parte interesada obtener un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, circunstancias que no se han acreditado en el supuesto que nos ocupa.

Por lo demás, ninguna de las restantes alegaciones de la demandante permite desvirtuar la conclusión expuesta y sustituir el juicio de correspondencia emitido por el correspondiente órgano técnico por otro distinto favorable a la tesis que propugna la homologación del título que ostenta la recurrente al Título español de Licenciada en Administración y Dirección de Empresas. En efecto, las resoluciones recurridas han aplicado correctamente el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, en cuanto han justificado la denegación en el juicio técnico de equivalencia reseñado, respetando la exigencia reglamentaria consistente –artículo 19.1.c) del citado Real Decreto– en la constatación de la «correspondencia» entre los estudios que se comparan.

NACIONALIDAD

Nacionalidad española: Petición formulada por nacional de Cuba. Análisis de los requisitos exigidos para su concesión. No constan acreditadas las razones de orden público o interés nacional alegadas para su denegación: Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que excluyen la discrecionalidad. No se ha acreditado su colaboración con los servicios de inteligencia cubanos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **16 de abril de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **51/2012**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Nacionalidad española por residencia: ausencia de razones de orden público o interés nacional para denegar la solicitud**

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación. Los primeros no plantean problema para su apreciación, y en cuanto a los segundos, por su propia naturaleza de conceptos jurídicos indeterminados, precisan de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso cuya valoración lleva a una única solución justa, jurisdiccionalmente controlable, que debe adoptarse por la Administración (artículo 103 de la Constitución), sin que propicien soluciones

Revista REDMEX 34-2013.indb 223 02/01/14 09:40

alternativas propias de la discrecionalidad administrativa. Así ha declarado la sentencia de 24 de abril de 1999, citando otras muchas como las de 22 de junio de 1982, 13 de julio de 1984, 9 de diciembre de 1986, 24 de abril, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 14 de abril, 12 de mayo y 21 de diciembre de 1998 y 24 de abril de 1999, que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, como orden público e interés nacional, resulta excluida la discrecionalidad de la Administración, porque la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados, añadiendo que el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos. Por ello, la propia sentencia señala que la nacionalidad tiene la auténtica naturaleza jurídica de estado civil de la persona, por lo que su adquisición por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo pero no causa jurídica de la misma, la adquisición por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurran las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión «stricto sensu» sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles.

(…):

La demandante es natural de Cuba, nace el NUM000 -1967, solicitó en 23 de diciembre de 1998 un permiso de residencia en España que le fue concedido el 9-2-1999 con validez hasta el 8 de febrero de 2000, siendo así que en 25 de enero de 2000 solicitó un segundo permiso de residencia que le fue otorgado el 23 de febrero de 2000 con validez hasta el 22 de febrero de 2002, y finalmente es de notar que obtuvo una TFRC el 29 de agosto de 2006 con validez hasta el 29 de agosto de 2011 al contraer matrimonio con un ciudadano español el 23 de agosto de 2006; la recurrente es madre de un hijo y figura inscrita en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Oviedo junto con el resto de la unidad familiar.

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 8 de enero de 2008, siendo así que en su tramitación emitieron informes favorables el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

La denegación de la nacionalidad combatida tiene como fundamento esencial un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) fechado el 11 de febrero de 2011, que dice así: «Belinda, durante su primera etapa de residencia en España, entre 1998-2000, estuvo trabajando como becaria en un importante y prestigioso centro de investigación español vinculado al CSIC, tras haber recibido instrucción por parte de la Dirección General de Inteligencia (DGI) cubana. Durante este período, tal y como ella misma ha reconocido, mantuvo relación con un Oficial de Inteligencia cubano destinado en la Embajada de Cuba en Madrid. Como resultado de esta colaboración para el Servicio de Inteligencia (SI) cubano, la Sra. Belinda incautó información sensible recabada durante su trabajo como becaria, que paralelamente enviaba al Centro de Ingeniería Genética y Biotecnología de La Habana. De hecho, sus superiores en el centro de investigación español, al conocer los hechos, determinaron tras su marcha que la Sra Belinda había realizado «espionaje científico». En la actualidad, no se dispone de información que confirme o desmienta que continúe colaborando con los SI cubanos».

Figura, por otra parte, en el expediente administrativo un informe datado en 19 de mayo de 2011 de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil que participa lo siguiente: «Que, consultadas las bases de datos de esta Dirección General, a la interesada no le constan antecedentes».

La demanda rectora del proceso niega los hechos que se imputan a la interesada en el antedatado informe del CNI, al que atribuye falta de rigor fáctico, aduciendo también indefensión, añadiendo en el escrito de conclusiones la alegación de «quebrantamiento de los principios de tutela judicial efectiva, igualdad y contradicción» al parecer como consecuencia de la res-

Revista REDMEX 34-2013.indb 224 02/01/14 09:40

puesta negativa dada por el CNI –con el argumento de que la información de que dispone es clasificada– a la prueba admitida y propuesta por la actora en orden a la ampliación del meritado informe de dicho organismo de que hicimos mérito más arriba. El escrito de demanda contiene también un relato de las circunstancias de la recurrente durante su primera estancia en España y después una vez que contrae matrimonio con un ciudadano español en 2006, cuyo relato procura apoyar con determinada documentación que presenta con la demanda. Esta documentación acredita que el primer período de residencia de la parte actora en España se produjo como becaria en el ámbito de determinado proyecto de investigación conjunta entre España y Cuba, cuyo proyecto estaba subvencionado y tenía un responsable español y otro responsable iberoamericano. El responsable cubano del proyecto era don Jose Pedro, que actualmente reside al parecer en Chile, desde donde ha emitido un informe apoyando la versión de los hechos que se ofrece en el escrito de demanda del actual recurso. Con arreglo a este informe las autoridades cubanas no concedieron un segundo permiso para que la aquí demandante continuara su estancia en España para proseguir los trabajos que se realizaban en el marco de aquel proyecto de investigación conjunta, siendo así que la demandante tenía a la sazón un hijo de corta edad en Cuba y no accedió a las sugerencias que se le hicieron en España para que continuara su estancia en contra del parecer de las autoridades cubanas, de tal forma que la colaboración científica en relación con el meritado proyecto se rompió, si bien para poder continuar con los trabajos en Cuba la demandante remitió vía fax a La Habana determinados documentos relacionados al parecer sobre todo con los protocolos (recetas) de trabajo, negándose en dicho informe que ello pudiera suponer algo reprobable pues «los protocolos de trabajo del laboratorio del Dr. Ángel Daniel eran de dominio público, así como los nuestros y los resultados del trabajo de la Sra. Belinda, eran por cierto de su propiedad», rechazándose también supuestas teorías conspirativas. El mentado informe termina llamando la atención sobre la circunstancia de que la recurrente sea observada con recelo al mismo tiempo por las autoridades cubanas y españolas.

Con la demanda se acompañan también otros tres informes de tres ciudadanas españolas que coincidieron en el trabajo con la demandante durante su primera estancia en España y de forma coincidente hablan de la profesionalidad y las buenas cualidades humanas de la interesada.

Por último, se adjuntan también a la demanda otros dos certificados que atañen a la vida de la recurrente en España tras su matrimonio con un ciudadano español. El primero de ellos procede de la Universidad de Oviedo, está datado en 20 de enero de 2012, y en el mismo se asegura que la actora se encuentra vinculada como estudiante predoctoral al Departamento de Biología Funcional y participa en las actividades de investigación del grupo relacionadas con los mecanismos moleculares de lesión y reparación pulmonar, añadiéndose que se incorporó al grupo de investigación en septiembre de 2010 y desde entonces ha abordado las tareas que se le han asignado con dedicación y esfuerzo, adaptándose perfectamente a la dinámica de trabajo del laboratorio, siendo excelentes sus relaciones con sus compañeros y superiores. El segundo de los susodichos certificados, fechado en 25 de enero de 2012, procede del Colegio Amor Misericordioso de Colloto-Oviedo, en el que la Superiora del Colegio afirma que la interesada presta su colaboración en el centro como voluntaria en las actividades y campañas que se realizan durante el curso y de modo particular en Navidad y campamento de verano.

El escrito de demanda tras citar la jurisprudencia que considera de interés termina impetrando la anulación de la resolución recurrida y el reconocimiento del derecho de la interesada a la obtención de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su contestación a la demanda.

Ya en este punto, y tras una detenida reflexión sobre las circunstancias que concurren en el caso a la luz de la jurisprudencia que sobre la materia se ha producido, podemos prenunciar la suerte estimatoria del recurso que nos ocupa.

Recordemos *hic et nunc* que las nociones de orden público e interés nacional son conceptos jurídicos indeterminados, que en cuanto tales excluyen la discrecionalidad, permitiendo una

Revista REDMEX 34-2013.indb 225 02/01/14 09:40

única solución justa, recayendo sobre la Administración la carga de expresar los hechos en que se basa a fin de permitir el necesario control judicial que ha de verificarse al demandarse por el interesado la tutela judicial efectiva.

La única apoyatura de la decisión administrativa combatida estriba en el consabido informe del CNI pues, como ya vimos más arriba, según el informe de fecha 19 de mayo de 2011 de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil «a la interesada no le constan antecedentes». Dicho esto, hemos de añadir a renglón seguido que el meritado informe del CNI, en contra de la tesis de la parte actora, resulta suficiente –a la luz de lo exigido a este propósito por la jurisprudencia– para el ejercicio del derecho de defensa y el correspondiente control judicial al precisar de modo bastante las razones de orden público o de interés nacional que según dicho organismo impiden en el caso la concesión de la nacionalidad española. Se pueden compartir o no tales razones, y las mismas pueden estar más o menos fundadas, pero es de reconocer que tales razones expresan de manera suficientemente clara la ratio decidendi de la decisión administrativa, lo que ha permitido el ejercicio del derecho de defensa por parte de la actora, que al efecto ha podido aportar los argumentos que ha tenido por conveniente y los documentos que ha considerado necesarios para avalar su postura, de donde que no quepa alegar con éxito indefensión por dicha parte.

Ahora bien, una cosa es que las razones expuestas por el CNI hayan servido para satisfacer de modo bastante el requisito de la motivación de la decisión administrativa, y otra bien distinta que su presunción iuris tantum deba prevalecer en el caso en función de las circunstancias concurrentes. A este respecto no podemos desconocer que uno de los puntos de la prueba propuesta por la actora y admitida por la Sala versaba sobre la ampliación del informe del CNI en relación con el «espionaje científico» que se le imputaba, solicitándose de dicho organismo que se informara en la medida de lo posible sobre la información sensible de que la interesada se hubiera incautado, siendo así que el CNI al evacuar dicha prueba no ha aportado nada más a lo que ya obraba en su informe con el argumento de que se trataba de información clasificada. Frente a ello, la parte demandante ha ofrecido una versión razonable de los hechos, que sucintamente hemos reseñado más atrás y que cuenta con el apoyo de un informe del responsable cubano del proyecto científico que determinó la estancia en España de la interesada en el período de 1998-2000, a cuyo informe se añaden otros informes de tres compañeras de la actora que coincidieron laboralmente con la misma en dicho período y que hablan de la profesionalidad y cualidades humanas de la interesada. Todo ello constituye material probatorio que ha de ser valorado conjuntamente por esta Sala.

Por otra parte, la recurrente contrajo matrimonio con un ciudadano español el 23 de agosto de 2006, figurando empadronada en Oviedo desde el 27 de junio de 2006 en el mismo domicilio que su marido y el hijo nacido en Cuba (el alta en la inscripción en el padrón de estos últimos es de unas fechas escasamente posteriores), demostrando con la prueba documental a que aludimos más arriba que, cual se alega en la demanda, se encuentra integrada socialmente en la vida ovetense.

Hemos de reparar, en fin, en que el propio informe del CNI de 11 de febrero de 2011 ciñe su contenido y los hechos que atribuye a la aquí recurrente al período de su primera estancia en España, entre 1998 y 2000, advirtiendo expresamente que «en la actualidad, no se dispone de información que confirme o desmienta que continúe colaborando con los SI cubanos».

La contemplación del conjunto de las circunstancias que rodean el caso litigioso nos conduce a la estimación del presente recurso. La propia demandante reconoce el envío a La Habana vía fax de cierto material de investigación relacionado con su trabajo en España en aquel período de 1998/2000, pero ello no implica necesariamente una labor de «espionaje científico», sin que sobre el particular dispongamos de más prueba que la alusión que se contiene en el meritado informe del CNI, que en el período de prueba se ha negado a ampliar la información relacionada con dicho extremo, mientras que la versión de los hechos ofrecida en el escrito de demanda aparece con viso de razonabilidad y refrendada por un informe del responsable ibe-

Revista REDMEX 34-2013.indb 226 02/01/14 09:40

roamericano del proyecto de colaboración científica que trajo a España a la recurrente como becaria para trabajar en dicho proyecto, avalando también a esta última otras compañeras de aquel período 1998/2000 que coincidieron con la misma y que hablan de su profesionalidad y cualidades humanas. No podemos olvidar que el mismo informe del CNI de constante cita reconoce que «en la actualidad, no se dispone de información que confirme o desmienta que continúe colaborando con los SI cubanos», siendo tal informe de 11-2-2011 y el periodo de tiempo a que atribuye los hechos que imputa a la demandante corresponde a 1998-2000, de tal manera que en la fecha del repetido informe habían transcurrido aproximadamente diez años desde los referidos hechos imputados a la actora sin que en el mismo se contenga referencia alguna a la vida de la interesada correspondiente a este largo lapso temporal, por lo que en definitiva la originaria decisión administrativa de 2011 de denegar la nacionalidad se basa en unos hechos que habrían acontecido allá por los años 1998-2000.

Ciertamente el trabajo para los servicios de inteligencia de otro Estado puede ser incompatible con las exigencias que se imponen para adquirir la nacionalidad española por residencia, pero es de reconocer que en el caso la atribuida colaboración de la actora con los servicios de inteligencia de Cuba no ha quedado a juicio de la Sala debidamente demostrada tras una valoración del conjunto de las actuaciones realizadas, sin que pueda obviarse el dato de la lejanía en el tiempo de dicha atribuida colaboración, sin que desde el término del período 1998-2000 la Administración demandada haya podido dar razón alguna de cierta actividad de la demandante contraria al interés nacional de España de la recurrente, que ha acreditado, por contra, que desde el año 2006 está integrada socialmente en España a través de sus circunstancias vitales en Oviedo, en cuyo padrón municipal de habitantes está inscrita junto a su marido español y su hijo nacido en Cuba.

En definitiva, y en resumen, consideramos tras una valoración del conjunto de las circunstancias concurrentes y de la prueba practicada que las razones de orden público o interés nacional aducidas para denegar la nacionalidad pretendida carecen de la consistencia necesaria para erigirse en un válido fundamento de la decisión tomada, lo que debe tener su lógica consecuencia en función de las reglas del onus probandi, de donde que proceda la estimación del recurso y el reconocimiento de la pretensiones de la parte actora.

Nacionalidad por residencia: Petición formulada por nacional de Gambia. La denegación por falta de justificación del grado de integración en la sociedad española carece de fundamento: La poligamia del solicitante no consta probada. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para la concesión de la nacionalidad.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **8 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **136/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Nacionalidad española por residencia: poligamia. Grado de integración en la sociedad española**

El presente recurso tiene por objeto la resolución de 2 de Noviembre de 2011, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, que denegó la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente, Jose Pedro, al considerar, en síntesis, que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad espa-

Revista REDMEX 34-2013.indb 227 02/01/14 09:40

ñola, artículo 22.4 del Código Civil, ya que de la documentación obrante en el expediente se desprende que el solicitante «ejerce la poligamia» y por lo tanto no se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares.

El recurrente, Jose Pedro, niega referidos hechos y considerada errónea la valoración realizada por la administración demandada. Afirma que ha sido confundido con un primo suyo en el informe para el expediente de nacionalización, habiéndose mezclado datos de personas distintas.

En el informe emitido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil que obra en los folios 3, 4 y 5 del expediente administrativo remitido a este tribunal obra un denominado informe para expediente de nacionalización, fechado el 19 de Febrero de 2008, suscrito por el Comisario General, donde aparecen diversos datos erróneos, a tenor de lo que refleja otro informe de la misma autoridad, de 26 de Noviembre de 2012, obrante en autos, que se refiere a otra persona con igual nombre que el recurrente.

Se hace referencia en aquel informe al actor, Jose Pedro, como titular del pasaporte de Gambia número NUM000, siendo así que éste no es el número del pasaporte del demandante, que es el número NUM001, también de Gambia.

Las fechas de vigencia y caducidad de referido pasaporte no son, como erróneamente se consigna en mencionado informe de 19 de Febrero de 2008, fecha de expedición 03/02/2005 y fecha de caducidad 03/02/2010, sino fecha de expedición el 9 de Marzo de 2006 y fecha de caducidad el 9 de Marzo de 2011.

En el mismo informe, de 19 de Febrero de 2008, se declara que el hoy recurrente tiene cuatro hijos de matrimonios anteriores al celebrado con Ángeles, con la que tiene seis hijos. Pero ello no es así, pues el actor figura casado con Celestina, con la que tiene cinco hijos y no le constan otros.

Quien figura como casado con Ángeles y tiene seis hijos con ella, además de cuatro de un matrimonio anterior, es otra persona, primo del recurrente y con el mismo nombre, Jose Pedro, titular del pasaporte número NUM000.

El expediente fue informado favorablemente por el Ministerio Fiscal y el Juez encargado del Registro Civil.

También consta que el recurrente reside y trabaja legalmente y de modo permanente en España desde el 2 de Mayo de 1996.

(…).

El Tribunal Supremo en su sentencia, Sala Tercera, Sección 6, de 19 de Junio de 2008 (recurso: 6358/2002) ha tenido ocasión de señalar al respecto que «esta sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de Julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del «suficiente grado de integración en la sociedad española» del artículo 22.4 del Código Civil, ya que no es lo mismo residir en España, que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas.

No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Sin embargo la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero –artículo 12.3 CC–, entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resultando incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (artículo 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la administración pública española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un «suficiente grado de integración en la sociedad española».

La actuación administrativa impugnada en el presente recurso debe considerarse no

Revista REDMEX 34-2013.indb 228 02/01/14 09:40

ajustada al ordenamiento jurídico. Su motivación, que parte de datos erróneos, radica en una supuesta poliginia del interesado y ésta no consta. Por lo cual, siendo este el único obstáculo apreciado por la administración demandada y no probándose que el demandante haya dejado de ajustar su vida, real y efectivamente, a los valores sociales, culturales y jurídicos de la sociedad española, ni desacomodado aquélla a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares, apareciendo integrado en la sociedad española, es lo procedente estimar el presente recurso y anulando la actuación administrativa impugnada declarar el derecho del actor a la nacionalidad española solicitada.

No concurren circunstancias para formular expresa condena en costas, según lo previsto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Nacionalidad: Su obtención viene condicionada por la acreditación de buena conducta cívica. Análisis jurisprudencial de su contenido. El solicitante fue condenado, en fechas recientes con relación a la petición, por un delito que provoca especial rechazo en la sociedad lo que conlleva su denegación.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **28 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **422/2012**

Ponente: **D. Eduardo Menéndez Rexach**

Voz: **Nacionalidad española: condena por delito de violencia de género. Ausencia de buena conducta cívica**

El presente recurso de lesividad, interpuesto por la representación legal de la Administración General del Estado, tiene por objeto la Resolución del Ministerio de Justicia de 26 de Mayo de 2008 por la que se concede la nacionalidad española a Virgilio.

La Administración recurrente solicita que se anule la resolución recurrida por ser contraria al ordenamiento jurídico y, por tanto, resultar lesiva para los intereses públicos.

En defensa de tal pretensión alega que el 17 de Mayo de 2006, Virgilio solicitó la nacionalidad española en el Registro Civil de Móstoles, emitiendo informe la Dirección General de la Policía según el cual no le costaban antecedentes desfavorables; así, se consideró que reunía todos los requisitos para la concesión y, al ir a notificársela, manifestó al Encargado que había sido condenado en sentencia firme por el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm. 1 de Móstoles en sentencia de 10 de Abril de 2008 a seis meses de prisión, entre otras penas; el 30 de Marzo de 2012 se acordó iniciar el procedimiento para declarar la lesividad de la concesión de nacionalidad que finalizó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de Mayo de 2012 acordándolo así; el recurso contencioso administrativo se interpuso el 9 de Julio de 2012; en cuanto al fondo, señala que no concurre el requisito de la buena conducta cívica, exigido por el artículo 22.4 del Código Civil al haber sido condenado por el delito mencionado en fechas próximas a la concesión.

El demandado, por su parte, alega que él mismo comunicó la condena al Encargado del Registro Civil de Móstoles, cuando acudió al Juzgado para que le notificasen la Resolución, lo que demuestra que no tenía intención de ocultar el hecho; tiene íntegramente cumplida las penas y ha contraído matrimonio con la víctima del delito, que tiene la nacionalidad española habiendo realizado labores de apoderado en las últimas elecciones generales; fundamenta sus alegaciones en que el Abogado del Estado

Revista REDMEX 34-2013.indb 229 02/01/14 09:40

hace una interpretación errónea del artículo 22.4 del Código Civil, ya que la mera existencia de antecedentes penales no es incompatible con la buena conducta cívica sino que hay que valorar toda la trayectoria personal del solicitante, como ha declarado el Tribunal Supremo, quien reside legalmente en España desde hace más de ocho años y sólo ha sido condenado una vez, con posterioridad a su solicitud, habiendo sido ya cancelados los antecedentes penales, por lo que solicita que se desestime el recurso y se declare conforme a derecho la resolución.

El presente recurso de lesividad se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de forma exigidos por el artículo 45.4 de la Ley de Jurisdicción en relación con el artículo 43 de la misma, dentro del plazo señalado en el artículo 46.5 y acompañándose declaración de lesividad de 25 de Mayo de 2012, adoptada dentro del plazo de cuatro años establecido en el artículo 103 de la Ley 30/92, el que se dio trámite de audiencia al interesado el 16 de Mayo de 2012, compareciendo en el procedimiento y aportando diversa documentación, justificando la razón de la misma en cuanto a la infracción del ordenamiento jurídico apreciada en la resolución que se declara lesiva y la incidencia negativa para el interés público.

El artículo 22.4 del Código Civil establece que los que deseen obtener la nacionalidad española han de justificar buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española, en el expediente seguido al efecto conforme a las normas reguladoras del Registro Civil.

En los artículos 220 a 223 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil contienen reglas especiales en relación con la justificación de la buena conducta cívica que, por lo tanto, puede ser acreditado por cualquier medio de prueba (artículo 221, párrafo penúltimo RRC). En relación con este requisito, el Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias de 26 de Julio de 1997 y 24 de Abril y 5 de Junio de 1999, que «…el requisito de la buena conducta cívica, como concepto jurídico indeterminado, no habilita a la Administración para actuar con discrecionalidad, ya que ha de optar, al decidir, por la única solución justa, lo que, por consiguiente, es controlable y revisable por la Jurisdicción»; además, ese concepto de la buena conducta cívica ha de ponerse en relación «…con su proyección en el ámbito constitucional sobre comportamientos de ausencia de vulneración del ordenamiento jurídico, especialmente en relación con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes prevenidos en el Título I de la Constitución (artículos 14 a 52), en conexión con el artículo 10.2 y los derechos y deberes reconocidos en los textos internacionales: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos y Culturales (1966), así como la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (sts. TS de 12 de Mayo de 1997 y 2 de Junio de 1998), por lo 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, ya que «lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta, durante el tiempo de residencia en España y aun antes ha sido conforme a las normas de convivencia cívica, no solo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles» (por todas, st. TS de 16 de Marzo de 1999, que cita la Sentencia 114/87, del Tribunal Constitucional).

De forma más rotunda y resumiendo la jurisprudencia anterior, la reciente sentencia de 19 de Diciembre de 2011, declara que «Nada tiene que ver pues el concepto jurídico indeterminado «buena conducta cívica» a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales, ya que la «buena conducta cívica» (además de suficiente grado de integración en la sociedad española)(artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo periodo de tiempo de permanencia en

Revista REDMEX 34-2013.indb 230 02/01/14 09:40

España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales», añadiendo que «El cumplimiento de tal requisito viene determinado, por lo tanto, no solo por la ausencia de elementos negativos en la conducta del solicitante, como pueden ser trasgresiones de las obligaciones de distinta naturaleza que el ordenamiento jurídico impone al ciudadano, sino por la acreditación positiva de un comportamiento conforme con los principios y valores cívicos de la comunidad en la que se integra, que ha de resultar más expresiva, convincente y concluyente cuando median situaciones y actuaciones que, al margen de la trascendencia penal, merecen una valoración negativa a efectos de cumplir con tal requisito de buena conducta cívica».

Concretando más y en supuesto similar al que ahora se enjuicia, el Tribunal Supremo ha declarado en una reciente sentencia de 5 de Diciembre de 2011 que procede, para la valoración de este requisito, «la toma en consideración del antecedente desfavorable que pesa sobre el recurrente, que ha sido condenado penalmente por hechos relacionados con la llamada «violencia doméstica»; sin que esos hechos sean lejanos en el tiempo, sino prácticamente coetáneos a la tramitación del expediente. Este dato negativo merece un juicio de desvalor de suficiente entidad como para no poder prescindir de él a la hora de apreciar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, y no puede considerarse contrarrestado por los demás datos que el recurrente esgrime, que son más atinentes a la integración social en España (requisito distinto al que nos ocupa, también exigido por el artículo 22.4 Cc que a la buena conducta cívica».

En el presente caso, como resulta del expediente, el demandante solicitó la nacionalidad el 12 de Mayo de 2006 y, poco antes de la resolución de su solicitud, el 10 de Abril del 2008, fue condenado por un delito de lesiones con pena privativa de libertad y restrictivas de derechos, lo que no puso en conocimiento del registro civil o de la DGRN, sino en el momento de serle notificada la concesión de la nacionalidad española por resolución posterior a la comisión del delito; en dicha resolución, al apreciar la concurrencia del requisito de la observancia de la buena conducta cívica, se infringe el artículo 22.4 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, antes mencionada, que impide apreciar la existencia de buena conducta en quien ha sido condenado en fechas recientes en relación con la petición, por un grave delito que provoca un especial rechazo en la sociedad española; este hecho resulta de una importancia decisiva para excluir la concurrencia de esta condición para obtener la nacionalidad española por residencia y, de haber sido conocido por el órgano autor del acto, hubiese determinado el rechazo de la petición.

Nacionalidad: Petición formulada por nacional de Cuba. Consta acreditada la residencia en España durante un año y el matrimonio con un español. La solicitante ha aportado certificación consular relativa al matrimonio. Habiendo acreditado el vínculo matrimonial le es de aplicación el plazo reducido de un año.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **27 de junio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **459/2012**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Nacionalidad española por residencia continuada e inmediatamente anterior a la solicitud. Vínculo matrimonial**

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 4 de mayo de 2012 por la que se deniega la nacionalidad por residencia.

Revista REDMEX 34-2013.indb 231 02/01/14 09:40

La denegación tiene su base en que la residencia legal y continuada no se ha mantenido con carácter previo a la solicitud durante dos años sin que pueda serle de aplicación el plazo abreviado de un año.

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

La Administración ha denegado a la recurrente la concesión de la nacionalidad española al considerar que no se cumple el plazo de residencia legal, previa y continuada dos años como nacional de país iberoamericano –Cuba– sin que pueda aplicársele el plazo abreviado de un año por cónyuge de español al no estar inscrito el matrimonio en el Registro Civil.

De conformidad con el 22.2 del Código Civil, bastará el tiempo de residencia de un año para: «e) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho».

Dicho plazo, como se indica en sentencia de esta Sala de 27 de junio de 2002 (Rec. 487/2001), tiene un carácter privilegiado, en cuanto supone una reducción muy significativa del plazo general, y se funda en el contenido y efectos del vínculo matrimonial que se trata de favorecer propiciando la uniformidad en la nacionalidad de los cónyuges, de ahí que el propio precepto condicione la aplicación de dicho plazo no sólo a la existencia del vínculo matrimonial sino a la efectividad del mismo, plasmada en la convivencia de los cónyuges en las condiciones y con los fines propios de dicho vínculo, por eso exige no estar separado legalmente o de hecho.

En el caso presente, el matrimonio de la ahora recurrente, nacional de CUBA, con persona de nacionalidad también cubana en el momento de contraerlo se produjo el 27 de diciembre de 2002. Posteriormente el marido adquirió la nacionalidad española el 21 de noviembre de 2006 y la recurrente ha acreditado residencia legal en España desde el 8 de octubre de 2007 (TFRC con validez hasta el 7 de octubre de 2012, posteriormente renovada hasta el 7 de octubre de 2022).

La solicitud de la concesión de la nacionalidad fue efectuada el 6 de abril de 2009.

Se trata de ver si a la actora le es de aplicación el plazo privilegiadamente reducido de un año partiendo de que la recurrente ha sido requerida en varias ocasiones, incluso mediante diligencia final, para que aportase la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español sin haberlo efectuado. El marido tras adquirir la nacionalidad española fue debidamente inscrito en el Registro Civil Central sin que al margen de esta inscripción conste referencia alguna a la inscripción matrimonial. La defensa de la recurrente considera que la existencia de matrimonio con español y su subsistencia está debidamente acreditada con la certificación cubana de matrimonio, debidamente legalizada, por lo que la inscripción del mismo en el Registro Civil español es un trámite superfluo y la propia Administración ha reconocido la existencia de tal matrimonio en tres ocasiones anteriores: cuando le concedió la TFRC, al mandarle el borrador de la declaración por IRPF de su esposo en la opción de tributación conjunta y donde ella aparece como cónyuge y al informar el expediente de nacionalización donde se hace constar que su estado civil es el de casada y que su cónyuge es D. Raúl.

El artículo 220 del entre las indicaciones que se han de reflejar en la solicitud de nacionalidad por residencia recoge el estado civil del solicitante y las menciones de identidad y lugar y fecha de nacimiento del cónyuge y a tal efecto el artículo 221 del RRC establece la obligación del peticionario de probar tales hechos y en este punto se señala que: «se acreditarán por certificación del Registro español, en su defecto, por la expedida por Cónsul o funcionario competente

Revista REDMEX 34-2013.indb 232 02/01/14 09:40

de su país, y de no ser esto posible, por cualquier otro medio».

Es evidente que la forma más fácil, que no la única, de acreditar el matrimonio con español, ya sea de origen o nacionalizado, es la inscripción de dicho matrimonio en el Registro Civil español siendo de reseñar que la inscripción del matrimonio de la recurrente fue solicitada el 22 de agosto de 2012, después de denegada la nacionalidad, y que según la sede electrónica el Registro Civil Central dicho expediente está pendiente de tramitar (dicho órgano lleva un retraso de más de un año hasta tal punto que a fecha 17 de abril de 2013 se certifica que se están tramitando los expedientes que tuvieron entrada el 23 de noviembre de 2011 y el de la recurrente entró en tal Registro Civil Central el 13 de diciembre de 2012). Efectivamente, se puede achacar a la recurrente cierta dejadez en dar lugar a este trámite dado que su cónyuge adquirió la nacionalidad española en 2006 pero lo cierto es que no fue consciente de la oportunidad de promover tal inscripción hasta que, a instancia de la DGRN, no fue requerida de aportación de tal documento el 22 de diciembre de 2011. No en vano actuaba en la confianza de que le fue concedida la inicial TFRC sin objeción alguna al hecho del matrimonio que le servía de base y en la renovación de tal titulo de residencia tramitada en 2012, aunque inicialmente se dictó resolución denegatoria por no estar inscrito el matrimonio en el Registro Civil español, posteriormente, en vía de recurso administrativo se ha estimado éste y se le ha vuelto a renovar hasta 2022.

A ello unimos que se ha aportado certificación consular comprensiva del matrimonio respecto de la cual la Administración no ha efectuado objeción alguna constando que ambos presentaban declaración conjunta por IRPF 2007 (año inmediatamente anterior al de la solicitud de nacionalidad), obrando padrón municipal en que ambos están empadronados en el mismo domicilio, compareciendo el marido en el expediente del nacionalización y mostrando su total conformidad con la solicitud de su esposa. Además la DGP al informar el expediente constató el matrimonio y la convivencia.

Por ello ha de entenderse sobradamente acreditado el vinculo matrimonial, su subsistencia y su efectividad y por ello el plazo de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud es de un año, requisito que se cumple en el caso de autos, debiéndose estimar el recurso con anulación de la resolución recurrida.

Petición de nacionalidad por residencia: El solicitante no ha acreditado que fuera nacional argentino de origen por lo que no puede beneficiarse del plazo reducido de residencia de dos años. Tampoco acredita la residencia continuada durante diez años. Análisis de los requisitos legales para su concesión.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **18 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **173/2012**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Nacionalidad española por residencia: necesidad de acreditar por el solicitante su nacionalidad argentina «de origen»**

El presente recurso tiene por objeto la resolución de 19 de diciembre de 2011 dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, que denegó la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente, Humberto, al considerar, en síntesis, que a la fecha de ratificación de su solicitud de nacionalidad el día 5 de enero de 2009, no llevaba los 10 años de residencia legal en España exigidos por el artículo 22 del Código

Revista REDMEX 34-2013.indb 233 02/01/14 09:40

Civil, porque no solicitó su primera residencia legal hasta el día 25 de marzo de 2003, siéndole esta concedida el 29 de noviembre de 2004, según consta en la documentación que obra en el expediente. No se le puede aplicar el plazo abreviado de dos años, ya que si bien ostenta actualmente la nacionalidad argentina, esta no es de origen, como consta en el certificado del Consulado General de la República Argentina, según el cual es ciudadano argentino naturalizado por el Juzgado Federal número 7 de la Ciudad de Buenos Aires el día 4 de julio de 2002.

Los artículos 21 y 22 del Código Civil sujetan la concesión de la nacionalidad española por residencia a dos tipos de requisitos: unos de carácter definido como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo como es el caso de la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo como es el caso de los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación.

La Administración, ha denegado al recurrente la concesión de la nacionalidad española, al considerar que falta la residencia legal en España, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, durante diez años ya que no puede beneficiarse del plazo abreviado de dos años.

El artículo 22.1 del Código Civil, establece que para la concesión de la nacionalidad por residencia son necesarios diez años aunque serán suficientes dos años en el caso de nacionales de origen de países iberoamericanos, debiendo ser la residencia, en todo caso, «legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición», según reza el número 3 del citado artículo.

Según el artículo 221 del reglamento del registro civil, en el expediente que ha de seguirse al efecto, «el peticionario acreditará los hechos a que se refieren los cinco primeros números del artículo anterior». Entre dichos hechos a probar por el peticionario está el de la «nacionalidad actual y anteriores» del recurrente, así como «las circunstancias que reducen el tiempo de residencia exigido». Por eso el recurrente el que debe acreditar dicha circunstancia dentro de las exigencias de la normativa española para adquirir la nacionalidad española por residencia.

El tenor del artículo 22 del Código Civil impone, tal y como claramente se desprende de su tenor, una doble exigencia para que pueda ser tenido en cuenta el plazo reducido de residencia de dos años previsto en dicho precepto para la concesión de la nacionalidad española, y esa doble exigencia se concreta no solo en la nacionalidad de origen de un país iberoamericano, sino que dicha nacionalidad se ostente en el concreto momento de solicitar la concesión de la nacionalidad española (S.T.S. de 14 de diciembre de 2006 Rec. Casación 4416/2002).

Véase sentencia de este tribunal, de 6 octubre 2011.

El recurrente, por lo tanto, no ha acreditado que en el momento de solicitar la nacionalidad española –el 5 de enero de 2009 ratificó su petición–, fuera nacional argentino «de origen».

La resolución administrativa recurrida aparece así plenamente motivada y es ajustada al ordenamiento jurídico, debiendo por lo tanto ser desestimado el recurso.

Nacionalidad por residencia: Petición formulada por nacional de Cuba. Análisis de los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos para su concesión: Residencia y buena conducta cívica. Diferencia con los antecedentes penales. La condena del solicitante fue por hechos leves habiendo asumido sus consecuencias penales ocurridos dos años antes de la solicitud.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **18 de julio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **379/2012**

Revista REDMEX 34-2013.indb 234 02/01/14 09:40

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Nacionalidad por residencia. Antecedentes policiales: detención por resistencia y desobediencia**

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de fecha 4 de mayo de 2012 denegatoria de la nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que no ha justificado suficientemente la buena conducta cívica con base a unos antecedentes policiales de 28 de marzo de 2008 de los que resulta que fue detenido por resistencia y desobediencia sin que haya aportado en vía administrativa la documentación requerida por lo que la Administración argumenta que se ignora si dicha detención dio lugar a un procedimiento penal.

(…).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(…).

Nada tiene que ver, como indica el TS, el concepto jurídico indeterminado, buena conducta cívica, a que se refiere el artículo 22-4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales a que se refiere en último término la norma invocada, ya en la sentencia de 16 de marzo de 1999 se decía que en el supuesto de la concesión de nacionalidad por residencia, la exigencia de «justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica» (además de suficiente grado de integración en la sociedad española) (artículo 22.4 del Código Civil), constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no trasgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras, impuesto por el ordenamiento jurídico en razón del carácter excepcional que supone el reconocimiento de la nacionalidad por residencia y, por ende envuelve aspectos que trascienden los de orden penal y ha de ser valorada atendiendo a la conducta del solicitante durante un largo período de tiempo y permanencia en España y no puede identificarse sin más con la ausencia de antecedentes penales o policiales.

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 (Sentencia TS de 5 de noviembre de 2001, Rec. casación núm. 5912/1997).

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de nacionalidad por residencia data del 10 de noviembre de 2009 siendo el recurrente nacional de Cuba y teniendo residencia legal y continuada desde el 4 de agosto de 2005.

El recurrente en su solicitud dijo ser soltero aunque según informe de la DGP está casado con Filomena.

Según hoja de vida laboral, a fecha 9 de septiembre de 2009 tenía un alta en la Seguridad Social de 3 años, 4 meses y 12 días encontrándose en situación de desempleo al solicitar la nacionalidad.

Del expediente resulta que el recurrente se ha visto implicado en dos actuaciones penales:

a. juicio de faltas 201/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Bilbao por hechos ocurridos el 27 de marzo de 2008 (los agentes habían acudido ante un aviso de que se estaban arrojando objetos a la vía pública y al llegar al inmueble y ante la indicación que se les hace desde el inte-

Revista REDMEX 34-2013.indb 235 02/01/14 09:40

rior de una vivienda en relación a un determinado piso, llamaron al mismo entreabriendo la puerta el hoy recurrente completamente desnudo a excepción de una camiseta que le cubría parcialmente el torso siendo requerido para identificarse a lo que se negó dando lugar a su detención). En este procedimiento recayó sentencia absolutoria de fecha 11 de abril de 2008.

b. juicio de faltas 601/2007 T del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Bilbao por hechos ocurridos el 7 de diciembre de 2007 que dieron lugar a sentencia condenatoria de fecha 26 de febrero de 2008 por falta de respeto a agentes de la autoridad (se encontraba alterando el orden en una estación de metro y ante el requerimiento de los agentes de la Ertzaintza para que cesara en su actitud y abandonase las instalaciones fueron insultados, poniéndose agresivo y haciendo caso omiso a los requerimientos policiales). La multa fue pagada el 12 de marzo de 2008 y la ejecutoria archivada el 24 de abril de 2008.

Como hemos visto la resolución administrativa en su denegación solo da relevancia, a la hora de valorar negativamente el requisito de la buena conducta cívica, al primero de los incidentes judiciales reseñados y lo hace sobre la premisa de desconocer su resultado y ello pese a que en el informe policial se reseñaban las dos detenciones que dieron lugar a ambos juicios de faltas de tal manera que el requerimiento de documentación es comprensivo de ambas. Efectivamente por parte del recurrente, tras el requerimiento, se había aportado providencia de archivo del segundo y no cabe destacar una especial actuación obstruccionista al requerimiento de presentación de documentación ya que carece de toda lógica el cumplirlo parcialmente no aportando un documento que le era claramente beneficioso como era la sentencia absolutoria y menos aun dado el tenor de la misma.

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta que los hechos que dieron lugar a la única condena son hechos leves, ocurridos dos años antes de la solicitud, habiéndose asumido plenamente las consecuencias penales derivadas de tal condena y dado que el único hecho en el que se centra la resolución recurrida ha concluido con sentencia absolutoria en cuya fundamentación se destacan graves inconsistencias en las declaraciones de los agentes, cuya actuación en la detención del hoy actor se califica por el Juez penal como «muy oscura» afirmándose que antes de la detención «don Gerónimo no cometió ninguna infracción penal» y que el caso que se enjuiciaba «es uno de los supuestos más claros de un mal trabajo policial», ha de concluirse con la estimación del recurso.

RÉGIMEN UNIÓN EUROPEA

Prestaciones de vejez: Percepción de pensiones en dos Estados miembros distintos por residencia habitual en los dos. Reducción del importe de la pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro con el límite del importe de las prestaciones cobradas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma que prohíbe la acumulación.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **16 de mayo de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-589/10**

Ponente: **Sr. Kasel**

Voz: **Percepción de pensiones de jubilación en dos Estados miembros: residencia habitual**

La Sra. W., de nacionalidad polaca, nacida el 25 de febrero de 1930, está empadronada desde 1954 en la ciudad de Bia³ystok (Polonia). Su marido, también de nacionalidad polaca, tras su matrimonio en 1975, se instaló en Fráncfort del Meno (Alemania), donde se empadronó como

Revista REDMEX 34-2013.indb 236 02/01/14 09:40

residente y ejerció un trabajo por cuenta ajena con el correspondiente pago de cotizaciones de seguridad social. A partir de 1984, éste percibió una pensión de invalidez en Alemania. La Sra. W. se desplazaba a menudo a dicho Estado miembro al lado de su esposo y este último pasaba la totalidad de sus vacaciones y días festivos en Polonia.

Según un certificado de empadronamiento emitido por el ayuntamiento de Fráncfort del Meno, desde 1984 la Sra. W. residió de modo permanente en Alemania. Allí obtuvo un permiso de residencia, aunque jamás trabajó. Sin embargo, entre 1984 y 1990 estuvo trabajando en Polonia para su nuera como cuidadora sus propios nietos. El ZUS le reconoció, mediante resolución de 24 de octubre de 1990, el derecho a percibir una pensión de jubilación polaca por los períodos cubiertos en Polonia. Desde el fallecimiento de su marido en 2008, el organismo de seguridad social alemán le paga una pensión de viudedad, concedida, en particular, por razón de su residencia en Alemania. Actualmente reside en Polonia con su hijo, su nuera y sus nietos.

En 2009, el ZUS tuvo conocimiento de que la Sra. W. estaba empadronada simultáneamente como residente en Polonia y en Alemania. Basándose en una declaración de 24 de noviembre de 2009, en la que la Sra. W. afirmaba residir en Alemania y pasar la totalidad de sus vacaciones y días festivos en Polonia, el ZUS adoptó dos resoluciones fundamentadas en los artículos 114 y 138 de la Ley sobre las pensiones de jubilación.

Mediante su primera resolución, de 26 de noviembre de 2009, el ZUS anuló la resolución por la que se le concedió la pensión de jubilación, de 24 de octubre de 1990, y suspendió el pago de esta última. Según el ZUS, el artículo 4 del Convenio de 9 de octubre de 1975 establece que el organismo de seguridad social del Estado de residencia del solicitante es el único competente para pronunciarse sobre una solicitud de pensión de jubilación. Dado que, supuestamente, la Sra. W. residía de manera permanente en Alemania desde 1975, no tenía derecho a una pensión de jubilación en virtud del sistema polaco de seguridad social. Mediante su segunda resolución, de 23 de diciembre de 2009, el ZUS reclamó a la Sra. W. el reembolso de los importes percibidos indebidamente durante los tres años anteriores.

El 4 de enero de 2010, la Sra. W. recurrió contra ambas resoluciones ante el S¹d Okrêgowy - S¹d Pracy i Ubezpieczeñ Spo³ecznych w Bia³ymstoku (Tribunal de distrito - Tribunal laboral y social de Bia³ystok) invocando una infracción de las disposiciones del Derecho de la Unión sobre la libertad de circulación y residencia. En efecto, según ella, el hecho de tener dos lugares de residencia habitual no debería privarla de su derecho a una pensión de jubilación en Polonia. Alegó además haber redactado la declaración de 24 de noviembre de 2009 con urgencia y presionada por los empleados del ZUS, de manera que ésta no refleja la realidad.

Mediante sentencia de 15 de septiembre de 2010, dicho órgano jurisdiccional desestimó el recurso de la Sra. W. porque, aunque un individuo pueda estar empadronado como residente en dos Estados miembros diferentes, el artículo 4 del Convenio de 9 de octubre de 1975 excluye que pueda disponer de dos centros de intereses distintos. Según el citado órgano jurisdiccional, el traslado del centro de intereses de la Sra. W. a Alemania transfirió la competencia al organismo alemán de seguridad social. Por otra parte, la Sra. W. no informó al ZUS de su decisión de abandonar Polonia, pese a la advertencia que figura en la resolución por la que se le concedió la pensión de jubilación.

La Sra. W. recurrió contra dicha sentencia ante el S¹d Apelacyjny - S¹d Pracy i Ubezpieczeñ Spo³ecznych w Bia³ymstoku.

Según dicho órgano jurisdiccional, del artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 se desprende que quien reside en un Estado miembro no puede verse privado del derecho a prestaciones que haya adquirido en virtud de la legislación de otro Estado miembro. Aunque el citado Reglamento no contempla la situación de quien dispone simultáneamente de dos residencias habituales, cabe admitir que ésta también está comprendida en el ámbito de dicho artículo 10. Tras haber enumerado todos los elementos fácticos en favor del hecho de que la Sra. W. disponía simultáneamente de dos lugares de residencia habitual, y de que, entre 1975 y 2008, pasó

Revista REDMEX 34-2013.indb 237 02/01/14 09:40

la mitad de su tiempo en Polonia y la otra mitad en Alemania, el órgano jurisdiccional remitente concluye que la situación de la Sra. W. es atípica y que la falta de declaración de parte sobre un traslado de su centro de intereses se explica por el hecho de que realmente consideraba que disponía de dos lugares de residencia equivalentes en el sentido del artículo 1, letra h), del Reglamento núm. 1408/71.

En consecuencia, el órgano jurisdiccional que conoce del recurso expresa sus dudas sobre si la Sra. W. puede verse privada de su derecho a prestaciones por el mero hecho de disponer de dos lugares de residencia habitual. Según dicho órgano jurisdiccional, las resoluciones del ZUS parecen contrarias al principio de libre circulación en la Unión Europea.

El citado órgano jurisdiccional añade que, en efecto, en la medida en que, a raíz de la adhesión de la República de Polonia a la Unión en 2004, el Convenio de 9 de octubre de 1975 sólo se aplica, conforme al artículo 7, apartado 2, letra b), del Reglamento núm. 1408/71, si sus disposiciones no son menos favorables que las de este último, la Sra. W. no debería sufrir, en aplicación de los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, así como del artículo 10 de dicho Reglamento, ninguna merma en sus derechos a prestación por el hecho haber dispuesto, durante más de 30 años, de dos lugares de residencia equivalentes.

Además, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si la concesión de la pensión de jubilación puede revocarse de modo retroactivo cuando la interesada no ha sido informada de la obligación de comunicar cualquier circunstancia que pueda influir en la decisión del organismo de seguridad social competente para examinar las solicitudes relativas a pensiones de jubilación.

En esas circunstancias, el S¹d Apelacyjny - S¹d Pracy i Ubezpieczeñ Spo³ecznych w Bia³ymstoku decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 […], con motivo del principio de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, inscrito en el artículo 21 TFUE y en el artículo 20 TFUE, apartado 2, en el sentido de que las prestaciones en metálico de vejez adquiridas en virtud de la legislación de un Estado miembro no podrán ser objeto de ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario haya residido al mismo tiempo en el territorio de dos Estados miembros (tuviera dos residencias habituales con el mismo rango), siendo uno de ellos un Estado distinto de aquel en cuyo territorio tiene su sede la institución deudora de la pensión de jubilación?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 21 TFUE y el artículo 20 TFUE, apartado 2 […] y el artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 […] en el sentido de que se oponen a que se aplique la disposición nacional prevista en el artículo 114, apartado 1, de la [Ley sobre las pensiones de jubilación], en relación con el artículo 4 del Convenio […] de 9 de octubre de 1975, de tal forma que el Instituto de Previsión polaco conozca de nuevo el mismo asunto y a una persona, que durante muchos años tuvo simultáneamente dos lugares de residencia habitual (dos centros vitales) en dos Estados que en la actualidad pertenecen a la Unión Europea y con anterioridad a 2009 no presentó una solicitud de traslado de su lugar de residencia en uno de esos Estados ni hizo la declaración pertinente, se la prive del derecho a una pensión de jubilación?

En caso de respuesta negativa:

3) ¿Deben interpretarse los artículos 20 TFUE, apartado 2, y 21 TFUE, así como el artículo 10 del Reglamento núm. 1408/71 […] en el sentido de que se oponen a que se aplique la disposición nacional prevista en el artículo 138, apartados 1 y 2, de la [Ley sobre las pensiones de jubilación] de tal forma que el Instituto de Previsión polaco pueda exigir a una persona, que desde 1975 hasta 2009 tuvo simultáneamente dos lugares de residencia habitual (dos centros vitales) en dos Estados que en la actualidad pertenecen a la Unión Europea, el reembolso de las pensiones de jubilación correspondientes a los últimos tres años en caso de que dicha persona, durante la adopción de la decisión sobre la solicitud de concesión de la pensión y tras su per-

Revista REDMEX 34-2013.indb 238 02/01/14 09:40

cepción, no hubiera sido informada por el Instituto de Previsión polaco de que también debía comunicar que tenía dos lugares de residencia habitual en dos Estados y, asimismo, presentar una solicitud para elegir el instituto de previsión de uno de estos Estados como entidad competente de la decisión sobre sus solicitudes relacionadas con las pensiones de jubilación o bien hacer una declaración en este sentido?»

(…).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 10 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y modificado por última vez por el Reglamento (CE) núm. 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de la aplicación de dicho Reglamento, una persona no puede disponer simultáneamente de dos lugares de residencia habitual en el territorio de dos Estados miembros distintos.

En virtud de dicho Reglamento núm. 1408/71 y, más concretamente, de sus artículos 12, apartado 2, y 46 *bis,* un organismo competente de un Estado miembro no puede legítimamente, en circunstancias como las del litigio principal, proceder a la revocación retroactiva del derecho a una pensión de jubilación del beneficiario y exigir el reembolso de las pensiones supuestamente pagadas con carácter indebido por razón de que éste cobra una pensión de supervivencia en otro Estado miembro en cuyo territorio también ha dispuesto de residencia. Sin embargo, el importe de dicha pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro puede ser objeto de reducción con el límite del importe de las prestaciones percibidas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma nacional que prohíba la acumulación.

El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una decisión que ordena la reducción del importe de la pensión de jubilación percibida en el primer Estado miembro con el límite del importe de las prestaciones cobradas en el otro Estado miembro en virtud de la aplicación de una posible norma que prohíbe la acumulación, en la medida en que dicha decisión no conduzca, en lo que atañe al beneficiario de tales prestaciones, a una situación desfavorable en relación con la de otra persona cuya situación no presente ningún elemento transfronterizo, y, en caso de constatarse tal desventaja, que esté justificada por consideraciones objetivas y sea proporcionada a la finalidad legítimamente perseguida por el Derecho nacional, circunstancias que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Libre circulación de personas: Derecho de residencia permanente en Gran Bretaña de nacional de Francia y Argelia casado con nacional de Reino Unido. Revocación del permiso y prohibición de entrada: Interés general y seguridad pública. Recurso contra la resolución que impide el acceso a un Estado miembro. Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a ser informado sobre las razones esenciales por las que se le prohíbe la entrada en un Estado miembro.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**
Fecha: **4 de junio de 2013**
Cuestión Prejudicial: **C-10300/11**
Ponente: **Sr. Von Danwitz**
Voz: **Residencia permanente: cónyuge de nacional del Reino Unido. Prohibición de entrada por ser su presencia perjudicial para el interés general**

Revista REDMEX 34-2013.indb 239 02/01/14 09:40

ZZ posee la doble nacionalidad francesa y argelina. Está casado desde 1990 con una nacional del Reino Unido con la que ha tenido ocho hijos cuyas edades estaban comprendidas entre los 9 y los 20 años en la fecha en la que se remitió la petición de decisión prejudicial. ZZ residió legalmente en el Reino Unido desde 1990 hasta 2005. En 2004, el Secretary of State le concedió un derecho de residencia permanente en el territorio de dicho Estado miembro.

Después de que ZZ hubiera abandonado el Reino Unido para viajar a Argelia en agosto de 2005, el Secretary of State decidió revocar su derecho de residencia permanente y prohibirle la entrada en el territorio del Reino Unido, basándose en que su presencia era perjudicial para el interés general. En su resolución, la SIAC hizo constar que ZZ no disponía de recurso alguno contra la referida revocación.

En septiembre de 2006, ZZ viajó al Reino Unido, en donde se encontró con una resolución que le prohibía la entrada en virtud del artículo 19, apartado 1, del Reglamento en materia de inmigración, adoptada por el Secretary of State por razones de seguridad pública (en lo sucesivo, «resolución de prohibición de entrada impugnada en el litigio principal»). Como consecuencia de dicha resolución, ZZ fue devuelto a Argelia. En la fecha en que se remitió la presente decisión prejudicial, ZZ residía en Francia.

ZZ interpuso un recurso contra la resolución de prohibición de entrada impugnada en el litigio principal, recurso que la SIAC desestimó basándose en que la resolución impugnada se justificaba por razones imperiosas de seguridad pública. Ante la SIAC, ZZ estuvo representado por un solicitor y un barrister de su elección (en lo sucesivo, sus «abogados personales»).

En el marco del mencionado recurso, el Secretary of State se opuso a que se comunicaran al recurrente determinados elementos en los que aquél había basado su oposición al recurso de ZZ. De conformidad con el Reglamento de procedimiento de la SIAC, se nombraron dos letrados especiales para representar los intereses de ZZ. Estos letrados mantuvieron reuniones con el recurrente acerca de las «pruebas que podían hacerse públicas».

Posteriormente, la información no comunicada a ZZ en la que se basaba la resolución de prohibición de entrada impugnada en el litigio principal fue puesta en conocimiento de los letrados especiales, a quienes se prohibió, a partir de ese momento, que pidieran nuevas instrucciones a ZZ o a sus abogados personales, así como facilitar a estos últimos información sin la autorización de la SIAC. Con sujeción a estas limitaciones, los letrados especiales procedieron a representar los intereses de ZZ ante la SIAC respecto a las «pruebas confidenciales».

A fin de examinar la oposición del Secretary of State a que se diera traslado de determinadas pruebas al recurrente, la SIAC celebró una audiencia que se desarrolló a puerta cerrada, sin que asistieran ZZ y sus abogados personales, pero en presencia de sus letrados especiales. La SIAC determinó en qué grado la revelación a ZZ de las «pruebas confidenciales» invocadas por el Secretary of State sería contraria al interés general.

Posteriormente se celebró una audiencia sobre el recurso de ZZ en la que hubo sesiones públicas y sesiones a puerta cerrada. Las sesiones a puerta cerrada tuvieron lugar sin que asistieran ZZ y sus abogados personales, pero en presencia de sus letrados especiales, quienes formularon alegaciones en representación de ZZ.

La SIAC desestimó el recurso de ZZ y dictó dos resoluciones, denominadas resolución «pública» y resolución «confidencial». La resolución «confidencial» se notificó únicamente al Secretary of State y a los letrados especiales de ZZ. En la resolución pública, la SIAC constató, en particular, que a ZZ sólo se le comunicó «una pequeña parte de los elementos retenidos en su contra» y que aquellos que sí le fueron revelados no versaban sobre «cuestiones esenciales».

Por otro lado, en la resolución pública la SIAC se muestra convencida de que ZZ estuvo implicado en las actividades de la red del Grupo islámico armado y en actividades terroristas en 1995 y en 1996. En lo que atañe a los elementos de hecho que le fueron revelados a ZZ, en la resolución pública se hace constar que una serie de objetos en relación con los cuales este último había admitido ser o haber sido propietario habían sido descubiertos en Bélgica en 1995, en locales alquilados por un conocido extremista

Revista REDMEX 34-2013.indb 240 02/01/14 09:40

en donde aparecieron, entre otras cosas, armas y municiones. En lo que respecta a otros de los hechos alegados por el Secretary of State, tales como, en particular, las estancias en Italia y en Bélgica, los contactos con determinadas personas y la posesión de elevadas cantidades de dinero, la SIAC consideró que, hasta cierto punto, resultaban creíbles y pertinentes tanto el planteamiento de ZZ como las pruebas aportadas por él. No obstante, por razones explicadas específicamente en la resolución confidencial, la SIAC no consideró válidas las objeciones que ZZ había expresado contra su implicación en las actividades de la red de que se trata.

En su resolución pública, la SIAC llegó a la conclusión de que, «por razones explicadas únicamente en la resolución confidencial», tenía «el convencimiento de que la conducta personal de ZZ representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, a saber, la seguridad pública, que prevalece sobre el derecho del recurrente y el de su familia a disfrutar de su vida familiar en el Reino Unido».

ZZ interpuso un recurso de apelación contra dicha resolución ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division), que le concedió la correspondiente autorización para recurrir. En su resolución de fecha 19 de abril de 2011, dictada en el marco del procedimiento de apelación y en virtud de la cual se consideró que resultaba necesario plantear la presente petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente declaró que las resoluciones de la SIAC, interpretadas conjuntamente, contenían constataciones de hecho y elementos de razonamiento que confirmaban sin ninguna dificultad la mencionada conclusión de la SIAC. En tales circunstancias, añadió, la SIAC había motivado suficientemente su resolución. No obstante, la Court of Appeal se pregunta si la SIAC podía legítimamente abstenerse de comunicar a ZZ las razones esenciales que constituyen el fundamento de la resolución de prohibición de entrada impugnada en el litigio principal.

En tales circunstancias, la Court of Appeal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Exige el principio de tutela judicial efectiva, enunciado en el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/38 e interpretado a la luz del artículo 346 [TFUE], apartado 1, letra a), […] que un órgano judicial, que ha de conocer sobre un recurso contra una resolución que prohíbe la entrada en un Estado miembro a un ciudadano de la Unión Europea por razones de orden público y seguridad pública conforme al capítulo IV de la Directiva 2004/38, garantice que el ciudadano de la [Unión] afectado sea informado de las razones esenciales por las que se le prohíbe la entrada, a pesar del hecho de que las autoridades del Estado miembro y el correspondiente órgano judicial nacional, una vez consideradas todas las pruebas contra ese ciudadano de la Unión […] en las que se apoyan las autoridades del Estado miembro, concluyan que la divulgación de esas razones esenciales sería contraria a los intereses de la seguridad nacional del Estado?»

(…).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

Los artículos 30, apartado 2, y 31 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que exigen que el juez nacional competente vele por que se limite a lo estrictamente necesario la facultad de la autoridad nacional competente de no comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones en las que se fundamenta una resolución adoptada en virtud del artículo 27 de la misma Directiva, así como los correspondientes elementos de prueba, garantizando en todo caso que se comunique al interesado el contenido esencial de tales razones de una manera en que se tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas.

Revista REDMEX 34-2013.indb 241 02/01/14 09:40

Derecho de libre circulación y de residencia. Ayuda a la formación concedida a un nacional de un Estado miembro para cursar estudios en otro Estado miembro. Obligación de residir en el Estado miembro de origen durante al menos tres años antes de comenzar los estudios.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **18 de julio de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-523/11 y 585/11**

Ponente: **Sr. A.Ó Caoimh**

Voz: **Derecho de residencia y libre circulación: ayudas a la formación para cursar estudios en un Estado miembro**

La Sra. Prinz, nacida en 1991 en Alemania, vivió durante diez años con su familia en Túnez, donde su padre trabajaba para una empresa alemana. Tras su regreso a Alemania en enero de 2007, la interesada terminó el curso escolar en Francfort (Alemania), donde, en junio de 2009, obtuvo el título de Bachiller («Abitur»). El 1 de septiembre de 2009 comenzó sus estudios en la Universidad Erasmus de Rótterdam (Países Bajos).

En respuesta a una solicitud de ayuda a la formación, presentada por la Sra. Prinz el 18 de agosto de 2009 para el curso académico 2009/2010, la Region Hannover, mediante resolución de 30 de abril de 2010, le concedió dicha ayuda para el período comprendido entre septiembre de 2009 y agosto de 2010.

Sin embargo, mediante resolución de 4 de mayo de 2010, se denegó la solicitud de ayuda presentada por la Sra. Prinz para el curso académico 2010/2011, por el motivo de que, al no cumplir la interesada el requisito de residencia previsto en la BAföG, no podía solicitar una ayuda a la formación ilimitada en el tiempo, por estar sus derechos limitados a un período de un año en virtud del artículo 16, apartado 3, de dicha Ley.

El 1 de junio de 2010, la Sra. Prinz interpuso un recurso contra dicha resolución. Alegó que cumplía el referido requisito, puesto que había residido en Alemania desde septiembre de 1993 hasta abril de 1994 y desde enero de 2007 hasta agosto de 2009, es decir, durante un período de tres años y cuatro meses. Asimismo, alega que el requisito de residencia establecido por la BAföG es contrario al artículo 21 TFUE e invoca los vínculos que ha mantenido con el Estado miembro de que se trata, manifestando que nació allí, que tiene la nacionalidad alemana, que abandonó dicho Estado miembro únicamente debido al traslado de su padre y que siempre ha mantenido vínculos con su país de origen. Según la Sra. Prinz, el hecho de residir cuatro meses adicionales no habría reforzado dichos vínculos de modo significativo.

La Region Hannover sostiene que la duración mínima de tres años prevista en el artículo 16, apartado 3, de la BAföG ha de ser necesariamente un período continuo. Señala que la referida Ley no es contraria al Derecho de la Unión en materia de libre circulación y residencia, puesto que el citado Derecho no impone a los Estados miembros obligación alguna de pagar, sin límite alguno, una ayuda a sus propios nacionales.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un requisito de residencia como el controvertido en el litigio principal. Considera que, al igual que el requisito aplicable antes de la entrada en vigor de la 22ª Ley de reforma de la BAföG –a saber, el requisito de haber asistido a un establecimiento de formación alemán durante al menos un año–, el requisito controvertido en el litigio principal puede disuadir a un ciudadano de la Unión de iniciar estudios en otro Estado miembro, puesto que, transcurrido un año, dejará de percibir la ayuda a la formación. Según dicho órgano jurisdiccional, si bien puede ser legítimo que un Estado miembro conceda ayudas a la formación únicamente a aquellos estudiantes que hayan acreditado cierto gra-

Revista REDMEX 34-2013.indb 242 02/01/14 09:40

do de integración en la sociedad de dicho Estado miembro, el criterio de la residencia continuada en Alemania durante tres años antes del inicio de la residencia en el extranjero no es adecuado para acreditar la existencia de dicha integración.

En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Hannover decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Existe una restricción no justificada por el Derecho [de la Unión] de los derechos de libre circulación y de residencia para los ciudadanos de la Unión, consagrados en los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, si a una nacional alemana que tiene su residencia permanente en territorio alemán y estudia en un centro educativo en otro Estado miembro de la Unión Europea sólo se le concede durante un año la ayuda a la formación prevista en la [BAföG] para cursar estudios en dicho centro porque en el momento de iniciar su estancia en el extranjero no había residido al menos tres años de forma permanente en Alemania?».

(…).

El Sr. Seeberger, nacido en 1983 en Alemania, vivió en dicho país hasta 1994 con sus padres, también nacionales alemanes. Asistió a una escuela primaria en Múnich (Alemania) desde 1989 hasta 1994 y, a continuación, a un instituto de bachillerato. Desde 1994 hasta el mes de diciembre de 2005, el interesado residió con sus padres en Mallorca (España), donde su padre ejercía una actividad por cuenta propia como asesor de empresas.

En enero de 2006, los padres del Sr. Seeberger se instalaron en Colonia (Alemania). Aunque el Sr. Seeberger no se empadronó en Múnich hasta el 26 de octubre de 2009, afirma que, desde enero de 2006, su residencia permanente se encontraba en Alemania.

En septiembre de 2009, el Sr. Seeberger comenzó la carrera de Ciencias Económicas en la Universidad de las Baleares, en Palma de Mallorca, y presentó al Studentenwerk una solicitud de ayuda a dicha formación.

El Studentenwerk denegó la referida solicitud, basándose en que el hecho de que el interesado no cumpliera el requisito de residencia previsto en el artículo 16, apartado 3, de la BAföG, se oponía a que pudiera beneficiarse de dicha ayuda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2, primera frase, número 3, de la citada Ley.

Invocando su derecho a circular libremente en cuanto ciudadano de la Unión, el Sr. Seeberger presentó contra la citada resolución una reclamación, que fue desestimada por el Studentenwerk mediante resolución de 14 de junio de 2010.

En un recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el Verwaltungsgericht Karlsruhe, el Sr. Seeberger sostiene que el requisito de residencia del artículo 16, apartado 3, de la BAföG vulnera su derecho de libre circulación, puesto que le obliga a renunciar a una residencia permanente en otro Estado miembro o a trasladar nuevamente su residencia permanente a Alemania con la suficiente antelación, so pena de poner en peligro la concesión de una ayuda a la formación para los estudios que cursa en España. A este respecto, señala que su acceso a estudios superiores únicamente está reconocido en España y que pretende cursar toda la carrera en dicho Estado miembro.

El Studentenwerk alega que, en la medida en que la obligación de residencia prevista en la BAföG se aplica del mismo modo a todos los nacionales, puede aplicarse a los ciudadanos de la Unión procedentes de otros Estados miembros y que hacen uso del derecho de libre circulación. Esta obligación se limita a concretar el interés legítimo que tiene el Estado miembro que paga prestaciones sociales en que dichas prestaciones, sufragadas con recursos públicos financiados mediante los impuestos, queden reservadas a categorías de personas que puedan justificar un mínimo vínculo con el Estado miembro prestador.

En su resolución de remisión, el Verwaltungsgericht Karlsruhe señala que el requisito de residencia controvertido en el litigio principal no se aplica a la ayuda a una formación seguida en Alemania. Indica que dicho requisito de residencia, debido a los inconvenientes personales, gastos adicionales y posibles retrasos que implica, podría disuadir a los ciudadanos de la Unión de abandonar Alemania a fin de realizar estudios en

Revista REDMEX 34-2013.indb 243 02/01/14 09:40

otro Estado miembro. El referido órgano jurisdiccional alberga dudas sobre la cuestión de si está justificado el requisito de que el solicitante de la ayuda haya tenido su residencia en Alemania desde al menos tres años cuando comienza la formación, y se pregunta si, en el presente litigio principal, debe reconocerse cierto grado de integración en la sociedad de dicho Estado miembro, que éste puede exigir legítimamente, por el hecho de que el solicitante, nacional alemán, se haya criado con sus padres en Alemania, donde acudió a la escuela hasta pasar al sexto curso, momento en el que, a la edad de doce años, se produjo el traslado de su familia, por la razón de que su padre hizo uso de los derechos que le asisten en virtud de los artículos 45 TFUE y 49 TFUE. Según el referido órgano jurisdiccional, un criterio basado en una fecha determinada y en el período de los tres años anteriores al inicio de la formación en el extranjero parece *a priori* poco adecuado para demostrar la integración exigida.

En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Karlsruhe decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Se opone el Derecho de la Unión a una normativa nacional que niega la concesión de ayudas a la formación para cursar estudios superiores en otro Estado miembro basándose exclusivamente en que, al comenzar la formación, el estudiante que ha ejercitado su derecho a la libre circulación no tenía su residencia permanente desde al menos tres años en su Estado miembro de origen?».

(…).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

Procede interpretar los artículos 20 TFUE y 21 TFUE en el sentido de que se oponen a una normativa nacional de un Estado miembro que supedita la concesión, por un período superior a un año, de una ayuda a la formación para cursar estudios en otro Estado miembro a un requisito único, tal como está previsto en el artículo 16, apartado 3, de la Bundesgesetz **über** individuelle Förderung der Ausbildung (Bundesausbildungsförderungsgesetz), en su versión modificada el 1 de enero de 2008 por la 22. Gesetz zur **Änderung** des Bundesausbildungsförderungsgesetzes, que exige al solicitante haber tenido su residencia permanente en el sentido de dicha Ley en territorio nacional durante un período de al menos tres años antes de comenzar los referidos estudios.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Derecho a la tutela judicial efectiva e igualdad. Determinación de edad de persona extranjera. Recurso de amparo contra un decreto de la Fiscalía Provincial de Madrid. Prioridad probatoria del examen médico forense sobre la partida de nacimiento y pasaporte. Recurso contra el decreto de determinación de edad: Falta de recurso directo que no permite acudir al amparo constitucional. Inadmisión del recurso.

Tribunal: **Auto del Tribunal Constitucional**

Fecha: **8 de julio de 2013**

Recurso de Amparo: **1051-2013**

Voz: **Procedimiento para determinar la edad de un menor extranjero**

El objeto directo y principal del presente recurso de amparo es el decreto de determinación de la edad del menor S.C., de 29 de enero de 2013, de la Fiscalía Provincial de Madrid en diligencias de investigación núm. 15-2012, fundándose la demanda en la vulneración del derecho funda-

Revista REDMEX 34-2013.indb 244 02/01/14 09:40

mental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en la vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, y en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 14 CE), por las razones expuestas en los antecedentes.

Siguiendo el precedente de anteriores pronunciamientos, y en particular de la STC 57/2013, de 11 de marzo, el hecho de que esté involucrado un extranjero probablemente menor de edad en el presente recurso de amparo, explica que, de conformidad con el artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y los apellidos completos del presunto menor de edad.

La particularidad del recurso de amparo que nos ocupa, y que justifica el pronunciamiento de la Sala mediante Auto, radica precisamente en el objeto del mismo, un decreto del Ministerio Fiscal que, a juicio de los recurrentes, no es susceptible de vía alguna de recurso directo en la jurisdicción ordinaria, razón que justifica que hayan acudido per saltum al Tribunal Constitucional mediante la presentación de una demanda de amparo, y a la vez motivo principal de la lesión constitucional que alegan, esto es la imposibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria con la consiguiente vulneración del derecho del menor a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Por tanto, en este caso, la conexión entre el objeto del amparo, el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad, en particular el relativo al agotamiento de la vía jurisdiccional previa [artículo 50.1.a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC], y la pretensión de fondo, es tan estrecha, que no es posible proceder a la inadmisión del recurso por simple providencia, exigiéndose de este Tribunal un mayor esfuerzo de argumentación.

En un primer análisis relativo a los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción, es decir a los requisitos de procedibilidad, que también podemos denominar como causas de inadmisión del recurso de amparo, se encuentra «como expresión del carácter subsidiario del recurso de amparo, el que previamente a acudir ante este Tribunal solicitando la protección de los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados, se hayan agotado las posibilidades que el Ordenamiento proporciona para lograr tal protección ante los órganos de la jurisdicción ordinaria. Este requerimiento viene expresamente dispuesto por el artículo 44.1.a) LOTC al exigir «que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial» (por todas, STC 110/2013, de 6 de mayo, FJ 2).

En el recurso de amparo que nos ocupa, dejando de lado la cuestión de la naturaleza del decreto del Ministerio Fiscal que sería preciso determinar para calificar el recurso de amparo como propio del artículo 43 LOTC o del artículo 44 LOTC, y la relativa a si nos encontramos ante un acto de mero trámite o no, lo que resulta evidente es que los recurrentes no han agotado vía judicial previa alguna, sencillamente porque no han acudido a la jurisdicción ordinaria para impugnar el decreto en cuestión, habida cuenta de que, a su entender y teniendo en cuenta su experiencia previa, dicho acto no es susceptible de impugnación directa en jurisdicción alguna, a pesar de ser, por sí mismo y siempre según su interpretación, lesivo de los derechos del menor.

La anterior circunstancia debería llevarnos, sin más, a aplicar la causa de inadmisión contenida en el artículo 50.1.a) LOTC, en relación con el artículo 44.1.a) LOTC, si entendiésemos que el decreto es un acto de un órgano judicial, o con el artículo 43.1 LOTC, si se estima que estamos ante un acto jurídico de la autoridad gubernativa. Pero la cuestión no es tan sencilla, porque precisamente el motivo principal que sustenta el amparo es la falta de esa vía judicial ordinaria para impugnar el decreto de la Fiscalía de determinación de la edad. De modo tal que una simple inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa, estaría dando una respuesta implícita y desestimatoria a la pretensión material de quienes son recurrentes de amparo, porque de la respuesta del Tribunal podría deducirse que sí existe una vía de recurso en nuestro ordenamiento ante los decretos a que se viene haciendo referencia, lo cual no es

Revista REDMEX 34-2013.indb 245 02/01/14 09:40

en absoluto evidente, y exige por tanto una argumentación mayor.

Para desarrollar tal argumentación es preciso detenerse en la regulación del procedimiento de determinación de la edad presente en nuestro ordenamiento jurídico, para verificar si, efectivamente, y como alegan los recurrentes, no existe vía de recurso alguna frente al decreto del Ministerio Fiscal que determina la edad de un menor extranjero o inmigrante no acompañado. Este decreto es el acto conclusivo de un procedimiento de determinación de la edad que se incluye en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) en los siguientes términos:

«1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

Así, pues, de la lectura de este precepto se pueden deducir tres elementos fundamentales en relación con el objeto de este recurso de amparo.

a) En primer término que el decreto de determinación de la edad es fundamental para que un menor se sitúe bajo la tutela de la Comunidad Autónoma que tenga asumidas competencias en materia de tutela y protección de menores, siendo este el caso de la Comunidad de Madrid que ahora nos ocupa (artículo 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), o quede excluido de la misma por ser considerado mayor de edad, en cuyo caso, y en el supuesto de encontrarse de forma irregular en nuestro país, pueda ser objeto de un expediente de expulsión (artículos 53.1 y 57 LOEx). Pero, más allá de lo anterior, el decreto de determinación de la edad va a tener su importancia a la hora de fijar la identidad del menor y su estado civil, vinculados obviamente a la fecha de nacimiento y considerados como un derecho básico de los niños a la luz del artículo 8 de la Convención sobre derechos del niño, vinculante para España por la doble vía de lo dispuesto en los artículos 96 y 10.2 CE. Con lo cual el decreto de determinación de la edad puede tener repercusiones tanto desde el punto de vista administrativo, como desde el punto de vista civil.

b) En segundo término que el procedimiento de determinación de la edad está previsto por la Ley para aquellos supuestos en que se localice a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, lo que, en el asunto que nos ocupa, habría sucedido con el recurrente en amparo en el momento de su llegada por puesto fronterizo no habilitado a España, pero no en el momento en que se emite el decreto de determinación de la edad que aquí se impugna, puesto que, para entonces, el menor S.C. ya poseía documentación acreditativa de su identidad y fecha de nacimiento –sin perjuicio de las discordancias observadas en la misma y que no afectaban, por lo demás al año de nacimiento–, no pudiendo, por tanto, ser considerado como extranjero indocumentado. La razón por la que el Ministerio Fiscal aplica el procedimiento de determinación de la edad a extranjeros que poseen documentación puede hallarse en la consulta a la Fiscalía 1/2009, de 10 de noviembre, sobre «algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados», que a estos efectos establece que: «hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no

Revista REDMEX 34-2013.indb 246 02/01/14 09:40

resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento».

c) Por último, ni del artículo 35 LOEx, ni de ningún otro contenido en este cuerpo legal puede deducirse la existencia de recurso directo contra el decreto de determinación de la edad, si bien ello no significa en modo alguno que no pueda impugnarse dicha resolución en vía jurisdiccional.

El propio Ministerio Fiscal entiende que sus decretos son irrecurribles por vía directa, tal y como se deduce de la dicción literal de la consulta 1/2009, que establece que: «el expediente de determinación de la edad previsto en el artículo 35 LOEx es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos».

De lo expuesto hasta aquí puede deducirse que hay una falta de previsión legal respecto de recurso directo contra el decreto de determinación de edad, mas ello en modo alguno permite a los recurrentes acudir directamente al recurso de amparo constitucional, dada su naturaleza subsidiaria, puesto que tal como se subraya en la citada consulta 1/2009 los interesados tienen abierta la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Fiscal en esta materia.

La determinación de la edad de un menor indocumentado se adopta por una resolución interlocutoria, que reviste los caracteres de cautelar y provisionalísima, y que se desarrolla en el ejercicio de las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, por lo que la resolución se integra en el conjunto de medidas protectoras o de otra naturaleza que se adoptan a raíz de la fijación de la edad que realiza el Fiscal.

Tales medidas son desde luego impugnables en vía judicial, ya sea ante la jurisdicción civil, cuando se trata de medidas de protección de menores, por la vía del proceso especial de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores del artículo 780 de la Ley de enjuiciamiento civil, ya sea ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de medidas administrativas que afectan al estatuto del extranjero, ya sea mediante el ejercicio de otras acciones contempladas en el ordenamiento procesal en función del contenido de las medidas adoptadas.

Contrariamente a lo alegado en la demanda, esta vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria no produce por definición indefensión o perjuicios de imposible reparación, puesto que el juez ostenta la potestad de adoptar las medidas cautelares oportunas que permitan preservar el buen fin de la correspondiente acción jurisdiccional.

Por tanto, el recurso de amparo sólo puede iniciarse una vez agotada la vía impugnatoria ante la jurisdicción ordinaria. En efecto, nuestro ordenamiento solo contempla el recurso de amparo directo contra los actos sin valor de ley de las Cámaras (artículo 42 LOTC), por lo que cualquiera que sea la naturaleza de la resolución interlocutoria dimanante del Ministerio Fiscal resulta exigible para abrir el acceso al recurso de amparo constitucional, tal y como se deriva de la lectura de los artículos 43 y 44 LOTC, el agotamiento de la vía judicial previa, aunque esa vía, en este caso, no pueda ser más que una vía indirecta de recurso en la que, quien considera lesionados sus derechos fundamentales por el decreto de determinación de la edad, pueda impugnar las consecuencias asociadas a la aplicación de ese decreto.

La causa de inadmisión del recurso de amparo basada en la falta de agotamiento de la vía

Revista REDMEX 34-2013.indb 247 02/01/14 09:40

judicial previa «tiene su fundamento en la salvaguarda de la naturaleza subsidiaria del amparo, con el fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de restablecerlos» (por todas, SSTC 32/2010, de 8 de julio, FJ 2; 105/2011, de 20 de junio, FJ 2; 199/2012, de 12 de noviembre de 2012, FJ 2; y 110/2013, de 6 de mayo, FJ 2).

En el supuesto que nos ocupa, entiende este Tribunal que los órganos judiciales son quienes deben restablecer primariamente los derechos que se consideran vulnerados por los recurrentes en amparo, puesto que nada impide a un Juez de lo civil, o de lo contencioso-administrativo, al hilo de un procedimiento incoado para impugnar alguno de los eventuales efectos derivados de la aplicación del decreto de determinación de la edad que ha establecido una determinada fecha de nacimiento del extranjero, pronunciarse sobre dicho decreto, al estar este en el origen del acto que pueda ser objeto del procedimiento en cuestión.

Ello determina que en el presente caso, y de acuerdo con la doctrina expuesta, concurra el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa artículo 50.1.a) LOTC, aplicable tanto en el supuesto del artículo 43.1 como en el 44.1 LOTC, lo que conlleva necesariamente la inadmisión del presente recurso.

Revista REDMEX 34-2013.indb 248 02/01/14 09:40

II. RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE CONTROL DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE) 2009-2013[1]

Cristina Manzanedo
Abogada del ICAM
Pueblos Unidos

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre) introdujo, con gran acierto, la figura de los Juzgados de Control en aquellas localidades donde existe un CIE[2]. Dichos Juzgados fueron introducidos para separar las atribuciones del juez de instrucción que autoriza el internamiento (que será el del lugar de España donde se ha practicado la detención) y el juez que supervisa la estancia de los extranjeros en los distintos Centros (que será el del lugar donde está el CIE), lo que fortaleció significativamente las garantías de los internos. Su función es controlar las condiciones de internamiento y garantizar los derechos de los internos.

Los juzgados de control comenzaron a funcionar en 2010; su creación por tanto es reciente (algunos no fueron designados hasta 2012). Pero la función que les ha sido encomendada de velar por el respeto de los derechos de los extranjeros internados es de máxima importancia y necesidad. La competencia del juez para el control de la estancia de los extranjeros se desarrolla en un triple aspecto:

- la recepción de peticiones y quejas en cuanto afecten a derechos de las personas internadas,
- la visita a los centros, cuando se conozcan incumplimientos graves de sus derechos,
- y la inspección de los centros cuando lo consideren conveniente.

En el ejercicio de sus funciones de control, los Juzgados emiten resoluciones individuales (que afectan a un individuo concreto) y resoluciones de carácter general (afectan a la generalidad de las personas internadas). Durante estos años, los Juzgados de control han adoptado diversas resoluciones generales, que abordan necesidades básicas sin cubrir en los CIE españoles. Este documento recoge una sistematización de dichas

(1) Agradezco la ayuda de Violeta Assiego para la elaboración de este artículo.

(2) Art. 62.6 de la LOEX: «… El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de instrucción del lugar donde estén ubicados …… Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente».

Revista REDMEX 34-2013.indb 249 02/01/14 09:40

resoluciones de carácter general, agrupadas en torno a necesidades de información, derecho a ser informado del momento de la salida o expulsión, organización del centro, instalaciones, comunicación y visitas, derecho de visitas de las ONG, asistencia letrada, presentación de quejas y peticiones, asistencia médica, traslados y medidas sancionadoras.

El Ministerio del Interior está elaborado actualmente un Reglamento de funcionamiento de los CIE. Sería conveniente que el Reglamento no despreciase la jurisprudencia emanada de dichos juzgados de control y la incorporara al Reglamento que se está elaborando, mejorando y unificando con ello las condiciones de estancia en los CIE y las garantías de los derechos de las personas allí internadas.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

- La Dirección del CIE ha de proceder a la confección de hojas informativas para su reparto a los internos. Deben estar traducidas en todos los idiomas de los internos del Centro, y en las mismas se relacionarán los derechos y deberes de los mismos y la posibilidad de presentar quejas ante el Juzgado de control del Internamiento. (Auto de los Juzgados de Control del CIE de Madrid, 28 de enero de 2010).
- Las personas internadas tienen derecho individualizado a recibir inmediatamente a su ingreso en el CIE información escrita en un idioma que entienda y que contenga todos los extremos preceptivamente indicados en el artículo 62 quáter LOE. A cada interno se le entregará un manual en que se plasmen todas las normas escritas sobre la organización general, sobre el funcionamiento del centro, sobre las normas disciplinarias y sobre los medios para formular quejas o peticiones. (Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 4 de abril de 2011).
- Deberá incluirse en el boletín de información de derechos y obligaciones que se entrega a los internos en el momento de su ingreso, específicamente el derecho que le asiste a formular quejas y peticiones relativas a su estancia en el centro que afecten a sus derechos fundamentales ante este Juzgado, con indicación del lugar de su sede, número de teléfono y número de fax. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 14 de marzo de 2012).
- El boletín de información de derechos y obligaciones que se entrega a los internos en el momento de su ingreso debe incluir específicamente la posibilidad de solicitar asilo y la posibilidad de solicitar protección como víctima de trata de seres humanos. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 16 de julio de 2013).
- Para garantizar el derecho a entender y conocer el conjunto de los derechos, deberes y normas, estarán correctamente traducidos al árabe, turco, kurdo, farsi, woloj, mandigna, swanit, chino cantones, chino mandarin, tagalo, bangla y urdu. (Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 4 de abril de 2011).
- Informar a los internos del Centro del derecho a conocer el teléfono del despacho de Abogados que les asiste, y en caso de no facilitárselo, se les indique el derecho a plantear la queja correspondiente. (Auto de los Juzgados de control de Madrid, 28 de enero de 2010).

Revista REDMEX 34-2013.indb 250 02/01/14 09:40

DERECHO A SER INFORMADO DEL MOMENTO DE LA SALIDA O EXPULSIÓN

- La comunicación de la expulsión o salida del CIE a la persona internada debe hacerse con un mínimo de 12 horas de antelación a su ejecución, que en ningún caso podrán transcurrir entre las 20h de la tarde y las 8h de la mañana, con el fin de garantizar que las personas internas puedan informar a sus familiares, allegados y profesionales con tiempo suficiente. En dicho periodo de tiempo, se garantizará a la persona internada que vaya a ser objeto de expulsión o traslado el acceso a las comunicaciones telefónicas que precise realizar, incluyendo llamadas Internacionales. (Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012).
- Los internos tiene derecho a conocer con 12 horas de antelación el momento en qué se va a producir la expulsión y se les informará del núm. de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino. Se les facilitará los medios necesarios para poder realizar las llamadas telefónicas con las que puedan avisar a parientes y conocidos de España o del país de llegada para poder organizar su regreso. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 27 de febrero de 2012).
- Se informará a los internos del punto y día de salida, y lugar y hora de destino así se tenga conocimiento de estos. (Auto del Juzgado de Control de Valencia, 21 de noviembre de 2012).

ORGANIZACIÓN DEL CENTRO

- El Reglamento de Régimen Interno ha de garantizar suficientemente los derechos de los internos. Para ello se adoptaran las medidas necesarias que garanticen un trato digno y los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones, la seguridad jurídica y el principio de legalidad vigente. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).

Identificación policial

- La totalidad de los funcionarios de policía destinados en el CIE deberán mostrar su núm. de identificación de modo visible en su uniforme (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 14 de marzo de 2012).
- Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía encargados de la vigilancia y control de los internos deben llevar de manera visible la placa identificativa. (Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 14 de enero de 2010).

Servicios sociales

- Dotar al centro de los preceptivos servicios sociales, efectuar en su caso un plan de prestación inmediata de los mismos o manifestar los obstáculos existentes en cuanto a la imposibilidad de su prestación inmediata (Auto del Juzgado de Control de Valencia, 26 de abril de 2011).

Revista REDMEX 34-2013.indb 251 02/01/14 09:40

Actividades de ocio y tiempo libre

– Ha de facilitarse a los internos materiales de carácter lúdico, cultural, social y deportivo (como libros, juegos, material deportivo, etc.) coordinado por persona con conocimientos técnicos en dichas actividades. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).

Autocuidado e higiene

– Ha de facilitarse a los internos, cuando éstos lo soliciten gel, champú y pasta de dientes. (Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 5 de abril de 2011).

INSTALACIONES

Acceso a los baños por las noches

– Se ha de garantizar la existencia de baños en los dormitorios que hagan posible realizar durante la noche las necesidades fisiológicas de los internos sin la intervención de un funcionario de custodia. (Auto de los Juzgados de Control del CIE de Madrid, 28 de enero de 2010).
– Se ha de garantizar, en la forma que se considere adecuada, que los internos puedan realizar sus necesidades por la noche. En caso de permanecer las habitaciones cerradas, debe garantizarse el acceso al aseo en un plazo máximo de tres minutos desde la petición a cualquier hora de la noche y siempre que fuera requerido. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 25 de noviembre de 2011).

Derecho a la intimidad

– Garantizar la existencia de puertas, cortinas o láminas plásticas separadoras –aunque no supongan un cerramiento completo o hermético– en los retretes, de modo que se garantice el derecho a la intimidad de los internos a realizar sus necesidades fisiológicas. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).

COMUNICACIÓN Y VISITAS

Acceso a teléfonos

– Garantizar el derecho a los internos en el CIE de Murcia el derecho a la utilización de los teléfonos móviles de que sean usuarios en el interior de las instalaciones del CIE con el objeto de realizar y recibir llamadas desde el exterior a ejercitar en horario coincidente con su estancia en las salas comunes del centro… Garantizar el derecho de los internos en el CIE de Murcia que carezcan de ingresos económicos a efectuar y recibir comunicaciones telefónicas desde los medios propios del centro al menos cada tres días y, en todo caso, cuando exista una necesidad urgente. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 16 de julio de 2013).

Revista REDMEX 34-2013.indb 252 02/01/14 09:40

– En el horario de visitas (en horario de mañana y tarde, de 10 h a 14 h y de 16 h a 20 h), las personas internas podrán emitir y recibir llamadas del exterior debiendo facilitarse el acceso a estos afectos a los teléfonos móviles de los que sean titulares, sin ninguna especie de observación ni control de las llamadas … En caso de que las personas internas no dispongan de medios económicos para sufragar su gasto telefónico, se les facilitará la emisión y recepción de llamadas nacionales durante dicho horario en los teléfonos del CIE habilitados al efecto estableciendo la dirección turnos y tiempos que garanticen el acceso a todas las personas interesadas. (Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012).
– Garantizar que todos los internos puedan tener la posesión tanto de teléfonos móviles como útiles para la carga o uso de los mismos, al menos durante un mínimo de 4 horas diarias, en horas de día, a fin no solo de poder comunicarse libremente mediante el envío de llamadas sino que dentro del mismo horario puedan ser recibidas del exterior. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).

Visitas de familiares y amistades

– Respecto de las visitas de familiares y amistades que soliciten ver a una persona internada concreta y se identifiquen mediante DNI, NIE o pasaporte, se estima procedente que, dada la carencia absoluta de actividades de formación, ocio y tiempo libre en el CIE de Gran Canaria, puedan realizarse en horario de mañana y tarde, todos los días de la semana de 10 a 14 horas y de 16 a 20 horas, sin más requisitos que la previa identificación de la persona visitante, del interno a quien solicita visitar, y del consentimiento de éste/a. Sin requerir más antelación que el tiempo imprescindible para realizar estas identificaciones *y* recabar el consentimiento de la persona internada. Pudiendo por razones de convivencia y seguridad limitarse las visitas simultáneas a dos personas por cada intemo/a salvo que se trate de menores de edad acompañados. Debiendo realizarse en condiciones normales de contacto directo con las personas visitadas y sin más limitaciones que las derivadas de la prIvación de libertad y de las normas de convivencia del centro, que en ningún caso podrán vulnerar el derecho a la intimidad de las personas internadas. (Auto del Juzgado de control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012).
– Garantizar al menos un régimen de visitas de familiares y amigos de 4 horas por la mañana y otras 4 horas por la tarde. Garantizar el derecho de privacidad de las visitas, sin que ningún Agente encargado de custodia pueda escuchar las conversaciones. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).
– Ampliar el horario de visitas a los internos de familiares y amigos en el sentido de que las mismas puedan efectuarse también en horario de mañana de 10 a 13 horas, durante todos los días de la semana, anunciándose esta ampliación en los carteles fijados en el interior del CIE. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 16 de julio de 2013).

Acceso de notarios al CIE

– Debe permitirse durante todas las horas del día, sin necesidad de someterse a los horarios de visita y sin necesidad de solicitar previamente la misma. Los notarios

Revista REDMEX 34-2013.indb 253 02/01/14 09:40

se identificarán e irán al CIE para realizar el otorgamiento de escrituras públicas por apoderamiento a favor de abogados y procuradores. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 22 de abril de 2010).

– Abogados, Procuradores en su caso, y Notarios, podrán acceder al centro y visitar a las personas internadas identificándose con su carnet profesional, sin necesidad de designación previa, sino de consentimiento de la persona internada. (Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012).

DERECHO DE VISITAS DE LAS ONG

– Auto del Juzgado de Control de Murcia, 15 de julio de 2013:

1. Las Organizaciones no gubernamentales que tengan por objeto en sus estatutos la defensa de los derechos de los extranjeros o la asistencia social a los mismos tienen derecho a entrar en contacto con los extranjeros que se encuentren internados en el CIE de Murcia sin necesidad de designa previa.

2. El horario de visitas de las referidas Organizaciones no gubernamentales se fija en seis horas diarias, de todos los días del año, de las que tres habrán de ser en horario de mañana a partir de las 10.00 horas, y tres en horario de tarde a partir de las 16.00 horas, sin que puedan limitarse las mismas en función de su número o por otro motivo semejante.

3. La dirección del C.I.E. de Murcia facilitará a las Organizaciones no gubernamentales que lo soliciten un lugar al que tengan libre acceso los internos para que las mismas puedan instalar un buzón individualizado de sugerencias y quejas.

4. Las referidas comunicaciones con los internos se realizarán directamente y no a través de aparatos de tipo telefónico o de mamparas.

– Auto de los Juzgados de Control de Barcelona, 27 de junio de 2013:

A. Las organizaciones no gubernamentales que tengan por objeto en sus estatutos la defensa de los derechos de los extranjeros o la asistencia social a los mismos tienen derecho a entrar en contacto con los citados extranjeros sin necesidad de designación previa.

B. Las organizaciones no gubernamentales tienen derecho a hacer tales visitas todos los días del año en un horario que sea suficientemente amplio, dado que el precepto citado[3] no establece especiales restricciones para el contacto entre los extranjeros internados y las ONG.

C. El horario de vista de las ONG se fija en 6 horas diarias, de las cuales tres habrán de ser en el horario de mañana y tres en el de tarde.

D. Las ONG podrán solicitar al director del centro la visita a los extranjeros individualmente o en grupo de hasta un máximo de 10 internos.

(3) Se refiere el Auto al art. 62 bis, 1º J de la Ley Orgánica 4/2000.

Revista REDMEX 34-2013.indb 254 02/01/14 09:40

E. El director del centro no podrá establecer limitaciones en razón al número de visitas ya efectuadas, a la abundancia de las mismas y criterios semejantes. En casos excepcionales en que el director del centro entienda que concurren razones de orden público para impedir cierta visita lo podrá poner en conocimiento de los jueces de control de estancia de extranjeros a fin de que la autoridad judicial adopte, si lo cree oportuno, alguna limitación puntual al derecho de visita.

F. El director facilitará a las ONG un lugar al que tengan libre acceso los internos, para que las ONG puedan instalar un buzón de sugerencias y quejas, teniendo cada ONG derecho a su propio buzón.

– Auto del Juzgado de instrucción núm. 6 de Madrid, 13 de enero de 2011:

1. Habilitar un horario de mañana y tarde para que las ONG, por medio de sus representantes o miembros, sean o no abogados, puedan visitar, comunicar y asistir a los internos que lo soliciten o que la ONG solicite.

2. Habilitar a los representantes o miembros de las ONG para que no tengan que guardar colas de espera cuando vayan a realizar visitas o asistencias, y que sus visitas no estén sometidas a una duración máxima de tiempo.

3. Las comunicaciones se realizarán directamente y no a través de aparatos de tipo telefónico, de tal modo que mamparas y/o cristales de aislamiento permanezcan abiertos y no cerrados.

– Habilitar un horario de mañana y tarde para que las ONG, por medio de sus representantes o miembros, sean o no abogados, puedan visitar, comunicar y asistir a los internos que lo soliciten o que la ONG solicite. (Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, 30 de marzo de 2012).
– Se autorizará la entrada de las ONG dentro de lo posible, no coincidiendo con las visitas de las familias, sin más restricciones que las derivadas del descanso nocturno y horario de comedor así como se pondrá a disposición de los internos información sobre su existencia, fines y forma de contactar. (Auto del Juzgado de Control de Valencia, 26 de abril de 2011).

DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA POR PARTE DE ABOGADOS

– Garantizar las comunicaciones de los internos con sus abogados sin restricción de horario, salvo en horas nocturnas, en un lugar que garantice la total reserva de la comunicación. (Auto de los Juzgados de control de Madrid, 28 de enero de 2010).
– La entrevista entre el interno y el abogado en el CIE no puede sufrir ninguna restricción más que la solicitada por el propio letrado, no pudiendo como norma general encontrarse presente durante el desarrollo de la misma ningún agente. (Auto del Juzgado de control de Valencia, 26 de abril de 2011).
– Auto de los Juzgados de control de Barcelona, 27 de junio de 2013:

A. Posibilitar que los extranjeros sean asistidos por los letrados que acudan al CIE y soliciten entrevista con un determinado extranjero. La aceptación de la entrevista con el Letrado por el extranjero equivaldrá a designa a estos efectos.

Revista REDMEX 34-2013.indb 255 02/01/14 09:40

B. Los letrados que no cuenten con designa escrita tienen derecho de visita a los internos durante el mismo período de tiempo que el CIE tenga establecido para los letrados con designa formal por escrito.

C. Los letrados tendrán, en todo caso, derecho de visita a los internos durante al menos 8 horas al día repartidas a partes iguales entre la mañana y la tarde, sin perjuicio de que la dirección del centro pueda establecer un horario más amplio.

PRESENTACIÓN DE QUEJAS Y PETICIONES AL JUZGADO

– Auto del Juzgado de Control de Murcia, 14 de marzo de 2012:

1. Las quejas y peticiones podrán presentarse siempre por escrito por el interno, un pariente o familiar de éste, Abogado, ONG o cualquier otro interesado legitimo. A tal efecto se procederá a la instalación por la dirección del centro de un buzón en el recibidor del mismo debidamente anunciado, con indicación de los datos de este Juzgado (domicilio, teléfono y fax).

2. Asimismo, se deberá facilitar a los internos los medios necesarios para la presentación de las peticiones y quejas (papel, bolígrafo y sobres).

3. Las quejas y peticiones deberán remitirse desde el CIE a este Juzgado de Control de internamientos dentro del plazo máximo de las siguientes 24 horas de haberse entregado la queja o petición, pudiéndose optar por el interno entre cualquiera de los siguientes medios:

a) Por escrito depositado en un buzón que al efecto debe instalarse por la Dirección del Centro en lugar adecuado y accesible al interno, y debidamente anunciado, con indicación de los datos de este Juzgado (domicilio, teléfono y fax).

b) Por correo ordinario, en cuyo caso serán entregadas en sobre cerrado, y se comunicará por el Centro de Internamiento al Juzgado de control mediante fax la presentación de la queja indicando el día de presentación y la identidad del interno.

c) Por medio de fax, en cuyo caso se hará entrega al interno de una copia del justificante de recepción.

En todos los casos podrá acordarse por razones del servicio que se remitan todas las comunicaciones o las quejas en un horario concreto, pero en ningún caso más tarde de 24 horas después de formulada una queja.

4. Por último, deberá incluirse en el boletín de información de derechos y obligaciones que se entrega a los internos en el momento de su ingreso específicamente el derecho que le asiste a formular quejas y peticiones relativas a su estancia en el centro que afecten a sus derechos fundamentales ante este Juzgado de Instrucción núm. 9 de Murcia, con funciones de control jurisdiccional del CIE de Murcia, con indicación del lugar de su sede, número de teléfono y número de fax.

– Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 30 de septiembre de 2011:

A. Las quejas se presentarán por escrito al Juzgado de Control que se encuentre en turno, por el interno, un pariente de éste, abogado, ONG o cualquier otro interesado legítimo.

Revista REDMEX 34-2013.indb 256 02/01/14 09:40

B. Para formular las quejas por escrito, se facilitará a los internos los medios necesarios para ello (papel, bolígrafo y sobres).

C. Las quejas desde el CIE se remitirán al Juzgado de Control en el plazo máximo de las siguientes 24h de haberse entregado la queja pudiéndose optar por el interno por lo siguientes medios: correo ordinario o fax. El interno tiene derecho a que se le entregue copia del justificante de recepción.

– Se debe habilitar un buzón de quejas dirigidas al Juzgado de Control de internamientos. (Auto de los Juzgados de control de Madrid, 28 de enero de 2010).
– El Director ha de dar las órdenes oportunas para que las quejas que se presenten en sobre cerrado sean remitidas por correo oficial urgente. Asimismo, dará las órdenes para que los buzones sean abiertos al menos dos veces al día para lograr la remisión urgente de las quejas, reclamaciones o peticiones de los internos/as. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 6 de julio de 2011).

ASISTENCIA MÉDICA

– Garantizar la asistencia de intérpretes a los internos que lo precisen en los actos de reconocimiento por los Servicios Médicos del CIE y, en especial, en el que se practique en el momento de su ingreso en el CIE y, asimismo, deberá expedirse informe médico del tratamiento médico dispensado cuando lo solicite el interno y, en todo caso, en el momento del cese del entrenamiento. Por último, se acuerda que los Servicios Médicos del CIE remitan en todo caso y de inmediato los partes médicos de lesiones sufridas por los internos en el CIE por agresión o por otra etiología, tanto a este Juzgado de Control como al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 16 de julio de 2013:
– El personal sanitario que presta sus servicios en el CIE ha de entregar a los internos/as que lo soliciten y requieran sus servicios, la misma información y en la misma forma que la que se entrega en la sanidad pública (Auto del Juzgado de Control de Valencia, 26 de abril de 2011).
– Para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria inmediata y el correlativo derecho a la salud e integridad, el Director del CIE ha de habilitar los medios necesarios para que se garantice la asistencia médica inmediata a cualquier hora del día a las personas internadas. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 23 de diciembre de 2009).
– La Doctora Directora Médico deberá ordenar a los médicos titulares, al médico suplente y a los DUES titulares, que entreguen siempre y en todo caso un parte de asistencia médica a cada interno/a asistido, expresándose en dicho parte el nombre del interno/a, la fecha de la asistencia, lo que refiere cada interno, el diagnóstico emitido y el tratamiento prescrito. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011)[4].

(4) En un Auto del mismo Juzgado de 6 de julio de 2012 se cambia un matiz y se introduce que se entregará cuando los internos lo soliciten.

Revista REDMEX 34-2013.indb 257 02/01/14 09:40

- Si el interno/a refiere lesiones causadas por agresión o maltrato de obra producido por otro interno/a o por un funcionario policial del CIE, deberá consignarse en el parte de asistencia todas las heridas objetivadas y todos los síntomas referidos. Debe remitirse íntegramente una copia de dicho parte de asistencia al Juzgado de Control. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011).
- Bajo ningún concepto el director del CIE tiene facultad alguna para exigir que el parte de asistencia se le pida previamente al Director del CIE. Máxime cuando la asistencia médica tiene carácter confidencial entre el médico o DUE y el paciente asistido conforme establece la legislación específica (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011).
- Debe existir plena autonomía médica para el traslado de internos/as a Hospital y centros sanitarios cuando éste esté sometido a un tratamiento médico especializado o tras su internamiento en el CIE sobrevenga la necesidad de dicho tratamiento. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011).
- Se ha de guardar especial diligencia con las mujeres embarazadas y los enfermos crónicos deben tener un especial seguimiento médico. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011).
- En el caso de apreciar la existencia de epidemias gripales o casos de enfermedades contagiosas, se deberá poner en conocimiento inmediato del juzgado de Control para que se adopten las medidas sanitarias que resulten precisas. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 3 de noviembre de 2011).

ALIMENTACIÓN

- Todos los utensilios como bandejas, cuberterías, etc. se deben encontrar en total grado de limpieza e higiene, y especialmente secas. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 4 de noviembre de 2011).
- La alimentación tanto en desayuno, comida y cena ha de estar en perfectas condiciones higiénicas y adecuadamente cocinadas y en buen estado. La alimentación ha de ser adecuada dietéticamente y en cuantía suficiente, teniendo en cuenta que las personas alimentadas son todas adultas. Las personas que necesiten por prescripción médica una dieta alimenticia especial, han de poder recibirla adecuándola a la dieta médica prescrita, teniendo especial diligencia en el caso de mujeres embarazadas o de personas enfermas. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 4 de noviembre de 2011).

TRASLADOS

- Autorización de traslado de un interno para que acuda a una cita para la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 20 de Madrid, 16 de junio de 2011).

Revista REDMEX 34-2013.indb 258 02/01/14 09:40

MEDIDAS SANCIONADORAS

- Se comunicarán al juzgado de control de internamiento todas las medidas de carácter sancionador que puedan ser adoptadas así como todo lo referido al uso de la sala de aislamiento. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 28 de enero de 2010).
- En ningún caso puede entenderse amparado en el artículo 62.2 quinquies el aislamiento del interno en la habitación destinada a tal fin, por un tiempo superior a 24 horas, cuando no persista en la actitud que hubiera motivado la medida. El uso de la sala de aislamiento será una medida preventiva y no una sanción. Para evitar que la prolongación del plazo de 24h pueda tener carácter sancionador, proscrito legalmente, y para el supuesto de que se considere necesario su mantenimiento por tiempo superior a 24h, se considera que lo procedente es incoar un expediente en que se le dé audiencia al interno reflejando por escrito sus alegaciones, pudiéndose éstas comunicar mediante fax al Juzgado de Control, en el que por parte del Director del centro se motivasen las razones de la necesidad de prolongación de la medida, a los fines de poder llevar a cabo el Juzgado de Control las funciones que la Ley otorga en materia de derechos fundamentales. (Auto de los Juzgados de Control de Madrid, 11 de febrero de 2010**).**
- Cuando se produzca la separación del interno, este tiene derecho a que se le facilite de inmediato la posibilidad de recurrir ante la autoridad judicial de control. Cuando se produzca la separación del interno, éste tiene derecho a ser informado y asistido por un intérprete. (Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, 20 de diciembre de 2010).
- Las medidas de contención física personal y de separación preventiva de internos que se adopten por la dirección del CIE serán comunicadas a este Juzgado de forma inmediata vía fax, adjuntando un informe escrito explicativo de los hechos que motivaron su adopción. (Auto del Juzgado de Control de Murcia, 14 de marzo de 2012).

Como puede observarse, la jurisprudencia creada en estos años de funcionamiento inicial de los Juzgados de Control no es menor y las necesidades atendidas son muy básicas. El siguiente paso es la inminente aprobación del Reglamento de funcionamiento de los CIE por parte del Gobierno. Dicho Reglamento debe recoger dicha jurisprudencia. Son los mínimos para garantizar los derechos de las personas extranjeras allí internadas.

Revista REDMEX 34-2013.indb 259 02/01/14 09:40

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

Revista REDMEX 34-2013.indb 261 02/01/14 09:40

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

– Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE del 27).

– Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (BOE del 18; c.e. BOE del 19).

– Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre, 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 557/2011, de 20 de abril (BOE de 1 de noviembre).

FUENTES INTERNACIONALES

– Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Colombia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE de 12 de julio de 2013).

– Declaración de aceptación por España de la adhesión de la Antigua República Yugoslava de Macedonia al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (BOE de 15 de julio de 2013).

– Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Guinea al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE de 19 de julio de 2013).

– Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 de noviembre de 2012 (BOE de 16 de julio de 2013).

– Entrada en vigor del Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Madrid el 21 de noviembre de 2012 (BOE de 18 de julio de 2013).

– Aplicación provisional del Convenio de Asociación Estratégica en materia de Desarrollo y de Cooperación Cultural, Educativa y Deportiva entre el Reino de España y el

Revista REDMEX 34-2013.indb 263 02/01/14 09:40

Reino de Marruecos, hecho «ad referendum» en Rabat el 3 de octubre de 2012 (BOE de 31 de julio de 2013).

– Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Nouakchott el 6 de octubre de 2011 (BOE de 31 de julio de 2013).
– Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre cooperación científica y tecnológica de interés para la seguridad nacional, hecho en Madrid el 30 de junio de 2011 (BOE de 1 de agosto de 2013).
– Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra, hecho en Luxemburgo el 29 de abril de 2008 (BOE de 21 de agosto de 2013).
– Entrada en vigor del Addendum al Acuerdo de Cooperación Científica y Técnica entre el Reino de España y la Comunidad del Caribe (CARICOM) por el que se crea el Fondo Mixto, hecho en Puerto España el 28 de noviembre de 2011 (BOE de 2 de septiembre de 2013).
– Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Cabo Verde y Acuerdo Administrativo para su aplicación, hechos en Praia el 23 de noviembre de 2012 (BOE de 24 de octubre de 2013).
– Aplicación provisional del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Mónaco sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Mónaco y Madrid el 14 de junio y 3 de septiembre de 2013 (BOE de 7 de noviembre de 2013).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOUE L 195, de 18 de julio de 2013).
– Decisión de ejecución de la Comisión de 20 de agosto de 2013 por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) será puesto en marcha en la octava región (DOUE L 223, del 21).
– Actualización de la lista de pasos fronterizos mencionados en el artículo 2, apartado 8, del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen) (DOUE C 242, de 23 de agosto de 2013).
– Actualización de los modelos de tarjetas expedidas por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados miembros a los miembros acreditados de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares y los miembros de sus familias, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE C 242, de 23 de agosto de 2013).

Revista REDMEX 34-2013.indb 264 02/01/14 09:40

– Actualización de la lista de servicios nacionales responsables del control fronterizo a efectos del artículo 15, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE C 256, de 5 de septiembre de 2013).

– Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOUE L 251, de 21 de 5 de septiembre de 2013).

– Directiva 2013/47/UE de la Comisión de 2 de octubre de 2013 por la que se modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el permiso de conducción (DOUE L 261, del 3).

– Decisión de ejecución de la Comisión de 30 de septiembre de 2013 por la que se determina el tercer y último grupo de regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) (DOUE L 268, de 10 de octubre).

– Decisión núm. 1/2013 de la Comisión Mixta UE/AELC sobre el régimen común de tránsito, de 1 de julio de 2013, por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 277, de 18 de octubre).

– Decisión del Consejo y de la Comisión, de 22 de julio de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Serbia, por otra (DOUE L 277, de 18 de octubre).

– Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea (DOUE L 282, del 24).

– Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular (DOUE L 282, del 24).

– Decisión del Consejo, de 17 de octubre de 2013, relativa a la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión Mixta UE-AELC «Tránsito Común» por lo que respecta a la adopción de una Decisión por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 282, del 24).

– Decisión del Consejo, de 22 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 289, del 31).

– Decisión del Consejo, de 22 de octubre de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 289, del 31).

– Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con

Revista REDMEX 34-2013.indb 265 02/01/14 09:40

terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE L 294, de 6 de noviembre).

– Reglamento (UE) núm. 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales (DOUE L 295, de 6 de noviembre).
– Reglamento (UE) núm. 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales (DOUE L 295, de 6 de noviembre).
– Reglamento (UE) núm. 1052/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por el que se crea un Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur) (DOUE L 295, de 6 de noviembre).
– Reglamento (UE) núm. 1053/2013 del Consejo, de 7 de octubre de 2013, por el que se establece un mecanismo de evaluación y seguimiento para verificar la aplicación del acervo de Schengen, y se deroga la Decisión del Comité Ejecutivo de 16 de septiembre de 1998 relativa a la creación de una Comisión permanente de evaluación y aplicación de Schengen (DOUE L 295, de 6 de noviembre).
– Decisión de Ejecución de la Comisión, de 8 de noviembre de 2013, por la que se fija la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una novena, una décima y una undécima región (9 de Noviembre de 2013) (DOUE L 299, del 9).

Revista REDMEX 34-2013.indb 266 02/01/14 09:40

EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*) (Selección)

NUEVOS REQUISITOS PARA LOS PASAPORTES DE TERCEROS NO CIUDADANOS DE LA UE

La Dirección General de Asuntos de Interior de la Comisión Europea ha dado a conocer los nuevos requisitos necesarios en pasaportes de los ciudadanos que no pertenecen a ningún Estado miembro de la UE, para viajar por Europa: la validez debe durar hasta al menos 3 meses después de la salida del territorio de los Estados miembros, y debe haber sido expedido en los 10 años anteriores.

(22 de julio de 2013)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Consejo de la Abogacía Europea, CCBE, ha establecido recientemente una delegación permanente en Estrasburgo para las cuestiones relacionadas con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Este nuevo Comité, compuesto por expertos del CEDH y presidido por Laurent Pettiti, trabajará en estrecha cooperación con el Comité de Derechos Humanos ya existente. El primer asunto sobre el que está trabajando la Delegación Permanente es una Guía Práctica para los abogados que comparezcan ante el TEDH. Esta guía será de particular importancia en vista de la futura nueva Regla 47 sobre el contenido de la demanda individual. La Guía Práctica contendrá consejos y recomendaciones que abarcan las diferentes etapas del procedimiento, es decir, la fase previa a la interposición de la demanda ante el Tribunal, la fase de procedimiento y la fase de ejecución de la sentencia.

(22 de julio de 2013)

(*) 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.*

Revista REDMEX 34-2013.indb 267 02/01/14 09:40

SEMINARIO DE CCBE SOBRE LA DIRECTIVA DE RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES MORGENBESSER

El Consejo de la Abogacía Europea, CCBE celebró el pasado mes de junio un seminario sobre la Directiva de Reconocimiento de Cualificaciones profesionales y el caso Morgenbesser, que permitió reunir a las partes interesadas en las decisiones de admisión del caso Morgenbesser y a los responsables políticos de las distintas Abogacías con sus homólogos europeos, así como discutir las cuestiones derivadas de la aplicación de la sentencia Morgenbesser, de 13 de noviembre de 2003 (C-313/01). (Nota: Con esta decisión, el TJUE, en esencia, amplió el derecho a la movilidad de los que siguen en formación y todavía no son abogados plenamente cualificados. Las autoridades competentes tienen la obligación de tener en cuenta todas las cualificaciones de estos nacionales de la UE que desean iniciarse en su profesión. Puede encontrar más información sobre el trabajo de CCBE aquí). El seminario también ha permitido discutir sobre la actual reforma de la Directiva 2005/36/CE sobre cualificaciones profesionales. Las propuestas de la Comisión –que fueron publicadas el 19 de diciembre de 2011– sugieren extender el ámbito de aplicación de la Directiva a los profesionales que ya sean titulares de un diploma, pero que sin embargo deban completar aún una pasantía remunerada obligatoria conforme al Derecho del Estado miembro en el que se graduaron. Esta modificación está llamada a aportar más seguridad jurídica a esta categoría de profesionales la cual se beneficia de las normas del Tratado sobre libre circulación, pero no de las garantías procesales de la Directiva.

(22 de julio de 2013)

CONSULTA PÚBLICA SOBRE PAREJAS INTERNACIONALES

La Dirección General de Justicia de la Comisión Europea está preparando acciones de comunicación para proveer información a las parejas internacionales en Europa acerca de sus derechos y obligaciones que emanan de regulaciones nacionales y Europeas, y tomando en consideración el derecho internacional. En vista de estas acciones, se ha lanzado una encuesta online entre organizaciones con potencial para actuar como multiplicadoras entre parejas internacionales en Europa. Los resultados de la encuesta contribuirán a diseñar las futuras acciones de comunicación dirigidas a parejas internacionales en la Unión Europea, y que serán implementadas por la Comisión Europea. La encuesta, que estará abierta hasta mediados de septiembre, está accesible en el siguiente enlace: http://es.surveymonkey.com/s/UE_encuesta_Espanol. Si tiene alguna pregunta sobre el estudio o la encuesta, no dude en contactarse con el equipo que está liderando la evaluación en el siguiente correo electrónico: *Karolina.Wrona@coffey.com*

(2 de septiembre de 2013)

ADOPCIÓN DE UN MECANISMO DE SUSPENSIÓN DE LA EXENCIÓN DE VISADO

El Parlamento Europeo ha adoptado las enmiendas a las normas de la UE sobre visados (Reglamento 539/2001), que incluye un nuevo mecanismo de suspensión de la exención de

Revista REDMEX 34-2013.indb 268 02/01/14 09:40

visado, que asegurará que los viajes que no comportan la necesidad de visado no conducen a irregularidades o abusos. La Comisión cree que este nuevo mecanismo debería aplicarse únicamente como medida temporal en casos claros de emergencia, donde se necesiten tener en cuenta las dificultades que afronta el Estado miembro y considerando el impacto total de la situación de emergencia en la UE, así como las consecuencias para las relaciones exteriores de la UE a consecuencia de la re-introducción de la obligación de visado.

(16 de septiembre de 2013)

LA CE SE ASEGURA QUE CROACIA APLIQUE CORRECTAMENTE LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La Comisión Europea ha lanzado el llamado «procedimiento del artículo 39 sobre Croacia»; esta activación de la cláusula de salvaguarda sobre Justicia y Asuntos de Interior del Tratado de Accesión del último Estado miembro de la UE permitirá tomar las medidas necesarias en vista del incumplimiento de aplicación de la Orden de Detención Europea. Estas medidas incluyen el monitoreo reforzado y la supresión de las ventajas del tratado Schengen, previstas en el tratado de acceso de Croacia (las ventajas Schengen pretenden ayudar a adquirir el acervo necesario, cuyos fondos quedan ahora congelados). Los Estados miembros disponen de 10 días hábiles para presentar comentarios a estas medidas. Estas medidas son consecuencia de los numerosos avisos e intercambios con las autoridades croatas para que incorporen en su legislación las correspondientes normas europeas.

(23 de septiembre de 2013)

COMPILACIÓN INFORMATIVA DE LA AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA en sus siglas en inglés) ha lanzado una compilación informativa bajo el título «Joining up fundamental rights» («Confianza en los derechos fundamentales»), con el objetivo de ayudar tanto a legisladores como a profesionales que buscan coordinar iniciativas en materia de derechos fundamentales entre varias instancias gubernamentales y promover la colaboración entre los poderes locales y la sociedad civil. Este dossier práctico, de gran interés para los Colegios de Abogados, surge a partir de la experiencia de cientos de funcionarios, legisladores y profesionales a todos los niveles; contiene consejos prácticos y herramientas para ayudar en la reflexión sobre el papel de los derechos fundamentales en la elaboración de políticas, la prestación de servicios y las prácticas administrativas. Se divide en 5 áreas: comprensión de los derechos fundamentales, coordinación y dirección, comunicación sobre los derechos fundamentales, participación en la sociedad civil, y planificación, seguimiento y evaluación. Y contiene ejemplos, experiencias y consejos de toda la UE, así como listas de control para autoevaluaciones y herramientas on line relativas a iniciativas coordinadas sobre derechos humanos. Para participar en la misma puede enviar un correo electrónico a joinedup@fra.europa.eu y consultar el sitio web en el que se alberga: *http://fra.europa.eu/joinedup/home.*

(30 de septiembre de 2013)

Revista REDMEX 34-2013.indb 269 02/01/14 09:40

EUROSUR: NUEVO SISTEMA DE VIGILANCIA DE LAS FRONTERAS EXTERIORES

El Parlamento Europeo vota durante la sesión plenaria de esta semana el nuevo sistema de control de las fronteras exteriores de la UE, más conocido como Eurosur. Este sistema agilizará el intercambio de información entre Estados miembros sobre la situación en las fronteras y permitirá reaccionar con más rapidez para salvar las vidas de las personas que entren de forma irregular en la UE, especialmente a través del Mediterráneo. El PE y el Consejo de la UE han llegado a un acuerdo sobre las reglas que regirán Eurosur. Según los datos de la agencia Frontex, más de 72.000 personas cruzaron de manera clandestina las fronteras exteriores de la UE en 2012, algo más de la mitad con respecto a 2011. Eurosur es una red de comunicación que busca mejorar la detección, prevención y lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia organizada. A propuesta del Parlamento, otro de sus principales objetivos será salvar las vidas de los inmigrantes que se encuentren en peligro. El acuerdo introduce condiciones muy estrictas para el envío a terceros de la información obtenida por las autoridades nacionales a través de Eurosur.

(7 de octubre de 2013)

EVALUACIÓN DE LAS BARRERAS QUE LIMITAN EL ACCESO A LAS PROFESIONES REGULADAS

La Comisión Europea ha adoptado una Comunicación en la que anuncia el inicio de una evaluación de las normativas nacionales que regulan el acceso a las profesiones. Las profesiones reguladas son profesiones cuyo acceso está supeditado a la posesión de cualificaciones específicas o para las que está protegida la utilización de determinados títulos como, por ejemplo, farmacéuticos o arquitectos. Existen razones que explican la existencia de estas restricciones, por ejemplo la protección de los consumidores. Sin embargo, en algunos casos las condiciones demasiado restrictivas para acceder a determinadas profesiones pueden tener un efecto disuasorio. La existencia de regímenes regulatorios diferentes puede dificultar que profesionales cualificados presenten su candidatura a ofertas de empleo en otros Estados miembros. A su vez, mejorar el acceso a las profesiones, en particular mediante un entorno regulatorio más proporcionado y transparente en los Estados miembros, puede facilitar la movilidad de los profesionales cualificados y la prestación transfronteriza de servicios profesionales. Para poder disponer de un panorama más completo de las barreras que afectan al acceso y ejercicio de las profesiones reguladas, se publica igualmente un informe sobre las conclusiones de la revisión «inter pares» de los requisitos relativos a la forma jurídica y la participación en el capital, elaborado en virtud de la Directiva Servicios. Estos requisitos, que a menudo se suman a las restricciones de acceso a las profesiones, puede obstaculizar la creación de filiales y prácticas multidisciplinares.

(7 de octubre de 2013)

REUNIÓN HISTÓRICA DE NACIONES UNIDAS SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO

La Comisión Europea se ha hecho eco del Diálogo de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre la migración internacional y el desarrollo, celebrada la pasada semana en Nueva

Revista REDMEX 34-2013.indb 270 02/01/14 09:40

York (EE.UU.), y calificada como histórico. Por segunda vez en la historia, se han reunido responsables políticos y profesionales de todo el mundo para analizar un enfoque más audaz sobre la migración y el desarrollo. La Comisaria europea de Asuntos de Interior, Cecilia Malmström, ha representado a la UE en esta reunión, y en su discurso principal ha abordado la migración y el marco de desarrollo posterior a 2015 y la manera en que los esfuerzos globales pueden adaptarse mejor a las nuevas realidades, con una creciente movilidad internacional.

(7 de octubre de 2013)

DÍA MUNDIAL Y EUROPEO CONTRA LA PENA DE MUERTE

La Unión Europea,por medio de Thorbjørn Jagland, Secretario General del Consejo de Europa, y Catherine Ashton, Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, publicó una declaración a favor de la abolición universal de la Pena de muerte coincidiendo el Día Mundial y Europeo contra la Pena de Muerte. La lucha contra la pena de muerte está en el corazón de la política de derechos humanos de la UE y constituye uno de los principales objetivos del Consejo de la Unión Europea y del Parlamento Europeo.

Además de las importantes contribuciones llevadas a cabo por organizaciones sociales encaminadas a la abolición de la pena de muerte, la UE es el primer organismo regional que ha adoptado normas que prohíben el comercio de bienes utilizados para la pena capital (o para la tortura y los malos tratos), así como en el suministro de asistencia técnica relativa a dichos bienes.

(14 de octubre de 2013)

IMPULSO A LA MOVILIDAD DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

El Parlamento Europeo aprobó una nueva legislación que introduce una tarjeta electrónica para promover la movilidad de profesionales que deseen trabajar en otros países europeos, esto permitirán agilizar el proceso de reconocimiento de las cualificaciones profesionales por parte de otro país europeo. Las profesiones que se verán beneficiadas por esta posibilidad son los médicos, odontólogos, farmacéuticos, enfermeros, veterinarios, matronas y arquitectos. El proceso estará basado en el sistema existente de intercambio de información sobre el mercado interior (IMI). El objetivo de la propuesta es agilizar los trámites de reconocimiento de cualificaciones, puesto que sería el país de origen el que se haría cargo de la gestión, en vez de tener que solicitarlo al país de acogida. Si las autoridades no responden a una solicitud de reconocimiento de cualificaciones en plazos, dicha solicitud se dará por aprobada. El proceso de reconocimiento de las cualificaciones profesionales en algunos casos podrá concluirse en un mes. Además, según la nueva norma, los profesionales sanitarios a los que se les prohíba practicar la profesión en su país de origen como resultado de una medida disciplinaria o de una condena penal, tampoco podrán ejercer en otro Estado miembro. Por último, la nueva legislación también obligará al Ejecutivo europeo a establecer una base de datos pública de las profesiones reconocidas en la UE. Esta

Revista REDMEX 34-2013.indb 271 02/01/14 09:40

base de datos se crearía con la información que aporten los Estados miembros, quienes tendrían que demostrar que cualquier decisión para regular una profesión es proporcional y no discriminatoria.

(14 de octubre de 2013)

ESTUDIOS RELATIVOS A LA TRATA DE SERES HUMANOS

La Dirección General de Interior de la Comisión Europea ha lanzado una convocatoria para la realización de un estudio sobre la trata de seres humanos (Ref.: 2013/S 199-343096). El objetivo principal del estudio consiste en: 1.–Proporcionar a los Estados miembros, a las partes interesadas y a la Comisión Europea los conocimientos necesarios sobre la jurisprudencia en materia de trata de seres humanos en los Estados miembros en lo que respecta a la explotación laboral; 2.–Analizar las prácticas de todos los Estados miembros en lo que respecta al enjuiciamiento de la trata con fines de explotación laboral. La información obtenida en este estudio debe ser fundamental a la hora de proporcionar información sobre un fenómeno polifacético, cuya naturaleza transnacional genera un alto grado de complejidad. Dicha información se incorporará a las estrategias y recomendaciones de la Comisión en la lucha contra la trata de seres humanos y será útil para que los Estados Miembros comprendan y se adapten a los retos jurisdiccionales y legales que plantea la trata de seres humanos.

El objetivo final consiste, además de en compartir conocimientos, en aumentar el número de casos de trata de personas con fines de explotación laboral que se investigan y se llevan ante la justicia. Así pues, el objetivo del estudio consiste en obtener un panorama claro de la situación en los Estados miembros, incluidas las tendencias, prácticas, los sistemas policial y judicial y la situación jurídica. Esta información también puede servir de base a la Comisión Europea para la formulación de políticas en este ámbito. La fecha límite para la recepción de ofertas y solicitudes de participación finaliza el 19.11.2013 a las 16h.

(14 de octubre de 2013)

GRECIA ADOPTA LAS NUEVAS NORMAS DE LA UE EN APOYO DE LAS PAREJAS INTERNACIONALES

La Comisión Europea se ha hecho eco de la decisión de Grecia de sumarse a los 15 países (entre los que se encuentra España) que ya aplican las normas de la UE que permiten a las parejas internacionales elegir qué legislación nacional se aplicaría, en su caso, a su divorcio. La primera vez que los Estados miembros de la UE decidieron impulsar la integración a través del procedimiento de «cooperación reforzada» fue durante la aprobación de las nuevas normas, en vigor desde junio de 2012. Actualmente, la cooperación reforzada –introducida en virtud del Tratado de Niza en 2001, pero no utilizada hasta la Comisión Barroso II– permite a un grupo de al menos 9 Estados miembros aplicar medidas cuando los 28 Estados miembros no hayan logrado llegar a un acuerdo. En el caso de las normas en materia de divorcio, ello hizo posible que 14 países llegaran en 2011 a un primer acuerdo sobre un Reglamento al que Lituania se sumó posteriormente en 2012, y

Revista REDMEX 34-2013.indb 272 02/01/14 09:40

ahora se ha sumado Grecia. El Reglamento tiene por objeto ofrecer seguridad jurídica a las parejas e impedir que se «corra a los tribunales» en busca del foro más favorable para los divorcios, evitando al mismo tiempo procesos emocional y económicamente costosos.

(21 de octubre de 2013)

ENTRADA EN VIGOR DE LA DIRECTIVA SOBRE TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN (D° PENAL)

La Comisión Europea se ha hecho eco de la entrada en vigor de la Directiva sobre traducción e interpretación en los procesos penales, ya que el 27 de octubre expiraba el plazo de que disponían los Estados miembros para aplicar el primer acto legislativo de la UE relativo a los derechos de los sospechosos en procesos penales. Esta legislación de la UE garantiza a los ciudadanos detenidos o acusados en relación con un delito el derecho a obtener servicios de interpretación a su idioma en todas las fases del proceso penal (incluido el asesoramiento jurídico) y en cualquier órgano jurisdiccional de la UE. Esta legislación fue propuesta por la Comisión Europea en 2010 y adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros en un tiempo récord de solo 9 meses. Todos los años se celebran más de 8 millones de procesos penales en la UE. La propuesta fue rápidamente aprobada por el Parlamento Europeo y los Estados miembros en el Consejo. Para incorporar estas normas, Los Estados miembros han dispuesto de un periodo de 3 años, en lugar de los 2 años habituales, plazo que deja a las autoridades el tiempo suficiente para implantar la información traducida. La Directiva relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales garantiza el derecho de los ciudadanos a ser interrogados, participar en vistas y recibir asesoramiento legal en su propio idioma en cualquier fase del proceso penal y en cualquier tribunal de la UE. La Comisión ha insistido en amparar el derecho a los servicios de traducción e interpretación a lo largo de todo el proceso penal para asegurar el pleno cumplimiento de las normas emanantes del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo, así como de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

(28 de octubre de 2013)

EN VIGOR LA DIRECTIVA DE DERECHOS DE PACIENTES EN ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA

El Comisario europeo de Salud, Tonio Borg, ha emitido un comunicado respecto a la entrada en vigor de la Directiva sobre los derechos de los pacientes en temas de asistencia sanitaria transfronteriza; el Derecho de la UE consagra el derecho de los ciudadanos de desplazarse a otro Estado miembro para recibir tratamiento y que les sea reembolsado. Todos los Estados miembros tienen que haber incorporado a su ordenamiento jurídico la Directiva relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, adoptada hace 30 meses. Para los pacientes, esta Directiva supone capacidad de decisión: más opciones de asistencia sanitaria, más información y un reconocimiento más fácil de las recetas a través de las fronteras. La Directiva también es buena para los sistemas sanitarios de la UE, pues mejora la cooperación entre los Estados miembros

Revista REDMEX 34-2013.indb 273 02/01/14 09:40

en materia de herramientas interoperables de salud en línea, el recurso a la evaluación de las tecnologías sanitarias y la puesta en común de las primeras experiencias. La Comisión ha ofrecido mucha ayuda a los Estados miembros durante el período de transposición. Insto ahora a todos los Estados miembros a que cumplan su obligación e incorporen plenamente la Directiva. Más información en: *http://europa.eu/youreurope/citizens/health/index_en.htm*

(28 de octubre de 2013)

LA UE APOYARÁ EL DESARROLLO Y LA INTEGRACIÓN DE ÁFRICA OCCIDENTAL

Andris Piebalgs, Comisario europeo de Desarrollo, ha anunciado la nueva ayuda financiera que se aportará a África Occidental para el periodo 2014-2020 durante una ronda de discusiones con los ministros y otras autoridades de los países de la región acerca de las intervenciones prioritarias que se financiarán en los próximos siete años. Se espera que esta ayuda, que ascenderá a unos 6.400 millones de euros (pendiente de confirmación por el Parlamento Europeo y el Consejo), produzca inversiones generadoras de crecimiento y empleo para los 300 millones de ciudadanos de África Occidental.

(28 de octubre de 2013)

Revista REDMEX 34-2013.indb 274 02/01/14 09:40

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

Revista REDMEX 34-2013.indb 275 02/01/14 09:40

I. ¿DIEZ AÑOS DE INTEGRACIÓN EFECTIVA EN FRANCIA? UN BALANCE NORMATIVO DEL *CONTRAT D'ACCUEIL ET INTÉGRATION*

Encarnación La Spina [1]

Universitat de València

RESUMEN

¿Diez años de integración efectiva en Francia? Un balance normativo del *contrat d'accueil et intégration*

Durante la última década, en Francia el desarrollo normativo del *contrat d'accueil et intégration* como nuevo paradigma de integración cívica ha puesto en evidencia significativas contradicciones entre la igualdad de trato o el principio de no discriminación pero en menor medida sobre su controvertida o alardeada eficacia. Por ello, el objetivo de este artículo se centra en la evolución de la eficacia jurídica del contrato francés de integración durante el periodo de su mayor frenesí normativo (2003-2013) sin duda un referente analítico para entender los desafíos actuales del marco de la integración a nivel nacional y también europeo.

Palabras claves: eficacia, integración, ley de extranjería, obligación, Francia

ABSTRACT

Ten years pursuing the effective integration in France? A normative assessment of the «contrat d'accueil et intégration»

During the last decade, in France the legal development of the *contrat d'accueil et intégration* as a new civic integration paradigm has shown the existence of relevant contradictions between equal treatment and the principle of non-discrimination but less about its controversial or vaunted effectiveness. Furthermore, the aim of this article is focused on the evolution of the legal effectiveness of «French integration contract» during the period of its greatest regulatory frenzy (2003-2013) no doubt an analytical reference for understanding the current challenges of the national and European integration framework.

Key words: efficacy, integration, Aliens' Act, mandatory, France

Sumario

I. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EFECTIVA EN FRANCIA (2003-2013).

II. CONSIDERANDO LAS NORMAS RELATIVAS AL CONTRATO DE INTEGRACIÓN APLICANDO POSIBLES VARIABLE(S) DE LA EFICACIA SOCIOLÓGICA O EXTERNA.

1. La eficacia de las normas relativas a la integración para motivar el cumplimiento.

(1) Este trabajo recoge parte de los resultados obtenidos con motivo de la investigación posdoctoral realizada en el CREDOF sobre el proyecto *Derechos y políticas de integración en España y Francia* dirigido por Ángeles Solanes y Véronique Champeil Desplats, Programa Vali+D Generalitat Valenciana, APOSTD 2011/053. De igual modo, se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Derechos Humanos, sociedades multiculturales y conflictos*, DER 2012-31771 así como en el marco del proyecto Consolider Ingenio 2008-00007 «El tiempo de los derechos», financiado por el Ministerio de Educación.

Revista REDMEX 34-2013.indb 277 02/01/14 09:40

a) La obediencia por temor a la sanción/promesa.
b) La obediencia por utilidad.
c) La obediencia por respeto al orden jurídico.

2. La eficacia de las normas relativas a la integración como éxito.

III. ¿(DES)INTEGRANDO POR LEY?: REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN.

Si bien el discurso político, sociológico e histórico sobre la integración de y con los inmigrantes se ha centrado con interés en la constatación de cifras, hechos o factores sociales para medir su éxito o fracaso. Este enfoque discursivo no es la única forma de situar el objeto de la «integración» desde una perspectiva analítica y normativa. De hecho, la integración entendida como igual reconocimiento y ejercicio de derechos atendiendo a las debidas garantías jurídicas [(2)] implica también importantes corolarios morales y axiológicos para la revisión de las normas relativas a controlar la integración e incluso medir la distancia entre la norma llamada a regular la integración y la realidad, en términos de eficacia.

De ahí que en este último caso como sostiene García Cívico la cuestión de la eficacia, de la efectividad, del alcance real o de la realidad de las normas sin mayores puntualizaciones puede ser sin duda un aspecto de interés para los juristas[(3)]. Y, ciertamente lo puede ser si se habla de la eficacia de las normas relativas al contrato de integración que desde el Derecho de extranjería se afanan por una siempre mayor repercusión en términos de alcance real para reforzar la correspondiente función programática o simbólica de los planes y políticas públicas de integración[(4)].

Por ello, analizando como la integración es configurada por el Derecho de extranjería es posible anticipar que particularmente la inseguridad jurídica presente en las normas relativas a la integración deviene un obstáculo para el proceso en sí y a la postre puede retroalimentar la falta de eficacia «sociológica», «externa» o «fáctica». Es decir, permite plantear si hay una coherencia interna entre los efectos *reales* que consigue la ley en correspondencia a los fines reseñados en la exposición de motivos de quién la ha producido[(5)].

Sin duda, este es un desafío latente que se observa mayormente con la irrupción del llamado extensionismo y normativismo europeo de los programas de integración cívica

(2) AÑÓN ROIG, M.J., «Integración: una cuestión de derechos», *Arbor: Políticas migratorias y sociedad integrada*, vol. 186, núm. 744, 2010, pp. 625-638. SOLANES CORELLA, A., «¿Integrando por ley? De los contratos europeos de integración al compromiso de la ley autonómica Valenciana 15/2008», *Revista española de derecho de extranjería y migratorio*, 20, 2009, pp. 47-77.

(3) HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003, p. 168.

(4) GARCÍA CÍVICO, J., «Sobre el proceso de integración social del inmigrante en España. La cuestión de los indicadores»», *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja»*, año V, núm. 7, 2011, pp. 50-77, esp. 61-62.

(5) HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, *op. cit.,* p. 119.

Revista REDMEX 34-2013.indb 278 02/01/14 09:40

en sus diferentes modalidades: contratos, compromisos, acuerdos o esfuerzos de integración[6]. En el contexto europeo, el caso francés ha sido uno de los ejemplos más contestados en el estudio y gestión de los modelos de integración, aunque también es un referente normativo por la técnica jurídica llamada a definir la integración efectiva[7]. Una presencia cuya extensión normativa ha ido en significativo aumento y consolida el objetivo de una mayor eficacia «jurídica» de la integración para sostener el robusto discurso político-institucional de los últimos diez años[8]. Evidentemente, no es éste el único ejemplo operativo en cuanto a parámetros acreditativos de la integración[9] ya que en varios países europeos con esta vía contractual se apela con otras intensidades a un siempre mayor alcance real de la integración que pueda ser objeto de mesura[10].

A tal efecto, en este trabajo se llevará a cabo un análisis del objeto de la integración en el *corpus* normativo de la inmigración en Francia durante el periodo de su mayor frenesí normativo (2003-2013). No en vano, es durante dicho periodo cuando se ha «contractualizado» el procedimiento de integración gracias al recurso a una primera experimentación y posterior reconversión del *Contrat d'accueil et intégration* en instrumento de la ley de extranjería para dar cumplida respuesta a la fuerte retórica de las políticas públicas de integración. Un objeto que presenta una doble dimensión: sociológica que tiene en cuenta las pre-condiciones de integración para la duración de la permanencia y deontológica que atiende al comportamiento así como su correspondencia con el orden público y/o un modelo de integración republicana.

El propósito de esta revisión de la eficacia normativa atribuida a la integración en la ley de extranjería francesa puede ser interesante punto de partida y/o llegada para entender su impacto en el plano normativo en países como España que tras un largo periodo de tránsito carecen aún hoy de una detallada concreción jurídica de la integración. De hecho, por ahora, más bien han optado tal y como sostiene Lochak[11] por el uso del llamado «infra-droit» con miras a una mayor redefinición del mismo.

---

(6) PASCOUAU, Y. & STRIK, M.H.A. (ed.), *Which Integration Policies for Migrants? Interaction between the EU and its member states*, Nijmegen,Wolf Legal Publishers, *vid.* pp. 3-14. JOPPKE, C.; SEIDLE, L., *Immigrant integration in Federal Countries*. Quebec, McGill-Queen's University Press, 2012.

(7) COURNIL C. DEPIGNY, Y., «Contractualisation et externalisation de la politique migratoire: analyse et critique de la loi Hortefeux», *Revue de droit public*, núm. 4, 2008, pp. 1045-1079, p. 1047.

(8) *Vid.* HAUT CONSEIL DE L'INTÉGRATION, *1999-2010: 20 ans au service de l'intégration*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 2010.

(9) VAN OERS, R.; ERSBØLL, E.; KOSTAKOPOULOU, D., *A Definition of belonging: Language and integration tests in Europe*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010. TRIADAFILOPOULOS, T., «Illiberal means to liberal ends? Understanding recent immigrant integration policies in Europe», *Journal of Ethnic and migration Studies*, vol. 37, núm. 6, 2011, pp. 861-880.

(10) FIERI (Forum Internazionale ed Europeo di Ricerche sull'Immigrazione) a cura di CAPONIO T.; PASTORE F., *Dall'ammissione all'inclusione: verso un approccio integrato? Un percorso di approfondimento comparativo a partire da alcune recenti esperienze europee*, Consiglio nazionale de l'economia e del lavoro, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, Roma, 2012, pp. 1-77.

(11) LOCHACK, D., «L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration», *Cultures et conflits*, núm. 64, 2006, pp. 131-147. *Vid.* las características del informe sobre el esfuerzo de integración en LA SPINA, E.; *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, esp. pp. 476 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 279 02/01/14 09:40

I. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EFECTIVA EN FRANCIA (2003-2013)

Desde el Pacto europeo de inmigración y asilo 2008, la actual evolución de las políticas de inmigración común en el contexto europeo se ha caracterizado por una inexistente uniformidad tanto en su dimensión cuantitativa como cualitativa a la hora de gestionar el objetivo de la integración efectiva(12). Las características del concepto normativo de integración a nivel europeo han recogido y recogen tendencias asimétricas por definición recalcitrantes respecto a la pluralidad, la bidireccionalidad y la multidimensionalidad exigida por los ocho principios marco de la política de integración de la Unión Europea(13). Más bien distintos Estados de la Unión Europea llevan algunos años aplicando los denominados contratos o cursos de integración en sus diferentes modalidades como un instrumento legal y efectivo de integración con el propósito de perseverar en la portabilidad del éxito o fracaso de los simplificados modelos nacionales de integración en opinión de Joppke(14).

De este modo, con diferentes puntos de coincidencia pero también con importantes divergencias se han positivizado como «hitos liberales»(15) contratos o cursos de integración, exámenes de civismo y ciudadanía (vinculantes o no), en el contexto europeo(16). En

(12) Pacto europeo de inmigración y asilo, Bruselas, 16 de septiembre 2008, núm. 13189/08 ASIM 68, Programa de Estocolmo– Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE 2010/C 115/01) ap. 6.1. *Vid.* entre otros COM (2000) 757 final, de 22 de noviembre, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de inmigración. Reiterada, por ejemplo, en COM (2001) 387 final, de 11 de julio, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración y COM (2003) 336 final, de 3 de junio, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, sobre inmigración, integración y empleo. Comunicación de la Comisión, Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, COM (2005) 184 final de 10.5.2005. *Cfr*: El programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01), Diario Oficial C 53 de 3.3.2006. Y, más recientemente, COM (2011) 455 final, de 20 de julio de 2011, Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Europea para la Integración de los Nacionales de Terceros Países COM (2012) 250 final, de 30 de mayo de 2012, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011) así como el último IV Informe Anual sobre Inmigración y asilo 2012, COM (2013) 422 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 junio de 2013.

(13) DE LUCAS, J., «Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración», VV.AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Eurobask, Bilbao, 2012, pp. 11-92, p. 123; ILLAMOLA, M., «Los principios comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión Europea y su incorporación a la política española de inmigración», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 38, 2008 pp. 155-182, p. 165.

(14) Sobre el llamado «end of national models» *vid.* JOPPKE, C.,»Transformation of immigrant integration in Western Europe: Civic integration and antidiscrimination in the Netherlands, France, and Germany». *World Politics* 59(2), 2007, pp. 243-273, esp. p. 245.

(15) *Vid.* TRIADAFILOPOULOS, T., *Illiberal means to liberal ends? Understanding recent immigrant integration policies in Europe*, *op. cit.,* esp. p. 879. DE LUCAS MARTÍN, J., «Sobre los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento. Un análisis crítico de las condiciones de las políticas europeas de integración ante la inmigración». En VV.AA., *Inmigración e integración en la UE. Dos retos para el siglo XXI*, Bilbao, Eurobask, 2012, pp. 11-92.

(16) En Suecia, Dinamarca, Finlandia, Países Bajos, Austria, Bélgica, Francia, Reino Unido, Estonia (dirigidos a la minoría rusa), Alemania y Suiza. SOLANES CORELLA, A., «El buen inmigrante: regular e integrado», *REDUR* 9, diciembre, 2011, pp. 99-125. STRIK, T.; BÖCKER, A.; LUITEN M. and VAN OERS, R., *The INTEC project: synthesis report. Integration and naturalisation tests: the new way to European Citizenship*, viewed 29 May 2011,

Revista REDMEX 34-2013.indb 280 02/01/14 09:40

su forma actual, las disposiciones comunitarias no dan ninguna indicación precisa[17] sobre cuales deberían ser esas medidas de integración y sobre cómo deben aplicarse pese a su notoria problemática de uso o por no decir abuso[18]. Si bien sólo son tres Estados miembros los que recurren, como condición previa y obligatoria a la admisión en el propio territorio, a tales medidas[19] exigidas a los inmigrantes y/o a los miembros de la familia para que realicen pruebas de conocimiento del idioma y de la sociedad de acogida o que firmen un contrato que les obliga a seguir cursos de educación cívica y, si es necesario, cursos de lengua, en el momento de su entrada[20]. No por ello, en otro países el debate sobre la premisa de la integración ha planteado que la admisión al territorio o la durabilidad de la residencia puede ser subordinada al grado de integración «certificada» que presente el inmigrante y que pueden ser objeto de control en el momento de cada renovación del título de residencia.

En este contexto, la perspectiva normativa del contrato de integración francés es un ejemplo emblemático de como la «concrétisation législative o contractualisation» puede adoptar por cuestiones de estricta eficacia bien una forma jurídica facultativa o bien preceptiva para garantizar su cumplimiento o fomentar su éxito.

Inicialmente, la *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au sejour des* étrangers *en France et à la nationalité* núm. 2003-1119 de 26 de noviembre de 2003[21] articuló

---

http://www.ru.nl/publish/pages/621216/synthesis_intec_finalmarch2011.pdf. CARRERA, S., «Nationality, immigration and «the Republican Integration» in France: Normativisation, expansionism and externalisation» en GUILD, E.; GROENENDIJK, K.; CARRERA, S., *Illiberal liberal states: immigration, citizenship, and integration in the EU*, Burlington, VT: Ashgate, Farnham, 2009, pp. 315-336. VAN OERS, R.; ERSBØLL, E.; KOSTAKOPOULOU, D., *A Definition of belonging: Language and integration tests in Europe, Leiden*, Martinus Nijhoff, 2010.

(17) *Vid.* GROENENDIJK, K., «Legal concepts of integration in EU Migration Law», *European journal of Migration and Law*, vol. 6, núm. 2, 2004, pp. 111-126, esp. p. 120.

(18) Portugal y Eslovenia son los dos países que han adoptado medidas más sencillas para la integración sin requisito específico para la misma. *Vid. Migrant Integration Policy Index III,* British Council, Bruselas, 2011, pp. 14 y 16. España es valorada positivamente (octava posición) en cuanto a uno de los países con políticas y marco normativo más flexible o favorable a la integración llevadas a cabo junto con otros como Suecia y Portugal que son pioneros. PASCOUAU, Y., *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states,* Bruxelles, European Policy Center, 2011, p. 5.

(19) Dinamarca y Francia requieren conocimientos de idioma antes de la entrada y la asistencia a cursos. En Holanda los miembros de la familia deben pasar un test de integración con contenido lingüístico y conocimiento de la sociedad holandesa, incluso se prevé en Holanda y Dinamarca que algunos grupos estén exentos. En cambio, es más habitual que los Estados miembros (Austria, Chipre, Francia y Eslovaquia) piden la asistencia a cursos de integración o superar exámenes después de la admisión en el territorio. En cambio, Lituania y Reino Unido requieren los test de integración como condición para la autorización de residencia permanente. MICHALOWSKI, I., «Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración», en BILES, J.; MICHALOWSKI, I. y WINNEMORE, L., *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países Bajos*, Serie Migraciones, núm. 12, Barcelona, Fundació CIDOB, 2007, pp. 67-92, en concreto p. 74. ENTZINGER, H., «Changing the rules while the game is on; from multicultualism to assimilation in the Netherlands», in BODEMANN, M AND YURDAKUL, G. (eds.), *Migration, Citizenship, Ethnos: Incorporation Regimes in Germany, Western Europe and North America*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2006, pp. 121-144.

(20) *Vid.* GUIRAUDON, V., «Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea», Área: Demografía, Población y Migraciones Internacionales *Real Instituto ElCano*, ARI 43/ 2008. ILLAMOLA, M., «Los principios comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión Europea y su incorporación a la política española de inmigración», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 38, 2008, pp. 155-182.

(21) JORF du 27 novembre 2003, p. 20136.

Revista REDMEX 34-2013.indb 281 02/01/14 09:40

desde una base no obligatoria el llamado *Contrat d'accueill et intégration* (CAI). Básicamente, con el propósito de condicionar la renovación de una primera autorización de residencia y la obtención de la residencia de larga duración de 10 años al concepto de *l'intégration republicaine*, definido como «el conocimiento de la lengua francesa y de los principios o valores de la República francesa», aunque sin determinar cómo se debía medir el grado de integración[22]. La adhesión a un contrato tipo parece ser sinonímica del grado de integración efectiva en la sociedad francesa en la medida que es el criterio que avala el derecho a permanecer con cierta duración en el territorio francés.

A efectos prácticos, el propósito del legislador galo avalando la lógica del Pacto europeo de Inmigración y Asilo que coincidía con la presidencia francesa de la Unión Europea, era medir la eficacia del esfuerzo de integración de los nuevos llegados entre ellos las familias migrantes por medio de una entrevista llevada a cabo por un empleado de la Agencia Francesa para la Acogida de Extranjeros y la Inmigración (ANAEM - Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations) actualmente *Office français de l'immigration et l'intégratio*n OFII[23]. El diseño del contrato de integración de este modo pasaba a tener contenido y un fuerte componente de habilidades idiomáticas entre 200 y 500 horas de clases[24], frente al segundo módulo formativo de 6 horas (1 día) de educación cívica con información sobre el sistema político y administrativo francés, la historia de Francia así como los derechos y deberes de los ciudadanos. Todo ello, sin perjuicio de una oferta didáctica optativa centrada en cuestiones de vivienda, educación, trabajo y salud[25]. Mientras que las sanciones que lleva aparejadas eran la denegación de la *carte d'entrée*, la renovación de una residencia temporal o en todo caso la expulsión del territorio.

Sin embargo, en noviembre de 2004, el informe del Tribunal de Cuentas francés[26] establecía que las políticas de integración de Francia durante los últimos treinta años habían fracasado por adolecer de eficacia. De este modo, los tópicos de la eficacia debían abanderar el proyecto contractual de integración promoviendo una segunda

---

(22) COURNIL C. DEPIGNY, Y., *Contractualisation et externalisation de la politique migratoire: analyse et critique de la loi Hortefeux, op. cit.,* p. 1049.

(23) El Gobierno francés ha introducido una nueva titulación lingüística (DILF - Diploma Inicial de Lengua Francesa) que se sitúa en el nivel A1.1, es decir por debajo del nivel A1 del Marco Europeo Común de Referencia para las Lenguas. CHEVRON, S., *La réforme des structures en charge de l'immigration. De l'ANAEM à l' OFII*, Paris, L' Harmattan, 2009.

(24) Arrêté du 19 janvier 2007, relatif aux formations prescrites aux étrangers signataires du contrat d'accueil et d'intégration et à l'appréciation du niveau de connaissances en français prévues aux articles R. 311-22 à R. 311-25 du décret núm. 2006-1791 du 23 décembre 2006 relatif au contrat d'accueil et d'intégration et au contrôle des connaissances en français d'un étranger souhaitant s'installer durablement en France et modifiant le code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile (partie réglementaire) NOR: SOCN0710178A, J.O. du 30 janvier 2007, Texte 13 sur 103.

(25) Décret núm. 2006-1791 du 23 décembre 2006, relatif au contrat d'accueil et d'intégration et au contrôle des connaissances en français d'un étranger souhaitant durablement s'installer en France et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire), NOR: SOCN0612582D, J.O. núm. 303 du 31 décembre 2006, p. 20346, texte núm. 39.

(26) COUR DES COMPTES, *L'accueil des migrants et l'intégration des populations issues de l'immigration*. Rapport au Président de la République, Paris, Cour des Comptes, 2004.

Revista REDMEX 34-2013.indb 282 02/01/14 09:40

transformación con la *Loi relative à l'immigration et à l' intégration* núm. 2006-911 de 24 de julio de 2006 avalada por el *Conseil Constitutionnel*(27). En el *Project de Loi (núm. 2986)* se insistía en la voluntad de reforzar los canales hacia la «integración republicana» y mejorar su evaluación(28) dotándole de un carácter obligatorio y ya no sólo facultativo(29). La clave determinante de la eficacia era la obligatoriedad del proceso formal de integración obviando sin más las necesarias condiciones materiales derivadas de la igualdad.

Así, de un lado, se incluía la subordinación de la concesión de la residencia permanente a la acreditación de la integración que ya no sólo afectaría los nuevos llegados o solicitantes de la nacionalidad francesa sino incluso también el ámbito de la reagrupación familiar bajo los parámetros del *Contrat d'accueil et d'intégration pour la famille* (CAIF). En este caso, la *Loi no. 2007-1631, 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* encargada de transponer la Directiva 2003/86/CE contiene las medidas de integración ya acogidas en otros Estados miembros para los menores de 16 años(30). Así quedan condicionadas o más bien comprometidas las renovaciones o posibles expulsiones de familiares en base al artículo 311-9-1 del *Code de l'entrée et du séjour des* étrangers *et du droit d'asile* a un contrato con el Estado francés, obligándoles a seguir un curso en derechos y deberes de los padres en Francia extrañamente garante de la enseñanza obligatoria de los menores en detrimento del derecho al respeto de la vida familiar en los parámetros previstos en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos y la jurisprudencia estrasburguesa(31).

Los detalles del curso formativo de un día de duración mínima que versa sobre la autoridad paterna, la igualdad hombre y mujer, la protección de los menores y su escolarización en Francia, organizado por el *OFII* se recogen en el *Décret* núm. 2008-1115 du 30 *octobre 2008 relatif à la préparation de l'intégration en France des* étrangers *souhaitant s'y installer durablement*(32). El contenido en neta contradicción a lo dispuesto en la Directiva 2003/86 que cataloga por sí misma la reagrupación familiar como una vía de integración idónea y efectiva implica fuera de toda lógica un ulterior *plus* formativo en derechos y deberes de los padres en Francia así como el respeto de la obligación escolar

(27) Conseil Constitutionnel 20 juillet 2006, núm. 2006-539, DC J.O.: 25 juillet 2006, p. 11066, sólo una reserva del art. 45 y declara que el resto de las previsiones están en conformidad con la Constitución.

(28) CARRERA, S. & WIESBROCK, A. *Civic Integration of Third-Country Nationals. Nation-alism versus Europeanisation in the Common EU Immigration Policy, www.ceps.eu*, 2009.

(29) JORF núm. 170, 25 de julio 2006, p. 11047, «l'engagement personnel de l'étranger à respecter les principes qui régissent la République française le respect effectif de ces principes et la connaissance suffisante de la langue française. L'intégration ne sera plus uniquement jugée sur des connaissances mais sur une implication forte de l'étranger».

(30) J.O. no. 270, 21 novembre 2007. El contrat d'accueil et d'intégration pour la famille se ha instituido a partir del 2009 y ya en 2010 hay 1579 contratos firmados que afectan unos 4800 familias.

(31) *Vid.* entre otras sentencia, TEDH de 28 de noviembre de 1996 Ahmut/ Países Bajos (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, apartados 63 y 67). Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali/ Reino Unido (Series A, núm. 94) Ahmut c. Pays bas du 28 novembre 1996, recueil des arrêts et décisions, 63. STEDH Sen/Países Bajos de 21 de diciembre de 2001, núm. 31465796. STEDH 1 de diciembre de 2005 asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos.

(32) J.O. du 1 novembre 2008.

Revista REDMEX 34-2013.indb 283 02/01/14 09:40

con la consiguiente ineficacia en caso de incumplimiento del *contrat de responsabilité parentale*[33].

Esto es, según el artículo 222-4-1 acarrean para los progenitores sanciones económicas, perdida de ayudas sociales (allocations familiales)[34] con un fuerte impacto en la igualdad material de acceso a los derechos sociales y eventualmente sanciones administrativas de denegación de la *carte de séjour* o la *carte de résident* así como en el peor de los casos *in extremis* incluso la expulsión del territorio. En el alcance de este contrato de integración se excluyen aquellos que acreditaran un mínimo de tres años de estudios secundarios en Francia o en un establecimiento francófono, un mínimo de un año en estudios superiores en Francia y por último por razones de orden público, estado de guerra o catástrofe natural o tecnológica si el curso formativo puede suponer dificultades, riesgo para la seguridad o por incompatibilidades con capacidades psíquicas o financieras u obligaciones profesionales (artículo 311-30-10 of the CESEDA).

Tras este control estricto de la integración de las familias migrantes en Francia, desde una dimensión programática el *Haut Conseil à l'intégration* (HCI) en 2009 con *Faire Connaitre Les Valeurs et Symboles de la République et organiser les modalités d'évaluation de leur connaissance*[35] ha endurecido si cabe más la línea discursiva de la integración rescatando la idea de completar el *CAI* con un «volet de formation civique». El planteamiento de base es marcar diferencias semánticas entre conocer, entender, respetar y adherirse a «notre patrimoine civique commun». Siendo, por tanto, la no interrelación de los cuatro principios de la République française las bases que cuestionan su plausible compatibilidad con el principio de la diferencia[36].

De este modo con su última proyección normativa, la última reforma *Loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*[37] ha fijado bajo la supervisión de la *OFII* un *contrat d'accueil* con una duración de un año renovable y la inclusión de una formación cívica sobre la vida en Francia y una formación lingüística de 200 a 500 horas. Así en este esquema «forzado» más técnicamente pulido de la «integración por ley» se pretende así a la espera de los últimos resultados definir un estándar compartido presumiendo que un programa de integración eficiente o efectivo es aquel que ha de proporcionar, inicialmente, estandarización y ocuparse sólo de forma colateral o coyuntural del conflicto, la diferenciación[38] o el principio de no discriminación.

---

(33) LOCHACK, D., FOUTEAU, C., *Immigrés sous contrôle. Les droits des étrangers: un état des lieux*, Paris, Le cavelier bleu editions, 2008, p. 65.

(34) Décision Conseil d'État, 30 octobre 2008, L. 224-4 1 CAIF (CE, 19 mai 2010 CIMADE ET GISTI núm. 323758).

(35) Se puede consultar el documento completo en *www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports…/0000.pdf*. Los símbolos son Marianne, La Marseillaise, los colores de la bandera así como los principios de liberté, égalité, fraternité et laïcité, la fiesta nacional y la Declaración de derechos del hombre 1798.

(36) BERTOSSI, C., «La République «modèle» et ses discours modélisants: l'intégration performative à la française», *Migrations société,* vol. 21, 122, 2009, pp. 39-76, esp. p. 43.

(37) JORF núm. 0138, du *16 juin* 2011. *Vid.* Décision del Conseil constitutionnel, n1 2011-631, DC del 9 junio 2011.

(38) MICHALOWSKI, I., *Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países Bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración*, *op. cit.,* p. 83.

Revista REDMEX 34-2013.indb 284 02/01/14 09:40

II. CONSIDERANDO LAS NORMAS RELATIVAS AL CONTRATO DE INTEGRACIÓN APLICANDO POSIBLES VARIABLE(S) DE LA EFICACIA SOCIOLÓGICA O EXTERNA

En el lenguaje propiamente normativo de las leyes o de la discusión política habitualmente como señala Hierro hay una correlación de siete sentidos o tópicos posibles sobre la eficacia de las normas. La eficacia como vigencia, cumplimiento, aplicación, correspondencia, aceptación, éxito y por último eficiencia. En cualquier caso, con independencia de las variables, la oportunidad de estos conceptos para valorar la idoneidad de las normas relativas a la integración es y puede ser significativa. Básicamente, porque la eficacia mira a la realización de actos y conductas jurídicas velando por quién pretende alcanzar ciertos objetivos en la realidad social ya bien sean deseables o no. Es decir, se preocupa por la operatividad efectiva de una norma marcando en sentido general la relación entre medios y resultados a la hora de conseguir determinados fines. Así en síntesis permite interrogarse sobre el objetivo directo de la norma, esto es la conducta regulada y el objetivo indirecto, la finalidad pretendida.

De ahí que su aplicación al Derecho resulta útil como algo que se puede medir o evaluar cuantitativamente en cuanto parece la vía más adecuada para calcular el impacto social o humano de determinadas acciones[39]. Sin embargo, la medición del cumplimiento u obediencia de las normas relativas al contrato de integración es sin duda algo más complejo que medir cuantitativamente la coincidencia, la motivación de los sujetos o los propósitos del legislador en función de la forma jurídica escogida.

A tal efecto, el interés recae más bien en la eficacia sociológica o externa de las normas porque es esta dimensión más próxima al alcance real la que permite formular dos planteamientos que guardan relación directa con el cumplimiento o incumplimiento de las normas o la efectiva conducta de sus destinatarios. El primero explica si son normas capaces de motivar la conducta, producen actos coactivos o permiten organizar la vida social y el segundo si pueden ser mesuradas como éxito. Ambas cuestiones son el transfondo jurídico-político de la reiterada necesidad de eficacia de la integración en Francia y como no en el resto de Europa[40] incluso patente en España con la derogación de la Instrucción SGIE/2/2012[41].

1. La eficacia de las normas relativas a la integración para motivar el cumplimiento

Son determinantes la conducta de los destinatarios, los efectos que la misma norma u otras normas asociadas a ella prevén para el caso de incumplimiento, esto es la nulidad,

---

(39) SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «Los tópicos: eficacia, eficiencia, efectividad en el Derecho», en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.; HOYO SIERRA, I. A., *Eficacia del Derecho (Teorías y aplicaciones*), Madrid, Dykinson, 2010, pp. 11-29, esp. p. 33.

(40) BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Regiones, Unión Europea e integración de los inmigrantes. Una perspectiva desde el Derecho Comparado*, Barcelona, Atelier, 2008, p. 45.

(41) Esta Instrucción deroga la DGI/SGRJ/8/2011 de aplicación del Reglamento de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en materia de informes sobre esfuerzo de integración porque no ha contribuido con eficacia a los objetivos de clarificación y homogeneidad en la aplicación de la figura jurídica que se refiere.

Revista REDMEX 34-2013.indb 285 02/01/14 09:40

la reparación y la sanción. Friedman(42) sitúa el cumplimiento u obediencia como uno de los posibles efectos que la norma puede alcanzar o no.

Por tanto, el impacto designa la relación causal de un acto jurídico con la conducta de alguien implicando tres requisitos a su vez: la comunicación de la norma, la capacidad del destinatario para cumplir o no cumplir la norma. Es decir, un aspecto clave sería la publicidad y claridad de la norma definitoria de la integración, si existen medios que faciliten la superación del itinerario de integración requerido y la disposición del destinatario en uno u otro sentido(43). La disposición del agente ante la norma jurídica puede obedecer a la inercia, a un cálculo coste-beneficio o a la adhesión interna. De ahí que los factores que influyen mayormente en motivar el cumplimiento son la amenaza de sanciones, la presión o el menosprecio del entorno social(44) y la influencia sobre la conciencia. En este caso, la amenaza de sanciones previstas junto a la presión del entorno social que transforma la llamada sociedad de acogida en sociedad de control, son factores determinantes para motivar el cumplimiento de las normas relativas a la integración y el reconocimiento del otro.

Por ello, aquí es interesante verificar algunos de los posibles elementos motivadores del cumplimiento para valorar su extrapolación global o parcial a las normas relativas al proceso de integración: la obediencia por temor a la sanción o la expectativa de la promesa, por utilidad y el respeto al orden jurídico.

a) La obediencia por temor a la sanción/promesa

Se suele tomar como el motivo más típico de cumplimiento por prudencia pero no es una motivación única(45). De hecho, la fuerza persuasiva o disuasoria de las sanciones no depende sólo del contenido de la sanción, la probabilidad de su imposición o de la percepción que el agente tiene de ambas cosas sino de un conjunto de factores más amplio o incluso de la concurrencia de varios subfactores. Entre ellos como sostiene Friedman(46) se halla el carácter de la amenaza o promesa, la naturaleza de la sanción, la percepción del riesgo de sufrirla, la rapidez de la aplicación, el carácter del destinatario así como el carácter de la conducta, la facilidad de detectar el incumplimiento o bien la elasticidad o no a la hora de exigir la conducta.

Por lo general, las normas relativas al contrato de integración tratan de incitar a los extranjeros a integrarse para beneficiarse de un status ideal y para dotar a la administración de los medios para rechazar la garantía de una residencia duradera en el territorio francés

(42) HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, *op. cit.,* p. 92.

(43) Así lo advierte el propio Conseil Constitutionnel décret núm. 2005-530 DC, 29 décembre 2005, cons. 77 «le législateur ne peut pas éditer des règles d'une complexité excessive au regarde de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée».

(44) HONNETH, A., *La société du mépris: vers une nouvelle théorie critique*, Paris, La Découverte, 2006, pp. 52-55, recoge entre las tres esferas del reconocimiento para la realización del sujeto, el amor, la política-jurídica y social. Nos interesa la política-jurídica «c'est parce qu'un individu est reconnu comme sujet de droits et de devoirs qu'il peut comprendre ses actes comme une manifestation, respectée par tous, de sa propre autonomie».

(45) HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, *op. cit.,* p. 101.

(46) FRIEDMAN, *The legal system. A social science perspective*, Nueva York, Russel Sage, 1987, p. 75.

Revista REDMEX 34-2013.indb 286 02/01/14 09:40

entre los que no quieren o no la alcanzan en su plenitud[47]. Se motiva una inversión de lógica por la que la «carte de résident» deviene una recompensa a la integración y ya no un instrumento de integración. Una vocación instrumental en origen que se transforma con la irrupción contractual sin dejar demasiada cabida a la elasticidad sobre la demanda de dicha conducta.

Por este motivo, la sanción jurídica prevista para los casos de «desintegración» implica un fuera de juego o «mis en hors jeu» que conduce en términos de procesos de descalificación o «déclassage» hacia un status inferior (pérdida de la «carte de résident» y concesión de un título de residencia temporal por ejemplo) que más o menos penaliza, por medio de dos vías:

a) La retrogradación implica el regreso forzado de la persona a un status jurídico de nivel inferior, siguiendo así la lógica pura de la exclusión para promover unos dispositivos que tienen por función aparentemente «corregir» los individuos en su comportamiento, actitudes, acciones poniendo en riesgo lo que ellos representan[48] por considerarse incompatible *a priori* con los valores republicanos o la sociedad de acogida.

b) «La mise hors» o fuera de juego permite autorizar la expulsión del territorio francés en caso de incumplimiento reiterado o grave de la conducta a seguir, una sanción que se extiende al inmigrante y sus familiares.

De este modo, como recuerda Lochack no se contrarresta el efecto desintegrador en las llamadas leyes generadoras de inseguridad y precariedad[49] más bien lo contrario desde la *Ordonnance de 2 de noviembre de 1945* con excepción de la *loi du 17 juillet 1984* que crea una «carte de résident» de diez años de duración y renovable automáticamente con movilidad territorial a efectos laborales en menos de dos años. Tras esta breve excepcionalidad modificada por la *loi du 9 septembre 1986*, llamada «loi Pasqua», las máximas han sido seguir restringiendo la lista de extranjeros con pleno derecho a una «carte résident» y en una segunda versión de 1993 se ha fijado la supresión de la protección social para los extranjeros en situación irregular, subordinando el derecho a contraer matrimonio, la reagrupación familiar y medidas de expulsión así como determinando como regla común una «carte de résident temporaire» para el pleno acceso en igualdad en derechos de los inmigrantes. Así, la «carte de résident» de diez años ya no es concedida de pleno derecho más que a categorías residuales y los familiares en Francia no pueden obtener más que después de un plazo mínimo de tres años y a condición de probar la preceptiva integración republicana.

En cualquier caso, también han contribuido ciertamente a la inseguridad y precariedad del estatuto jurídico de la integración las más de treinta reformas que se han sucedido hasta

---

(47) VANDENDRIESSCHE, X., *Le droit des étrangers*, Paris, Dalloz, 2012, p. 80. FERRAN, N., *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, Thèse, Montpellier, 2008, esp. p. 21.

(48) FERRAN, N., *L'intégration des* étrangers *saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, *op. cit.,* esp. p. 139.

(49) LOCHACK, D., *L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration*, *op. cit.,* p.143, «lois sur le séjour génératrices d'insécurité et de précarité».

Revista REDMEX 34-2013.indb 287 02/01/14 09:40

2011 con la legalización de la retención administrativa aunque el carácter represivo de las leyes Sarkozy et Hortefeux, sin duda han conducido mayormente a la precarización del derecho de residencia en la forma enunciada en 1993. Basta recordar como las sucesivas reformas *in peius*(50) sobre la integración han previsto el endurecimiento de las condiciones de acceso a la «carte de résident», la competencia de los prefectos para pronunciar la devolución en frontera de los extranjeros en situación irregular, la legalización de la zona de espera en los puertos y aeropuertos, el endurecimiento de las condiciones de acceso a la residencia de las familia, la prohibición de reagrupación fraccionada, las condiciones de obtención de la «carte de résident» de pleno derecho, el régimen de la expulsión y el refuerzo de las posibilidades de control: retirada del pasaporte hasta el alejamiento efectivo, la toma de datos digitales para todo el extranjero demandante de un título de residencia o en situación irregular.

En este contexto o tejido normativo la integración hace su entrada en la legislación como una suerte de herramienta por la que se opera el pasaje de la inmigración «subie» a la inmigración «choisie»(51). El cumplimiento del contrato de integración retarda el mayor tiempo posible el acceso a un título de larga duración y garantiza un filtro cuidadoso de los posibles beneficiarios.

b) La obediencia por utilidad

El motivo más primario para que un agente cualquiera siga normas heterónomas en su comportamiento es, sin embargo, una economía de elección que estriba en ahorrarle el esfuerzo de decidir, en cada caso el comportamiento a seguir, la llamada función de instancia. Las normas relativas al contrato de integración en su versión *hard law* anulan la elección del destinatario, convirtiendo al destinatario de la norma en un autómata o cumplidor mecánico de normas incluso irracionales, ridículas o conservadoras. Y lo hacen en su propio interés o la apariencia de ello, el seguimiento de todas esas normas incluso con el sacrificio ocasional de sus deseos, ahorra elecciones aparentemente problemáticas y costosas que derivan directamente de las sanciones. Sin embargo, no sólo ahorra los esfuerzos de la decisión sino en situaciones más complejas racionaliza los costes de negociación inherentes a la participación o la igualdad en el derecho a decidir. La norma ofrece al agente una útil o unívoca información sobre la conducta previsible (deseable) de y para los demás, la llamada función de garantía genérica y específica respeto al comportamiento

---

(50) Ordonnance núm. 45-2658, du 2 novembre 1945, modifiée notamment par la loi núm. 80-9, du 10 janvier 1980, conocida como *loi Bonnet*, la loi núm. 81-973, du 29 octobre 1981, conocida como *loi Questiaux*, la loi núm. 84-622, du 17 juillet 1984, conocida como *loi Dufoix*, la loi núm. 86-1025, du 9 septembre 1986, conocida como *loi Pasqua*, la loi núm. 89-548, du 2 août 1989, conocida como *loi Joxe*, la loi núm. 92-190, du 26 février 1992, conocida como *loi Marchand*, la loi núm. 92-625, du 6 juillet 1992, conocida como *loi Quilès* y las leyes núm. 93-1027, du 24 août 1993 et núm. 93-1417, du 30 décembre 1993, conocidas como lois Pasqua, la loi núm. 97-396, du 24 avril 1997 o *loi Debré* modificaa por la loi núm. 98-349, du 11 mai 1998, *loi Chevènement* relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile (RESEDA). La *loi* núm. 2003-1119, du 26 novembre 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité et la loi núm. 200*6-911, du 24 juillet 2006, le Loi* núm. 2007-1631, du 20 *novembre 2007,* relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile y por último la loi du 16 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

(51) RODIER, C. TERRAY, E. (dir.), *Immigration: fantasmes et réalités. Pour une alternative à la fermeture des frontières*, Paris, La Découverte, 2008, esp. p. 17.

Revista REDMEX 34-2013.indb 288 02/01/14 09:40

de las autoridades que administran el poder coercitivo. En el caso de no obediencia de las normas relativas a la integración ello implica la «retrogradación» del status jurídico o bien la expulsión mientras que la obediencia del Derecho contribuye inconscientemente a una mayor alienación, asimilación o aculturación del sujeto, obviando aspectos determinantes para la inclusión social como el acceso en igualdad de condiciones a la educación, al mercado laboral, la asistencia sanitaria, etc.(52).

c) La obediencia por respeto al orden jurídico

En este caso la reconstrucción justificativa del cumplimiento o obediencia de la norma no sería aquella meramente prudencial o útil sino que es un aspecto más relacionado con el contenido de las normas relativas a la integración que apoyan las medidas o requisitos en valores intrínsecos del orden jurídico preestablecido. La concreción jurídica de la integración implica el respeto a los valores y principios de la República francesa(53), en definitiva al orden jurídico legítimo de la sociedad de acogida, los valores justificativos del ordenamiento que se comparten con la sociedad francesa, esto es las reglas comunes. Sin embargo la indeterminación jurídica de los valores propuestos para restringir el concepto de integración y república como un extremo aconflictivo y ciertamente positivo reduce el campo de acción del Estado que tiene como elemento simbólico la diversidad cultural de la nación francesa. Así por lo que se refiere a conflictos que afectan a derechos humanos y fundamentales en sociedades multiculturales, Francia ha abierto al debate público la posibilidad de retirar la nacionalidad francesa a un ciudadano por ser sospechoso de practicar la poligamia(54). No en vano, por ejemplo mientras en otros Estados europeos se sigue discutiendo la cuestión, pero todavía no ha cuajado la opción inicial de interdicción, en Francia se ha aprobado la *Loi* núm. 2010-1192, du 11 *d'octobre, interdisant la dissimulation du voisage dans l'espace public*(55) destinada a prohibir la ocultación del rostro en el espacio público. El debate parlamentario de esta ley y los informes que la misma ha suscitado una revisión de las diferentes implicaciones de este conflicto desde los principios constitucionales de la prohibición de ocultar el rostro basada en el orden público(56). En efecto, el informe mantiene que la mencionada prohibición se sustenta en la protección del orden público tanto material como inmaterial. Nada impide que el

(52) DE LUCAS MARTÍN, J., «From the society of contempt to the defilement of the rule of law– On European immigration policies» en CORTÁZAR, C.; PARRA, M.C.; SEGAERT, B. y TIMMERMAN, C. (eds.), *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction? An interdisciplinary Evaluation of th EU Programmes of Tampere (1999), The Hague (2004) and Stockholm (2009)*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-33, pp. 28 y 31 «instruments to be imposed in a paternalistic way, with the continued denial of the autonomus ability of immigrants to act in the public-space, negotiate and share decision-making». HABERMAS, J., *La inclusión del otro*. Traducción y estudio preliminar J.C. Velasco, Barcelona, Paidós, 1999, p. 121.

(53) WEIL, P., *La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations*, Seuil, La République des idées, 2009, p. 132.

(54) *Vid.* una visión comparada a nivel europeo sobre la gestión del conficto en CACHÓN, L., (coord.) *Inmigración y conflictos en Europa. Aprender para una mejor convivencia*, Barcelona, Ed. Hacer, 2011.

(55) JORF núm. 0237, du 12 octobre 2010.

(56) Rapport núm. 699, déposé le 8 septembre 2010: Dissimulation du visage dans l'espace publique, par M. François-Noël Buff et.

Revista REDMEX 34-2013.indb 289 02/01/14 09:40

legislador puede establecer limitaciones al ejercicio de las libertades cuando aprecie razones de interés general(57) en la medida en que no existe un principio constitucional que proteja la libertad de elegir indumentaria, y debe tenerse en cuenta que la ley respeta la vida privada si la prohibición sólo se refiere o circunscribe al espacio público. En cualquier caso, esta dimensión requiere tomar en consideración una doble exigencia: las restricciones de los derechos y las libertades han de justificarse basándose en la existencia de riesgos proporcionales para el orden público, de tal forma que las limitaciones sean también proporcionadas a la salvaguarda del mismo(58). Por todo ello, esta supuesta ventajosa obediencia del orden jurídico crea la expectativa de un proyecto de ciudadano que se verá colmado sin garantías tras el éxito del proceso de integración dada su incapacidad para anular las discriminaciones o posibles exclusiones propias de la «desintegración». Nada impide que quede inevitablemente sujeto al riesgo de retrogradación, suspensión de prestaciones sociales o expulsión que no pueden ser exigidas al Estado pese a la instrumentalización de la integración.

2. La eficacia de las normas relativas a la integración como éxito

De igual modo, las normas atinentes al contrato de integración sirven instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone. Ahora bien, el alcance de un estado de cosas según Hierro plantea dos conjeturas expositivas nada sencillas para la reconstrucción de propósitos y su consiguiente evaluación.

Primera conjetura: es posible que los inmigrantes no superen los cursos y a pesar de ello alcancen un alto grado de integración. El estado de cosas pretendido por medio de la obligación de realizar cursos de integración o test lingüísticos se consigue pero no mediante la eficacia de la norma en sí porque no es necesariamente el cumplimiento o aplicación de la norma la que induce el resultado.

Segunda conjetura: es posible también que los inmigrantes cumplan la norma o que habiéndola incumplido alguna vez, se vean rigurosamente sometidos a sanciones y medidas de control sin obtener un resultado satisfactorio en términos de integración. La norma cumplida o aplicada no ha resultado tampoco eficaz para el fin pretendido.

La cuestión que subyace en ambas conjeturas es como calibrar la eficacia como éxito de la norma como instrumento servible por parte del legislador de extranjería para alcanzar un estado de cosas previo y un estado de cosas resultante o deseable.

No es una tarea sencilla descifrar el propósito o propósitos del legislador de extranjería dado que a veces se encuentran de modo explícito en las exposiciones de motivos que preceden a los textos normativos aunque a veces pueden llegar a ser parciales o ideológicos. Una investigación empírica como señala Hierro que pretenda contrastar el éxito de la norma tiene que asumir una determinada descripción de los propósitos del legislador: explícitos, antecedentes sociopolíticos, interpretación de las intenciones u otros factores

(57) SOLANES CORELLA, A., «Human rights and Conflicts in European Multicultural societies», *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. 1, 2013, pp. 70-100.

(58) Conseil Constitutionnel núm. 93-323 DC du 5 août 1993, loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.

Revista REDMEX 34-2013.indb 290 02/01/14 09:40

comparando el estado de las cosas alcanzado mediante el cumplimiento o aplicación de la norma y el propósito del legislador.

1. Cuando las normas no obedecen a propósitos únicos ni a varios propósitos consistentes, en cuanto a su contenido regulativo o constitutivo propone obligaciones, prohibiciones pero no permisos ni incentivos, ello se refleja en el resultado de las presiones, discusiones, acuerdos y equilibrios, incluso abiertamente contradictorios entre sí;
2. Puede generar en mayor o menor grado el estado de cosas deseado pero al mismo tiempo puede hacerlo, sino genera los llamados efectos colaterales. La ley de extranjería francesa sería eficaz en cuanto ha sido capaz de delimitar su ámbito, incluir excepciones, decidir las sanciones, los procedimientos de aplicación, pero necesita ser completada con otras normas en una forma adecuada para tratar de promover los efectos positivos y contrarrestar los negativos;
3. La norma no siendo cumplida ni aplicada puede generar ciertos efectos, bien en sus destinatarios, bien en la sociedad o en alguna parte de ella, incluido el propio grupo que ejerce la autoridad. Es el caso de las llamadas normas simbólicas que pueden tener éxito sin necesidad de ser eficaces en la dimensión de cumplimiento y aplicación. Son capaces de hacer percibir al destinatario de la norma su importancia y los intereses de las autoridades por medio del refuerzo de la norma que incluye el requisito de la integración de modo obligatorio correlacionándolo a la pretensión de restringir el acceso al territorio francés o la permanencia de larga duración o incluso la probable mejora de la calidad del propio status jurídico. Sin embargo, la inexistente negociación del contrato de integración y la obligatoriedad de la firma impuesta por el derecho de extranjería no se transforma en una posibilidad para el extranjero de crear un derecho subjetivo adquirido de residencia para aquellos que respetan las correspondientes cláusulas contractuales.

De ahí que el recurso a la eficacia jurídica como éxito es cuestionable desde una perspectiva meramente cuantitativa porque sólo evidencia el número total de exámenes que se han superado respecto a los contratos efectivamente arbitrados, pero eso no aporta un dato sobre lo que realmente está ocurriendo en cuanto a la eficacia real de la integración en la vida diaria del inmigrante. De hecho, la firma o bien la superación incluso con éxito de exámenes de idioma y cultura no garantiza otras dimensiones que también van unidas a la integración. La firma del contrato constituye un elemento de apreciación empírica del control administrativo sobre la condición de integración republicana del extranjero en la sociedad francesa pero deja a la mera aleatoriedad la inserción social tal y como lo recuerdan los episodios de revuelta en la *banlieue*(59).

(59) TCHEN, V., «Contractualisation du droit des étrangers et disparité de traitement», in SAULNIER-CASSIA, E. et TCHEN, V. (dir.), *Unité de droit des étrangers et égalité de traitement*, Paris, Dalloz, 2009, p. 134. AUBIN, E., *Droit des* étrangers, Paris, Gualino édition, 2011, p. 238, «el CAI ha sido probado experimentalmente en una docena de departamentos durante la segunda mitad de 2003, cuando más de 6500 contratos fueron firmados. Este contrato ha servido claramente a este propósito ya que la tasa de adhesión ha sido de más del 80% y más del 90% a finales de 2005 en 61 departamentos implicados y finalmente 96%, 30 de septiembre de 2006, el 53% de los contratos después de haber sido firmado con vínculo con residente francés. Desde 2007 el CAI se aplica en todos los departamentos (320000 CAI): 101.000 en 2007, 105.000 en 2008, 97736 en 2009 y en 2010 500.000 (40% del Magreb)».

Revista REDMEX 34-2013.indb 291 02/01/14 09:40

Por lo tanto, si una norma es eficiente para alcanzar un grado o estado de cosas porque es la norma con menos costes de aplicación y la que produce menores efectos colaterales[60], el esfuerzo añadido que se requiere al inmigrante exigiendo el cumplimiento de las normas relativas al contrato de integración no evita efectos colaterales, no asegura la efectiva implementación en el mercado laboral ni tampoco la necesaria interrelación con la población autóctona.

III. ¿(DES)INTEGRANDO POR LEY?: REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis de las diferentes dimensiones de la eficacia de las normas jurídicas ponen de relieve que es posible una comprobación empírica. Sin embargo, la eficacia como coincidencia o correspondencia no es una dimensión significativa a ningún efecto y como aplicación puede resultar enormemente opaca. En este trabajo nos hemos centrado en la eficacia de las normas relativas al contrato de integración como cumplimiento porque permite el planteamiento de un problema cuantitativo y cualitativo sobre la necesidad de revisión crítica de este determinado tipo de normas en apariencia simbólicas o inocuas. Algunas de las críticas doctrinales sobre la naturaleza de los contratos de integración extrapolables al caso francés han sido ya apuntadas por Guiraudon y Carrera[61]:

(i) Asimetría de posiciones que no deja espacio para la negociación, sino más bien para la imposición unilateral de condiciones bajo las que nacen las obligaciones;

(ii) Los cursos de idiomas y/o de civismo integrados en sus distintas modalidades no son sensibles a la realidad de las diferentes necesidades y perspectivas en el momento de su llegada;

(iii) Se pauta un concepto muy restringido de la integración no interpretado en clave bidireccional, sino que responde a una concepción unilateral de la misma;

(iv) Tampoco plantea la integración como un proceso en el que la sociedad de acogida que no desempeña ningún papel en esforzarse a acoger a los inmigrantes;

(v) Se establece un tratamiento desigual de los que están exentos (ciudadanos de la UE y, a menudo, trabajadores altamente cualificados o inmigrantes de la OCDE), lo cual refuerza la idea de que sólo algunos inmigrantes necesitan integrarse o tienen dificultades para hacerlo;

(vi) El éxito de la integración se reducirá a los indicadores cuantitativos de las tasas de éxito de los exámenes de civismo e idioma y el número de informes favorables;

(vii) Las normas de extranjería, el eje vertebrador de las transformaciones de la integración no aportan una definición precisa y clara de la integración cívica, conforme y adecuada al principio de legalidad. La ley debe ser lo más objetiva

(60) HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, *op. cit.,* p. 173.

(61) GUIRAUDON, V., *Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea*, *op. cit.,* p. 22. CARRERA, S., *In search of the perfect citizen?: the intersection between integration, immigration, and nationality in the EU*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 34.

Revista REDMEX 34-2013.indb 292 02/01/14 09:40

posible pero la categoría de valores es excesivamente vaga y subjetiva dando pie a interpretaciones e ideologías divergentes.

Sin duda, tras un balance normativo de las normas relativas al contrato de integración en la legislación de extranjería francesa es indudable que se ha ganado en sofisticación por medio de la propuesta de nuevas condiciones y prescripciones. Muestra de ello es la propia normativización de la integración con el propósito de dotar de mayor contundencia al modelo nacional de integración o forzar mecanismos coercitivos que garantizaran su eficacia real o externa. No en vano, la articulación de la integración como obligación jurídica hace percibir al inmigrante por medio de la sanción la necesidad de abandono de su identidad cultural, individualismo así como las particularidades sociales, éticas, religiosas y culturales supuestamente incompatibles con el orden público que sostiene el Estado francés. Para ello el Derecho generaliza un criterio selectivo que se presenta inicialmente neutro bajo un doble propósito. De un lado, construir un perfil cualitativo o deontológico de cómo controlar la diferencia bajo estándares de lo que se presume ser o debe ser un ciudadano francés *ad hoc* y también a nivel cuantitativo o sociológico con su alcance real en la gestión del control de los nuevos llegados y los miembros de la familia migrante.

Los programas de integración como obligación jurídica con independencia de sus intensidades o adaptaciones se pueden considerar a largo plazo como un retorno a la «asimilación integracionista», puesto que inciden especialmente en la adquisición de competencias lingüísticas y de carácter cívico. Este esfuerzo añadido que se requiere al inmigrante no va aparejado de una mayor inserción o promoción en atención a sus circunstancias específicas en el mercado laboral sino que visibiliza si cabe más el declive de la capacidad inclusiva del Estado del Bienestar europeo(62).

En efecto, el recurso al contrato de integración parece ser potencialmente pedagógico(63), pero la voluntad instrumental del Estado más bien trata de reforzar erróneamente el falaz objetivo de la inmigración elegida o controlada como el único mecanismo garante de una integración efectiva. La eficacia de estos instrumentos se dirime entre dos coordenadas: impulsar la integración de la población inmigrante o alentar un contexto marcado por políticas de inmigración restrictivas en las que los elementos en buena medida también simbólicos (de preservación de la identidad nacional, de los valores constitucionales, etc.) adquieren una especial relevancia y la figura del inmigrante queda estigmatizada. Con y bajo la *voluntas* del alcance real de la integración se insta a un mayor refuerzo de los dispositivos técnicos de control del Derecho pero no de organización de la vida social con técnicas promocionales o sanciones positivas. Así en nombre de la integración que debe realizarse o es pretendida, la sociedad de acogida se transforma en sociedad de control e irremediablemente a los sujetos integrados en *infra-sujetos* controlados.

(62) KOOPMANS, R., «Trade-offs between equality and difference: Immigrant, integration, multiculturalismo and the Welfare State in cross-national perspective», *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 36, núm. 1, 2010, pp. 1-26, p. 24.

(63) ROCHEFELD, J., «D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique? Le contrat d'accueil et d'intégration», *Revue des contrats*, núm. 2, 2008, p. 193

Revista REDMEX 34-2013.indb 293 02/01/14 09:40

II. REGULACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS SEGÚN EL PROTOCOLO DE PALERMO. APLICACIÓN PRÁCTICA DESDE LA TEORÍA DEL DELITO

HAZEL JASMIN BOLAÑOS VÁSQUEZ[1]

Investigadora Académica
Dirección de Investigaciones
Universidad Tecnológica de El Salvador

RESUMEN

Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito

A pesar del reconocimiento internacional de la trata de personas como delito, y que en varios países ya se regula penalmente, aún persiste la mala aplicación del tipo penal que realizan algunos juzgadores que aun contando con legislación específica sobre la trata utilizan otras figuras delictivas para perseguirla, debido a las confusiones conceptuales con otros delitos tales como el tráfico o la esclavitud; la confusión de la trata con los delitos concretos de explotación; o la dificultad de probar algunos elementos importantes de la definición como el engaño, o el abuso de condiciones de vulnerabilidad. Todas estas situaciones coadyuvan a la impunidad de los tratantes y, consecuentemente, contribuyen a la continuidad y aumento de esta actividad delictiva.

En este sentido, la trata de personas, además de ser un problema social, pues constituye una violación a los derechos humanos de las víctimas, es a su vez un problema jurídico-penal, el cual conllevó a realizar una exhaustiva investigación dogmática respecto a la regulación jurídico penal de este delito. Por consiguiente, surge la necesidad para la dogmática del Derecho Penal de profundizar en las señas de identidad y en los rasgos propios de este delito, al objeto de que sea configurado e interpretado de manera adecuada para castigar y prevenir este tipo de delincuencia.

Así, el artículo se centra en el estudio del tipo penal de la trata de personas, a la luz de la regulación propuesta por el Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa

ABSTRACT

Criminal-legal regulation of human trafficking according to Palermo Protocol. Practical application from the theory of crime

Despite the international recognition of human trafficking as a crime, and that in several countries it is regulated as a criminal offense, continues a criminal misapplication from some judges that even with specific legislation on trafficking offenses use other criminal offenses to pursue human trafficking because conceptual confusions with other crimes such as human smuggling or slavery, the confusion of dealing with specific crimes of exploitation, or the difficulty of proving some important elements of the definition as deception or abuse of vulnerability conditions. All these situations contribute to the impunity of traffickers and, consequently, contribute to the continuation and growth of this criminal activity.

In this sense, human trafficking, as well as being a social problem, is a violation of the human rights of the victims and a criminal legal issue, which led to undertake a thorough investigation concerning the dogmatic criminal legal regulation of this crime. Consequently, it is necessary for criminal dogmatic to deep into the identity and the distinctive features of this crime, in order to configure and perform it adequately to punish and prevent this type of crime.

Thus, the article focuses on the study of the crime of trafficking in persons, under the scope of the regulation proposed by the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children; considering as the objective of the article to study the criminal legal configuration of this offense as an autonomous and independent offense.

(1) Investigadora Académica en la Universidad Tecnológica de El Salvador. Doctora en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza, España. Contacto: hazel.bolanos@utec.edu.sv

Revista REDMEX 34-2013.indb 295 02/01/14 09:40

la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; planteándose como objetivo el estudio de la configuración jurídico-penal de esta figura delictiva, como un delito autónomo e independiente.

Como resultados del análisis se brindan valiosos aportes a la configuración jurídico-penal desde la teoría del delito en elementos claves tales como el bien jurídico protegido, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias agravantes, *iter criminis*, autoría y participación, y problemas concursales que permiten delimitarlo claramente y distinguirlo de otras figuras penales conexas. En conclusión, el artículo aporta propuestas a tomar en consideración para mejorar la protección jurídico-penal de los derechos humanos, a través de la correcta tipificación de la trata de personas.

Palabras clave: Trata de personas, Protocolo de Palermo, Teoría del delito, Tipicidad.

The analysis results provide inputs to criminal legal settings from the theory of crime in key elements such as the legally protected right, actus reus, mens rea,, aggravating circumstances, iter criminis, authorship and participation, concurrence of crimes problems; in order to clearly distinguish human trafficking from other related criminal offenses. In conclusion, the article provides proposals to consider in order to improve the criminal legal protection of human rights, through the correct definition of trafficking.

Key words: Human trafficking, Palermo Protocol, Theory of crime, Typification.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. DEFINICIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS ESTABLECIDA POR EL PROTOCOLO DE PALERMO.
3. CONDUCTA TÍPICA.
4. VERBOS RECTORES.
5. DELITO DE SIMPLE ACTIVIDAD.
6. DELITO DE MEDIOS DETERMINADOS.
7. TIEMPO Y LUGAR DE LA ACCIÓN.
8. DELITO DE LESIÓN.
9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.
10. TIPO SUBJETIVO.
11. PLURALIDAD DE DELITOS.

REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la problemática de la trata de personas ha provocado un interés especial a nivel internacional y nacional por regular y penalizar este fenómeno delictivo; así se puede inferir del hecho que en los últimos años se ha duplicado el número de países que adoptaron medidas legislativas para aplicar el Protocolo contra la Trata de personas

Revista REDMEX 34-2013.indb 296 02/01/14 09:40

de Naciones Unidas –conocido como Protocolo de Palermo[2]– el cual es el instrumento internacional más reciente respecto a este delito[3].

Sin embargo, a pesar que en varios países ya se regula penalmente la trata de personas aún existen otros tantos que no cuentan con la legislación apropiada para atacar esta problemática. En este sentido, para el año 2008 el 63% de un total de 155 países habían aprobado leyes anti-trata respecto a sus principales finalidades, es decir, la explotación sexual y el trabajo forzado; mientras que el 17% de estos países habían aprobado leyes contra la trata respecto de algunos elementos de la definición establecida por el Protocolo de Naciones Unidas, por ejemplo, castigar exclusivamente la trata con fines de explotación sexual o cuando las víctimas son mujeres o niños. Mientras que el 20% de países no habían legislado ninguna ofensa específica respecto a este delito, aunque si penalizaban a los delitos posteriores a la trata como la explotación sexual o las peores formas de trabajo infantil, entre otros[4].

No obstante que existen algunos países que todavía no regulan específicamente la trata de personas como delito, la mayor dificultad estriba en la mala aplicación del tipo penal que realizan aquellos que aun contando con legislación específica sobre la trata utilizan otras figuras delictivas para perseguirla, debido a las confusiones conceptuales con otros delitos tales como el tráfico o la esclavitud; la confusión de la trata con los delitos concretos de explotación; o la dificultad de probar algunos elementos importantes de la definición como el engaño, o el abuso de condiciones de vulnerabilidad. Todas estas situaciones coadyuvan a la impunidad de los tratantes y consecuentemente contribuyen a la continuidad y aumento de esta actividad delictiva.

Por esta razón, se hace necesario estudiar detalladamente al tipo penal de la trata de personas a fin de concretar los elementos que lo conforman y finalmente establecer cuáles son los elementos característicos del tipo penal de la trata.

2. DEFINICIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA TRATA DE PERSONAS ESTABLECIDA POR EL PROTOCOLO DE PALERMO

El Protocolo de Palermo es un instrumento significativo por su relevancia universal en el sentido de la obligatoriedad de los Estados ratificantes, y representa una evolución de los instrumentos normativos internacionales en relación con el objeto de protección, que en un primer momento giraba alrededor de la entonces llamada *trata de blancas* y que, posteriormente, se enfocó en el *tráfico* de personas para su explotación sexual, con especial atención a las mujeres y niñas.

---

(2) El Protocolo fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de Noviembre del 2000 y quedó abierto para la firma de los Estados del 12 al 15 de diciembre del 2000 en Palermo, Italia. Fue firmado por 117 Estados y entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003. A mayo de 2013 cuenta con 155 Estados Parte. Para ver una lista actualizada de los Estados Parte. *Ver http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&lang=en.*

(3) Anterior a la firma de este Protocolo la mayoría de los países no tenían ningún tipo relativo a la trata de personas en sus legislaciones, siendo establecidas la mayoría de estas con posterioridad al 2003. Los primeros países que por primera vez adoptaron legislación anti-trata posterior al Protocolo de Naciones Unidas fueron en su mayoría del Este y Pacífico de Asia, Centroamérica y el Caribe y África del Oeste. UNITED NATIONS (2009b), pp. 22 y ss.

(4) UNITED NATIONS (2009b), pp. 22 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 297 02/01/14 09:40

En el Capítulo I este Protocolo establece un concepto común de trata de personas y pide a los Estados que tipifiquen y penalicen el delito en su legislación interna. La relevancia de esta definición radica en ser la primera definición internacional jurídicamente vinculante acordada por el consenso de los Estados. Al establecer esta definición los Estados también pretendían asegurar normas comunes en todos los Estados miembros del Protocolo; asegurar una repuesta penal y un marco jurídico adecuado; y reforzar la cooperación internacional en cuanto a la investigación de los casos de trata y a la protección de las víctimas(5).

En este sentido, el artículo 3 literal a) del Protocolo define la trata de personas como:

> *«La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».*

Dada la inexistencia de un tribunal internacional mediante el cual pueda castigarse la trata de personas –a excepción del Tribunal Penal Internacional que castiga a la trata cuando esta se realice en el marco de los crímenes de guerra o de lesa humanidad– debe confiarse en las legislaciones nacionales, de allí la especial importancia de que se produzca una regulación jurídico-penal uniforme y conforme a lo establecido en este Protocolo para perseguir la trata.

Entre los aspectos relevantes que podemos apuntar a la regulación jurídico-penal propuesta por este Protocolo están, en primer lugar, que a pesar que la trata de personas se realiza muchas veces a través de las fronteras y se ven involucrados en ella frecuentemente grupos de crimen organizado; y que la definición del Protocolo esté vinculada con la Convención contra el crimen organizado transnacional; las regulaciones jurídico-penales de la trata hechas en las legislaciones internas no deberían exigir como parte del tipo penal el elemento de la transnacionalidad o la participación de un grupo de crimen organizado(6). Consecuentemente los fiscales o partes acusadoras no deberían tener que probar estos elementos en orden a obtener una condena por trata de personas, todo esto de conformidad con el artículo 34.2 de la citada Convención(7).

En segundo lugar, no obstante que el título del Protocolo y el artículo 2 letra a) hagan mención especial de las mujeres y de los niños, en la definición de trata no se hace tal distinción, por lo tanto, se considerará víctima de trata a cualquier persona,

---

(5) *Cfr.* NACIONES UNIDAS (2010), p. 17.

(6) De hecho, los elementos de transnacionalidad o participación de un grupo delictivo organizado podrían ser requisitos para solicitar asistencia judicial u otro tipo de colaboración a terceros países.

(7) *Cfr.* NACIONES UNIDAS (2004), pp. 249 y ss.; CIMTM (2002), p. 15. *Ctra.* GLOBAL RIGHTS que critica esta definición por que en su opinión no es apropiada para ser utilizada en los códigos penales domésticos, dado que tiene demasiados elementos que tendrían que ser probados por los fiscales, haciendo así el procesamiento más difícil; a la vez que el lenguaje es un poco ambiguo y podría conducir a desafíos legales por parte de los demandados. GLOBAL RIGHTS (2005), p. 7.

Revista REDMEX 34-2013.indb 298 02/01/14 09:40

independientemente de su sexo, pero igual de su edad, origen racial o étnico, orientación o identidad sexual.

Asimismo, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo, los Estados están obligados a penalizar la trata de personas, no siendo suficiente el contar con delitos que abarquen algunos de los elementos de la trata, sino que esta debe ser regulada como delito(8).

3. CONDUCTA TÍPICA

En cuanto a la conducta típica, la trata de personas es un fenómeno delictivo que cuenta con múltiples manifestaciones que pueden darse de forma aislada o entrecruzadas(9), así como ser ejecutadas por uno o más sujetos; de ahí viene su dificultad a la hora de establecer esta conducta típica. Consecuentemente, la descripción de tipo penal debe contener un conjunto de conceptos suficientemente amplios a fin de que pueda enmarcarse dentro de la conducta típica toda actividad que tenga por fin la explotación de una persona(10). Sin embargo, podemos comenzar afirmando que la conducta típica prevista en el tipo penal del Protocolo de Palermo está basada en un triple requerimiento, a saber:

– **La acción:** lo que se hace para cometer el delito: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas.

– **Los medios:** cómo se hace el delito: a través de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

– **El propósito:** por qué se hace el delito: con fines de explotación, incluso la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados(11), la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Sin embargo, la lista de propósitos dada por el Protocolo no es exhaustiva; por lo tanto, los Estados pueden incluir en sus legislaciones internas otra formas de explotación que se adapten a sus realidades sociales y culturales.

Cabe enfatizar que la conducta típica consiste en un acto de comercio de personas que conlleva la pretensión ulterior de obtener un provecho económico del mismo, siendo inherente a la trata el desplazamiento o traslado de las personas, análogamente a como se hace con las mercancías en los ámbitos comerciales. De igual forma, se puede afirmar que indistintamente de cómo este «acto de comercio» se lleve a cabo existirá un denominador común que consistirá en tratar a la víctima como una cosa.

---

(8) Ver UNITED NATIONS (2006), p. 26.

(9) *Cfr.* GARCÍA ARAN (2006), pp. 4 y 5.

(10) Y que para DE LEÓN VILLALBA *«claramente va a chocar con el mandato de taxatividad que rige la creación de cualquier norma penal»*. DE LEÓN VILLALBA (2003), pp. 53 y 54.

(11) La OIT sugiere respecto a la noción de explotación laboral, trabajo forzado o servidumbre que estas sean vinculadas con la Convención Núm. 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzado de 1930. esto facilitaría la implementación de ambos instrumentos en las legislaciones nacionales.

Revista REDMEX 34-2013.indb 299 02/01/14 09:40

Asimismo, como consecuencia de la estructura típica a la que se ha hecho referencia anteriormente, la trata de personas constituye un delito mutilado de dos actos, puesto que la intención del autor al ejecutar la acción típica descrita por los verbos rectores se dirige a realizar otra actividad posterior, esto es, la explotación de la víctima, que queda ya fuera del tipo, y el mismo se consuma ya con el primer acto.

También es necesario a la hora de delimitar la conducta típica establecer que conductas no constituyen un delito de trata, particularmente, con la finalidad de delimitar la trata de otros delitos conexos como el tráfico de personas, la esclavitud, la prostitución, la pornografía, etc.

Es de singular interés diferenciar a la trata de personas del delito de tráfico de personas –distinción que ha sido abordada extensamente por la doctrina y por lo tanto no nos extenderemos en esta distinción[(12)]– y de las prácticas análogas a la esclavitud. Estas últimas suelen confundirse a menudo con la trata dado que son fenómenos conexos[(13)]. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la trata constituye el acto previo a la explotación en formas análogas a la esclavitud –similar al aprovisionamiento o compra de mercancía– que posteriormente será explotada y, mientras que las situaciones análogas a la esclavitud son el estado de explotación en el que permanece la víctima una vez llegada al lugar de destino. Por lo tanto, los conceptos formas análogas a la esclavitud y trata no son intercambiables, idénticos o sinónimos porque, por una parte, la trata puede tener otras finalidades distintas a las formas análogas a la esclavitud pero que constituyen formas de explotación; y por otro lado, toda forma de explotación que se concrete

---

(12) Así, entre las diferencias citadas por la doctrina están: a) El tráfico implica la promoción o facilitación de la entrada irregular de una persona a un país distinto al suyo y, por lo tanto, siempre se produce el cruce de frontera o fronteras, mientras que la trata puede darse tanto dentro del país (trata interna) como fuera del mismo (trata transnacional), ya que el lugar de destino para la explotación puede coincidir con el de la propia captación de la misma, por lo cual, no es necesario que se produzca un cruce de fronteras para realizar la conducta típica.

b) El tráfico de personas hace referencia a un «servicio» que generalmente se presta con la voluntad del migrante, mientras que en la trata de personas concurre la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima para que acepte las condiciones de explotación a la que será sometida en el lugar de destino.

c) En el tráfico el cruce de fronteras siempre va a ser ilegal, mientras que en la trata de personas puede haber tanto un cruce de fronteras de manera ilegal como legal.

d) En el tráfico la intención ab initio del desplazamiento es la entrada ilegal del o la migrante en un tercer Estado, mientras que en la trata el desplazamiento de la víctima se realiza con la finalidad de explotación de la víctima.

e) El tráfico de personas es fundamentalmente un delito contra los intereses del Estado en controlar los flujos migratorios; en cambio, la trata de personas atenta principalmente contra los derechos de la persona, persona perfectamente identificable, y sometida o destinada a su explotación. Consecuentemente, el primero es un delito contra el Estado y el segundo contra las personas.

f) Si en el tráfico de personas el inmigrante acuerda con el traficante la realización de la conducta típica, en la trata la víctima no es parte de un contrato con el tratante sino que es el objeto de contrato del tratante con terceras personas.

g) En el tráfico de personas la mayoría de las veces el traficante solo tiene que esperar a que aquellos que pretenden migrar ilegalmente a un tercer país contacten con él y le paguen por sus servicios. Mientras que en la trata de personas el «captador» procura por propia iniciativa tener un contacto directo con las víctimas que cumplan con el perfil requerido e intenta convencerlas a través de engaños, amenazas, etc. Ver, por todos, BOLDOVA PASAMAR *et al*. (2010), pp. 61 y 62; DAUNIS RODRÍGUEZ (2010), p. 8; DE LEÓN VILLALBA (2006), pp. 163-165; PÉREZ CEPEDA (2005), pp. 88-93.

(13) Ver GARCÍA ARAN (2006), p. 10.

Revista REDMEX 34-2013.indb 300 02/01/14 09:40

finalmente deberá de ser castigada penalmente de forma independiente y adicional a la trata de personas.

4. VERBOS RECTORES

En cuanto a los verbos rectores de la trata, la multiplicidad de verbos regulados en el tipo penal impide cualquier laguna de punibilidad, sin plantear problemas interpretativos sustanciales(14), llegando incluso a incurrirse en cierta reiteración(15). Así, las conductas deben interpretarse teleológicamente, sin que en este ámbito se produzcan déficits en la perseguibilidad de las conductas punibles.

De otro lado, el tipo penal de la trata es un tipo mixto alternativo, siendo cada conducta separable y autónoma. Esto significa que bastará con la realización de cualquiera de los verbos rectores, sin necesidad de que estos sigan una secuencia, a efectos de la consumación del tipo penal. Lo que sí es necesario es que los verbos rectores se realicen con el fin de explotar a la persona(16).

Respecto a la acción de captar, esta requiere algo más que una mera oferta de trabajo o actividad a la víctima, exigiéndose un resultado intermedio, esto es, atraer y/o ganar la voluntad de la víctima. Dicha atracción se materializa a través del cierre de algún tipo de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue a la víctima, siendo válido cualquier clase de acuerdo, con tal que la víctima exprese su aceptación de las condiciones ofrecidas por el tratante(17). Consecuentemente, la acción de captar no se consuma si el tratante propone a una víctima en concreto, o hace pública la propuesta por un medio masivo, sin obtener la voluntad de esta o que, al menos, se sienta atraída y dispuesta a aceptar la oferta realizada.

Asimismo, captar implica atraer lo que resulta ajeno, solo se capta lo que no es propio; en consecuencia, no realizan la acción de captar los padres o tutores que proponen ejercer la prostitución, trabajo o matrimonio forzado, vender sus órganos, etc. a los menores de edad bajo su tutela, siendo responsable directamente de los delitos de explotación correspondientes(18).

En cuanto a los verbos transportar y trasladar, en el ámbito doctrinal pareciera que no hay una distinción destacable entre ambos, pudiendo ser tomados como sinónimos(19). Sin embargo, el desplazamiento de la víctima puede incluso darse dentro de un país, de una ciudad a otra, o de un barrio a otro, siendo igualmente constitutivo de la acción de trasladar o transportar a una persona.

---

(14) VILLACAMPA ESTIARTE (2010), p. 843; (2011), p. 416.

(15) DAUNIS RODRÍGUEZ (2011) p. 130. Ver también DAUNIS RODRÍGUEZ (2010), p. 37.

(16) *Cfr.* FISCALÍA DE EXTRANJERÍA (s.f.), p. 9; MARTÍNEZ OSORIO (2008), p. 53; RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), pp. 32, 34, 46 y 102; POMARES CINTAS (2011), p. 133.

(17) Ver FISCALÍA DE EXTRANJERÍA (s.f.), p. 9.

(18) *Cfr.* RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), p. 31.

(19) *Cfr.* VILLACAMPA ESTIARTE (2010), pp. 843; (2011b), p. 418; quien afirma que el uso de ambos verbos puede llegar a ser tautológico.

Revista REDMEX 34-2013.indb 301 02/01/14 09:40

Asimismo, no basta la mera organización del transporte para cometer el delito, dado que el mero transporte en sí puede ser realizado por las aerolíneas o compañías de transporte con desconocimiento del objetivo del servicio prestado y, por lo tanto, no cometerían la conducta típica de forma dolosa. Lógicamente, si ejecutan la conducta típica los transportistas que realizaren el desplazamiento de las víctimas conociendo el destino al cual estas son conducidas, así como la de aquellos que vigilen o acompañen a las víctimas en su viaje, teniendo como función el entregarlas en su lugar de destino(20).

Respecto al verbo acoger, se acoge a la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes(21), siendo necesario el conocimiento de que se acoge a una víctima de trata; por lo tanto, no ejecutan la acción de acoger todos aquellos hospederos o personas que dan albergue a la víctima sin el conocimiento de las actividades de trata sobre esta.

En cuanto al verbo recibir, este implicaría el hacerse cargo en el destino final de las personas que han sido enviadas para poder comenzar con su explotación(22). Esta recepción puede ser personal o mediante intermediación de otro(23).

5. DELITO DE SIMPLE ACTIVIDAD

Dado que el tipo penal de la trata de personas solo describe la realización de la acción de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir al sujeto pasivo con fines de explotación, sin que sea necesario un resultado para que se realice el tipo, podemos afirmar que estamos ante un delito de simple actividad(24). Consecuentemente, de llevarse a cabo la explotación esta deberá ser penalizada individualmente mediante el delito en el que se concreta la explotación, tal como sería el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, contra los derechos de los trabajadores, etc.

6. DELITO DE MEDIOS DETERMINADOS

En atención a que en el tipo penal de la trata de personas se encuentran delimitados medios de ejecución que conllevan a doblegar o anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo podemos afirmar que nos encontramos ante un delito de medios determinados. Estos medios en el plano objetivo deben ser idóneos para invalidar la voluntad de la víctima y, en el plano subjetivo, el sujeto activo debe conocer y querer la finalidad de explotación.

En lo que atañe al consentimiento, el hecho de que se contemple la referencia a que la conducta típica se realice sin el consentimiento de la víctima obliga a estimar que el

---

(20) *Cfr.* ILO (2005), p. 10; MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 54 y 55; y VILLACAMPA ESTIARTE (2010), pp. 843 y 844; (2011b), p. 418.

(21) Ver MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 54 y 55 y VILLACAMPA ESTIARTE (2010), p. 844; (2011b), p. 421.

(22) *Cfr.* INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2005), p. 17.

(23) *Cfr.* RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), p. 34.

(24) Ver, por todos, MARTÍNEZ OSORIO (2008), p. 61; JUANES PECES (2010), p. 4; MANZANARES SAMANIEGO (2010), p. 215; RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), pp. 34-35.

Revista REDMEX 34-2013.indb 302 02/01/14 09:40

mismo constituye una causa de exclusión del tipo[25]. Asimismo, al ser los bienes jurídicos protegidos por la trata de personas –la libertad y la integridad moral– bienes jurídicos disponibles, podría existir el libre consentimiento cuando la persona conoce todos los hechos relevantes y decide ejerciendo su libre albedrío[26]. Sin embargo, dado la intención de explotación de la trata de personas, es muy difícil –e incluso imposible– imaginar una situación real en virtud de la cual una persona acepte ser explotada voluntaria y libremente, y aún en el caso que la persona consienta su propia explotación, debería verificarse que no está actuando en una situación de vulnerabilidad o de especial necesidad que la lleve a consentir su explotación[27].

Del mismo modo, debe hacerse mención a las reglas generales en que se basa la eficacia del consentimiento. Así, este ha de prestarse con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción, y es siempre revocable. Por lo tanto, el consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento válido para el resto de etapas, de tal modo que dicho consentimiento debe actualizarse en cada una de ellas para que no constituya un delito de trata[28]. En consecuencia, no solo es suficiente que la víctima consienta o acepte la oferta, sino también todas las condiciones del trabajo a realizar, de tal modo que si tales condiciones resultaren ser otras o distintas y suficientes para causar engaño, el consentimiento otorgado inicialmente carecerá de validez[29].

Sin embargo, en el caso de los menores de edad se establece la invalidez del consentimiento dado incluso cuando no hubiese mediado ninguno de los medios descritos por el tipo.

7. TIEMPO Y LUGAR DE LA ACCIÓN

En cuanto a la exigencia de que la acción se realice en un momento o en un lugar determinado, el tipo no exige nada en específico respecto al tiempo de realización de la acción, pero si hace referencia respecto al lugar, debido a que la actividad tipificada tiene por objeto el movimiento o desplazamiento de personas de un lugar a otro. Sin embargo, no se exige que dicho desplazamiento incluya el cruce de fronteras, castigándose de esta forma tanto la trata interna como externa[30].

8. DELITO DE LESIÓN

El delito de trata de personas lesiona directamente la libertad en la medida en que esta queda vulnerada mediante la utilización de los medios típicos –coacciones, violencia, ame-

---

(25) Ver en general sobre el consentimiento como causa de exclusión del tipo, CEREZO MIR (2005), pp. 326-331; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (1999), p. 450.

(26) A favor, BOLDOVA PASAMAR *et al.* (2010), p. 57; LAURENZO COPELLO (2009), p. 1170; UNITED NATIONS (2009a), pp. 33 y 34; ARROYO ZAPATERO (2001), p. 35. Contra, ABRAMSON (2003), pp. 476-477 y 498-502; MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 59-61 y 77.

(27) A favor, DAUNIS RODRÍGUEZ (2010), pp. 29 y 30; DE LEÓN VILLALBA (2008), p. 177.

(28) Ver NACIONES UNIDAS (2007), p. 19.

(29) *Cfr.* DAUNIS RODRÍGUEZ (2010), p. 29; UNITED NATIONS (2009a), pp. 33 y 34; GLOBAL RIGHTS (2005), p. 12.

(30) *Cfr.* DAUNIS RODRÍGUEZ (2011), p. 130; PÉREZ ALONSO (2008), p. 324.

Revista REDMEX 34-2013.indb 303 02/01/14 09:40

nazas, etc.– así como lesiona también de forma directa la integridad moral de la víctima al realizarse los verbos típicos con la finalidad de explotación, lo que supone una mercantilización y cosificación de la persona y, por lo tanto, un trato degradante(31).

Consecuentemente, si durante el desarrollo de algunas de las etapas de trata se lesionase efectivamente otro bien jurídico esto traería como consecuencia la aplicación de las reglas generales relativas al concurso de delitos, o la aplicación de circunstancias agravantes, según fuere el caso(32).

No obstante, en la medida que la trata de personas pretende conjurar el peligro para otros bienes jurídicos en los cuales se concreta la explotación del ser humano, este peligro constituye la *ratio legis* que indujo al legislador a crear la figura delictiva. En este sentido, el hecho que se castiguen aquellas conductas que anteceden a la explotación del sujeto pasivo –adelantando así la barrera de protección penal– sin que sea necesario que esta explotación se lleve a cabo, o que concurra un peligro concreto de producción efectiva de la explotación, conduce a la afirmación de peligro abstracto para dichos ulteriores bienes jurídicos en los que se concreta la explotación(33). Esta afirmación también conduce a la necesidad de considerar que tal peligro se presuma de *iuris et de iure,* y, por lo tanto, este peligro no es un elemento del tipo.

9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En cuanto al sujeto activo de este delito, este puede ser cualquier persona –física e incluso jurídica– no siendo necesario que reúna una cualidad o condición especial, bastando con que realice la conducta típica; por lo tanto, se trata de un delito común(34). De la misma forma, el sujeto activo puede realizar uno o varios de los verbos rectores del tipo penal, de forma y con significación alternativa.

Sin embargo, en determinadas modalidades típicas cualificantes el delito de trata de personas se convierte en un delito especial, al requerirse que el sujeto activo reúna determinadas cualidades(35). Al ser un delito especial con una figura delictiva común paralela, sería un delito especial impropio.

En relación al sujeto activo que ejecuta el delito valiéndose de una organización o asociación de crimen organizado, es necesario tener en cuenta que a pesar de que la definición del Protocolo de Palermo esté vinculada con la Convención contra el crimen organizado transnacional; las regulaciones jurídico-penales de la trata hechas en las legislaciones internas no deberían exigir como parte del tipo penal el elemento de la transnacionalidad o la partici-

---

(31) *Cfr.* PÉREZ ALONSO (2008), p. 382.

(32) *Cfr.* VILLACAMPA ESTIARTE (2010), pp. 838 y 839; MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 56 y 57.

(33) *Cfr.* MAQUEDA ABREU (2002), p. 445.

(34) Ver, por todos, DAUNIS RODRÍGUEZ (2011), p. 131; PÉREZ ALONSO (2008), pp. 384 y 385; LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2757.

(35) Por ejemplo, la de autoridad, agente de esta o funcionario público, en el caso de España; o la de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública, agente de autoridad o agente de la Policía Nacional Civil, en el caso de El Salvador.

Revista REDMEX 34-2013.indb 304 02/01/14 09:40

pación de un grupo de crimen organizado[36]. Consecuentemente los fiscales o partes acusadoras no deberían que tener que probar estos elementos en orden a obtener una condena por trata de personas, todo esto de conformidad con el artículo 34.2 de la citada Convención[37].

Respecto a la autoría hay que tener presente los problemas que surgen en el ámbito de la criminalidad organizada, ya que si se aplican los criterios tradicionales de delimitación entre autoría y participación, resultarían autores solamente aquellos sujetos que no ocupan escalas jerárquicas superiores dentro de la organización. Esto, porque generalmente los jefes o superiores de estas organizaciones delictivas raramente se involucran en la ejecución de la trata de personas, siendo estas acciones realizadas por un miembro cualquiera de la banda, habiéndose limitado el jefe de esta al diseño, planeación y dirección de la actividad delictiva. Por consiguiente, el jefe podría ser considerado solo como inductor o cómplice del delito.

Para resolver este problema se cuenta con dos opciones. La primera es la de redactar el tipo conforme a una regulación próxima al concepto unitario de autor, de tal modo que cualquier contribución al resultado típico permita fundamentar la autoría. Por ejemplo, si el tipo delictivo señalara «el que promueva, favorezca o facilite la captación, transporte, traslado, acogida o recepción». Esto podría acompañarse con la agravación de los supuestos en que exista una organización criminal y, en algunos casos, se añade una híper agravación para los jefes de dicha organización. La segunda opción es configurar a la participación en una organización delictiva como un delito autónomo. No obstante, el Protocolo de Palermo establece la obligación que tienen los Estados Parte de tipificar la participación como cómplice y la participación de otras personas que organicen o dirijan las actividades relacionadas con la trata de personas[38].

En lo que concierne al sujeto pasivo, del propio nombre del delito se infiere que este puede ser cualquier persona o ser humano, sin ningún tipo de distinción o condición como el sexo, la orientación o identidad sexual, la edad, la nacionalidad, la situación legal o administrativa, entre otras. Sin embargo, se contempla la situación del sujeto pasivo menor de edad, dada la mayor indefensión o vulnerabilidad de estos, lo que justifica la tutela reforzada.

Sobre la adscripción penal que merece el organizador de todo el proceso de trata, dado que estos *cabecillas* o *cerebros* de la organización criminal suelen mantenerse fuera de los actos ejecutivos o de consumación del delito, pero tienen el control integral de todo el proceso. Consiguientemente, no podrían ser considerados autores directos ni coautores. Para solucionar este problema podríamos seguir la tesis de WELZEL que considera al preparador, organizador o *cerebro* de la banda como un coautor más, al igual que los ejecutores directos del hecho[39], o la tesis del «*autor detrás del autor*», formulada por

(36) De hecho, los elementos de transnacionalidad o participación de un grupo delictivo organizado podrían ser requisitos para solicitar asistencia judicial u otro tipo de colaboración a terceros países.

(37) *Cfr.* NACIONES UNIDAS (2004), pp. 249 y ss.; CIMTM (2002), p. 15.

(38) NACIONES UNIDAS sugiere que los Estados Parte, además de penalizar la trata de personas, consideren, en conformidad con el art. 9.5, la posibilidad de penalizar otras formas de explotación de personas, especialmente mujeres y niños. NACIONES UNIDAS (2004), p. 280.

(39) WELZEL (2002), pp. 132 y 133, p. 159 de la primera edición de 1970.

Revista REDMEX 34-2013.indb 305 02/01/14 09:40

ROXIN, quién sostiene que el jefe o *cerebro* de la organización es autor mediato de los hechos cometidos por los ejecutores materiales porque son fungibles(40). No obstante, a pesar de que ámbito doctrinal se distinga al autor del inductor, en el ámbito penológico, suele castigarse al inductor con la misma pena que al autor(41).

Otro aspecto que ha generado controversia en el ámbito internacional es la posibilidad de tipificar la utilización de los servicios de una víctima, o el considerar a los clientes como cómplices, dado que se considera que para que se dé este delito, es necesario que exista un mercado de *consumidores*(42). En nuestra opinión, los «*usuarios*» de los servicios de las víctimas de trata de personas son una parte crítica del problema y deben rendir cuentas, ya que al penalizar el uso de los servicios de una víctima de trata se ataca un eslabón esencial en la cadena de este delito y un aspecto clave para reducir la demanda de los bienes y servicios producidos por la explotación de personas objeto de trata(43). Sin embargo, puesto que el cliente se aprovecha de actos de explotación que quedan al margen del tipo de la trata no puede ser considerado un partícipe de este delito sino, a lo sumo, partícipe de los delitos en que se concreta la trata(44).

10. TIPO SUBJETIVO

El Protocolo de Palermo establece en su artículo 5 la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas legislativas precisas para tipificar como delito las actividades realizadas para la trata de personas cuando se realicen intencionadamente(45). Por lo tanto, nos encontramos ante un delito doloso de intención, dado que pertenece al tipo de lo injusto un determinado fin perseguido por el autor, a saber, la finalidad de explotación(46).

Así, se exige un dolo específico que consiste en conocer y querer realizar cualquiera de las acciones descritas por los verbos rectores con el fin de explotar al sujeto pasivo en cualquiera de las finalidades reguladas en el tipo penal(47). Sin embargo, no se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de explotar por sí mismo a la víctima, bastando con la intención de que el sujeto pasivo sea explotado por él o por un tercero(48). Lo que sí es necesario es que el comportamiento del sujeto activo esté objetivamente preordenado (*ex ante)* a la consecución de las conductas específicas de la trata(49).

---

(40) ROXIN (2000), pp. 273 y 274.

(41) Tal como es el caso de los Código Penal español y salvadoreño.

(42) *Cfr.* BOLDOVA PASAMAR *et al*. (2010), pp. 64 y 65; O'CONNOR-HEALY (2006), pp. 10 y 11; IHRLI (2005), p. 31.

(43) *Cfr.* UNITED NATIONS (2010), pp. 102, 103 y 189; MAQUEDA ABREU (2003), p. 11.

(44) *Cfr.* MAQUEDA ABREU (2003), p. 11.

(45) REBOLLO VARGAS apunta que «*parece difícilmente imaginable que puedan llevarse a cabo prácticas relacionadas con la Trata de Personas que no sean intencionadas, por lo que tal mención me parece superflua».* REBOLLO VARGAS (2006), p. 49.

(46) *Cfr.* DAUNIS RODRÍGUEZ (2011), p. 132; MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 58 y 59. Mientras que DE LEÓN VILLALBA y JUANES PECES opinan que la perfección del tipo requiere la presencia de un ánimo tendencial. DE LEÓN VILLALBA (2009), pp. 143 y 144; JUANES PECES (2010), p. 5.

(47) *Cfr.* MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 58 y 59; RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), p. 32.

(48) *Cfr.* DAUNIS RODRÍGUEZ (2011) p. 131; LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2712.

(49) *Cfr.* POMARES CINTAS (2011), p. 133; RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), p. 32.

Revista REDMEX 34-2013.indb 306 02/01/14 09:40

Consecuentemente, es necesario tener claro que la trata no es explotación, ni una expresión equivalente, sino que esta pretende la explotación, esto es, el sujeto activo debe ser consciente del beneficio que se pretende obtener en los actos posteriores de explotación de la víctima, y no en la trata en sí, la cual constituye un paso previo a esta, por lo cual el delito se consuma aunque tal explotación no llegue a darse(50). Así, la trata es un proceso y la explotación su fin y, en consecuencia, podemos afirmar que nos encontramos ante un delito instrumental(51).

De igual forma entendemos que la explotación consiste, a los efectos de la trata de personas, en la utilización abusiva en provecho propio del trabajo o de las cualidades de otra persona(52). Este provecho no tiene que ser necesariamente económico, pudiendo ser también un beneficio en especie o el ofrecimiento de una recompensa cualquiera con tal que sea provechosa para el sujeto activo del delito de explotación.

La finalidad de explotación debe incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Sin embargo, deben incluirse en los tipos penales otros tipos de explotación atendiendo a la realidad nacional y la legislación vigente, por ejemplo, matrimonios forzado, adopciones ilegales, entre otros(53).

No obstante, esto también puede generar problemas, porque en la práctica es imposible imaginar y definir todas las formas de explotación que podrían ser incluidas, además de la dificultad de determinar lo que constituye prácticas de explotación. A esto se aúna el hecho que por exigencias del principio de legalidad se requiere que las formas de explotación se definan clara y taxativamente(54). Como solución a este problema, consideramos que, en primer lugar, las distintas finalidades de explotación que contiene el tipo penal de la trata pretenden evitar que a una persona se la coloque en situación de esclavitud o condición análoga mediante su captación, traslado, transporte acogida o recibimiento(55). Consiguientemente, al incluir la expresión «prácticas análogas a la esclavitud» se estaría garantizando que la finalidad de desarrollar todas estas formas de explotación alternativa también resulte incluida en el tipo penal, sin que esto suponga una interpretación análoga o *in malam partem.* Al margen de ello, sería más conveniente al principio de legalidad que se definiera dentro del precepto legal qué se debe entender por prácticas análogas a la esclavitud, basándose en las definiciones propuestas por los diferentes instrumentos internacionales.

Respecto al elemento volitivo del dolo, la trata de personas es un delito doloso que requiere el propósito de explotar a la víctima. Por lo tanto, el sujeto activo debe querer utilizar cualquiera de los medios descritos y que su intención esté vinculada a la consecución

---

(50) *Cfr.* PÉREZ CEPEDA (2005), p. 117.

(51) *Cfr.* TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 212.; POZUELO PÉREZ (2005), p. 421; RUIZ RESTREPO *et al.* (s.f.), pp. 37, 97 y 98.

(52) A favor LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2724.

(53) UNITED NATIONS (2009a), pp. 35 y 36.

(54) *Cfr.* UNITED NATIONS (2009a), pp. 35 y 36.

(55) A favor, COLOMBO Y MÁNGANO (s. f.), p. 9.

Revista REDMEX 34-2013.indb 307 02/01/14 09:40

de cualquiera de las finalidades de explotación contempladas en el tipo. En consecuencia, apenas queda un ámbito posible para la realización del delito con dolo eventual. De igual forma, al no existir tipificación expresa, no es posible la punición de las conductas imprudentes[56].

Asimismo, el Protocolo de Palermo hace referencia a la penalización de la tentativa de trata de personas. Al respecto ha resultado difícil la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Así, por ejemplo podrían ser actos preparatorios los casos en que el sujeto activo anuncie por Internet o por el periódico una oferta engañosa de trabajo. Por el contrario, podríamos estimar como un principio de ejecución la puesta en contacto entre el sujeto activo y pasivo con la finalidad de lograr un acuerdo, una aceptación a la oferta, etc.

11. PLURALIDAD DE DELITOS

Respecto a la pluralidad de delitos, no es posible considerar la aplicación del delito continuado debido a la estructura típica de la trata y a los bienes jurídicos protegidos, dado que la trata de personas protege bienes *eminentemente personales*[57].

En cuanto al concurso de leyes, dada la especialidad del delito, en este concurren otras tipificaciones delictivas, tales como maltratos, coacciones, amenazas, privación de libertad, etc.[58]; las cuales son absorbidas por la conducta típica de trata por ser esta más especial (principio de especialidad)[59]. Sin embargo, estas manifestaciones delictivas deben estar dirigidas a vencer la oposición de la víctima, pues de emplearse con posterioridad al proceso de trata nos encontraríamos ya en concurso real con los delitos de amenazas, coacciones, o delitos concretos de explotación[60]. En cambio, no están incluidas en el tipo las lesiones, la privación de libertad ni la violación, por lo cual habrá que castigarlas separadamente.

En lo referente al concurso ideal en el delito de trata de personas, es muy común que este pueda apreciarse cuando el sujeto activo se excede en la ejecución de los medios comisivos. En este sentido, si al ejecutar las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a la víctima utilizando los medios comisivos se fuese más allá de la acciones necesarias para ejecutar la trata de personas estaremos ante un supuesto de concurso ideal. Ejemplos de delitos que pueden concurrir en este tipo de concurso son las lesiones[61], las amenazas[62], las coacciones[63], la violación[64], las agresiones sexuales, las detenciones

(56) Ver, por todos, PÉREZ ALONSO (2008), pp. 426 y 427; MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 58 y 59; LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2769.

(57) BUSTOS RAMÍREZ-HORMAZÁBAL MALARÉE (1997), p. 208.

(58) *Cfr.* VILLACAMPA ESTIARTE (2011), p. 485.

(59) A favor, DE LEÓN VILLALBA (2000), p. 110.

(60) *Cfr.* TORRES FERNÁNDEZ (2006), p. 14; ARROYO ZAPATERO (2001), p. 34.

(61) *Cfr.* GARCÍA PÉREZ (2004), p. 518; Sentencia del Tribunal Supremo español de 17-9-2001.

(62) *Cfr.* TERRADILLOS BASOCO (2010), p. 213; LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2726.

(63) *Cfr.* MARTÍNEZ OSORIO (2008), p. 87; POZUELO PÉREZ (2005), pp. 424 y 425.

(64) *Cfr.* VILLACAMPA ESTIARTE (2011), pp. 484 y 485. Mientras que MARTÍNEZ OSORIO considera que en el caso de que la violación o agresiones sexuales se llevasen a cabo como parte del ejercicio de la violencia

Revista REDMEX 34-2013.indb 308 02/01/14 09:40

ilegales[65], entre otros. Sin embargo, para apreciar esta relación concursal, el sujeto activo debe conocer y querer a través de estas conductas doblegar la voluntad de la víctima, pues de dirigirse su voluntad hacia otro fin –por ejemplo su propio placer sexual– cabría apreciar un concurso real[66].

En relación con el concurso ideal homogéneo, dado el carácter individual del bien jurídico protegido, habrá tantos delitos de trata como personas afectadas, esto a pesar que la fórmula legal se refiera a «seres humanos» o «personas»[67].

En lo que se refiere al concurso medial de delitos, el supuesto de hecho de este tipo de concurso es el más frecuente respecto a la trata de personas, dado que esta constituye, a su vez, un delito medio para la posterior explotación de la víctima, existiendo, por lo tanto, una relación instrumental de medio a fin y una conexión teleológica entre la trata de personas y el posterior delito de explotación[68]. Así, este tipo de concurso puede concurrir con delitos tales como los relativos a la explotación laboral, la explotación de la mendicidad, los relativos a la prostitución y corrupción de menores, el tráfico de órganos, entre otros.

No obstante, es necesario para apreciar este tipo de concurso que la relación instrumental entra la trata con el delito concreto de explotación esté ligada por elementos lógicos, temporales y espaciales[69]. Esto significa que las acciones reguladas por la trata de personas (captar, transportar, trasladar, acoger o recibir) deben preceder temporal y geográficamente al delito de explotación. De no ser así, no es posible establecer la relación medial y, por lo tanto, la explotación se ejecuta como un ejercicio directo de un constreñimiento material o moral sobre la víctima, debiendo castigarse el delito concreto de explotación[70].

Asimismo, dada la especial configuración del tipo penal de la trata, también puede apreciarse concurso medial entre las diferentes conductas que se realicen con el fin de doblegar la voluntad de la víctima para su captación, transporte, traslado, acogida o recibimiento para su posterior explotación, siempre que estas conductas no estén ya comprendidas dentro del tipo penal, ni representen un exceso en la ejecución de dichas conductas. Tal sería el caso de delitos como la falsedad documental o el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Para que se contemple este concurso medial, el sujeto activo

---

física o la intimidación para lograr el yacimiento con la víctima, cabría igualmente apreciar otro posible concurso ideal o real de delitos entre la remuneración de actos sexuales o eróticos y la violación o agresión sexual MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 83 y 84.

(65) *Cfr.* MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 88 y 90; GARCÍA PÉREZ (2004), p. 518; HERNÁNDEZ PLASENCIA (2002), p. 253. Mientras que DE LEÓN VILLALBA aprecia en este caso un concurso medial. DE LEÓN VILLALBA (2000), p. 110.

(66) *Cfr.* LÓPEZ CERVILLA (2004), p. 2726.

(67) *Cfr.* PÉREZ ALONSO (2008), p. 391; LÓPEZ CERVILLA (2004), pp. 2661 y 2712; DE LEÓN VILLALBA (2003), p. 251; LAURENZO COPELLO (2003), p. 89.; HERNÁNDEZ PLASENCIA (2002), p. 253.

(68) Ver VILLACAMPA ESTIARTE (2011), pp. 484 y 487; BOLDOVA PASAMAR *et al*. (2010), pp. 58 y 59; *Cfr. S*in embargo, VILLACAMPA ESTIARTE afirma que la relación será generalmente de concurso real y habitualmente medial si puede afirmarse la concurrencia de necesidad en concreto, entre el delito de trata de personas con aquellos delitos que pueden cometerse en la fase de explotación de la víctima.

(69) *Cfr.* ESCUCHURI AISA (2004), p. 441.

(70) *Cfr.* MARTÍNEZ OSORIO (2008), pp. 88-90.

Revista REDMEX 34-2013.indb 309 02/01/14 09:40

debe valerse del delito medio para ejecutar la trata, ya que de no ser así estaremos ante un supuesto de concurso real(71).

En referencia al concurso real de delitos, este supuesto se cumple cuando además del delito de trata de personas se realicen una o varias acciones independientes de la trata y constitutivas cada una de ellas de una infracción penal. Esta situación puede ser frecuente dado que la trata es en ocasiones realizada simultáneamente con otras actividades ilegales, tales como el narcotráfico, el lavado de dinero, el tráfico de armas, corrupción de funcionarios, entre otras. De igual manera, estaremos ante un supuesto de concurso real de delitos cuando en la ejecución de la trata se cometa el delito de homicidio o asesinato sobre la víctima, según las circunstancias, o el delito de aborto, entre otros.

Asimismo, del hecho de que la trata de personas es un delito complejo conformado por varios actos, de las distintas posibilidades de concursos de delitos y de la misma realidad en la que se desarrolla la trata en la actualidad podemos afirmar que en muchas situaciones nos encontraremos ante supuestos de conexiones mediales encadenadas, que a su vez puedan estar en concurso con otros delitos que se ejecuten ya en la fase de explotación de la víctima. Esto conllevaría a la dificultad de aplicar un concurso de concursos.

Sin embargo, no existe una solución a esta situación en la legislación, y la doctrina tampoco ha llegado a un acuerdo de cómo abordar estos casos. Así, se han propuesto varias soluciones, sin que ninguna pueda ser catalogada como la correcta, ya que dependerá de las circunstancias en las cuales se realice el delito y del tipo de concursos existentes(72). Y es que, sobre todo en el caso de la trata, la cantidad de delitos que se pueden ejecutar previa, durante y posteriormente a la realización de este delito abre la posibilidad de contemplar innumerables supuestos de concursos.

No obstante, nos decantamos por la siguiente propuesta, tomando en cuenta que esta no consiste una solución única y que pueden aplicarse esta u otras propuestas dependiendo del supuesto de hecho concreto ante el que nos encontremos. Así, ante la hipótesis en la que bien el delito-medio (la trata de personas) o bien el delito-fin (el delito concreto de explotación) constituyen dos o más delitos en concurso ideal, se puede resolver este concurso ideal y posteriormente realizar el concurso medial con los otros delitos de la relación medio fin. Por ejemplo, en el caso que se restrinja la libertad de la víctima para realizar la trata de personas con fines de explotación sexual, primero habría que resolver el concurso ideal entre la detención ilegal y la trata de personas, y este resultado entraría en concurso medial con el delito de determinación a la prostitución.

Asimismo, si durante la ejecución del delito de determinación a la prostitución se cometen otros delitos independientes a la acción del primero, por ejemplo el delito de aborto, debemos contemplar un concurso real entre ambos.

---

(71) Mientras que VILLACAMPA ESTIARTE ve complejo evitar la admisión del concurso de delitos –normalmente ideal–, entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico de personas, siempre que se considere que en el tráfico de personas se sanciona el cruce ilegal de fronteras que no viene exigido en delito de trata de personas. VILLACAMPA ESTIARTE (2011), pp. 482 y 483.

(72) Sobre los supuestos de conexiones mediales encadenadas y sus propuestas de solución *Ver* en general. ESCUCHURI AISA (2004), pp. 444-446.

Revista REDMEX 34-2013.indb 310 02/01/14 09:40

REFERENCIAS

ABRAMSON, K. (2003), Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol [Más allá del consentimiento, hacia la salvaguarda de los derechos humanos: Implementando el Protocolo contra la trata de Naciones Unidas] *Harvard International Law Journal,* vol. 44, núm. 2, pp. 473-502.

ARROYO ZAPATERO, L.A. (2001), Propuestas de un eurodelito de trata de seres humanos. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memorian»*. Arroyo Zapatero-Berdugo Gómez de la Torre (coords.), vol. 2, pp. 25-44.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. *et al.* (2010), *Trata de menores. Aspectos jurídicos, perspectivas de derecho comparado y propuestas de lege ferenda en relación con el marco normativo español*. Boldova Pasmar (dir.) Ministerio de Sanidad y Política Social. Madrid. [en línea] [consulta: 01 julio 2013] *http://www.observatoriodelainfancia.msps.es/productos/docs/trataMenores.pdf.*

También disponible en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* Lex Nova, núm. 23, marzo 2010, Valladolid.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1997), *Lecciones de Derecho Penal*. vol. I, Trotta, Madrid, 260 pp.

CEREZO MIR, J. (2005), *Curso de Derecho penal español: parte general*, *vol. II, Teoría jurídica del delito*. 6ª ed., Tecnos, Madrid, 404 pp.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S. (1999), *Derecho penal. Parte general,* 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia. 998 pp.

COLOMBO, M.L. y MÁNGANO, M.A. (s.f.), *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal.* Ministerio de Justicia y Seguridad. Provincia de Buenos Aires, 29 pp. [en línea] [consulta: 1 julio 2013] *http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf.*

COMISIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MALOS TRATOS A MUJERES (CIMTM) (2002), *Informe sobre el tráfico de mujeres y la prostitución en la Comunidad de Madrid*, 1ª ed., 120 pp.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2010), Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, *Revista InDret,* 1/2010, Barcelona. 44 pp. [en línea] [consulta: 01 julio 2013] *http://www.indret.com/pdf/693.pdf.*

– (2011), El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código Penal. *La reforma penal de 2010*, Zúñiga Rodríguez, Gorjón Barranco, Fernández García (coords.) Ratio Legis, Salamanca, pp. 121-137.

DE LEÓN VILLALBA, F.J. (2000), Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas. *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Rodríguez Yagüe y Valmaña Ochaíta (coords.) Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 101-116.

– (2003), *Tráfico de personas e inmigración ilegal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 454 pp.

– (2006), Inmigración Ilegal y Tráfico de seres humanos. *La Orden de Detención y Entrega Europea,* Arroyo Zapatero y Nieto Martín (dirs.) Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, pp. 161-171.

– (2008), *Tráfico de personas e inmigración ilegal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 484 pp.

ESCUCHURI AISA, E. (2004), *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica,* Comares, Granada, 474 pp.

FISCALÍA DE EXTRANJERÍA (s.f.), *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos Extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala*

Revista REDMEX 34-2013.indb 311 02/01/14 09:40

2ª del Tribunal Supremo. Ficha Fiscalía Extranjería I, Madrid, 98 pp. [en línea] [consulta: 01 julio 2013] *http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967741&codigo=FGE_&language=es&newPagina=2&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista.*

GARCÍA ARAN, M. (2006), *Trata de Personas y Explotación Sexual,* García Aran, (coord.) Comares, Granada, 331 pp.

GARCÍA PÉREZ (2004), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, Díez Ripollés, Romeo Casabona (coords.) Tirant lo Blanch, Valencia.

GLOBAL RIGHTS (2005), *Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU Contra la Trata de Personas.* Washington, DC, 67 pp.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. (2002), El delito de tráfico de personas para su explotación sexual. *Inmigración y derecho penal: bases para un debate*, Laurenzo Copello (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 237-254.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW INSTITUTE (IHRLI) (2005), In modern bondage: sex trafficking in the Americas. DePaul University College of Law, 257 pp.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO) (2005), *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation: Guidance for Legislation and Law Enforcement.* [Trata de Personas y Explotación en Trabajo Forzado: Guía para la Legislación y Cumplimiento de la Ley] Paper 22, Ginebra, 70 pp. [en línea] [consulta: 01 julio 2013] *http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=forcedlabor.*

JUANES PECES, A. (2010), El delito de trata de seres humano en el proyecto de reforma del Código Penal de 1995, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIX, núm. 803, 22 julio 2010, Navarra, pp. 1-6.

LAURENZO COPELLO, P. (2003), La protección penal de los derechos de los ciudadanos. *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 12, 2003. UNED, Madrid, pp. 63-94.

LAURENZO COPELLO, P. (2009), El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal*, t. II, Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1149-1171.

LÓPEZ CERVILLA, J.M. (2004), El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales*, Estudios Jurídicos*, núm. 2004, Centro de estudios jurídicos, Ministerio de Justicia, pp. 2636-2836.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (2010), *Código Penal (Comentarios y jurisprudencia) Parte Especial,* V, II, Comares, Granada,1.645 pp.

MAQUEDA ABREU, M.L. (2002), La trata sexual de mujeres extranjeras: Una aproximación jurisprudencial. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, 2002, pp. 439-448.

– (2003), El tráfico sexual de mujeres. *Artículo 14. Una perspectiva de Género, Boletín de Información y Análisis Jurídico,* núm. 12, mayo de 2003, Instituto Andaluz de la Mujer, Junta de Andalucía, pp. 4-11.

MARTÍNEZ OSORIO, M.A. (2008), *El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño.* Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador. [en línea] [consulta: 01 julio 2013] *http://violenciaytrata.savethechildren.es/docs/Docs/26/2.pdf.*

Revista REDMEX 34-2013.indb 312 02/01/14 09:40

NACIONES UNIDAS (2004), *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 407 pp.

– (2007), *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Oficina contra la Droga y el Delito, Nueva York, 231 pp.

– (2010), *Marco Internacional nacional de Acción para la aplicación del Protocolo contra la trata de personas*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Viena, Nueva York, 78 pp.

O'CONNOR, M.; HEALY, G. (2006), *Los vínculos de unión entre la prostitución y la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, Coalición Contra el Tráfico de Mujeres (CATW) y el Lobby Europeo de Mujeres (LEM), 39 pp.

PÉREZ ALONSO, E. (2008), *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 484 pp.

PÉREZ CEPEDA, A.I. (2005), El tráfico de mujeres con el fin de la explotación sexual. *El género quebrantado. Sobre la violencia, la libertad y los derechos de la mujer en el nuevo milenio,* Joaquín Giró (ed.), Catarata, pp. 85-124.

POMARES CINTAS, E. (2011), Trata de personas. *Esquemas de la parte especial del Derecho Penal (I)*, t. XXXII, Quintero Olivares, Carbonell Mateu, Morales Prats, García Rivas, Álvarez García (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 131-144.

POZUELO PÉREZ, L. (2005), Tráfico de personas y explotación sexual. *Derecho Penal y política transnacional*, Bacigalupo y Cancio Meliá (coords.) Atelier Barcelona, pp. 417-439.

REBOLLO VARGAS, R. (2006), Normativa Internacional y Derecho Comparado. *Trata de personas y explotación sexual,* García Arán (coord.), Comares, Granada.

ROXIN, C. (2000), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Morillo; Marcial Pons, Madrid, 797 pp.

RUIZ RESTREPO, A. *et al.* (s.f.), *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos de trata de personas y explotación sexual/laboral*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Colombia, 173 pp.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2010), Trata de seres humanos. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García-González Cussac (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 207-217.

TORRES FERNÁNDEZ, M.E. (2006), El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal, *Diario La Ley*, núm. 6491, 26 may. 2006, 25 pp.

UNITED NATIONS (2006), *Assistance for the Implementation of the ECOWAS Plan of Action against Trafficking in Persons* [Asistencia para la implementación del Plan de Acción ECOWAS contra la Trata de Personas] Office on Drugs and Crime, Vienna, New York, 153 pp.

– (2009a), *Model Law against Trafficking in Persons* [Ley Modelo contra la Trata de Personas] Office on Drugs and Crime, Vienna, 92 pp.

– (2009b), *Global Report on Trafficking in Persons.* [Informe Global sobre Trata de Personas] Office on Drugs and Crime, 292 pp.

UNITED NATIONS (2010), *Recommended principles and guidelines on human rights and human trafficking.* [Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Nueva York-Ginebra, 255 pp.

Revista REDMEX 34-2013.indb 313 02/01/14 09:40

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2010), El delito de Trata de Personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación, *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 14, pp. 819-865.

– (2011), *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación Dictada desde el Derecho Internacional.* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 598 pp.

WELZEL, H. (2002), *Derecho penal alemán*, trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., 4ª ed. en español. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 343 pp.

Revista REDMEX 34-2013.indb 314 02/01/14 09:40

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-LABORAL DE LOS MENORES EN LA LEGISLACIÓN MARROQUÍ

Marí Carmen Burgos Goye

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

RESUMEN

La proteccion jurídico-laboral de los menores en la legislacion marroquí

Existe un elenco de grupos sociales objeto tradicionalmente por la generalidad de los ordenamientos jurídicos de exclusión sociolaboral sempiternos, no solo para la legislación española vertebrada en el Estado de Derecho [(1)], sino también por la legislación marroquí, articulada esencialmente al componente religioso y basada por ende, en los preceptos coránicos. Nuestro examen, lo focalizaremos en concreto en uno de los grupos más vulnerables –los menores– y para ello, efectuáremos un análisis sobre el ordenamiento jurídico marroquí, cuya configuración aunque virtualmente proteccionista, evidencia las paradojas irresolutas de la ausencia de aplicación del proclamado ostentosamente «interés superior del menor» por su *corpus iuris*.

Palabra clave: Estado de Derecho, Constitución, interés superior del menor, trabajo infantil, protección, precariedad jurídica.

ABSTRACT

The labor legal protection of the minors in the moroccan legislation

Be an combination from group social object traditionally by means the almost all to legal system by social exclusion never –ending, not alone social– labour to the legislation spanish vertebrate on Rule of Law but by means the legislation marrocaine, subject to largely on the component religiously and foundation as a result, in precepts koranics.Ours examination to focus on specific one to the group more vulnerable –the minors– and for all of these reasons, payment an analysis relating to legal system marrocaine, whose configuration although virtually protectionists, evidence the l contradictions unresolved of the la absence of implementation of the proclaim sumptuous «*Interest of the* minors» by his *corpus iuris*.

Key words: Rule of Law, Constitution, interest of the minors, Child labor, protection, scarcity legal.

(1) Siguiendo la formulación de FERRAJOLI, L., «Pasado y Futuro del Estado de Derecho», Ponencia (trad. Pilar Allegue), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 13-29. A juicio de este filósofo, el Estado de Derecho, se segmenta en dos proposiciones. Una *latu sensu*, en que los poderes públicos, están sometidos a la ley tanto en la forma como en el contenido; y la otra, s*trictu sensu,* en la que basta con que el ordenamiento jurídico se ajuste a la legalidad formal, para quedar encuadrado en esta categoría, aunque su resultado se sustente en cualquier formulación antidemocrática: dictadura, tiranía, autocracia, autoritarismo, etc., según esta premisa, por el mero hecho de cumplir este postulado, se ajusta a la legalidad y no es antijurídico. A nuestro juicio, sirve de paradigma de ambos modelos, el ordenamiento jurídico español por contraposición al segundo modelo, el marroquí que se encuadraría en la segunda categoría. Esta teoría ha sido complementada entre otros por GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», ibídem. p. 49. Que añade acertadamente, que la validez y legitimación de la norma, no tiene su exégesis en el simple hecho de haber sido creada por el Parlamento, sino primordialmente porque su contenido material, se vertebra en los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales.

Revista REDMEX 34-2013.indb 315 02/01/14 09:40

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES GENERALES.
2. EL TRABAJO INFANTIL.
   - **a) Excepciones a la edad para trabajar: la prestación de servicios en espectáculos públicos.**
   - **b) La prohibición de trabajos peligrosos.**
   - **c) El salario y la ordenación del tiempo de trabajo de los menores.**
3. CONCLUSIONES.
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para poder comprender la situación de los menores en su país de origen, hay que tomar como punto de partida los textos jurídicos(2) que regulan la protección de la infancia en Marruecos, para ello, realizaremos un breve análisis sobre el tratamiento del trabajo infantil y la protección de la infancia trabajadora en Marruecos.

En primer lugar, con respecto a la regulación efectuada por los instrumentos internacionales sobre esta materia, destaca la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuya configuración programática, las dota de un carácter no preceptivo, que persiste en esta materia, hasta que se aprobó la Convención de los Derechos del Niño(3) 20 de noviembre 1989, que supone el reconocimiento del derecho del

(2) Destacan fundamentalmente en materia civil, el Código de Estatuto Personal, conocido usualmente como *Mudawana,* regulado originariamente por el Dahir de 6 de Septiembre de 1958 y modificado por primera vez, por un Dahir de1993, cuya novedad más destacada fue acometer diferentes reformas en las figuras del repudio y la poligamia;y en segundo lugar, por Dahir núm. 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 fevrier 2004) (Bulletin Officiel *núm. 5358 du 2 Ramadán 1426, 6* octobre 2005, entrada en vigor el 5 de marzo de 2004),cuya transformaciones atañen básicamente a la estructura familiar, implantando el principio de c*orresponsabilidad,* de modo que, la familia y por ende, los hijos, dejan de ser responsabilidad exclusiva del padre y se transmutan en responsabilidad conjunta del matrimonio, desapareciendo el precepto de obediencia de la esposa hacia el marido*).*En materia penal, la materia objeto de estudio es más vetusta y obsoleta, vertebrándose su basamento en el Código Penal Marroquí de 1962 (modificado por la Ley núm. 43-04, de 23 de febrero de 2006) que destina parte de sus preceptos a la protección a la infancia(sirva de paradigma entre otros: el homicidio perpetrado contra un niño recién nacido –art. 397 CP–; el asesinato cuya víctima es un niño menor de 15 años se castiga con la reclusión perpetua –arts. 409, 410, 411 del CP–; atentar contra el pudor, con o sin violencia sobre un menor de 18 años –se tipifica en los arts. 484-485 del CP–; el abandono de un niño o su exposición a un peligro se sanciona en los arts. 459-467, con la pérdida de la paternidad y la retirada de la custodia para la madre en caso de separación; y la utilización de los niños en la mendicidad se sistematiza en los arts. 327, 328, 330–) del que dimanan tres ejes específicos cuyo agente activo es únicamente el menor: el Dahir de 2 de junio de 1939, sobre los Tribunales de Menores y la Libertad Vigilada; el Dahir de 19 de octubre de 1953, sobre Responsabilidad Penal de los Menores; y, por último, el Dahir de 5 de marzo, de 5 de marzo de 1959, sobre el Procedimiento Penal de los Menores Delincuentes.

(3) Aprobada por Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, vigencia desde el 2 de septiembre de 1990, ratificada por el Estado marroquí el 21 de Junio de 1993, que si bien, no suscribió las anteriores Declaraciones, al ratificar esta Convención, se adhiere a dichos instrumentos, asimismo también se ha sumado al Protocolo facultativo relativo a la

Revista REDMEX 34-2013.indb 316 02/01/14 09:40

menor a su pleno desarrollo físico, mental y social, así como el derecho a expresar libremente sus opiniones, si bien, a mi juicio, la novedad más relevante, es el reconocimiento por primera vez por parte del citado país alauita, aunque solo sea virtualmente y de forma restrictiva, del concepto jurídico indeterminado de *interés superior del menor*, tal y como lo evidencia la delimitación de su ámbito objetivo a las siguientes materias: custodia, manutención, reconocimiento de la paternidad –excepcionalmente en casos en los que el matrimonio no haya sido formalizado– y herencia –exclusivamente a los nietos siempre que ambos abuelos hayan fallecido, habiendo supuesto un avance importante en materia de igualdad, el reconocimiento de idénticos derechos como legatarios a los nietos por vía materna, equiparándolos a los descendientes del esposo para heredar de sus abuelos–. Asimismo los Estados partes, asumen el compromiso de dedicar una atención especial a los niños particularmente vulnerables, entre ellos, los que no tienen familia, otorgando libertad a cada Estado en la forma de incorporar este Tratado. Junto a estos instrumentos, también conviene citar la firma y ratificación de otros acuerdos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales(4) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos(5), en relación al primero, a pesar de que, su sistematización expresa sobre menores se realiza en el artículo 10, donde se proclama la protección tanto de la familia en general como de los menores en particular(sirva de paradigma, la alusión en algunas de sus cláusulas a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria),sin embargo, persisten las prácticas y

---

participación de niños en los conflictos armados el 22 de mayo 2002, a través del Real Decreto (Dahír núm. 1-01-253, de 9 de *shawwal* de 1424) publicado en el *Boletín Oficial* (*Boletín Oficial* de 4 de marzo de 2004). De igual forma, el texto en árabe de dicho Protocolo se publicó en la edición general del *Boletín Oficial* núm. 5191 de 9 de *muharram* de 1425 (1º de marzo de 2004). Además también ha suscrito el tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 28 de febrero de 2012, para establecer una triada de procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos suscritos en este tratado, sin embargo, continua en unos casos sin firmar ni ratificar otros Tratados más comprometidos como: *vr.gr*: los Protocolos Facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(Conviene recordar que el segundo de estos Protocolos es de extrema importancia, puesto que, es único tratado de alcance universal que tiene como objetivo la abolición de la pena de muerte que formalmente existe en el citado país alauita pero que es inaplicada desde el año 1993), Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer instrumento sobre los que Marruecos persiste en mantener alguna de sus reservas en relación al matrimonio que se oponga a lo establecido en la *Sharia* y Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes, donde a pesar de haber suscrito su Protocolo el 25 de abril de 2011–entrada en vigor el 25 de mayo del mismo año–, donde se enfatiza como actores principales las en los colectivos específicos de mujeres y niños, y que debe ser complementado y articulado con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; y en otros casos, el problema persiste porque si a pesar de haber suscritos los tratados internaciones de protección del menor, los firma pero no los ratifica,estableciendo para ello, un elenco de reservas que conllevan a un vaciamiento en su contenido, sirva de paradigma, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, si bien, en esta última, ha retirado las reservas sobre el segundo párrafo del art. 9 y sobre el art. 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que han quedado obsoletas debido a las reformas legislativas en los ámbitos de la familia y la nacionalidad en el año 2004 y 2006.

(4) Ambos aprobados por Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 3 de enero de 1976, ratificados por Marruecos el 3 de mayo de 1979.

(5) *Vid*., análisis realizado por CABEZAS VALENCIA, R.; GILSANZ BLANCO, J., «Los derechos humanos de los migrantes», *Revista española de desarrollo y cooperación,* núm. 23, 2009 (ejemplar dedicado a: *Derechos Humanos y desarrollo),* pp. 113-126; así como el Informe de Amnistía Internacional, «Vivir en las sombras: Los derechos humanos de las personas migrantes» núm. 83, 2006.

Revista REDMEX 34-2013.indb 317 02/01/14 09:40

actitudes tradicionales, profundamente arraigadas en la sociedad marroquí, con respecto a las mujeres y los niños que menoscaban la capacidad del Estado Parte para proteger y promover sus derechos económicos, sociales y culturales(6), y que debe ser puesto en ilación con otros preceptos: el artículo 24 del PIDCD, afirma la igualdad y protección de todo menor contra todo tipo de discriminación y también reconoce el derecho a la inscripción de su nacimiento, a tener un nombre y una nacionalidad, y que es complementado con otros preceptos que figuran diseminados en este tratado cuyos destinatarios son los menores, sirva de paradigma entre otros: El artículo 6.5, que prohíbe que se les aplique la pena de muerte, los artículos 10.2.b) y 14.4, les reconoce el derecho a determinadas garantías judiciales tanto de naturaleza sustantiva como procedimental, entre otras; y que como corolario, estipulan la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del trabajo obligatorio, no solo de los menores sino de toda persona. Por lo demás, Marruecos también, tiene suscrita y ratificada(7) la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, compromiso que se constitucionaliza en el artículo 16 de sus reciente carta magna de 1 de julio de 2011(CM), en que literalmente se señala» «*El Reino de Marruecos se esfuerza por la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos marroquíes residentes en el extranjero, en el respeto del derecho internacional y las leyes en vigor en los países de acogida*[…]». La justificación de esta aceptación plena y mediata de protección independientemente de su situación de administrativa en el territorio nacional –justificación que a nuestro juicio, ha motivado que la mayoría de los países no han ratificado este tratado-probablemente esta inmediatez, obedece a que el núcleo medular de su economía radica en la emigración por encima incluso del turismo. De manera específica, la legislación nacional sobre trabajo prohíbe toda discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migratorios en situación regular y se aplica a todos por igual. Exponente de esta aceptación es el Código de Trabajo de la Ley núm. 65-99, en cuyo Preámbulo estipula que «*las disposiciones de la presente ley son aplicables al conjunto del territorio nacional sin discriminación entre los trabajadores por motivos de raza, color, sexo, discapacidad, situación conyugal, religión, opinión política, afiliación sindical, origen nacional o social*», siguiendo la citada línea argumentativa, los artículos 9 y 478 del mismo cuerpo normativo, prohíben toda discriminación en materia de empleo o de ejercicio de una profesión, así como toda discriminación por agencias de contratación privadas. Por último, en su artículo 9.2, y en los artículos 478 y 346, prohíben toda discriminación relativa a la contratación y al salario. Sin embargo, paradójicamente, en su contenido no se realiza alusión alguna a los «trabajadores migrantes menores de edad», ignorando que estos menores, son en la mayoría de las ocasiones trabajadores encriptados en el mercado informal; y que por tanto, también son merecedores de derechos, y por ende, de un estatuto jurídico que los ampare en el país de acogida. Seguidamente esta protección es complementada en primer lugar, por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de

(6) Tal y como constata el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo Informe periódico de Marruecos sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/1990/6/Add.20) en sus Sesiones 70ª, 71ª y 72ª, celebradas los días 22 y 23 de noviembre de 2000, en su Observación final 9, acordada en su 82ª Sesión, celebrada el 30 de noviembre de 2000.

(7) Firmada por Marruecos el 15 de agosto de 1991 –antes de su entrada en vigor el 1 de julio de 2003– y posteriormente ratificada el 21 de junio de 1993.

Revista REDMEX 34-2013.indb 318 02/01/14 09:40

niños en la pornografía[8], que ha implicado la modificación del Código Penal en el año 2003 y la introducción del tipo penal en el mismo del «*turismo sexual*», si bien, sus resultados han sido imperceptibles, continuando afectado a jóvenes marroquíes y extendiéndose también a inmigrantes, especialmente niños, *ergo,* como respuesta ante la complejidad de este problema, Marruecos ha implementado el *Plan de acción para la Infancia para el decenio 2006-2016*, cuyo objetivo se dirige a la prevención y lucha contra la explotación sexual de los niños[9]; y, en segundo lugar, es relevante, la ratificación la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo(este último ratificado el 8 de abril de 2009) y que ha supuesto la incorporación por primera vez en su texto constitucional de este grupo objeto tradicionalmente de exclusión social, cuya sistematización se realiza en el artículo 34 CM, donde en su primer apartado, establece que los poderes públicos elaborarán e implementarán políticas destinadas principalmente a individuos y grupos con necesidades especiales, entre otros objetivos para tratar y prevenir la vulnerabilidad de ciertas categorías de mujeres[10] y madres, niños y ancianos, a nuestro juicio, es en las primeras, donde sería aconsejable incidir más e implementar políticas de transversalidad de género para paliar la discriminación que padecen. Mientras que el segundo apartado del referenciado precepto, se alude también como categoría especifica que debe ser objeto de protección pública, a los minusválidos, que se convierten en beneficiarios del artículo 34, donde se fija un concepto mínimo estandarizado de persona con discapacidad, que por un lado, apela a la existencia de diversas funcionales físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, en razón de la interrelación de una deficiencia que les impide o dificulta su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás y que coincide con el concepto de minusválida realizado por la Organización Mundial de la Salud, en el que se diferencia cada uno de los supuestos y se define como minusvalía la «*situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que limita y/o impide el desempeño de un papel que es normal en su caso, en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales*»[11].Asimismo en el referenciado precepto, se fijan como objetivos para esta categoría de sujetos la «rehabilitación e integración» pero no se alude paradójicamente a la «prevención», de modo que, en muchos casos, al no realizarse la detección y atención socio-sanitaria inicial, las consecuencias son irreparables. También, se establece que se les debe facilitar a todos iguales derechos que al resto de ciudadanos pero a diferencia de la Constitución española, tampoco se apostilla que se les prestara una «atención especializada», lo cual, implica que a la postre, se

(8) Ratificado por Marruecos, el 2 de octubre de 2001.

(9) Es interesante sobre este punto el Informe presentado por la Comisión del Comité de Derechos del Niño CRC/C/OPSC/MAR/CO/1, párrafos 15 y 16.

(10) *Vid.,* examen sobre este problema circunscrito a la mujer marroquí realizado por EL HAJJAMI, A., «La reforma de la condición jurídica de las mujeres en Marruecos y la cuestión de referencia», Ábaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales, núm. 43, 2005, pp. 62-63.

(11) Resolución 29.35 adoptada en la XXIX Asamblea Mundial de la Salud sobre Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías de mayo de 1976, que conceptualiza la minusvalía como» las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades». Concepto que actualmente ha evolucionado, transformándose el tradicional modelo rehabilitador por uno social y que ha sido plasmado y reflejado en la definición del mismo concepto de discapacidad esbozado en las» Clasificaciones Internacionales de la Organización Mundial de la Salud».

Revista REDMEX 34-2013.indb 319 02/01/14 09:40

perpetúe su discriminación. Sobre el punto anterior, hay que destacar que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 1 establece su dicción literal como objetivo concreto: *«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».*

*C*onsecuentemente el citado país alauita, está obligado[12] a respetar su contenido y cumplir con la obligación *latu sensu,* dispuesta en el artículo 5 del citado texto, de establecer una protección legal a estas personas y a disfrutar de todos los derechos, en igual medida que el resto de ciudadanos, que deben ser articulada con otras especificas para el colectivo de menores, contempladas en el acápite siguiente, cuyas destinatarias son las mujeres y niñas, a las que los Estados deben garantizar el pleno desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 6); a la protección específica de los niños con discapacidad (artículo 7) –observando como en este precepto no se establece distinción por razón de género–. En cualquiera de los casos, a nuestro juicio, el término minusvalía no debe ser utilizado de forma peyorativa, sino como personas que requieren una atención especial para su integración social, que no debe quedar relegada a un plano asistencial hoy día superado, por el modelo social, sino que debe ser puesto el acento en la igualdad y garantizar la paridad de derechos del niño, a no ser separados de sus padres contra su voluntad, excepto cuando las autoridades así lo determinen por razón de interés superior del niño, y en ningún caso,esta separación de sus progenitores debe ser motivada por la discapacidad del niño o de los padres (artículo 23); así como, asegurar la igualdad de acceso a la educación primaria y secundaria, la formación profesional, la enseñanza de adultos y el aprendizaje permanente utilizando para ello, los instrumentos necesarios (artículo 24). En definitiva, Marruecos al ratificar la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se ha comprometido a aplicar un instrumento vinculante de derechos humanos, que en el caso de los menores con discapacidad, le obliga a implantar medidas tendentes a potenciar el ejercicio de su autonomía, teniendo en cuenta como criterios que deben adecuar las valoraciones respecto a los mismos dos condicionantes básicos: su edad y madurez. A lo que debe adicionarse, la prohibición de institucionalización por razón de discapacidad, que ha sido uno de los fundamentos principales esbozados desde el modelo social vigente, que sin embargo, el referenciado país alauita aun no ha implementado, violando por ende, los derechos humanos de estos menores, que se encuentran triplemente discriminados por la sinergia de los siguientes factores: de un lado por su edad; de otro, por su por su condición económica y género; y por último, por su minusvalía, como resultado de lo expuesto, se les oculta o se les ingresa en instituciones, algo que ocurre con frecuencia, debido al estigma social[13] y el costo económico que supone su crianza[14].

---

(12) Tras haber firmado el 30 de marzo de 2007, el citado Convenio y ratificado su Protocolo facultativo el 08-04-2009, entrando en vigor el 8 de mayo de 2009.

(13) En innumerables ocasiones atribuyen la causa de su propia discapacidad a orígenes maléficos, mágicos o divinos.

(14) El Informe de UNICEF sobre el *Estado Mundial de la Infancia 2013,* de 30 de mayo de 2013, denuncia la situación de los menores discapacitados,cuya discriminación por motivos de discapacidad lo cataloga como una forma de «opresión».[Consulta en línea 8 de junio de 2013] *http://www.unicef.es/actualidad-documentacion/publicaciones/estado-mundial-de-la-infancia-2013-ninas-y-ninos-con-discapac.*

Revista REDMEX 34-2013.indb 320 02/01/14 09:40

Contenido que debe ser completado con los preceptos que figuran en el Capítulo III, del vigente Código de Trabajo, en particular con los artículos 167-171, en los que se fijan un elenco de garantías para este colectivo objeto tradicionalmente de exclusión social. En primer lugar, se observa la omisión de conceptualización sobre los mismos, lo que dificulta la fijación de su ámbito subjetivo. Este factor unido a su exclusión del mercado laboral(15), ha dado lugar, a que en los referenciados artículos, establezcan como cautelas: prohibición de contratación de esta categoría de trabajadores para aquellas actividades que puedan perjudicar o agravar su minusvalía(artículo 167 CT), obligación previa de someterlos a exámenes médicos (artículo 168 CT), garantizar medidas de seguridad e higiene y crear medidas que favorezcan su accesibilidad al trabajo (artículo 169 CT); y finamente, creación de medidas de discriminación positiva con la finalidad de lograr la igualdad efectiva de oportunidades (artículo 170 CT).

En síntesis, el incumplimiento de estas obligaciones por parte del empresario, dan lugar al ejercicio de la actuación sancionadora por parte de la inspección de trabajo, pero consideramos dudosa su voluntad real de aplicación efectiva, a la vista de la escasa cuantía de las sanciones impuestas que oscilan de 2.000 a 5.000 dírhams (179,63 € a 449,07 €) y que anexado a la imprecisión de su redacción técnica jurídica, conllevan a que, difícilmente se puede tipificar su comisión y por ende, sancionar.

De otra parte, el análisis constitucional de la infancia(16) en la legislación marroquí debe ser complementa con la sistematización que sobre la misma se realiza en los artículos 32, 33 del mismo texto, cuya incardinación se produce en el Titulo II bajo la nomenclatura «Libertades fundamentales». En relación al primero, se destaca en el primer inciso, la importancia concedida a la familia tradicional nuclear, fundada sobre el vínculo legal del matrimonio y considerada como célula básica de la sociedad, enlazada exclusivamente con el estado civil, fruto de las convicciones religiosas islámicas(17). Seguidamente en el acápite siguiente, se señala que el *Estado* (no como en la Constitución española los «poderes públicos») *deberá garantizar por ley la protección de la familia* en los planos: social, económico y jurídico para garantizar su unidad, estabilidad y preservación. A nuestro juicio, la matización de que esta obligación se fije exclusivamente

---

(15) En este sentido, el Informe del Consejo Económico Social de Marruecos de 2012, sobre el trabajo de los discapacitados, destaca la falta de políticas públicas especificas para este colectivo, que solo se vislumbran en el sector público al quedar obligado a reservar un 7% de empleo, medida que no ha sido traspuesta para el sector privado, a lo que hay que adicionar, de un lado, la exclusión dentro del sistema nacional de enseñanza pública de los niños discapacitados que hace que solo dos de cada tres asistan a la escuela; y de otro, la insuficiencia de infraestructuras sanitarias especializadas, hecho que provoca que uno de cada cinco discapacitados nunca haya frecuentado una institución médica, lo que infiere que, no sean considerado sujeto de derecho sino objetos que deben protegerse**.**

(16) *Vid*., examen sobre el tratamiento de la constitución marroquí sobre la infancia de mi obra, *El Estatuto Jurídico de los Menores Inmigrantes,* Comares, Granada, 2013, pp. 148-160.

(17) Desde la Revelación del Sagrado Corán (hace 1.413 años) el matrimonio es considerado como un compromiso en el que los esposos deben esforzarse por lograr una comprensión y estabilidad general de pareja, no es permitido en el Islam los matrimonios de prueba, de duración determinada, se condenan a los hombres y mujeres que gozan cambiando frecuentemente de cónyuge, que disfrutan de pareja por un tiempo; y luego la cambian por otra, después por una tercera y así sucesivamente y también es condenable el adulterio o la fornicación, por eso, el musulmán nunca realiza tal acto y su vida la dedica a su hogar y a su esposa, siempre debe recordar las consecuencias de este acto, cuya consecuencia es la desintegración de la familia, las enfermedades venéreas, la inmoralidad y la criminalidad. *Vid.,* pormenorizadamente el examen de estos aspectos *http://www.arabespanol.org/islam/mujer/mujer1.htm.*

Revista REDMEX 34-2013.indb 321 02/01/14 09:40

para el Estado y no se extienda al resto de los poderes públicos, tiene una importancia relevante, debido a que en la citada Constitución marroquí, no existe ninguna cláusula que contengan obligación para *todos* los poderes públicos, de modo que, los *derechos fundamentales*, que figuran contenidos en sus artículos 19-40 del citado Titulo II, *carecen de ningún tipo de garantía*; y por ende, tampoco la familia; y además, reitera que la única forma de familia que se admite, es la nuclear, constituida por un hombre y una mujer, inadmitiéndose como no podía ser de otra forma, las uniones fuera del matrimonio y menos aún las parejas homosexuales. Seguidamente, el cuarto inciso del referenciado artículo 32, establece que la educación básica[18] es un derecho del niño y también una obligación compartida del Estado y de la familia. De lo expuesto se deduce que, de un lado, se constitucionaliza el derecho humano a la educación como derecho fundamental pero paradójicamente no se declara la universalización y gratuidad de esta etapa educativa[19] (lo que impide su aplicación) a pesar de que Marruecos, tiene ratificada la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza[20], en la cual, se insta a que las mujeres, y sobre todo las niñas, *no sufran discriminación* con respecto al *acceso a la enseñanza*; y de otro, que existe una corresponsabilidad en esta materia, entendemos que subsidiaria, si bien, corresponde al Estado el impulso de las políticas públicas familiares (tal y como se constata en el artículo 34.1CM, motivado por estar catalogado como grupos vulnerables, junto a los ancianos).

Como coralario de lo expuesto, el reto que se enfrenta Marruecos en este ámbito es complejo, si se tiene en cuenta el alto nivel de analfabetismo sobre todo de las niñas, segmento de género donde se producen más altas tasas de abandono escolar y tienen mayores dificultades para conciliar su trabajo– en la mayoría de las ocasiones como empleadas domésticas[21] –con la asistencia a la escuela, cuando esta además no es gratuita, asociado

(18) Objetivo primigenio establecido en la *Carta Nacional de Educación*, que pretende la generalización de la educación básica para todos los niños en Marruecos, adoptada por una Comisión Real en Junio de 1999, cuya entrada en vigor se realizo al menos virtualmente en septiembre de 2000, en la que se estipula lo siguiente: «Todo niño marroquí que haya cumplido los 6 años de edad, puede (*obsérvese como no se fija también como obligación, como ocurre en la legislación española)* escolarizarse en el primer año de educación primaria a partir de septiembre de 2002», si bien, al no haber implantado aun hoy en el 2013, ha quedado su formulación sesgada como una entelequia. Figurando como segunda finalidad, establecer una coherencia en el sistema educativo y, finalmente, modernizar la escuela pública, sus metodologías y programas.

(19) Sobre este punto, hay que tener presente que desde 1998, el Parlamento marroquí adoptó el principio de la enseñanza obligatoria (no gratuita) para todos los niños marroquíes con edades comprendidas entre los 7 y 14 años. Seguidamente, con la Ley 04.00, de 19 mayo de 2000, la escolaridad obligatoria se ha ampliado de 6 a 15 años.

(20) Aprobada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su Undécima Reunión, celebrada en Paris, del 14-15 de noviembre de diciembre de 1960, aceptada por Marruecos, 30 de agosto de 1968.

(21) En este sentido, hay que traer a colación la Convención 189 de la OIT sobre Trabajadores Domésticos, que se dirige especialmente a las mujeres y niñas en el servicio doméstico y la Recomendación 201 rubricada «Un trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», ambas aprobadas el 16 de junio de 2011 y cuyo objetivo es facilitar la organización de los trabajadores domésticos y de sus empleadores; sensibilización y promoción; y desarrollo de la base de conocimientos y de herramientas políticas, que Marruecos tiene firmado pero no ratificado. Sin embargo, en Marruecos, existe un vacío legislativo en relación a la protección de los niños en el trabajo de artesanía tradicional y las niñas en el sector doméstico, lo cual conlleva a su exclusión, en este sentido los avances legislativos son escasos y lentos, sirva de paradigma, la reforma del Código del Trabajo de 7 de Junio de 2004, por la que se ha modificado la edad mínima para trabajar de 12 a 15 años.

Revista REDMEX 34-2013.indb 322 02/01/14 09:40

al hecho de que son las que tienen mayor riesgo de exclusión social por razón de género, trabajan en condiciones precarias[22] debido a su corta edad y a la pobreza de sus familias, la falta de conocimiento de sus derechos, y la dependencia de su empleador, siendo en muchas ocasiones objeto de violencia, explotación sexual y maltrato por parte de las familias que las contratan.

En este sentido, será trascendental, si efectivamente cumple sus funciones, el recién creado y constitucionalizado órgano rubricado «*Consejo Superior de la Educación la formación y la investigación científica*», cuyas funciones y creación figuran contempladas en el artículo 168 del CM, con carácter consultivo, encargado de efectuar un análisis sobre las políticas públicas y programas públicos relacionadas con la educación, la formación y la investigación científica y su evaluación, así como sobre el funcionamiento de los servicios públicos en este ámbito, que debe ser puesto en conexión con los órganos también novedosos contemplados en el inciso quinto del artículo 32 del CM, que también prevé la creación de un órgano consultivo para la familia y la infancia, bajo la rúbrica «*Consejo consultativo de la Familia y de la Infancia*», que se encuentra interrelacionado con otro órgano también de nueva creación «*Consejo consultativo de La Juventud y de la Acción Asociativa*» (artículo 33.4 del CM). En relación al primero, su cometido es establecer políticas de preservación, protección y de recursos financieros para enfrentar las amenazas de descomposición familiar. La creación de este Consejo se incluyó en la reforma, donde también se contempla el reconocimiento de la supremacía de los convenios internacionales sobre la Constitución, formulación que también se realiza en el Preámbulo de esta carta magna, donde expresamente se establece:» […] *el reino de Marruecos, miembro activo en el seno de organizaciones internacionales, se compromete a suscribir los principios, derechos y obligaciones enunciados en sus Cartas y convenios colectivos*». Si bien, se apostilla que, en caso de que dichos convenios contradigan la organización de la familia que emana de la ley islámica o Sharia (establece una reserva a la igualdad entre hombres y mujeres ante sus derechos y responsabilidades para contraer y disolver el matrimonio), esta última tiene prioridad y cuyas funciones vienen reguladas en el artículo 169 del CM. Mientras, que el segundo, su finalidad parece ir dirigida a fijar unas directrices, para alcanzar una plena participación social en igualdad de oportunidades de la juventud marroquí (creemos que, existe una deficiente redacción de técnica legislativa y a nuestro juicio, hubiera sido más correcto apostillar que «su fin es reivindicar las necesidades y resolución de demandas de los jóvenes marroquíes») sobre temas circunscritos a los ámbitos –social, económico y cultural – (por razones obvias, no político), tal y como se refleja en el inciso final del artículo 170 CM, donde se fijan sus funciones y cuya literalidad es la siguiente: «*la participación en la vida nacional se realizara con un espíritu de ciudadano responsable*». No obstante, nos ofrece dudas, si el término «responsable» será sinónimo de «no opositor», o si por el contrario, de forma sesgada se pretende fomentar la participación política de los jóvenes, en línea con la Iniciativa Real del 2002, en la que se rebajo la edad para ejercer el voto en 18 años, en vez de 20 años como hasta entonces.

(22) Conviene recordar sobre este punto, que esta relación laboral especial, carece de encaje en el Código del Trabajo al no figurar como categoría de empleo en Marruecos y cuyo vinculo laboral se crea de forma informal trilateral, a saber: familia de la menor– intermediario– empleador, y que ante esta situación de desprotección jurídico-legal del menor, se asemeja más a la esclavitud que a una relación laboral.

Revista REDMEX 34-2013.indb 323 02/01/14 09:40

En cualquiera de los casos, hay que subrayar en primer lugar, que todos estos nuevos órganos de nueva creación –Consejos e Instancias– actualmente se encuentran vacios de contenido y carentes de poder de decisión, de modo que, que será una ley posterior la que determinará cuál va a ser su composición, organización, competencias y reglas de funcionamiento, tal y como establece el artículo 171 CM, de este modo, la garantía de los derechos supuestamente protegidos en los mismos no existe constitucionalmente, sino que queda subordinando a lo que la ley que los desarrolle fije su alcance y contenido, es decir, de nuevo nos encontramos ante *derechos sin garantías*. Y en segundo lugar, existe una gran incredulidad sobre su vocación de que se produzca su funcionamiento real, sino por el contrario, la opinión mayoritaria considera que será una vía para la cooptación de elites que se hayan destacado por su valor crítico y que el Estado tratará de neutralizar como ha sido proverbial en toda la historia del Marruecos independiente[23]. A nuestro juicio, la promoción en la participación debe ser entendida como una forma de concebir la ciudadanía, los menores y jóvenes deben ser consultados en programas, planes y normas sobre los derechos que les afecten, incluyendo la promoción en las prácticas asociativas.

Seguidamente, retomando el artículo 33 CM, en sus dos primeros incisos, contempla una serie de medidas para extender la participación de la juventud, donde explícitamente se comprometen los poderes públicos en» extender y generalizar la participación de la juventud en el desarrollo social, económico, cultural y político del país, ayudar a los jóvenes a integrarse en la vida activa y asociativa y prestar apoyo a los que están en dificultad de adaptación escolar, social o profesional». En ilación con el contenido de este precepto, se vislumbra la voluntad de extender la participación de la juventud como «sociedad civil» en la vida pública, esta iniciativa no es novedosa, observándose como desde el año 2004, se han ido adoptando diferentes decisiones para paliar este desinterés, focalizándolas básicamente en la práctica, únicamente en materia educativa, en este sentido, el Ministerio de Educación, ha creado nuevas estructuras para la mejora de las condiciones de la educación en Marruecos, ofreciendo nuevas oportunidades a los niños que han abandonado la escuela para reintegrarse en aulas especiales o para hacer cursos de alfabetización en el caso de menores de más de 15 años. Igualmente, el Ministerio de Empleo y Formación Profesional, viene dirigiendo sus políticas en erradicar el trabajo infantil, eso sí, parece que sin excesivo interés, porque esta forma de empleo informal, continua siendo una fuente de ingresos significativa para las familias. Asimismo también, se están haciendo algunos esfuerzos en relación con la formación profesional, que junto con el analfabetismo son los dos graves hándicap que gravitan sobre el sistema educativo en Marruecos, en este sentido, conviene recordar que este país carece de programas de formación profesional y de orientación laboral adecuados, por ello, actualmente se están dirigiendo las medidas sobre este ámbito para promover o mejorar el autoempleo y evitar que los jóvenes se inserten en el mercado laboral antes de cumplir la mayoría de edad.

---

(23) LÓPEZ GARCÍA, B., «Marruecos. Cien días para una nueva Constitución y una unanimidad para la galería»*, Nota para el Observatorio: Crisis en el mundo árabe,* núm. 37, 21 de junio de 2011 [consulta en línea, 8 julio de 2013], *http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/especiales/crisismundoarabe/respuestacrisis/notasocma/observatorio_bernabe_lopez_constitucion_marruecos.*

Revista REDMEX 34-2013.indb 324 02/01/14 09:40

A continuación, el inciso 3 del referenciado artículo 33 CM, se subraya la necesidad de actuar para facilitar el acceso de los jóvenes a la cultura, a la ciencia, a la tecnología, al arte, al deporte y a los ocios, reuniendo al mismo tiempo las condiciones propicias al despliegue de su potencial creativo e innovador en todos estos campos.

2. EL TRABAJO INFANTIL

Uno de los problemas más graves y complejos que atenazan su mercado de trabajo, es el trabajo infantil[24], a este respecto tal y como hemos expuesto, su exegesis es motivada por la sinergia de factores de órdenes socioeconómico, cultural e institucional, pero que en el caso particular que nos ocupa, esta dificultad se incrementa particularmente por dos factores: el primero, porque al tratase de un país islámico, han de tenerse en cuenta cuestiones de género que son apreciadas desde otra óptica; y, en segundo lugar, porque hay parcelas de actividad económica –trabajo domestico y artesanal– que permanecen invisibles. En todo caso, existen dos perspectivas del asunto en muchas ocasiones asimétricas entre sí: de un lado, la regulación positiva del trabajo parca y fragmentaria y, por otro lado, la realidad de la existencia de trabajo infantil, sus causas consecuencias. En este sentido, Marruecos tiene suscrito un elenco numeroso de normas internacionales relativas a la protección del menor, entre otras en relación con la materia objeto de estudio, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 32, reconoce «*el derecho del niño de ser protegido de la explotación económica y de realizar algún tipo de trabajo que es probable que sea peligroso o que intervenga con la educación del niño o que sea dañino para la salud o desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño»*. Asimismo el citado tratado establece que los Estados parte, deben adoptar las medidas legislativas necesarias para fijar una edad mínima para trabajar, una reglamentación apropiada de horarios y condiciones de trabajo y las sanciones adecuadas para el cumplimiento efectivo de esas disposiciones. Al hilo argumentativo de lo expuesto, su Código de Trabajo[25] (CT) es el exponente formal de esta protección virtual que brinda el ordenamiento laboral a los menores, cuyo tratamiento se efectúa simultáneamente con la mujer, en concreto, en su Título II, rubricado «La protección del menor y de la mujer», cuya sistematización se realiza en los artículos 143-183, que a su vez, se segmentan secuencialmente en cinco capítulos destinados a los siguientes apartados: límite de edad de admisión al trabajo, protección de la maternidad, trabajo de discapacitados, trabajo nocturno de mujeres y menores y, trabajos prohibidos para los referenciados colectivos. En ilación al primero, la admisión mínima de la edad para trabajar, en el ámbito estrictamente laboral, su articu-

(24) El ordenamiento jurídico español, centra su protección en la fijación de edades mínimas, la prohibición de determinados trabajos y la limitación específica de la jornada. En este sentido son interesantes los estudios realizados entre otros por RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Trabajo Infantil», en *Relaciones Laborales*, II, núm. 22, 1997, p. 79; GARCÍA VALVERDE, M.D., «El trabajo de los menores y su protección», RTSS, núm. 11, 2000, p. 34; y circunscritos a laos inmigrantes en nuestro país, PÉREZ VERA, E., «El derecho de protección de los menores», en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª N. (dirs.), Comares, 2002, pp. 1299-1301.

(25) El Dahir núm. 1-03-194 du 14 rejeb 1424 (11 septiembre 2003) establece la promulgación de la Ley 65-99 del Código de Trabajo, publicado en el Boletín Oficial del Estado (8-12-2003) y entrada en vigor seis meses después por el Boletín Oficial, núm. 5210, de mayo de 2004.

Revista REDMEX 34-2013.indb 325 02/01/14 09:40

lación se efectúa en el artículo 143 del CT, que fija como límite de edad mínima para el empleo los 15 años[26], conviene recordar que la anterior regulación la establecía a los 12 años pero tras la reforma del Código de Trabajo de 7 de junio de 2004, este periodo se ha incrementando en tres años, además esta disposición debe ser puesta en correlación con los artículos 10 del mismo texto que recoge como premisa general, la prohibición del trabajo forzoso para toda persona y con el artículo 467.2 del Código Penal[27] –que prohíbe expresamente el trabajo forzoso específicamente de los menores de 15 años– en base a lo expuesto, en el ordenamiento jurídico marroquí, por debajo de los quince años existe una incapacidad absoluta para trabajar *ex* artículo 10 CM, que comporta, según doctrina mayoritaria, la nulidad del contrato celebrado por el menor de esa edad.Premisa en consonancia, con los convenios de la OIT núm. 138 y 182, suscritos por el citado país alauita, debiendo ser complementado el primero, por la Recomendación núm. 146, que define el marco general y las medidas normativas esenciales para la prevención del trabajo infantil y para su eliminación. En el primero[28], el núm. 138, regula la edad mínima de *admisión al empleo o trabajo,* cuando finalice la enseñanza obligatoria y en todo caso, antes de los 15 años (artículo 2.3), se aplica a todos los sectores de actividad económica, independientemente de que los menores reciban una remuneración salarial, operando como el umbral a partir del cual el menor puede trabajar, ya sea de modo dependiente por cuenta ajena,[29] en virtud de un contrato de trabajo o por cuenta propia o autónoma, sin embargo, se brinda la facultad, si se trata de un país en desarrollo, como paradigmáticamente ocurre con Marruecos, de limitar inicialmente su campo de aplicación especificando las ramas de actividad o los tipos de empresa a los que ha de aplicarse, si bien, no cabe exclusión del límite de edad, si la actividad se encuadra en alguno de los siguientes sectores: industrias manufactureras; construcción; servicios de electricidad, gas y agua; saneamiento; transportes, almacenamiento y comunicaciones, y plantaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, no obstante, quedan excluidos

---

(26) Coincidiendo con la edad fijada en la Directiva 1994/33/CE, si bien, su ámbito territorial únicamente se circunscribe al ámbito comunitario y además en su art. 1.3, establece la obligación de los Estados miembros de proteger a los jóvenes contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad su salud o su desarrollo físico, psicológico moral o social o poner en peligro su educación.

(27) También este cuerpo normativo contiene disposiciones referentes a la protección de la integridad física y sexual del niño. En su art. 408 CP, prevé castigar a toda persona que se ocupa del cuidado o tiene la custodia de un niño menor de 12 años y le inflige cualquier tipo de lesión, golpe u otro tipo de violencia que ponga en peligro su salud, imponiendo por la comisión de este tipo penal pena privativa de libertad que oscila entre uno y tres años. Llegando incluso más allá en su art. 40, en el que se estipula que toda persona al corriente de que se ha ejercido violencia contra un niño tiene el deber de informar al fiscal.

(28) Adoptado en la 58º Reunión, entrada en vigor el 26 de junio de 1973, suscrito por Marruecos el 6 de enero de 2000.

(29) Cuya definición se efectúa en su art. 6 CT en los siguientes términos: «*toda persona que se compromete a ejercer una actividad profesional bajo la dirección de uno o varios empleadores mediante remuneración, sea cual sea su naturaleza y forma de pago»* y que coincide sustancialmente con el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Relegando el término de trabajador autónomo, por exclusión tacita, cuando el sujeto trabaje para sí mismo, sin subordinación al poder de dirección del empresario. Sobre la evolución de este poder en la que inciden factores como los avances tecnológicos, la economía y la ideología, *Vid.* LOY, G., «El dominio ejercido sobre el trabajador», en especial monográfico, *Relaciones laborales,* núms. 19-20, octubre 2005, pp. 59 y ss. En la misma línea, PUJOLAR, O., «Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 131 y ss.

Revista REDMEX 34-2013.indb 326 02/01/14 09:40

expresamente de este decálogo de ocupaciones, si estas se prestan en empresas familiares o de pequeñas dimensiones que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados, en puridad, quedan exceptuados el sector agrario, servicio domestico[30] y la mayor parte de empleos de la construcción y servicios, además de los que figuran expresamente como obligatorios, debido a que su economia pivota principalmente en pequeñas empresas –con un máximo de cinco trabajadores– y también por la relevancia del sector artesanal, por lo que en la praxis, apenas se aplican ninguna de estas limitaciones, puesto que, las exclusiones afectan a tan elevado número de trabajadores que la convierten en impracticable. Mientras que en el segundo[31], prohíbe las peores formas de trabajo infantil con el fin de evitar su explotación[32], circunscribiendo su contenido material a la enumeración que se realiza en el artículo 3 a las siguientes: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso[33] u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes; d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Sin embargo, conviene recordar que la normativa de la OIT, son normas de *solf law,* por lo que carecen de aplicación efectiva, de modo que, en caso de

(30) Este segmento de población es el más castigado, porque el gobierno marroquí hasta fecha reciente, 16 de Junio de 2011, ha aprobado pero no ratificado la Convención 189 de la OIT sobre Trabajadores Domésticos, que se dirige especialmente a las mujeres y niñas en el servicio doméstico y la Recomendación 201 rubricada» Un trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos» y cuyo objetivo es facilitar la organización de los trabajadores domésticos y de sus empleadores; sensibilización y promoción; y, desarrollo de la base de conocimientos y de herramientas políticas hasta ese momento. Consecuentemente, no se les reconocía la condición de trabajador (aun en la praxis, está pendiente de desarrollo orgánico esta prestación de servicios) considerando que los empleadores practican un acto de caridad al contratar a los niños como sirvientes. Cuestiones denunciados por HUMAN RIGHTS WATCH en su Informe sobre la explotación laboral de los menores de edad en Marruecos de 2012, que focaliza sus deficiencias fundamentalmente en dos pilares: de un lado, discriminación salarial, puesto que, los salarios medios de estos menores son de 545 dírhams al mes (49,2 euros), que se corresponde con menos del 25% del salario mensual mínimo para el sector industrial de Marruecos, fijado en 2.333 dírhams (210,788 euros) contraviniendo el Convenio núm. 100 de la OIT, sobre igualdad de remuneración de la mano de obra masculina y femenina de 1951,en vigor en Marruecos formalmente pero no de forma material desde el 11 Mayo 1979; y de otro, por la explotación y abusos que sufren principalmente las niñas, que son obligadas a trabajar extensas jornadas por un sueldo insignificante. *Vid.,* también a este respecto, INFORME DE HRW, «*La explotación laboral de los menores de edad en Marruecos*», de 15 de noviembre de 2012, ha instado al Gobierno de este país a intensificar sus esfuerzos para «controlar rigurosamente» el cumplimiento de las leyes que prohíben trabajar a los menores de 15 años, texto *http://www.europapress.es/sociedad/noticia-hrw-denuncia-explotacion-laboral-menores-edad-marruecos-20121115142455.html#AqZ1xU0sKo12cg2D*.

(31) *Vid.,* examen sobre el mismo, de DAVIDSON, M.G., «The International Labour Organization's Latest Campaign to End Child Labor: Will it Succeed where Others Have Failed?», in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 11, 2001, pp. 203-224.

(32) Aprobado en junio de 1999 y ratificado por Marruecos el 26 de enero de 2001.

(33) Tambien Marruecos ha ratificado y por tanto continúa en vigor, el Convenio 29 de la OIT sobre prohibición del trabajo forzoso, aprobado en 1930 y en vigor desde el 20 de mayo de 1957, así como, el Convenio núm.105, sobre su abolición de 1957 y cuya entrada en vigor en el citado país alauita se produjo el 1 de diciembre de 1966.

Revista REDMEX 34-2013.indb 327 02/01/14 09:40

incumplimiento, la fórmula utilizada para eludir estas prohibiciones, es a través de la prestación transnacional de servicios y[34] la consiguiente deslocalización de las empresas, que conforman un nuevo marco en las relaciones laborales y en la organización del trabajo[35], resultando paradójico la escasa aceptación de ratificación que ha obtenido sobre todo el Convenio 138, fundamentalmente en el continente asiático y africano, argumentado como justificación su complejidad y dificultad de aplicación efectiva, que hacen que se replantee la necesidad de crear un nuevo instrumento que recoja las formas extremas de trabajo infantil y que complemente sobre todo el referenciado Convenio núm. 138.

En este sentido, desde un punto de vista cuantitativo, se observa como en el año 2001, se estima que cerca de 150.000 niños y adolescentes marroquíes deberían dejar de trabajar en el servicio doméstico, en talleres o en fábricas[36], de los que incuestionablemente la mayoría son objeto de peores formas de trabajo infantil y, en gran parte, en inaceptables condiciones de explotación[37], ante esta disyuntiva, la solución adoptada por el Código de Trabajo, es verificar si los menores y discapacitados, desarrollan una actividad laboral acorde a su corta edad[38], para ello, el artículo 144.1, dispone que esta labor la tienen encomendada los inspectores de trabajo, que al estar investidos de *auctoritas administrativa*, podrán ordenar que se efectúe un examen médico a los mismos para verificar su estado de salud en un hospital público (suponemos que los gastos correrían a cargo del empresario) además esta voluntariedad que se predica de los reconocimientos médicos para vigilar las repercusiones del trabajo en la salud del menor, es contraria a todo ordenamiento jurídico social, del que Marruecos predica su basamento, tal y como prescribe el artículo 1 de la CM, en la que se declara expresamente como forma de gobierno *una monarquía constitucional, democrática parlamentaria*[39] *y social,* por tanto, este carácter dispositivo de realizar reconocimientos médicos, a nuestro juicio, debe ser una excepción cuando se está en presencia de un menor, por el carácter especialmente tuitivo que exige su tratamiento.

---

(34) Destaca el examen sobre esta situación de movilidad geográfica realizada por MONEREO PÉREZ, J.L., *Introducción al Nuevo Derecho del trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 223.

(35) *Vid.,* BURGOS GOYE, M.C., «Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios», en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011*, Monereo Pérez, J.L.; Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (dirs. y coords.), Comares, 2012, p. 785.

(36) Cifra apuntada por el Alto Comisionado para el Plan de Desarrollo Social y de la Familia en su Informe Nacional de 2011, sobre el trabajo infantil de Marruecos, calcula que en el año 2010, aún trabajaban en Marruecos 147.000 niños menores de 15 años, es decir, el 3% de los que están en esa franja de edad. La cifra solo representa un 28% de los que trabajaban diez años antes (517.000, el 9,7%). Para hacer esta estimación los encuestadores del Alto Comisionado, visitaron 60.000 hogares repartidos por todo Marruecos.

(37) La organización HUMAN RIGHTS WATCH (HRW) en su Informe «La explotación laboral de los menores de edad en Marruecos», de 15 de noviembre de 2012*, cit.,* p. 14.

(38) En este sentido, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 2002, p. 135. Quienes justifican su tratamiento diferenciado magistralmente en los siguientes términos «la especialidad en la regulación de los contratos de trabajo del menor […] deriva de su debilidad física respecto del adulto, quizás unida a necesidades de educación y a deficiencias de la volición».

(39) Este vocablo ha sido introducido de forma primigenia en la reforma de la Constitución marroquí, aprobada por referéndum de 13 de septiembre de 1996, en su numeral primero. Si bien, la adición de este vocablo, no ha sido acompañada de un cambio en el concepto de fondo formulado en un núcleo duro de la Constitución que permanece casi integro.

Revista REDMEX 34-2013.indb 328 02/01/14 09:40

Lo expuesto, nos plantea la disyuntiva el motivo por el cual no se les realiza un examen obligatorio previo de los puestos que vayan a ser ocupados por los menores, en la que se fijen los riesgos que en materia de seguridad y salud laboral van a quedar expuestos, para de este modo, valorar la idoneidad de los puestos de trabajo a su edad, así como tampoco resulta comprensible la omisión de preavisar a sus progenitores y al propio menor, sobre cualquier modificación importante en las condiciones de trabajo(ni tan siquiera se exige expresamente la forma de su realización aunque sería conveniente que fuera la escrita y menos aun sobre la periodicidad de los mismos) pero además para mayor abundamiento, contradictoramente si el resultado es positivo, el párrafo 2 del citado precepto, establece que la referenciada autoridad laboral, que al estar dotada de *auctoritas administrativa*, puede ordenar la incorporación del menor de nuevo a su puesto de trabajo[(40)], sin necesidad de preavisar, si bien, para ello debe efectuar un contra examen médico (que tiene un carácter facultativo para sus progenitores), sin embargo, se guarda silencio en el supuesto de que el informe médico sea negativo, creemos que en este caso, se le deberá asignar otro puesto distinto acorde a su edad y salud y en caso de incumplimiento de este deber por el empresario, lo lógico sería la sanción del mismo, motivada por el incumplimiento ante el requerimiento de la inspección de trabajo.

a) Excepciones a la edad para trabajar: la prestación de servicios en espectáculos públicos

El ordenamiento laboral marroquí, restringe la posibilidad de que el menor de 15 años, desarrolle una prestación laboral en las actividades públicas[(41)], únicamente se admite en las que figuran tasadas legalmente, es decir, no procede el otorgamiento de la autorización como regla general, sino que por el contrario, solo opera «en casos excepcionales». Su articulación se efectúa concretamente en el artículo 145 CT, para cuyo desempeño se exige el cumplimiento de una dualidad de requisitos: a) autorización administrativa escrita *ex profeso*, de

(40) En este supuesto, se está dotando al agente público «inspector de trabajo», de un derecho subjetivo que le permite ordenar la incorporación del menor a su puesto de trabajo y que a nuestro juicio, exceden *per se* de las funciones inherentes a su cargo, a saber: investigación, inspección y sanción; y cuya justificación radica en que, al no existir en Marruecos una normativa específica en materia de riesgos laborales, su regulación la realiza el Código de Trabajo, en los arts. 281 a 344, de forma parca y deficiente, tal y como lo evidencia dos paradigmas: el primero, no contempla la figura de técnicos de prevención, sino de médicos del trabajo –que solo operan en ámbitos productivos de mayor riegos– y; en segundo, su presencia solo es obligatoria en el resto de empresas, siempre que tengan a sus servicios más de cincuenta trabajadores. De lo expuesto, se vislumbra que es la figura empresarial encargada, no solo de la vigilancia de la salud, sino del resto de aspectos técnicos (es decir, funciones ajenas a la salud). A lo que se debe anexar, que la competencia tanto territorial como profesional del citado servicio médico, debe ser aprobada por el Delegado Provincial de Trabajo, previa consulta al servicio médico de la Inspección de Trabajo, con indicación expresa del tiempo mínimo que los médicos de trabajo deben dedicar a los asalariados. *Los reconocimientos médicos serán obligatorios para los trabajadores siempre que la empresa disponga de un servicio de Medicina del Trabajo independiente, y para el resto, solo será obligatorio si desarrollan una actividad peligrosa.* En el supuesto de ser obligatorios los reconocimientos médicos se realizarán antes de comenzar el contrato y se repetirán de forma anual, excepto para los trabajadores menores de 18 años, que se repetirán cada seis meses, de modo que, que el resto de normativa relacionada con prevención de riesgos laborales (al margen del Código de Trabajo) pivota en torno a las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de disposiciones reglamentarias.

(41) Por exclusión tácita, quedan excluidas de aplicación de esta regulación y por tanto, son admisibles las actuaciones artísticas desarrolladas en el ámbito privado: fiestas, centros docentes, etc.

Revista REDMEX 34-2013.indb 329 02/01/14 09:40

la inspección de trabajo previa consulta del tutor del menor, especificando el espectáculo o actuación para la que se confiere; y b) carácter excepcional restringido de esta autorización, circunscrito únicamente los espectáculos fijados reglamentariamente. Sin embargo, a nuestro juicio, este precepto es ambiguo y denota una gran inseguridad jurídica, al no especificarse el sujeto que está obligado a solicitar dicha autorización ¿tutor, menor o empresa contratante? a lo que debe sumarse, la posibilidad de revocación de dicha autorización, cuyo impulso del procedimiento es trilateral, no solo por propia iniciativa de la inspección de trabajo sino que se extiende su ámbito subjetivo a cualquier persona que lo solicite (aunque la norma expresamente no lo señale, consideramos que, también puede solicitarlo el Ministerio Público, cuya función es velar por el menor), sin necesidad de acreditar un motivo razonable puede impedir la intervención del menor en el precitado espectáculo público, de modo que, esta indeterminación provoca que cualquier persona que se sienta agraviada por su contenido o porque resulte contrario a la moral o porque simplemente, no considere adecuado que en el espectáculo intervenga un menor, puede solicitar dicha revocación y además probablemente esta le será concedida. En ilación a lo expuesto, habría que replantarse si, en el supuesto de trabajo de menores en este tipo de actividades[(42)], si las previsiones legales son suficientes para garantizar el mayor nivel de seguridad y salud para el mismo, y si realmente, este precepto se está aplicando de conformidad con los mecanismos de control arbitrados en el ordenamiento laboral; o si por el contrario, su regulación esconde realmente perjuicios socio-religiosos[(43)], encubiertos en actuaciones intervencionistas y policiales, que nada tienen que ver con la protección efectiva de los menores.

En síntesis, su régimen de tutela omite a nuestro juicio dos obligaciones básicas, que corresponden en puridad al empresario: la evaluación de riesgos, que constituye realmente el núcleo duro del sistema; y la información, que conforman los ejes principales sobre el que se vertebra todo sistema que se precie de prevención de riesgos laborales, que no quedan suficientemente protegidos por la manifiesta afectación del bien jurídico y el sujeto protegido –la seguridad y salud del menor–.

La constatación de esta línea argumentativa, se encuentra manifiesta en el acápite siguiente, artículo 146 CT, en la que contradictoramente trata de desincentivar que los menores presten sus servicios en los citados espectáculos públicos, prohibiendo para ello, su publicidad abusiva y que se subraye su carácter lucrativo, a nuestro juicio, se pretende con ello, evitar la explotación comercial de la imagen del menor por tratarse de un derecho de la personalidad que dada la minoría de edad del sujeto, el Estado debe autoproteger. De este modo, a través de la formulación jurídico técnica impropia de un *Dahir* (Real Decreto), que no requiere refrendo del Presidente del Gobierno, se pretende imponer una moralidad pública religiosa –recordemos a este respecto, que el Estado marroquí se declara categóricamente confesional, en concreto, *islamista*, llegando a configurase como

(42) Es interesante el examen de esta prestación en el derecho español realizado por ALZAGA RUIZ, I.; BAVIERA PUIG, I. y ROMERAL HERNÁNDEZ, J., «la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, en AA.VV., Sempere Navarro, A.V. (dir.), *Relaciones laborales Especiales y contratos con particularidades,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 289 y ss.

(43) Sirva de paradigma la aplicación analógica de prohibición de venta de menores de bebidas alcohólicas, contemplada en Arrêté viziriel du 5 mai 1937 (art. 13), B.O. n. 1289, du 9/7/1937, p. 940, modifié par Arrêté du 25/12/1951, B.O. n. 2049, du 1er février 1952, p. 163.

Revista REDMEX 34-2013.indb 330 02/01/14 09:40

un Estado islámico, es decir, la primacía la tiene el Estado que se subordina en su actuación a esta moral religiosa y no a la inversa (artículo 3 CM)–, actuando la misma, implícitamente, como límite a las libertades fundamentales de expresión e información y que además, también comporta palmariamente, un supuesto de discriminación por razón de profesión, al que debe vincularse los condicionantes que conllevan su exposición pública, así como los riesgos derivados de la ejecución especifica que conllevan este tipo de tareas: amplias jornadas laborales en las que no siempre se concilian con su escolarización, desarrollo de actividades con contenidos inadecuados desde el punto de vista moral, que exigen una mayor cautela por parte del legislador y que vislumbran e intensifican en puridad, la indefensión que soporta la juventud y la infancia marroquí.

b) La prohibición de trabajos peligrosos

El empleo de menores en trabajos peligrosos en los múltiples ámbitos de la actividad económica marroquí, obedece a complejas prácticas históricas(44) y de subsistencia que a su vez, están vinculadas a cuestiones más generales relativas a la pobreza y la idiosincrasia de su sociedad. En este lineamiento, el sistema de protección de menores del Código de Trabajo marroquí, prescribe en su artículo 147, la prohibición de los menores de *dieciocho años* (se observa cómo se extiende en este caso, el límite para trabajar en estas actividades tres años más que la edad ordinaria de trabajo –15 años–) de prestar sus servicios, en determinados trabajos u ocupaciones que entrañen riesgos específicos a los que se enumera de forma incompleta, al aludirse a trabajos peligrosos pero no lo conceptúa ni desarrolla, por lo que tácitamente parecen abarcar *prima facie,* los que tratan de preservar la salud física(45) y psíquica del menor, que creemos que, también se deben extender a riesgos de etiología psicosocial aunque la norma no lo especifique(46).

---

(44) En este sentido, sirva de paradigma, el Décret du 6 Septembre 1957, concernant les «Travaux Dangereux Interdits aux Enfants et aux Femmes», B.O. núm. 2343, du 20 Septembre 1957, p. 1231, en concreto, en los arts. 1-15, realiza una enumeración de las actividades profesionales que supongan un riesgo para su integridad física y su correlativa prohibición de manipulación de determinadas maquinarias, así como establecimiento de una catalogación de actividades que entrañen riesgos para la integridad moral (venta de escritos, impresos, carteles, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes, etc.).

(45) Sobre este riesgo, si bien, circunscrito a las niñas, el único antecedente se encuentra en la Orden Vizierial del 30 de septiembre de 1950, relativa al peso máximo que pueden transportar estas menores.

(46) Por lo que consideramos traer a colación relacionada con este tema la Recomendación 190 de la OIT sobre las *Peores Formas de Trabajo Infantil*, que en su título II, rubricado «trabajo peligroso», señala que para su fijación y localización se deberán de tener en cuenta los siguientes factores:

(a) los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual;

(b) los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados;

(c) los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas;

(d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y

(e) los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador. (Ratificado por Marruecos, 6 de enero de 2000).

Revista REDMEX 34-2013.indb 331 02/01/14 09:40

Tambien resulta paradójico, como se reduce este límite de edad –a dieciséis años– cuando el menor desempeña sus tareas en las siguientes actividades especificas: acrobacia, saltimbanqui, domador de animales, director de atracción de feria o circo, quedando en este caso, prohibido su desempeño expresamente si no se alcanza la referenciada edad de dieciséis años. En ilación a esta línea argumentativa y siguiendo la sistemática del cuerpo legal objeto de examen, se observa como el precepto siguiente –artículo 148 CT–, exige que las personas incluidas en el ámbito subjetivo del artículo precedente –progenitores o tutores–, estén *obligadas a exhibir a la inspección de trabajo o a las autoridades administrativas locales*, las partidas de nacimiento de los menores que desempeñen algunas de las actividades precitadas en el artículo 147 CT, con la finalidad de determinar su edad, a nuestro juicio, la actuación por parte de la autoridad administrativa local, de poder de forma alternativa verificar y exigir documentalmente que se el aporte *ex profeso* un certificado público sobre el menor –partida de nacimiento– supone la asunción y realización de una función impropia que excede su potestad y que carece de sustento legal alguno al no tener encaje en ninguna norma, puesto que, se le está dotando de un potestad administrativa de la que carece –vigilancia y control del cumplimiento de las normas sociales– y que corresponde únicamente a los inspectores de trabajo, todo ello, sin perjuicio de que puedan desarrollar la función coadyuvadora y colaboradora, que nominalmente debe presidir la interrelación entre las diferentes administraciones públicas, por ello, echamos en falta que no se haya aprovechado la vigente Constitución para insertar en el artículo 154.2, el sometimiento de sus servicios públicos como principio rector el de *cooperación interadministrativa;* y si por el contrario, se hayan introducido otros como el sometimiento a los principios de: calidad(47), transparencia(los procedimientos gubernamentales no siempre son transparentes y eficaces)(48), rendición de cuentas(con el que se pretende eliminar o al menos mitigar el alto grado de corrupción que existe en el país)(49) y responsabilidad (sobre este extremo, conviene recordar que la gestión pública marroquí, se caracteriza por el formalismo administrativo y una baja responsabilidad). A lo que debe sumarse, la

(47) Vinculado a la traslación de la organización y funcionamiento de la empresa privada al ámbito administrativo, que debe orientar su actividad hacia la satisfacción del ciudadano que es precisamente quien justifica su existencia y que tiene su reflejo en el marco constitucional en concreto en su art. 27, cuya dicción literal es la siguiente: «las ciudadanas y ciudadanos tienen derecho a acceder a la información en poder de las autoridades públicas, instituciones y órganos electos con una misión de servicio público. El derecho a la información no puede ser restringido más que por la ley, con el fin de proteger a todo lo que concierne la defensa nacional, seguridad interna y externa del Estado, y la vida privada de los individuos, prevenir la violación de los derechos y libertades consagrados en esta Constitución y para proteger las fuentes y las áreas específicamente determinados por la ley». Para ello, la Autoridad central marroquí para la prevención de la corrupción, entidad estatal que se encarga de coordinar, supervisar y asegurar el seguimiento de la ejecución de las políticas de prevención de la corrupción, de recopilar y difundir información en esta área, utiliza varios indicadores a nivel internacional ligados a la corrupción o buena gobernanza que integran en su elaboración criterios de transparencia.

(48) Tal y como señala el Informe de la Commission of the European Communities «*Proposed Action Plan EU– Morocco»,* de 9 de diciembre de 2004, 373 final, en el apartado sobre *obstáculos a la participación en el MUE identificados por el Morocco ENP Country Report.*

(49) Según barómetro realizado por la ONG *Transparency Maroc,* de 8 de junio de 2009, rubricado «La corrupción en Marruecos», señala que, la corrupción se ha banalizado hasta tal punto en Marruecos, que sus ciudadanos tienen la convicción de que los sobornos constituyen una forma eficaz para resolver problemas, siendo este asunto denunciado incluso por el primer Ministro Filali, quien califica como «alarmante», la falta de independencia y autonomía administrativa en la instancia central de prevención de la corrupción.

Revista REDMEX 34-2013.indb 332 02/01/14 09:40

praxis socio-cultural del citado país alauita, donde no todos los nacimientos se inscriben automáticamente en el Registro civil; y por lo tanto, resulta imposible en la praxis controlar la edad de los menores.

Por su parte, el artículo 149 CT, reitera esta función inspectora de las autoridades administrativas locales, al establecer la posibilidad de ejercer la función disciplinaria sustantiva de la función inspectora, que puede desarrollar paralelamente y de forma indistinta con la inspección de trabajo, cuando se refiera singularmente al elenco de actividades que están englobadas en los artículos 145-148, es decir, trabajo en espectáculos públicos y trabajos peligrosos para los menores, en las que podrán incluso solicitar la intervención de las fuerzas de seguridad y elevar denuncias al Ministerio público, cuando consideren que se conculcan las salvaguarda de los derechos del menor que figuran en los artículos precitados.

Finalmente los artículos 150-151, tipifica las infracciones y sanciones en los supuestos de incumpliendo de estas previsiones legales cuya gravedad se subordina a la naturaleza del acto y reincidencia, sirva de paradigma, la intervención en espectáculos públicos sin cumplir los requisitos administrativos fijados reglamentariamente, su cuantía oscila entre los 300 a 500 dírhams (aproximadamente 26,94 € a 44,91 €); mientras que, si el menor no tiene la edad mínima fijada para trabajar esta alcanza la cuantía de 25.000 a 30.000 dírhams (2.245,34 € a 2.744,40 €), y en este caso si existe reincidencia, además hay que anexar la pena privativa de libertad cuya duración es de 3 meses y 6 días. En virtud de lo señalado, parece vislumbrarse la aplicación de un sistema sancionador y punitivo insuficiente cuando se conculca la normativa laboral en materia de protección de menores, pero para mayor abundamiento, de nuevo se observa la contradicción que presenta su sistema tuitivo en esta materia, al no prever sanción de ningún tipo si el menor realiza alguna de las actividades previstas en el artículo 147 –trabajos peligrosos–, lo cual resulta a todas luces incongruente.

c) El salario y la ordenación del tiempo de trabajo de los menores

Al igual que la de los adultos su examen lo segmentaremos en seis vertientes: salario, jornada de trabajo, descanso en la jornada ordinaria, descanso semanal específico, prohibición de realización de trabajos nocturnos y trabajos peligrosos. En relación al primero, existe libertad de las partes para fijar su cuantía y ordenar su régimen jurídico, si bien, la norma estatal(50) establece el salario minino interprofesional por debajo del cual no es lícito contratar a un trabajador por cuenta ajena, cuya cuantía es de 12,24 DH/hora para la industria(51), el comercio y las profesiones liberales y de 63,39 DH/día para la agricultura(52) y cuyo techo máximo, puede modularse por convenio colectivo o contrato individual. A lo que se debe añadir indiferente de la actividad que se desempeñe una prima de antigüedad,

(50) Decreto de 11 de julio de 2011, que fija los salarios mínimos de obreros y asalariados y que ha sido objeto de actualización en el año 2012 y 2013.

(51) A este respecto, debemos destacar que Marruecos tiene suscrito y ratificado el Convenio núm. 77 de la OIT, sobre el examen médico de los menores en la Industria y Convenio núm. 78 de la OIT, sobre el examen médico de los menores en trabajos no industriales, ambos de 1946.

(52) Puede consultarse, *https://www.google.es/#fp=64a1bbf123fb138b&psj=1&q=guia+de+marruecos+2013,* pp. 93-97.

Revista REDMEX 34-2013.indb 333 02/01/14 09:40

cuya cuantía se subordina al tiempo de servicios prestados que se inician con el 5% a los 2 años de servicio, ininterrumpidos o no, en la misma empresa o para el mismo empleador, 10% a los 5 años, 15% a los 12 años y 20% a los 20 años (artículos 345-391 CT).

En segundo lugar, con respecto a la duración de la jornada, esta se bifurca en atención al sector productivo segmentándose de forma dual: de un lado, sector agrícola, cuya duración anual se fija en 2.496 horas; y de otra, resto de sectores que tengan otra naturaleza, cuya duración anual máxima será de 2.288 horas,operando en todo caso, como duración semanal máxima 44 horas –artículo 184 CT– (la modificación operada en este articulo, ha supuesto un avance importante con respecto a su reducción, puesto que, la anterior legislación, era más amplia su duración en concreto 48 horas semanales), si bien, al no establecer expresamente el citado ordenamiento laboral diferencia en cuanto a la jornada semanal entre las actividades agrícolas y el resto de actividades, entendemos que en todas ellas rige idéntico limite –44 horas–. Como medida tuitiva para los menores, se prohíbe como regla general la distribución irregularde la jornada de trabajo, que se extiende al caso de fuerza mayor o prestación de servicios en actividades cíclicas que tengan una naturaleza precederá, así como tampoco se permite compensar los periodos de descanso diario, sin embargo, de nuevo el artículo 191 del CT, provoca el vaciamiento de esta prohibición, al permitir excepcionalmente que los trabajadores cuya edad este comprendida entre los 16-17 años, puedan trabajar en determinados servicios sociales de la empresa(que paradójicamente no se enumeran exhaustivamente, sino que limita únicamente a señalar expresamente incluidos en esta excepción «*los de asistencia sanitaria y otros*»), así como también a los empleados en los almacenes, tareas de limpieza y similares, surgiendo en concordancia con lo expuesto la siguiente cuestión ¿quiénes no pueden ampliar su jornada, sino se especifican expresamente y de forma indubitativa todas las excepciones?

En tercer lugar, en ilación al descanso en la jornada ordinaria, esta se fija en 10 horas como regla general, mientras que la específica semanal, se señala que tendrá una duración mínima de veinticuatro horas consecutivas para todo el personal de la empresa (artículos 205-216 CT). También conviene precisar, además que todo menor de dieciocho años, tiene derecho a vacaciones remuneradas,siempre que haya prestado seis meses de trabajo continuado y efectivo, tomando como base para su cálculo *dos días laborables* por mes de trabajo efectivo, mientras que, para el resto de trabajadores la legislación laboral marroquí, estipula un computo inferior – un día y medio laborable– que tiene un carácter complementario por cada cinco años trabajados, fijándose como techo máximo treinta días de vacaciones.

En cuarto lugar, en relación a la realización de trabajos nocturnos, *prima facie*, su ejecución y contenido se contempla en el artículo 173 CT, estableciendo el intervalo temporal de su duración[53], segmentando según la naturaleza de la actividad, de modo que, si esta es agrícola su duración se computa desde las 20 horas a las 5 horas; mientras que, si tiene otra entidad diferente, su delimitación temporal es de las 21 horas a las 6 horas, es decir, la duración de la jornada, es en ambos supuestos de nueve horas, estableciéndose la regla

(53) Sobre este punto, conviene recordar que Marruecos, tiene firmado pero no ratificado el Convenio núm. 171 de la OIT, que fija en su art. 1.a) la duración de la jornada en siete horas consecutivas, cuyo intervalo está comprendido entre medianoche y las cinco de la mañana y que no coincide consecuentemente con lo dispuesto en la legislación laboral marroquí.

Revista REDMEX 34-2013.indb 334 02/01/14 09:40

general de prohibición expresa para el colectivo de menores de dieciséis años, sin bien, se admite especialmente su ejecución en las siguientes actividades: a) trabajos estacionales cuya actividad se desarrolle con materias primas o elaboradas o con productos agrícolas perecederos (artículos 173 y 175 CT); b) por razón de fuerza mayor a fin de prevenir o reparar siniestros u otros daños de carácter urgente, con un límite máximo de doce noches que la inspección de trabajo podrá ampliar discrecionalmente sin fijar un tope máximo (artículo 175 CT); c) actos de salvamento u otros de naturaleza análoga imprevisibles (artículo 176 CT). Asimismo se establece un periodo de descanso no inferior a once horas consecutivas que se puede reducir a diez, si se trata de empresas que estén encuadradas en el apartado a). Seguidamente, los acápites 177-178 CT, establecen una gradación de sanciones por cumplimento de estas previsiones legales que fluctúan entre los 300 a 5.000 dírhams (26,94 € a 447,02 €).

En quinto y último lugar, se prohíbe expresamente el trabajo de menores de dieciocho años, en determinadas actividades declaradas insalubres, nocivas, penosas, o peligrosas con la finalidad de reforzar su seguridad y salvaguardar su integridad física y salud, contemplándose su normativación en los artículos 179-183, en el primero, se prohíbe explícitamente el trabajo de éstos en el núcleo de la mina pero contradictoriamente parece vislumbrar al menos teóricamente, la posibilidad de ejecución en otros lugares de la misma, precepto que debe ser puesto en correlación con el acápite siguiente, artículo 180 CT, que categóricamente prohíbe todo trabajo en la mina para los menores siempre que este sea penoso, lo cual nos plantea la cuestión siguiente ¿Qué trabajo en una mina no tiene esta naturaleza? De modo que, desde la óptica de este precepto, se permite trabajos en las minas por menores de 18 años, eso sí, siempre que no sean penosos ni insalubres, además se especifica palmariamente esta prohibición si el menor es discapacitado y el desempeño de esta actividad minera pueda agravar su estado. Pero además, para mayor abundamiento, en el artículo 181 del mismo cuerpo legal, justifica esta prohibición no solo porque estas tareas entrañen un peligro excesivo o excedan de sus capacidades físicas, sino que además, se añade porque puedan atentar *contra las buenas costumbres,* que en este caso, el legislador establece el compromiso de fijar reglamentariamente. Finalmente, el artículo 183 del CT, establece un elenco de sanciones por la comisión de acciones u omisiones que encajen en la infracción administrativa de contravenir lo perpetuado en este Código de Trabajo sobre el trabajo en las minas por parte de los menores o discapacitados, si bien, a nuestro juicio, las sanciones impuestas continúan siendo escasamente disuasivas 300 Dírhams (aproximadamente 26,94 €).

3. CONCLUSIONES

La problemática social de la infancia marroquí, resulta tan compleja y presenta tantas vertientes que su intrincada naturaleza impone un acercamiento multicausal, que en nuestro caso, hemos circunscrito al ámbito jurídico-laboral. Destacando como factor preponderante de la misma, la pobreza, en cuyo umbral o por debajo de la misma se inserta casi la mitad de su población, ocupando un segmento importante en este nudo gordiano, los menores debido a su especial vulnerabilidad, que ante situaciones de necesidad socio-familiares (fallecimiento, divorcio o invalidez de sus progenitores), se encuentran obligados a prestar sus servicios, bien en el mercado formal, para compensar la pérdida de ingresos

Revista REDMEX 34-2013.indb 335 02/01/14 09:40

generada ante estas situaciones o trabajar en la mayoría de las ocasiones, en el mercado de trabajo informal con escasas garantías y en condiciones de sobreexplotación. Por ello, para combatir la explotación infantil, de la que habitualmente son objeto, Marruecos ha suscrito numerosos convenios y recomendaciones internacionales, entre las que se encuentran las de OIT, que en unos casos o bien no ratifica; o por el contrario, si lo hace, en la praxis incumple. De forma que, de nada sirve que se haga este reenvío sino se garantiza de suyo esa protección jurídica, máxime si establecen reservas que atenazan de tal modo el derecho que impiden su ejercicio, como ocurre en el caso de la familia que impiden que prevalezca el derecho internacional si contradicen la ley islámica o *Sharia* o si no se les garantiza la atención integral a la que tienen derecho. También a nivel interno, su derecho social, ha diseñado una serie de disposiciones legales que pretenden salvaguardar a los menores de la precariedad laboral, prohibiendo en algunos casos, el ejercicio de ciertos trabajos perjudiciales para su integridad física (como el trabajo en el interior de la minas) o aquellos que perjudiquen su desarrollo psíquico o moralidad ética, factor este último relevante, debido a las fuertes convicciones sociales, culturales y religiosas que tiene su población, sobre este punto, hay que tener presente que, generalmente la dimensión de las diferencias y su efecto discriminatorio, dependen más de la tradición y la cultura democráticas del país que de la concreta configuración legal. Y en el caso de un país islámico, la justificación de su normativa, su configuración y los caracteres negativos que envuelven la infancia, tienen su amparo en el componente religioso que está omnipresente e invade todas esferas: política, judicial, legislativa y ejecutiva, obligación que deviene de la interpretación del Corán, que dispone que la familia debe garantizar al menor una vida social correcta, protegiéndolo de todas las posibles situaciones nocivas o adversas, así como la intención de ofrecerle una protección idónea dentro de un núcleo familiar sólido y donde su vida y todos sus actos, se conducen de acuerdo con la fe islámica. Por ello, al considerar que el *buen musulmán,* va a proteger siempre a sus menores, es frecuente en su ordenamiento jurídico, la abundancia de disposiciones ambiguas que dejan un gran margen de apreciación a los funcionarios, la remisión de los derechos de los niños a desarrollar por leyes posconstitucionales, etc. En conjunto, deficiencias normativas (sirva de paradigma, la inexistencia en el mundo musulmán de una institución análoga a la adopción esta es *haram* –está prohibida–) que provocan inseguridad jurídica y precariedad jurídica al eslabón más débil y vulnerable –menores–.

Consecuentemente esta percepción de la infancia, tiene también su reflejo en el plano laboral y en la regulación en materia de seguridad e higiene en el trabajo, cuya imprecisión en unos casos o establecimiento de un numeroso elenco de excepciones en relación a la ordenación del trabajo de menores en otros, provocan no solo su vaciamiento sino que además, las prohibiciones son tan genéricas que acaban convirtiéndose a la postre en todo lo contrario, la regla general (sirva de paradigma, la normativación de los trabajos peligrosos –que lo conceptúa ni desarrolla– o los trabajos nocturnos, cuya prestación de servicios contraviene la duración de la jornada establecida por la OIT); y, en otras ocasiones, contradictoramente, reduce sin justificación alguna, elevando el límite de edad –a dieciséis años– para determinadas actividades en espectáculos públicos (acrobacia, saltimbanqui, domador de animales, etc.); y, sin embargo, para actividades que entrañan exposición a riesgos ambientales (nocivos, penosos, peligrosos, insalubres o tóxicos), como es el trabajo en la cava abierta de las minas, se permite su prestación siempre que el menor no haya alcanzado la edad de dieciocho años.

Revista REDMEX 34-2013.indb 336 02/01/14 09:40

Ante la necesidad de corregir estas disfuncionalidades, han empezado a ser consideradas como prioridad por los poderes públicos en los últimos años, el diseño e implementación de políticas sociales dirigidas a la infancia y la adolescencia que contribuyan a mejorar su situación, garantizando el ejercicio de sus derechos. Al mismo tiempo, desde los ámbitos decisores en políticas públicas, se ha reconocido la necesidad de incorporar las perspectivas de género como dimensión transversal. No obstante, continúa existiendo división sexual del trabajo, inserción temprana en actividades laborales siempre precarias, en condiciones de explotación y de alta exigencia, tal y como lo evidencia la situación del trabajo domestico de las menores, cuyo fruto fue un *Proyecto de Ley presentado en el 2006*, fecha en que se reformo por última vez su Código de Trabajo, que propone una serie de mejoras, especialmente en materia de derechos sociales (artículos 4-12) pero que lamentablemente aun sigue sin haber logrado su aprobación[54] e implementación.

Como coralario a lo expuesto, no basta meramente con la configuración jurídico-legal de derechos para los menores marroquíes, si esta normativación no se acompaña de un cambio estructural sustantivo y si no se instauran los mecanismos necesarios que concreticen los aspectos positivos de los instrumentos jurídicos suscritos, y si no se propugna una conciencia activa a favor de la niñez en los diversos niveles de la llamada «sociedad civil». La sinergia de los factores aludidos, es requisito necesario, si lo que se pretende es realmente garantizar sus derechos y hacer efectivo el interés superior del menor que ostentosamente proclama el legislador constitucional en la reforma del 2011 y para lograr erradicar la situación actual de trabajo infantil, en la que existe un vaciamiento de contenido, lo que se traduce a la postre, en que se perpetúe su precariedad jurídica, y por ende, su discriminación, ante la ausencia efectiva de mecanismos de protección del numeroso elenco de derechos que virtualmente los protegen.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, Mª E., *Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 2002.

ALZAGA RUIZ, I.; BAVIERA PUIG, I. y ROMERAL HERNÁNDEZ, J., «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, en AA.VV., Sempere Navarro, A.V. (dir.), *Relaciones laborales Especiales y contratos con particularidades,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

BURGOS GOYE, M.C., «Artículo 43. Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios», en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Monereo Pérez, J.L.; Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (dirs. y coords.), Comares, 2012.

– *Estatuto Jurídico de los Menores Inmigrantes,* Comares, Granada, 2013.

(54) En este sentido, desde hace aproximadamente dos años (12 de octubre de 2011), se presento un proyecto de ley, que pretende tomar medidas en contra del empleo de niños, particularmente prohibiendo el trabajo de las menores de 15 años de edad y previendo sanciones coercitivas contra los infractores, que oscilan entre los 25.000-30.000 dírhams, y que en caso de reincidencia, conlleva pena privativa de libertad por un periodo de 1-3 meses, pero que tampoco ha llegado a cristalizar.

Revista REDMEX 34-2013.indb 337 02/01/14 09:40

CABEZAS VALENCIA, R.; GILSANZ BLANCO, J., «Los derechos humanos de los migrantes», *Revista española de desarrollo y cooperación,* núm. 23, 2009 (ejemplar dedicado a: *Derechos Humanos y desarrollo).*

DAVIDSON, M.G., «The International Labour Organization's Latest Campaign to End Child Labor: Will it Succeed where Others Have Failed?»*, in Transnational Law and Contemporary Problems, 11,* 2001.

EL HAJJAMI, A., «La reforma de la condición jurídica de las mujeres en Marruecos y la cuestión de referencia», *Ábaco: Revista de Cultura y Ciencias Sociales,* núm. 43, 2005.

FERRAJOLI, L., «Pasado y Futuro del Estado de Derecho», Ponencia (trad. Pilar Allegue), en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003.

GARCÍA VALVERDE, M.D., «El trabajo de los menores y su protección», *RTSS,* núm. 11, 2000.

GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2003.

LÓPEZ GARCÍA, B., «Marruecos. Cien Días para una nueva Constitución y una unanimidad para la galería», Nota para el Observatorio: Crisis en el mundo árabe, núm. 37, 21 de junio de 2011 [consulta en línea, 8 julio de 2013] *http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/especiales/crisismundoarabe/respuestacrisis/notasocma/observatorio_bernabe_lopez_constitucion_marruecos.*

LOY, G., «El dominio ejercido sobre el trabajador», en especial monográfico, *Relaciones laborales,* núms. 19-20, octubre 2005.

MONEREO PÉREZ, J.L., *Introducción al Nuevo Derecho del trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

PÉREZ VERA, E., «El derecho de protección de los menores», en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª N. (dirs.), Comares, 2002.

PUJOLAR, O., «Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Trabajo Infantil», en *Relaciones Laborales*, II, núm. 22, 1997.

Revista REDMEX 34-2013.indb 338 02/01/14 09:40

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

Revista REDMEX 34-2013.indb 339 02/01/14 09:40

I. BIBLIOGRAFÍA. SELECCIÓN 2013

Ángel G. Chueca Sancho
Pascual Aguelo Navarro
Codirectores de la REDMEX

Alston, Philip, International human rights: the successor to international human rights in context: law, politics and morals: text and materials. Oxford, U.K.: Oxford University Press, cop. 2013

Álvarez Torné, María
La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE. Madrid, Marcial Pons, 2013

Auby, Jean-Bernard
La globalización, el Derecho y el estado Sevilla: Global Law Press, 2013

Bravo Boric, Iván
La soberanía estatal en el actual contexto internacional: Revisión de sus significados, alcance y límites de acuerdo con los elementos materiales y jurídicos determinantes. Una aproximación historicista. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho, 2013

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González
Derecho internacional privado /Granada: Comares, 2013

Coello Garcés, Clicerio
El estado democrático postnacional: dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

Colomer Viadel, Antonio
El Defensor del pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las Administraciones Públicas
Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2013

Díez de Velasco Vallejo, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, Tecnos, 2013

Elósegui Itxaso, María
El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público; prólogo, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Pamplona: Aranzadi, 2013

Revista REDMEX 34-2013.indb 341 02/01/14 09:40

Escaler Bascompte, Ramón
Medidas cautelares y ejecución: ¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?
Barcelona: Atelier, 2013

Carlos Esplugues Mota, José Luis Iglesias Buhigues
Derecho internacional privado
Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

Fernández Rozas, José Carlos
Derecho de los negocios internacionales
Madrid: Iustel, 2013

José Carlos Fernández Rozas, Sixto Sánchez Lorenzo
Derecho internacional privado
Madrid: Civitas, 2013

José Juan Gallego Miró. Modelos de actas de adquisición de la nacionalidad española por residencia y por opción, 09/2013 Editorial: Tirant lo Blanch, 1120 págs.

Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández
Curso de derecho administrativo
Madrid: Cívitas, 2013

Garrido Carrillo, Francisco Javier
La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional
Granada: Comares, 2013

Gragl, Paul
The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights / Paul Gragl.
Oxford: Hart, 2013.

Hulsroj, Peter
The principle of proportionality
New York: Springer Verlag, 2013

Jimena Quesada, Luis
Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos
Pamplona: Aranzadi, 2013

Kessedjian, Catherine
Droit du commerce international
París: Presses universitaires de France, 2013

Klabbers, Jan
International law
Cambridge: Cambridge University Press, 2013

Revista REDMEX 34-2013.indb 342 02/01/14 09:40

Krämer, Ludwig
EU environmental law / Ludwig Krämer
London: Sweet & Maxwell, 2013

La Spina, Encarnación
Limitando derechos: la reagrupación familiar y el asilo por violencia de género
Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones,
D.L. 2012

Linacero de la Fuente, María
Tratado del registro civil: Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
Valencia: Tirant lo blanch, 2013

Llobera Vila, Mireia
El desplazamiento transnacional de trabajadores: libre prestación de servicios, constitución económica y principio de proporcionalidad
Valencia: Tirant lo blanch, 2013

Feminicidio El fin de la impunidad (Coor. Fernando M- Mariño), 11/2012 Editorial: Tirant lo Blanch 501 págs.

Milanovic, Marko
Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles and policy
New York: Oxford University Press, 2013

Miñarro Yanini, Marga
El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación
Madrid: Reus, 2013

Moreno, Luis (1950)
La Europa asocial: crisis y Estado del bienestar
Barcelona: Península, 2013.

Ojeda Avilés, Antonio
Derecho transnacional del trabajo
Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

Ortiz Ahlf, Loretta
Los derechos humanos de los indocumentados
Valencia: PUV: Tirant lo Blanch, 2013

Pastor Ridruejo, José Antonio
Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales
Madrid: Tecnos, 2013

Pérez Marín, María Ángeles
La lucha contra la criminalidad en la Unión Europea :: el camino hacia una jurisdicción penal común
Barcelona: Atelier, D.L. 2013

Revista REDMEX 34-2013.indb 343 02/01/14 09:40

Petit, Nicolas
Droit européen de la concurrence/Nicolas Petit
París: Montchrestien, 2013

Ponce Solé, Julio
El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos [Recurso electrónico]: las "líneas" rojas constitucionales a los "recortes" y la sostenibilidad social
Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013

Rivero Hernández, Francisco
Representación sin poder y ratificación
Madrid: Civitas, 2013

Rodríguez Sánchez, José Simeón
Una introducción al Reglamento de sucesiones de la UE: : desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España
Madrid: Fundación Registral,, [2013]

Ruano Albertos, Sara
El régimen jurídico de los empleados de hogar
Barcelona: Atelier, 2013

Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo
El derecho a la tutela judicial efectiva: análisis jurisprudencia
Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

Sankari, Suvi
European Court of Justice Legal Reasoning in Context/Suvi Sankari
Amsterdam: Europea Law Publisihing, 2013

Soler Matutes, Jacinto
El nuevo capital árabe: principales actores y oportunidades para empresas españolas/ Jacinto Soler Matutes; con la colaboración de Ester Muñoz Nogal
Madrid: Casa Árabe, 2013

Soto Moya, Mercedes
Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo
Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

Stolleis, Michael
El derecho constitucional de la globalización / Michael Stolleis, Andreas Paulus, Ignacio Gutiérrez
Madrid: Fundación Coloquío Jurídico Europeo, 2013

Trindade, Antonio Augusto Cançado
A vis¯ao humanista do direito internacional
Belo Horizonte: Del Rey, 2013

Vela Díaz, Raquel
El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar: aspectos laborales y de seguridad social
Murcia: Laborum, 2012

Revista REDMEX 34-2013.indb 344 02/01/14 09:40

Bart Wauters. Historia del derecho en Europa
Editorial Aranzadi, SA, Agosto de 2013.

Zinzani, Marco, Market integration through 'network Governance': the role of European agencies and networks of regulators. Cambridge: Intersentia, 2013

Comentarios a la ley del registro civil / directores José Antonio Cobacho Gómez, Ascensión Leciñena Ibarra
Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2012

Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Rafael Alcácer Guirao, Margarita Beladiez
Rojo, José Miguel Sánchez Tomás, coordinadores; prólogo, Luis López
Guerra. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2012

Constitucionalismo multinivel y relaciones entre parlamentos: Parlamento Europeo, parlamentos nacionales y parlamentos regionales con competencias legislativas /Teresa Freixes Sanjuán, Yolanda Gómez Sánchez, Antonio
Rovira Viñas directores; Cristina Elías Méndez ... [et al.] ; prólogo
Martin Schulz

Current problems in the protection of human rights: perspectives from Germany and the UK/ed. by Katja S Ziegler and Peter M Huber
Oxford: Hart, 2013

Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa / director, Fabio Pascua Mateo; autores, Ricardo Alonso García...[et al.]
Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2013

Derecho, eficacia y garantías en la sociedad global: "liber amicorum I" en honor de María del Carmen Calvo Sánchez; Barcelona: Atelier, D.L. 2013

Derechos con razón: Filosofía y derechos humanos / coordinación
Cristina Corredor, Javier Peña Echeverría; autores María José Guerra
Palmero...[et al.]
Valladolid: Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013

Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012 / sous la direction de G. Khairallah et M. Revillard
París: Defrénois-Lextenso éditions, c2013

El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El caso Couso / Albert Galinsoga Jordà (ed.)
Lleida: Universitat de Lleida, 2013

El derecho de la Unión Europea visto por el abogado general: Homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer a través de sus conclusiones / Dimitry Berberoff Ayuda...[et al.]
Madrid: Iustel, 2013

Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás / Joaquim Forner Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré (coords.)
Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013

Revista REDMEX 34-2013.indb 345 02/01/14 09:40

Gender and equality in Muslim family law: justice and ethics in the Islamic legal process / (Editors); Ziba Mir-Hosseini , Lena Larsen , Christian Moe, Kari Vogt
London: Tauris, 2013

Handbook of international relations / edited by Walter Carlsnaes, Thomas Risse, and Beth A. Simmons; Los Angeles: SAGE, 2013

Interculturalidad y Derecho / Adoración Castro Jover, directora; (autores) Adoración Castro Jover... [et al.]
Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 2013

Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos: El Tribunal Europeo y La Corte Interamericana / coordinadores F. Salvioli, C. Zanghi
Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

La protección de los Derechos Humanos por las defensorías del pueblo: actas del I Congreso Internacional del PRADPI / Guillermo Escobar Roca (editor)
Madrid: Dykinson, 2013

La responsabilidad patrimonial de la administración pública: estudio general y ámbitos sectoriales / director, Tomás Quintana López ; coordiandora, AnaBelén Casares Marcos
Valencia : Tirant lo Blanch, 2013

La situación de los refugiados en España: informe / Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)
Madrid : Entimema, 2003-<2013>

Making human rights intelligible: towards a sociology of human rights / edited by Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen
Oxford: Hart, 2013

Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento / Margarita Martínez Escamilla (dirección y redacción); Raquel Benito López.[et al.]
San Sebastián: Gakoa, 2013

Seguridad Humana: aportes críticos al debate teórico y político /
Karlos Pérez de Armiño, Irantzu Mendia Azkue (Editores)
Madrid: Tecnos, 2013

Services and the EU citizen / edited by Frank S Benyon
Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013

Tratados y legislación institucional de la Unión Europea/edición preparada por Ricardo Alonso García, Mª Astrid Muñoz Guijosa
Madrid: Civitas, 2013

Revista REDMEX 34-2013.indb 346 02/01/14 09:40

II. JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

– **Jornada sobre la Ley de Extranjería.**
7 de marzo de 2013. Centro de Iniciativas Municipales (Ayuntamiento de Collado Villalba) Madrid.

– **XXIII Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo.**
13, 14 y 15 de junio. Colegio de Abogados de Lleida.

– **Jornadas en Materia de Derecho de Extranjería.**
16 junio de 2013. Cruz Roja (Tenerife).

– **Identificación de menores extranjeros acompañados.**
27 de junio de 2013. Oficina del Defensor del Pueblo.

– **Jornadas sobre Extranjería.**
11 y 12 de julio de 2013. Facultad de Derecho (Universidad de Alicante).

– **Jornada de Sensibilización y Prevención contra la trata de personas.**
18 de octubre de 2013. Secretariado de Migraciones de CEE, Cáritas Española, Fundación Cruz Blanca, Justicia y Paz, Conferencia Religiosos España (CONFER). Madrid.

– **Novedades en materia de extranjería y documentación de Menores Extranjeros no acompañados.**
22 de octubre de 2013. Colegio de Abogados de Córdoba.

– **El «Ius Migrandi» en el Siglo XXI (Acto académico en memoria del Profesor Ángel G. Chueca Sancho).**
15 de noviembre de 2013. Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

– **Jornada «Del Juez nacional al Juez de la Unión Europea. Necesidad de criterios unitarios de actuación en la ejecución penitenciaria».**
13, 14, 15 de noviembre de 2013. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial (Barcelona).

Revista REDMEX 34-2013.indb 347 02/01/14 09:40

SEMINARIO PERMANENTE SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Acto académico en memoria del Profesor Ángel G. Chueca Sancho
Catedrático de Derecho Internacional Público
Codirector del Seminario INTERMIGRA

EL "IUS MIGRANDI" EN EL SIGLO XXI

Día: Viernes, 15 de noviembre de 2013 Hora:12:00
Lugar: Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza

EL DESARROLLO DE LA JORNADA SERÁ EL SIGUIENTE

Sesión: Aula Magna Facultad de Derecho

Inauguración institucional:
- Manuel J. **López Pérez**, Rector de la Universidad de Zaragoza-
- Carlos **Carnícer Díez**, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.
- Juan **García Blasco**, Decano de la Facultad de Derecho.

Seminario Intermigra y SIP
- Pascual **Aguelo Navarro**, Abogado del ReICAZ, Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE y Codirector de Intermigra.
- Jesús Mª **Alemany Briz**, Presidente del Seminario de Investigación para la Paz.

Una mirada desde la práctica del Derecho
- Carlos **Carnícer Díez**, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.
- Antonio **Morán Durán**, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza.
- Juan L. **Ibarra Robles**, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Memoria de una carrera universitaria
- José A. **Pastor Ridruejo,** Profesor Emérito de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid, y antiguo Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Fernando **Mariño Menéndez**, Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Carlos III.
- Castor **Diaz Barrado**. Catedrático Derecho Internacional Público de La Universidad Rey Juan Carlos
- Elena **Zabalo Escudero**, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza.

Clausura del acto. El Decano de la Facultad de Derecho, Juan **García Blasco**, procederá a la entrega de distinciones académicas a la familia del Profesor Chueca.

La Sesión está organizada por el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería "INTERMIGRA", en colaboración con el Seminario de Investigación para la Paz (SIP), Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

1

GOBIERNO DE ARAGON
Departamento de Servicios Sociales y Familia

Construyendo Europa desde Aragón

Revista REDMEX 34-2013.indb 348 02/01/14 09:40

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
ESCUELA JUDICIAL

Carretera de Vallvidrera, 43-45
Tel. +34 93 406 73 00
BARCELONA 08017

ejtn
Red Europea de Formación Judicial (REFJ)
European Judicial Training Network (EJTN)
Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ)

Del juez nacional al juez de la Unión Europea. Necesidad de criterios unitarios de actuación en la ejecución penitenciaria

(REFJ1240)

Barcelona, 13, 14 y 15 de noviembre de 2013

Escuela Judicial
Carretera de Vallvidrera 43-45
08017-Barcelona

Directores del Curso

Sr. José Luis Castro Antonio
Magistrado del Juzgado Único de Menores de Madrid

Sra. Mercedes Gallizo Llamas
Ex Directora General de Instituciones Penitenciarias

Programa

Miércoles, 13 de noviembre de 2013

09:50-10:00 h. Llegada y entrega de documentación. Presentación del curso

10:00- 11:30 h. BLOQUE I: Análisis comparativo de lo sistemas penitenciarios europeos
Sr. Peter Bennett. *Director del International Centre for Prison Studies de Gran Bretaña*
Presentación a cargo del ponente y división en grupos de trabajo

11:30-12:00 h. Pausa café

12:00-13:30 h. BLOQUE II: El juez como garante de los derechos de las personas privadas de libertad
Sra. Angelica Di Giovanni. *Ex-Presidenta del Tribunal de Ejecución Penal de Nápoles. Presidenta de Sección en el Tribunal de Ejecución Penal de Nápoles*
Presentación a cargo de la ponente y división en grupos de trabajo

13:30-15:00 h. Descanso. Comida

Con el apoyo financiero del Programa de Justicia Penal de la Unión Europea
With the financial support from the Criminal Justice Programme of The European Union
Avec le soutien financier du Programme de Justice Pénale de l'Union Européenne

Revista REDMEX 34-2013.indb 349 02/01/14 09:40

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Exttranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *gloria.sanchez@thomsonreuters.com.* En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.

2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.

3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.

4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.

5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

Revista REDMEX 34-2013.indb 351 02/01/14 09:40

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. ***Otros requisitos:*** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

   a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
   b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
   c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.

7. ***Jurisprudencia:*** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los números relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.

8. ***Emisión de certificados:*** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.

Revista REDMEX 34-2013.indb 352 02/01/14 09:40