

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 33

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

Depósito Legal: VA. 922-2002

ISSN 1695-3509

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General Thomson Reuters Lex Nova

Daniel Tejada Benavides

Impresión

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

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 consecuyente 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 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:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



IN~RECJ



latindex

MIAR

rêsh

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

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. LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRACOMUNITARIOS: REFLEXIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DEL ART. 57.2 DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE EXTRANJERÍA <i>Alejandra Selma Penalva</i>	13
II. BALANCE Y PERSPECTIVA DE LAS MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA: INSUFICIENCIAS Y PROPUESTAS DE REVISIÓN JURÍDICO-POLÍTICAS <i>Luis Ángel Triguero Martínez</i>	59
III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES: LA EVIDENCIA DE UNA INSUFICIENCIA NORMATIVA <i>Adoración Guamán</i>	75

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
Asilo	99
Expulsión	123
Derecho al trabajo	137
Permiso de trabajo	143
Derecho Penal	146
Homologación de títulos	158
Nacionalidad	175
Régimen Unión Europea	195
Tribunal Constitucional	203
II. LA DEVOLUCIÓN DE EXTRANJEROS: COMENTARIO A LA STS DE 12 DE MARZO DE 2013 <i>César Tolosa Tribiño</i>	211

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA	229
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS	233

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. POLÍTICA MIGRATORIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL MEDITERRÁNEO ESPAÑOL. EL IMPACTO DEL CONTROL MIGRATORIO EN LOS TRÁNSITOS DE LA MIGRACIÓN AFRICANA HACIA EUROPA <i>Tania González, Sandra Gil Araujo y Virginia Montañés Sánchez</i>	245
--	-----

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	271
-------------------------------	-----

COMPLETE INDEX

	<u>Page</u>
EDITORIAL	7

ARTICLES

I. EXPULSION OF NON EU CITIZENS: CRITICAL CONSIDERATIONS ON THE INDEFINITE ART 57.2 L.O.4/2000 OF IMMIGRATION	
<i>Alejandra Selma Penalva</i>	13
II. BALANCE AND PERSPECTIVE OF ECONOMIC-LABOUR MIGRATION IN SPAIN: WEAKNESSES AND PROPOSED LEGAL-POLITICAL REVIEW	
<i>Luis Ángel Triguero Martínez</i>	59
III. ECONOMIC CRISIS AND RIGHT TO WORK OF MIGRANTS WORKERS: EVIDENCE OF REGULATORY DEFICIENCY	
<i>Adoración Guamán</i>	75

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
Asylum	99
Expulsion	123
Right to work	137
Working license	143
Criminal Law	146
Recognition of qualifications	158
Nationality	175
European Union Regime	195
Constitutional Court	203
II. THE RETURN OF FOREIGNERS: STS COMMENT MARCH 12, 2013	
<i>César Tolosa Tribiño</i>	211

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT	229
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS	233

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. MIGRATION POLICY AND HUMAN RIGHTS IN THE SPANISH MEDITERRANEAN. THE IMPACT OF MIGRATION CONTROL IN THE TRANSITS OF AFRICAN MIGRATION TO EUROPE <i>Tania González, Sandra Gil Araujo y Virginia Montañés Sánchez</i>	245
---	-----

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES	271
----------------------------------	-----

EDITORIAL

EL IUS MIGRANDI Y LA REDMEX ESTÁN DE LUTO

Ángel G. Chueca Sancho

Codirector de la REDMEX

Falleció en Zaragoza el día 25 de julio de 2013

Incansable defensor de los Derechos Humanos

El *ius migrandi* está de luto

Recogemos tu legado personal e intelectual

Hasta siempre querido amigo y compañero

Con gran dolor y casi sin haber podido todavía asimilar la noticia, el día 25 comunicaba el fallecimiento del amigo y compañero, Ángel G. Chueca.

«Con inusitada virulencia y rapidez un cáncer digestivo ha sido la causa inmediata de su muerte. Incansable luchador en pro de los Derechos Humanos, con su fallecimiento el ius migrandi estará también de luto en estos días. En momentos tan difíciles, recogiendo el legado de Ángel, resulta obligado para todos nosotros el reafirmar nuestra tarea colectiva de proseguir defendiendo consecuentemente los derechos humanos de las personas migrantes».

Hace apenas algunos meses, en la Sede del Consejo General de la Abogacía, celebramos, con el concurso de Ángel, los 20 años del inicio del trabajo colectivo de la abogacía española en la Defensa de los derechos de las personas migrantes.

Por idénticas fechas, casi al alimón con el Curso de Especialización en Derecho de Extranjería para jueces y magistrados, inaugurábamos la 13 Edición del Máster en Migraciones Internacionales y Extranjería.

Poco después nos embarcábamos en la organización de una nueva edición de los Cursos Universitarios sobre Derecho Migratorio de la UE y el habitual de Introducción al Derecho de extranjería y su práctica.

En el mes de abril participamos activamente en la Sesión de trabajo del Seminario de Investigación para la Paz desarrollando la ponencia «Los Derechos Humanos de las personas migrantes, exigencia de justicia», además de organizar la Sesión 19 del Seminario Intermigra en la sede del Colegio de Abogados de Zaragoza; y en el mes de mayo proyectamos la realización de un Curso sobre Derecho Procesal Europeo para abogados y juristas que debería comenzar en el mes de septiembre de este mismo año.

La última semana de mayo además de participar con Ángel en la inauguración en el Colegio de Abogados de Zaragoza de la exposición «Derechos Humanos, ¿todavía?», compartí con él mi «Medalla al mérito de la Abogacía» destacando el relevante papel que en el plano personal, intelectual y académico ha significado mi amistad y relación con Ángel.

En el mes de junio, impartíamos la Sesión inaugural del Curso de extranjería para nuevos Abogados del Turno de Oficio y como casi todos los años nos acompañó en el desarrollo de las Sesiones del 23 Encuentro de la Abogacía de Extranjería y Asilo celebrado en Lleida del 13 al 15 de junio.

Todavía el 5 de julio, casi en la víspera de su hospitalización y ya conocedor de su grave enfermedad, asistimos juntos a la reunión convocada en el Seminario de Investigación para la Paz para analizar las posibles actuaciones jurídicas frente a los decretos sanitarios que limitan el acceso a los servicios de salud pública de los inmigrantes en situación irregular...

El día 9, Ángel era hospitalizado y el día 25 de julio fallecía en el Hospital Miguel Servet de Zaragoza como consecuencia de un fulminante y devastador cáncer digestivo, rodeado por su mujer, hijos, familiares y amigos.

* * *

El Dossier del último número de la REDMEX que elaboramos sobre el Derecho procesal europeo, contiene el legado póstumo de Ángel, su último trabajo, como siempre, lleno de innovadores proyectos e intenciones.

Si he querido resaltar en forma casi minuciosa estos últimos meses, semanas, de la vida de Ángel, lo ha sido con la pretensión de presentar en forma destacada algunas de las facetas personales e intelectuales, que siempre estuvieron presentes en su dilatada vida profesional: De una parte, su obsesión por el más exigente rigor técnico-académico y su apasionada entrega al trabajo y de otra, su comprensión del derecho como herramienta de intervención en el mundo real. Calidad técnica y calidad emocional; unidad de la teoría y la praxis fueron unas constantes permanentes en el desarrollo de todo nuestro trabajo académico-profesional. No entendíamos lo uno sin lo otro.

El Derecho como guía para la acción de los juristas, como instrumento transformador de la realidad; una realidad con la que tanto Ángel como yo fuimos siempre profunda y coherentemente críticos. Una realidad en la que los derechos de los más débiles no encuentran una adecuada protección y que por ello precisan de mecanismos y personas que los defiendan y garanticen y que al menos sean capaces de mitigar las consecuencias más perniciosas de este injusto y desigual orden social.

Esta misma Revista ha tratado de reflejar todo ese compromiso, quizás no siempre alcanzado, pero sin duda querido y anhelado por ambos. Desde luego, la REDMEX, como gustaba llamarla a Ángel, no habría sido posible —al menos tal y como la conocemos— sin su sabio concurso. El reto que actualmente se nos plantea de proseguir la tarea sin su magisterio, será ciertamente de difícil cumplimiento. Pero si algo tengo claro es que su deseo era que su «querida REDMEX» prosiga e intensifique su camino en la línea seguida hasta ahora constituyendo un eficaz instrumento en la tarea de defensa de los derechos de los más débiles, en nuestro caso de las personas migrantes.

La continua e innovadora aportación del Catedrático, Profesor, Ángel G. Chueca, difícilmente podrá ser reemplazada; sin embargo, y en ciertas ocasiones así lo dejamos tácitamente acordado, en el caso de ausencia de uno de los dos, la tarea común que hace ya cerca de 20 años emprendimos debería ser continuada por uno u otro con el concurso de todos los amigos y amigas, compañeros y compañeras que han compartido y comparten idénticos o similares principios.

He querido dejar para el final, lo que quizás hubiera debido figurar al comienzo de estas líneas: la pasión de Ángel por la consecución de un mundo gobernado por los valores encarnados en la protección, respeto y promoción de los Derechos Humanos: igualdad y no discriminación de todas las personas; solidaridad y promoción de los Derechos Humanos culturales, económicos, políticos y sociales; la fraternidad más completa entre conciudadanos universales en un mundo que resuelve pacíficamente sus conflictos.

Para algunos utópicos e inalcanzables deseos, eran éstos los ejes principales de sus convicciones personales e intelectuales y que con la más plena identidad compartí y comparto. En irrepetible sintonía de proyectos, ideas y utopías quien hace este esfuerzo por recordar el camino recorrido con Ángel, afirma que tratará, mientras las fuerzas físicas e intelectuales me acompañen de proseguir la tarea que tan intensamente durante varias décadas desarrollé mancomunadamente con Ángel.

[Este sería el momento en que, como siempre era habitual entre nosotros, procedería a remitir el texto a Ángel para su revisión, visto bueno y sucesivas versiones. Aunque parezca inverosímil, así lo he hecho y colocándome en el punto de vista de Ángel, que estimo conocía muy bien, y tras la lectura del texto me habría dicho esta frase... «Por mí, final»].

Hasta siempre querido amigo y compañero.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. 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

*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 art. 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 art. 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

Expulsion of non eu citizens: critical considerations on the indefinite art 57.2 LO 4/2000 of Immigration

There are several causes of expulsion of non-european citizens under our legal system. But above all, for its wide content and for the different legal disputes of its application, deserves special attention art. 57 LO 4/2000 of Immigration (LOEX). The present study analyzes in detail its true scope and consider its criminal and administrative consequences outlining the actual content of the specific grounds for expulsion. Particularly, pays special attention to the interpretive problems that remain unanswered for concise drafting of the article mentioned.

Keywords: Expulsion, foreigners, criminal 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.**

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

(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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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.

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*» (art. 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 1.º, n.º 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*

Es el art. 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*» (art. 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» (art. 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, entendiéndose 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

entrada en España o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión».

(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, n.º C-348/2009.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

que deriva de su amplitud. Es cierto que la CE recurre a estas nociones en ciertos preceptos de su articulado (arts. 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 art. 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 concurren 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 concurren 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 concurren 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.

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 concurren 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 art. 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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

de residencia», exigencias que actualmente quedan plasmadas en nuestro ordenamiento jurídico, a través del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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⁾. Se

(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 1.ª, n.º 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 la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21*

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 art. 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 art. 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 impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del 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:

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: AAVV (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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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 residen 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

(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 artículos 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. 849.2.º LECr) como por indebida aplicación del art. 89 CP (art. 849.1.º LECr), al haberse acordado la referida expulsión incorrectamente por tratarse de una ciudadana de la Unión Europea, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, (n.º 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 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.

pues, como se ha expuesto, los ciudadanos de la Unión y asimilados, 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 art. 15 del RD 240/2007, siempre y cuando haya quedado debidamente constatada su peligrosidad potencial para los intereses españoles.

III. LAGUNAS E INDETERMINACIONES DEL ART. 57.2 LOEX

Como a simple vista se puede constatar, la redacción literal del citado art. 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 concreción.

Así pues, entre los aspectos que resultan indiscutidos en relación con la aplicación práctica del art. 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 art. 57.2 LOEX deberá aplicarse conjunta e indisolublemente unido a lo contemplado a estos efectos en el art. 57.5 LOEX⁽²²⁾.

— La expulsión impuesta en aplicación del citado art. 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 art. 57.1 de la misma Ley) ni tan siquiera como medida sustitutiva de la pena (tal y como contempla el art. 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⁾.

— En cualquier caso, a diferencia de lo previsto en el art. 89.1 CP respecto a la expulsión como sanción penal sustitutiva de una pena privativa de libertad, debe insis-

(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 (n.º 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 (n.º de resolución 417/2012).

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

tirse 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 art. 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 art. 57.2 LOEX es necesario, no sólo que el tipo penal contemple, para dicha conducta delictiva, 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 *supe-*

(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).

rior 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 art. 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— (art. 33 CP).

— El propio art. 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 cierto tipo de condenas puedan considerarse como potenciales causas de expulsión del sujeto del territorio español.

— Por otra parte, conviene insistir en que el art. 57.2 LO 4/2000 hace referencia únicamente a «delitos dolosos», dejando al margen aquellas situaciones en las que, aten-

(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 1.º, 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:

1.º 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 (...).

2.º 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».

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

diendo al tipo de delito cometido, se aprecie la «imprudencia» como forma de culpabilidad criminal.

— Cuando el art. 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 art. 5 CP explica que «no hay pena sin dolo o imprudencia». Completando esta afirmación, el art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX. Entre otros puntos discutibles, resultan especialmente controvertidos los aspectos que se exponen a continuación:

— A pesar de la extrema indeterminación que comparten tanto el art. 57.2 LOEX como el art. 242 RD 557/2011 que lo desarrolla⁽³⁴⁾, tomando como punto de referencia

(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».

(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.

el principio de tipicidad de las disposiciones sancionadoras que proclama sin reservas el art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 57 LOEX una redacción similar a la utilizada a estos efectos en el art. 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 art. 57.2 LOEX y 89 CP. Ahora bien, como es lógico, esto no quiere decir en modo alguno que el art. 57.2 LOEX sea simplemente de una reiteración del supuesto contemplado en el art. 89 CP, pero aplicable

(35) Se trata ésta de una postura discutible. Precisamente sobre esta cuestión pero en sentido contrario, véase AAVV, (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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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

(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:

1.º 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 (...).

2.º 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».

(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.

— 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 art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX? O por el contrario, al eliminar la citada previsión, ¿perseguió 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 art. 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 art. 35.5 (anterior art. 35.3) LOEX, y en las que siempre se ha de tomar como 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⁾.

(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 encuentrasen 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

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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 del 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 art. 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 (art. 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⁾.

En virtud de estos criterios, el art. 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 «interna-

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 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.

miento 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 art. 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 art. 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⁾.

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.

(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 comenten 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).

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 art. 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 nueva redacción del art. 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

(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 1.º, de 21 de septiembre de 2012 (JUR/2012/342171).

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 ART. 57.2 LOEX

No se puede negar que, una primera lectura del art. 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 art. 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 arts. 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 art. 242.1 del RD 577/2011 dedicado a desarrollar reglamentariamente las causas de expulsión previstas en el art. 57 LOEX (y entre ellas, obviamente también el supuesto contemplado en el art. 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 art. 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 (art. 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 art. 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 art. 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 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:

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

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

1.º 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.

2.º 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⁾.

3.º 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 art. 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 (art. 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 art. 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 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 art. 57.1 LOEX (y es que en ese caso, el procedimiento de expulsión se impondría como medida sancionadora,

(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 4.ª, (n.º de rec. 428/1996), en la que no se aprecia que la condena penal impuesta al ingeniero técnico y sanción administrativa recaída sobre la constructora por la muerte de un trabajador vulnera el principio *ne bis in idem*.

— La STS, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2007 (n.º 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».

en virtud del citado precepto, sin necesidad de recurrir a la causa contemplada en el art. 57.2 LOEX).

Así las cosas, ¿cómo se consigue salvar la constitucionalidad del supuesto particular de expulsión previsto en el art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX se apoya precisamente en una opinión muy diferente: en concreto, consiste en negar totalmente la naturaleza sancionadora del art. 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 respuesta 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 cau-

(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, 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).

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

telar, 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 arts. 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 art. 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 arts. 52 y siguientes de la L.O. 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⁾.

(52) Como reconocen las SSTSJ de Castilla y León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª), 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 1.ª) 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 1.ª) 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 1.ª, 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, n.º 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 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 citado 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 1.ª, de 5 de noviembre de 2012, JUR 2012/407518).

VI. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ART. 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 (art. 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 art. 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 art. 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 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.

(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 artículos 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 1.ª) 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».

(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».

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

Conviene tener en cuenta que, como se ocupa de recordar el art. 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 arts. 53 y 54 respectivamente, bajo sanción de anulabilidad (art. 63 Ley 30/1992)⁽⁵⁹⁾.

Una vez admitidas estas dos peculiaridades de la causa de expulsión prevista en el art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX, el art. 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 art. 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?

En otras palabras, la expulsión por vía del art. 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?

(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 (...)».

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 decreta 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 art. 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 art. 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 art. 15 RD 240/2007 como modelo interpretativo para rellenar la ambigüedad de la redacción literal del art. 57.2 LOEX.

Pero no es ésta la única ambigüedad pendiente de respuesta de la escueta redacción del citado art. 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 art. 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 (art. 3 de la Directiva 2001/40/CE), que contempla la expulsión 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 art. 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

(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 (n.º 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 (n.º de resolución 417/2012).

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

expulsión revista en el art. 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 arts. 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 archivers. En definitiva, si la orden de expulsión no va 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⁾.

(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 1.ª) 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.

(65) Aunque en relación con la expulsión de un ciudadano europeo, el TJUE, en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, (Gran Sala, n.º 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

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⁾. 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.

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 artículo 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 organizada), «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 artículo 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 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 (n.º de resolución 417/2012).

VIII. COMPATIBILIDAD ENTRE LOS ARTS. 57.2 Y 57.5 LOEX

En definitiva, habida cuenta de que la aplicación del art. 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 32 LOEX el que especifica que «tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada⁽⁶⁹⁾, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente⁽⁷⁰⁾.

(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».

(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

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 art. 57.2 LOEX o únicamente las contempladas en el art. 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 art. 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 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 art. 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 art. 57.5 LOEX? Entonces ¿la aplicación del art. 57.5 está excluyendo tácitamente al art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX.

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

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».

(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 1.ª) de 16 de noviembre de 2012 (JUR 2012/402441).

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

1.º Por una parte, al provenir el art. 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 art. 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».

2.º 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» (art. 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 art. 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 administrativas previstas en el art. 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 art. 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

(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).

(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 artículo 54.1.a)». También, cfr. entre otras la STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.º) 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 1.ª) de 19 de octubre de 2012 (JUR/2012/359441).

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 contemplados en el art. 57.5 LOEX: esto es tomando en consideración, como exige textualmente el art. 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 apreciarse (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 art. 57.2 y el art. 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 (art. 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 concurren en el caso y a la peligrosidad «actual» que éste pueda representar para el bienestar general⁽⁷⁸⁾, debiendo necesariamente realizar un «análisis personalizado»⁽⁷⁹⁾.

(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 1.ª) de 15 de octubre de 2012 (JUR/2012/344537).

(76) Sentencias Rutili, Orfanopoulos, etc.

(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 concurren 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 1.ª) de 21 de diciembre de 2012 (JUR 2013/19963).

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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⁾.

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:

1.º) 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 el sujeto en cuestión realmente representa una amenaza grave para la seguridad y el orden público de un Estado en el que está perfectamente integrado.

2.º) 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

(80) STSJ de Castilla-León (Burgos), Sala de lo Contencioso-Administrativo, (Sección 1.ª), 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 1.ª) 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 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 1.ª), de 21 de diciembre de 2012 (JUR/2013/19963).

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 art. 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 art. 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 la causa prevista en el art. 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 (art. 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⁾.

(83) Cfr. al respecto STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, 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 1.ª) de 5 de noviembre de 2012 (JUR 2012/407518) estima que los vínculos sociales y familiares del residente de larga

IX. DIFERENCIAS ENTRE EL ART. 57.2 Y EL 89 CP

Antes de comenzar el análisis de las diferencias que existen entre la expulsión impuesta vía administrativa por el art. 57.2 LOEX y la expulsión decretada en virtud de un procedimiento penal en virtud del art. 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:

1.º 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 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).

2.º 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 art. 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).

3.º Por otra parte, la expulsión prevista en el art. 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 (art. 57.1 LOEX) o una conducta delictiva de las que dan

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.

(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).

origen a la causa de expulsión prevista en el art. 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 art. 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 cumplimiento efectivo⁽⁸⁶⁾.

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

(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».

(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.*»

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

5.º 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 art. 246.7 del vigente Reglamento de Extranjería RD 577/2011 el que, desarrollando las escasas previsiones el art. 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 similar 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 a dos años (art. 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 art. 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 art. 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 art. 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

(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 AAVV, (Coord. CABEZA PEREIRO, J. y MENDOZA NAVAS, N.), «*Tratamiento jurídico de la inmigración*», Ed. Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 310 y ss.

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 arts. 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 art. 88.1 CP y determinaría la automática operatividad de la expulsión según lo exigido en el art. 89.1 del mismo texto normativo.

6ª. 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⁾.

— Ahora bien, si de lo que se trata es de analizar el art. 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 art. 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 art. 89 CP y el art. 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 art. 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 arts. 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 art. 57.2 LOEX) que no haya generado antes la expulsión vía penal por

(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 (...)».

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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 art. 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 art. 89.1 CP, sí pueden quedar perfectamente encajados en el art. 57.2 LOEX.

De la interacción entre el citado art. 57.2 LOEX y el art. 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 art. 89.1 CP.

En particular el art. 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 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 art. 89.1 CP, pero sí la amplia causa de expulsión administrativa prevista con ánimo generalizador en el art. 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 causas de expulsión previstas en la LOEX (ni en el art. 57.1, ni en el art. 57.2, pese a su amplia configuración subjetiva) ni tampoco en el supuesto de hecho del comentado art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX. Y es que, respecto a las penas de menor duración, en prin-

cipio operaría directamente la causa de expulsión prevista con carácter imperativo en el citado art. 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 art. 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 art. 89.4 CP (que operará cuando la condena, pese a ajustarse a los parámetros indicados en el art. 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⁾.
- En situaciones en las que, se haya ejecutado una orden de expulsión dictada de acuerdo con la causa expresada en el art. 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 art. 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 art. 89.1 CP.

Ahora bien, pese a que nuestra jurisprudencia insiste en que la aplicación del art. 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 art. 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

(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 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 artículos 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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

por el propio engranaje que une a los arts. 57.2 LOEX y 89.1 CP se aprecia que el mayor número de situaciones que puedan dar lugar a la aplicación del art. 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).

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

1.º 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 art. 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 art. 57.2 LOEX, siempre que, tomando como punto de referencia lo dispuesto en el art. 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 art. 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 cues-

ción recurriendo a la posibilidad prevista en el art. 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 art. 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:

— Es cierto que un solo hecho delictivo de las características mencionadas legitimaría la aplicación de la causa de expulsión prevista en el art. 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 art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX mientras el sujeto no ha cumplido todavía la pena privativa de libertad impuesta, provocaría

(94) Adviértase que sólo pide que el sujeto «haya sido condenado» y que «los antecedentes penales no hayan sido cancelados», guardando absoluto silencio 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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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

Si el art. 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 art. 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 art. 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 art. 57.2 LOEX? ¿Era esa realmente la intención del

(95) Nuestro TS insiste en que no se infringe el principio «*ne bis in idem*» (como indican las STS, Sala 3.º, de 28 de abril de 2011, o la STS, Sala 3.ª 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 1.ª, de 5 de noviembre de 2012 (JUR 2012/407518), que se ocupa de resolver un recurso planteado contra una 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 idem* 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).

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 art. 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 art. 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 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 art. 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 art. 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.

I. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

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 art. 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 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 art. 57 LOEX no son más que una concreta transposición de las previstas en art. 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 art. 57.2 LOEX (prevista inicialmente en el art. 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 art. 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, entendiéndose 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.

II. BALANCE Y PERSPECTIVA DE LAS MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA: INSUFICIENCIAS Y PROPUESTAS DE REVISIÓN JURÍDICO-POLÍTICAS

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Instituto de Migraciones. Universidad de Granada

RESUMEN

Balance y perspectiva de las migraciones económico-laborales en España: insuficiencias y propuestas de revisión jurídico-políticas

La regulación jurídico-política de las migraciones de carácter económico-laboral ha sido una constante en la historia reciente de España. También lo son en el presente y, a buen seguro, lo serán en el futuro. Más aún en un contexto como el actual, en el que una acuciante crisis económica, de empleo y, por ende, social, sitúa a la inmigración y a la emigración en el centro del debate político y de las medidas que se toman. Es necesario analizar y comprender el modelo regulador existente para detectar sus insuficiencias a fin de que no estén presentes estas últimas en un futuro inmediato. Sobre todo, teniendo presente que emigrantes e inmigrantes son personas titulares de derechos fundamentales que se han de respetar.

Palabras clave: emigración, inmigración, mercado de trabajo, derechos fundamentales, Unión Europea, Constitución Española.

ABSTRACT

Balance and perspective of economic-labour migration in Spain: weaknesses and proposed legal-political review

The legal regulation of migration policy of economic and labor has been a constant in the recent history of Spain. Also they are in the present and, surely, will be in the future. Moreover, in a context like this, in which an acute economic crisis, employment and hence social, puts immigration and emigration in the center of the political debate and the measures taken. You need to analyze and understand the existing regulatory model to detect their weaknesses so that the latter are not present in the immediate future. Above all, bearing in mind that migrants and immigrants are holders of fundamental rights be respected.

Keywords: emigration, immigration, labor market, fundamental rights, EU, Spanish Constitution.

SUMARIO

- I. PREMISA. EL DERECHO A MIGRAR: ENTRE LA LIBERTAD Y LA PRESTACIÓN.
- II. MIGRACIONES Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA EN LA HISTORIA RECIENTE: OSCILACIONES SOCIOECONÓMICAS Y JURÍDICO-POLÍTICAS:
 1. La emigración.
 2. La inmigración.
 3. España como país receptor de inmigración y emisor de emigración, ¿una opción viable en una coyuntura de profunda crisis económica?

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA RAZÓN SOCIAL Y ECONÓMICA EN LA REGULACIÓN DE LAS MIGRACIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. PREMISA. EL DERECHO A MIGRAR:
ENTRE LA LIBERTAD Y LA PRESTACIÓN

La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 13.2 establece literalmente que *toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*. De un modo implícito —no explícito al no establecer textualmente un derecho a emigrar— queda configurado y reconocido internacionalmente como derecho humano el derecho de toda persona a emigrar. Pero, sin embargo, ni explícita ni implícitamente se encuentra el derecho humano a inmigrar, a llegar como persona inmigrante tras ejercer el derecho a emigrar a una determinada sociedad y comunidad de un país. Se está ante un derecho humano fundamental inconcluso porque desde una lógica garantista simétrica de efectividad, el derecho a salir —emigrar— no encuentra el correlativo derecho a entrar —inmigrar— (MONEREO PÉREZ, J. L., 2009, 22-23). No existe la obligación formal por parte de los poderes de los Estados escogidos por estas personas para continuar su proyecto vital de acogerlas en el seno de sus sociedades, con las lógicas excepciones del caso concreto de los asilados y refugiados. Sin embargo, paradigmáticamente y desde una concepción material, el derecho a inmigrar —a ser inmigrante— existe, porque las personas —partiendo del anterior, del derecho a emigrar— correlativamente así lo entienden y lo llevan a la práctica, por más que el mismo se encuentre en un momento prematuro de cara a su reconocimiento formal y configuración histórica en el marco de la evolución y adecuación de los derechos humanos a los tiempos actuales (ALARCON CARACUEL, M. R., 2006, 505-506). Ante esta falta de regulación jurídico-normativa de este derecho, el mismo depende de su concreción en el interior del ordenamiento jurídico —legal y constitucional— de los distintos Estados, para lo que la política inmigratoria individualizada será la que fije el alcance de este derecho atendiendo a las pautas que marque para la gestión y ordenación jurídico-política de las migraciones.

Ahora bien, más allá de la misma, a día de hoy, el mínimo infranqueable que debe de respetarse para el alcance de estos derechos —emigración e inmigración— deriva de la consideración de ambos —uno formal y otro material— como humanos universales con un marcado carácter de libertad —emigración, opción libre de emigrar— y de prestación, igualdad y solidaridad —inmigración, ser acogido de forma decente para con el respeto de la propia dignidad humana— (MOLINA NAVARRETE, C., 2009, 48).

Desde esta premisa jurídico-formal y material así como concretando en el caso español, en la historia más reciente —es decir, tanto en las tres últimas décadas del siglo pasado como en los años que han transcurrido del presente—, éste se ha conformado como un país en el que las migraciones —inmigración y emigración— se han constituido en una de las cuestiones centrales de la esfera política, jurídica, social, laboral y económica del mismo. Ello es así por el impacto que sucesivamente en el tiempo han venido teniendo éstas en la

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

realidad social más inmediata. Se han venido conformando las mismas, con carácter general, como un hecho social con consecuencias y efectos directos sobre las esferas citadas, más allá de la consolidación o configuración coyuntural como emisor de emigración o receptor de inmigración, o la combinación de ambas, atendiendo a motivaciones y justificaciones de distinto carácter relacionadas de un modo claro con circunstancias personales ligadas a motivos económico-laborales, personales y/o políticos.

Al respecto, necesaria y obligatoriamente ha de imperar una objetividad muy clara y evidente que, sin embargo, frecuentemente es olvidada por todos los agentes directamente relacionados e implicados con estos movimientos de población: los protagonistas son personas humanas con proyectos de vida, no mercancías ni objetos que se puedan utilizar según conveniencia e interés más favorable, por más que desde la estricta perspectiva socioeconómica así sea. Son personas con derechos que aspiran al pleno desarrollo de su personalidad y no seres económicamente útiles. Un límite jurídico y político infranqueable ante esta última posibilidad —independientemente a que en muchos casos los intereses estatales nacionales e incluso supranacionales intenten mercantilizar a las personas atendiendo a las propias necesidades— lo constituye el estatuto de derechos humanos fundamentales de la persona, muy especialmente los de carácter social.

Paradigma de ello es la propia Constitución Española. Del lado de la emigración, es referente el artículo 42, por el que el Estado ha de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, teniendo que adoptar así aquél una clara y evidente posición activa intervencionista y garantista de los propios derechos no ya sólo en territorio nacional, sino también donde se hallen las personas de nacionalidad española (ROJO TORRECILLA, E., 2002, 1539-1540). Por su parte, del lado de la inmigración extranjera, es clave el artículo 13. Su sentido y alcance es garantizar a los extranjeros que se encuentren en España el goce de los derechos que se reconocen en el Título I de la misma con un condicionante fundamental: *en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley*. Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos 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, principalmente en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social—. En consecuencia, de una parte, la Constitución española no es solo una Constitución exclusiva para las personas nacionales —si bien fue realizada por éstos—; y, de otra parte, el texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos de los extranjeros —que tienen su fuente primaria en el mismo—, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

II. MIGRACIONES Y MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA EN LA HISTORIA RECIENTE: OSCILACIONES SOCIOECONÓMICAS Y JURÍDICO-POLÍTICAS

Por más que el artículo 1.1 de la Constitución defina el modelo estatal español como un Estado social y democrático de Derecho, el planteamiento constitucional regulador de las migraciones entronca, en cierta medida, con la concepción liberal de las mismas: la razón

principal del desplazamiento de personas es económico-laboral sobre la base de ciudadanos iguales en derechos en el seno del Estado, cuya regulación se halla en leyes nacionales y convenios (AJA, E., 2012, 22).

En las migraciones está siempre latente una motivación, la económico-laboral. Tanto en la emigración como en la inmigración, no sólo la actividad laboral que realiza la persona en el país elegido de destino es clave para su integración social junto con la atribución y ejercicio de derechos sociales fundamentales, sino también el propio nivel de desarrollo socioeconómico que tenga el Estado, pues será clave para convertirse en receptor o emisor de personas. Resulta fundamental, por tanto, la vinculación entre migraciones y mercados de trabajo. Y el caso español no ha sido ajeno en los tiempos recientes.

1. La emigración

Cierto es que en España durante el régimen franquista hubo una emigración masiva hacia otros países europeos e, incluso, hacia otros continentes y regiones del planeta. Se justificaba la misma sobre la base del escaso desarrollo económico y social imperante, que impedía hacer efectivas oportunidades de trabajo para las personas. Pero también se consideró a esta emigración como político-ideológica, por ser las personas que emigraron de la ideología política contraria al régimen. No se ha de obviar, en el trasfondo de esta última, el contenido económico-laboral también, porque si no había grandes posibilidades de acceder a un trabajo para las personas afines o ideológicamente seguidoras del régimen por la pobreza en la que estaba sumida la sociedad española, menos lo iba a haber para las personas opuestas al mismo. La consecuencia inmediata fue el hecho objetivo de que España se conformó a nivel internacional como un país de emigración, por la ausencia de un desarrollo socioeconómico de conjunto (SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., 2010, 108-112). Una emigración laboral: las personas abandonaban su país de origen para trasladarse al extranjero con ánimo de trabajo, a fin de poder desarrollar un proyecto de vida en unas condiciones mejores que las que encontraban en España.

Desde esta concepción y partiendo de que la emigración es un fenómeno económico y social y no estrictamente jurídico, por más que toda realidad jurídica tenga su sustrato en la realidad socioeconómica, el soporte jurídico-legal de esta emigración se encontraba en la Ley 33/1971, de Emigración. Ésta se encontraba claramente orientada hacia un fomento de la emigración, pero desde una perspectiva muy particular. No mencionaba y, por tanto, ignoraba, la dimensión política directamente conectada a la laboral antes apuntada. Era una ley de marcado carácter laboral que no consideraba el exilio. Desde esta premisa estableció, en primer lugar, la posibilidad de que los emigrantes se acogiesen a un conjunto de planes, operaciones y programas para facilitar el desplazamiento y el acceso al empleo y a un trabajo en el país que les acogiese; y, en segundo lugar, todo un elenco de medidas, de un lado, de marcado carácter social, educativo y cultural y, de otro lado, de formación profesional e integración laboral. Una regulación jurídica de la emigración, a priori, correcta, que trataba de impulsar la integración de estas personas en la sociedad y entorno de destino. Estaba latente formalmente, por tanto, una preocupación del Estado por sus ciudadanos en el exterior con el trasfondo del interés político de evitar el aumento de los desempleados en los momentos de incertidumbre y de reestructuración económico-productiva que estaba viviendo España en la década de los setenta.

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

Cierto es que esta tendencia emigratoria descendió con la caída del régimen, pero la pobreza socioeconómica en la que estaba sumida España, así como la falta de oportunidades consecuente y el incierto futuro político que se abría continuaba siendo causa de emigración, si bien en unos niveles más moderados. Todo ello por más que en la propia Ley 33/1971 también se tuviese en cuenta el retorno de estas personas mediante un conjunto de programas consistentes en ayudas orientadas a su inclusión en el maltrecho mercado de trabajo nacional.

Teniendo presente la realidad social española del momento histórico que se vivía, el constituyente decidió incluir en la redacción del nuevo texto constitucional un artículo expresamente dedicado a la emigración, el artículo 42, como ya se ha apuntado. De este precepto se desprende el compromiso estatal por la puesta en marcha de una política jurídica de emigración con dos claras finalidades, siguiendo así el espíritu de la propia Ley inicialmente pero obligadas a reinterpretarlas ante su encuadre y conexión con otros preceptos constitucionales. En primer lugar, una protección decidida de los derechos sociales y económicos de las personas españolas en el exterior y, en segundo lugar, el retorno de éstas. Ambas confluyen en el auténtico y genuino sentido de este artículo: el Estado amplía sus fronteras para intervenir en los Estados donde se encuentran las personas nacionales en aras de salvaguardar y hacer efectivos los derechos sociales de los mismos ante la imposibilidad de dar cumplimiento y dotar de contenido al derecho al trabajo recogido constitucionalmente en el artículo 35 en cuanto derecho de libertad y de prestación. Es por ello por lo que el Estado ha de orientar igualmente su política jurídica hacia el regreso o retorno de estas personas, para que así puedan cumplir el deber de trabajar, que recoge igualmente el artículo 35. Ante ello, en consecuencia, se reorienta el sentido de la política, evolucionando desde una concepción estrictamente emigratoria a otra de no emigración, al tener el Estado que garantizar el derecho a una vida digna y de calidad dentro del propio territorio nacional, para lo que es consustancial el derecho y el deber de trabajar.

Pese a esta nueva concepción y perspectiva interpretativa, siguió vigente la Ley 33/1971, si bien con rango reglamentario, hasta comienzos del siglo XXI, cuando en el año 2006, se aprobó la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, a la que posteriormente aludiremos. Esta circunstancia encontró también justificación en el hecho de que, poco a poco, progresivamente, la emigración se estancó y ya en los años 80 cambia el ciclo, pues España comienza a ser, de un modo muy incipiente aún, destino de personas extranjeras.

2. La inmigración

En las fechas apuntadas, España está evolucionando hacia su conversión en país de inmigración, justificado igualmente por la situación económica, ya que había desarrollado socioeconómico y el mercado de trabajo demandaba mano de obra. Al no haber texto legal alguno encargado de regular en conjunto la inmigración extranjera y sí todo un elenco de decretos que no ponían orden sistemático y sentido en el estatuto de estas personas extranjeras en España, se hizo patente la necesidad de aquél (TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., 2012, 150).

A tal fin se aprobó la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Ésta se debe considerar como el primer texto jurídico-legal

sobre el que se fundamentó la política jurídica inmigratoria contemporánea española. Sin embargo, obvió la tendencia que apuntaba a la conformación de España como país de inmigración, con lo que trató a ésta última como fenómeno coyuntural, no incluyendo en su articulado la regulación de dimensiones inherentes a la integración social de estas personas o la propia reagrupación familiar. En conexión, inspiró y presidió el texto legal una lógica policial, de control de las personas extranjeras en España atendiendo específicamente a su estatuto administrativo en las dimensiones de su entrada, salida y/o trabajo, en clara concordancia también con otros Estados Europeos —como Alemania y Francia— que sí tenían experiencia en la materia. Los derechos de las personas extranjeras —claramente estructurados a partir de su situación de ilegalidad o legalidad —regularidad o irregularidad administrativa y, dentro de ésta última, atendiendo a su régimen de estancia o de residencia— no fueron tenidos en cuenta como uno de los ejes del texto legal a partir de los cuales construir la política de extranjería e inmigratoria (TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., 2008, 55-60). Por más que el título de la ley hiciese referencia a ellos y en el preámbulo se especificase que el mandato constitucional del artículo 13 —derechos de los extranjeros en España— era la razón primera por la que se hacía necesario este nuevo texto legal, concretando y delimitando así su alcance.

En los últimos compases del siglo XX, la presencia de personas inmigrantes extranjeras y su incremento cuantitativo —en número— y cualitativo —nacionales de terceros Estados con la finalidad clara y evidente de trabajar— convirtió progresivamente a la inmigración extranjera en una dimensión estructural más de la sociedad española. En este contexto se ubicó la necesidad de una regulación actual jurídico-legal de la inmigración en el centro del debate político-jurídico. Sobre todo, por la presión social —reflejada en los medios de comunicación, manifestaciones, comunicados, declaraciones, etc.— para la adecuada, coherente y contemporánea regulación jurídico-legal de las personas inmigrantes extranjeras presentes en la sociedad en aquellos momentos que diese como resultado y fundamentase una política inmigratoria.

En este sentido, es claro el hecho de que —como se ha de sobreentender coherentemente—, no sólo la transformación de España en país receptor de personas inmigrantes extranjeras, sino la propia caracterización interna de la inmigración en cada momento —trabajadores más o menos cualificados, familiares reagrupados, mujeres inmigrantes, etc.— muestra la posibilidad constante de una reconfiguración de estos flujos, haciendo que la regulación jurídico-legal uniforme, definitiva y constante en el tiempo fuese difícil de conseguir. Ahora bien, tampoco es lógico ni adecuado para la puesta en marcha de una política de inmigración asentada en la regulación jurídico-legal de la misma que, en un período de cuatro años, se promulgase, aprobase y entrase en vigor, tras quince años, una nueva ley —más o menos sistemática, a diferencia de la anterior— reguladora de la inmigración y extranjería y fuese reformada específicamente dos veces. El resultado más inmediato fue que la política jurídica de inmigración, atendiendo al sentido y alcance de las reformas, sufrió avances y retrocesos muy significativos.

Unos avances y unos retrocesos sobre la base de la consideración de la inmigración económico-laboral: personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico en los que las condiciones vitales dignas eran difíciles y, como consecuencia, inmediata, eligen a España como país de destino para optar a unas mejores condiciones de vida y oportunidades por su evolución y desarrollo socioeconómico.

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

Ante ello, el trabajo, la actividad laboral, aparece como el medio esencial y trascendental para la consecución de tal fin (SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J., 2010, 26-29). Así, estas personas nacionales de terceros Estados son personas que trabajan. Son trabajadores que bien pretenden acceder a un mercado de trabajo distinto al de su país de origen, o bien ya se encuentran incluidos en el mismo —contribuyendo así al progreso y desarrollo de la economía nacional—.

En el marco de este modelo de inmigración económico-laboral, la conexión entre inmigración y mercado de trabajo tiene una implicación muy relevante —y no precisamente en sentido social positivo—: la subordinación de la política jurídica de inmigración a través del marco jurídico-legal regulador de la misma a la racionalidad económica. Las personas inmigrantes extranjeras son instrumentalizadas —mercantilizadas— regulando —o más bien controlando— su acceso, permanencia e, incluso, retorno —o salida— atendiendo a la situación económica nacional en relación directa y conexa con las necesidades del mercado de trabajo al respecto. En esta dirección, y también derivado de esta última lógica, la política jurídica de inmigración se laboraliza: el Estado interviene activamente en el control de los flujos migratorios determinando la capacidad de acogida atendiendo a las necesidades del mercado laboral (ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., 2010, 15).

El paradigma de esta circunstancia lo constituye el artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000, que regula la política migratoria y, más concretamente, relaciona una serie de principios de la misma. La premisa inspiradora en la configuración y relación de los mismos fue el interés explícito por la puesta en marcha de una política de inmigración legal y ordenada con fundamento en estos propios principios. Esta especificación implica que el legislador muestra interés concreto y apuesta en y por una inmigración sólo en la medida necesaria para España. Se impone, pues, una lógica de control sociopolítico de la inmigración en la que se insta a la ordenación y canalización legal de la inmigración atendiendo a la capacidad de acogida de nuestra sociedad y a las necesidades reales del mercado de trabajo. Así lo reafirma el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, pues trata de consolidar un paradigma de inmigración en situación administrativa regular vinculada al mercado de trabajo. Para ello, no sólo sigue teniendo una trascendencia importantísima la autorización de trabajo y el permiso de residencia atendiendo a la propia legalidad para el estatuto jurídico de derechos de la persona inmigrante, sino que también la misma se tendrá que ajustar —principalmente— a las necesidades del mercado de trabajo nacional para acceder, permanecer y/o reincorporarse a él desde la más estricta legalidad.

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

El debate político, científico y jurídico al respecto de la misma se centró en el hecho de si los propios Estatutos estaban asumiendo una competencia constitucionalmente atribuida en exclusiva al Estado. En el mismo y en su solución jurídico-formal y material, la política del derecho ha imperado. Por el propio carácter, definición y consideración de la inmigración como económico-laboral, es de obligación y lógica jurídica-política entender la atribución por parte de los Estatutos a la autoridad laboral autonómica la competencia sobre la concesión —o no— de la autorización inicial para trabajar de las personas extranjeras inmigrantes. Su fundamento técnico-jurídico se halla en su consideración como competencia autonómica de ejecución de legislación laboral —artículo 149.1.7 de la Constitución—. La autorización de trabajo se considera una actuación administrativa de ejecución típica en materia laboral, por más que la vigente Ley Orgánica 4/2000 en la que se regulan formalmente no sea específica y concretamente legislación laboral.

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

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

Una mayor concreción de este carácter, se halla en el segundo de los principios relacionados. Y es que partiendo de la estrecha conexión de la inmigración con su núcleo laboral esencial, se establece explícitamente que los flujos migratorios laborales se ordenan según las necesidades de la situación nacional de empleo. Destacan, al respecto, dos aspectos básicos: de un lado, la especificidad aludida de flujos migratorios laborales, cuando hubiese sido más correcto técnicamente la expresión inmigración laboral —o económico-laboral— para una adecuada designación de la realidad a la que el legislador hace referencia con este principio; y, de otro lado, el hecho de la alusión y rescate en dicho principio de un concepto jurídico indeterminado como es la situación nacional de empleo,

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

heredado de políticas jurídicas de inmigración de años anteriores. Esta situación nacional de empleo no es más que un principio preferencial del trabajador nacional y comunitario —en este último caso, se pone en entredicho con el supuesto de los nacionales de Rumanía y la excepción aplicada ya advertida— sobre el inmigrante extranjero que viene de fuera, pues para que este acceda a un puesto de trabajo primeramente se tiene que comprobar y corroborar por los servicios públicos de empleo que no existe en el mercado de trabajo ningún nacional ni comunitario que se ajuste al perfil deseado y solicitado para el desarrollo de la actividad laboral. En vez de una libre concurrencia de personas de igual condición —trabajadoras— ante una oferta para un puesto de trabajo a cubrir, se considera al inmigrante como segunda opción con fundamento en un condicionante adicional —nacional de un tercer Estado—.

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

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

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

Por otro lado, desde la concepción advertida —laboralización de la inmigración y su política jurídica reguladora—, en el caso español —al igual que en otros países configurados como receptores de inmigración— la inmigración en pleno Siglo XXI se ha convertido y transformado en la nueva cuestión social. Ésta no tiene nada que ver respecto a las

condiciones en que se produjo la propia cuestión social obrera de siglos pasados, pero sí relevantemente con respecto a los resultados producidos por la misma —son comunes y se vuelven a repetir—: dificultades materiales serias de inclusión en el mercado de trabajo, exclusión social y explotación laboral. Las personas inmigrantes extranjeras —independientemente a su situación de regularidad o irregularidad administrativa— se ocupan en los sectores de actividad —ilustrativamente agricultura, servicios, construcción— en los que se incluyen trabajos escasamente cualificados y, resultado de ello, experimentan una precariedad laboral (LACALLE, D., 2009, 94-103; MONEREO PÉREZ, J. L., 2009). Ésta se traduce específicamente en modalidades contractuales excesivamente coyunturales —predominio claro de la temporalidad—, salarios bajos y unas condiciones de trabajo dudosas en términos de dignidad y calidad en el empleo, con significativa ausencia de protección social. Por tanto, una actividad laboral indecente en contraposición al paradigma del trabajo decente defendido y propugnado por la Organización Internacional del Trabajo. En las condiciones materiales del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras no se da cumplimiento —ni atisba el mismo— a sus implicaciones esenciales y fundamentales: trabajo libremente elegido, titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de carácter laboral, contraprestación económica suficiente para la cobertura suficiente de necesidades y protección social.

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

La respuesta político-jurídica a la inmigración por parte del poder público ha sido en una doble dirección: restrictiva y selectiva (FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., 2010, 97-99). Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drásticamente y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas progresivamente en la gestión colectiva de contrataciones en origen hasta el año 2011 —antiguo contingente anual— como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de esos mismos años, hasta llegar a no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable para los años 2012 y 2013 por medio de la primera, originando así una gestión colectiva de contrataciones en origen cero; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo —programa totalmente coyuntural aprobado en plena crisis económica—, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de Organizaciones No Gubernamentales —programa de retorno voluntario para inmigrantes en situación de vul-

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

nerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros—. Y, de otra parte, selectiva, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se ha introducido el artículo 38 *ter*, titulado residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya. Por tanto, frente y junto a la restricción de la inmigración clásica de años anteriores a la crisis, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras —también inmigrantes— pero cualificadas.

3. España como país receptor de inmigración y emisor de emigración, ¿una opción viable en una coyuntura de profunda crisis económica?

Los planteamientos expuestos y analizados han estado seriamente sobre la mesa desde los inicios de la crisis económica en el 2008 y su conversión en una crisis de empleo planteando retos políticos y de ordenación jurídica, hasta aproximadamente finales de 2011 y comienzos de 2012 (CAMAS RODA, F., 2013). Desde ese momento y, hasta la actualidad, la menor proporción de inmigración extranjera en España convive con en este caso sí, fenómeno —por su coyunturalidad— de la emigración de un porcentaje elevado de la población de jóvenes hacia otros países —de la propia Unión Europea o de fuera de la misma— con mayor desarrollo socioeconómico para la búsqueda de oportunidades laborales, ante la carencia de las mismas —paradigma de esta circunstancia es el desorbitado número de desempleados existentes— o, en su caso, sus negativas y/o precarias condiciones, facilitadas e impulsadas también por las últimas reformas laborales y ajustes sociales.

Cobra así, de nuevo, importancia la Ley 40/2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior. Una relevancia que, ahora más que nunca es clave, pero en cuya redacción se hace patente y refleja el momento histórico en el que se elaboró y aprobó. Una fecha, 2006, en la que España era claramente un país receptor de inmigración y en la que la emigración —particularmente la laboral— se contemplaba desde la óptica de una opción del pasado que no volvería a repetirse, como se desprende de la concepción de la misma en la exposición de motivos en cuanto fenómeno de la historia española hasta más allá de mediados del siglo pasado. Asimismo, reflejo de ello no es sólo su amplísimo ámbito subjetivo —*ex* artículo 2 de la misma—, sino también la consideración en el texto jurídico-legal de tres tipos de emigración: política, económico-laboral y trabajadores desplazados. Estas tres categorías, claramente, se pueden reducir o reconducir a dos: la primera, la política, resultante todavía de motivaciones político-ideológicas con fundamento en la Guerra Civil y, la segunda, económico-laboral en sentido clásico, en la que perfectamente se puede incluir tanto la económico-laboral de la ley —emigración tradicional ante la carencia de oportunidades en el mercado de trabajo nacional— y la de trabajadores desplazados al exterior como vía de ascenso y progreso personal y profesional. Se muestra aquí, en este último subtipo, la influencia del contexto socioeconómico vigente en el año 2006 en España, pues ésta última en el texto legal aparece como novedad destacada del

mismo y la que le precede como la producida en la posguerra, en el pasado y a modo de historia pasada.

Asimismo, la Ley tiene un espíritu y sentido claramente orientado, de una parte, a la garantía de la igualdad real y efectiva de los españoles en el exterior, impactando así con el espíritu tuitivo del artículo 42 de la Constitución; y, de otra parte, a la garantía de la libertad de emigrar, valorándola y vendiéndola positivamente e ignorando relativamente, en consecuencia, la vertiente constitucional del retorno, por más que dedique expresamente el título II a la misma desde una concepción integral de esta política en el que la voluntad —apoyada por medidas institucionales, económicas y sociolaborales— es nuclear.

Pero la concepción jurídico-legal de la emigración económico-laboral como historia pasada ha fracasado. Así lo demuestra el momento actual y la realidad del mercado de trabajo español este primer semestre de 2013. Es la falta de oportunidades para acceder de un modo efectivo al mercado de trabajo y la imposibilidad de materializar el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente, el principal resorte y la motivación nuclear existente en la población española que en el presente año emigra. Y, precisamente, en materia de empleo, esta ley es deficiente para proteger a estas personas porque se ha de reiterar que se concibe y aprueba la ley en un momento en el que España es país de inmigración.

Si la emigración, como hemos apuntado, es también económico-laboral en un sentido clásico, muestra de esta deficiencia queda claramente recogida en el artículo 22, titulado derechos en materia de empleo y ocupación. Es así porque: en el apartado primero se comprende la protección para la búsqueda de trabajo y la mejora de las posibilidades de ocupación una vez que se está en el exterior, y no aquellas personas que, estando en España, emigran ya con un contrato de trabajo o con contactos previos realizados al efecto; en el apartado segundo, se contempla el desplazamiento de españoles como oportunidad de éstos para mejorar y progresar en el trabajo que ya está realizando para empresas radicadas en el exterior, velando por las condiciones en que se realiza aquél; y el apartado tercero remite implícitamente a la inmigración, pues el Gobierno establecerá visados de búsqueda de empleo de tratamiento preferencial, conforme a la Ley Orgánica 4/2000, para personas extranjeras que sean hijos o nietos de españoles de origen.

Es necesario, en este sentido, no sólo repensar este texto jurídico-legal desde la realidad presente del momento, sino adecuarlo —con o sin reforma— a la emigración española de los primeros años de la segunda década del siglo veintiuno y conectarla con una política efectiva de empleo. Marco jurídico y realidad social han de conectar de un modo eficiente, precisamente para la adecuada regulación de ésta última. La primera ha de sentar las bases adecuadas para la segunda y no al contrario. No ha de plegarse la ley a la realidad y sí la realidad a la ley. Sobre todo cuando también, desde el ámbito político, no se trata de crear las oportunidades de trabajo ni cuantitativas —adecuadas al nivel de demanda— ni cualitativas, en términos de empleo estable, seguro y de calidad para la población joven que se ve obligada a emigrar —colectivo destacado en el marco de la emigración actual—. La descapitalización de España es una realidad en el contexto de las migraciones —emigración e inmigración— que se producen en el momento actual. Y, desde la perspectiva de la política de empleo, ambos —jóvenes, principalmente, e inmigrantes— son colectivos destinatarios de prioritarios de las políticas activas, a priori. Pero, a medio camino y a posteriori, sorprende que los mismos sean objeto de planes de acción política —llevados al ámbito jurídico mediante reales decretos-leyes— en los que se le fomenta su empleabilidad

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

en términos de precariedad o, incluso, se les impulsa al emprendimiento en unos momentos económicos difícilísimos. El desarrollo socioeconómico que ofrezca oportunidades de empleo para las personas, sean nacionales o extranjeras, está lejos así de conseguirse, convirtiendo a España en un país en el que tanto la emigración como la inmigración se reequilibra y acontece, pero en términos precarios.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LA RAZÓN SOCIAL Y ECONÓMICA EN LA REGULACIÓN DE LAS MIGRACIONES

El conjunto de avances y retrocesos que ha venido experimentando el derecho regulador de las migraciones en España se asienta, como se ha manifestado en un contexto de una mutada y cambiante realidad socioeconómica del trabajo, auténtico elemento nuclear sobre el que se asientan, en general, las migraciones.

Está claro que durante los primeros años del presente siglo se han sucedido continuas reformas en materia de extranjería e inmigración; reflejo de reformas oscilantes, que daban cuenta de una política bien defensiva o bien garantista de los derechos fundamentales de estas personas. Así, desde la Ley Orgánica 7/1985 hasta la última gran reforma de conjunto de la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 2/2009, y el vigente desarrollo reglamentario de la misma, RD 557/2011; a las que se unen las reformas “parciales” pero significativas por su carácter restrictivo de los derechos sociales —paradigmáticamente, la sanidad—. Estas reformas se han producido en un contexto caracterizado porque España ha sido un país de inmigración. Los tiempos van cambiando y las políticas también: ahora nuestro país es un país que ha reducido su condición de país de inmigración por una creciente y preocupante realidad de un país de emigración hacia otras naciones menos afectadas por la coyuntura de la crisis económica. Pero entonces, paradójicamente, el tratamiento jurídico de la inmigración continúa asumiendo una lógica de racionalizada instrumentalidad, no ya sólo de carácter económico, sino también política, cuando no directamente electoralista. Predominan las políticas de seguridad y las políticas de retorno voluntario capitalizando la prestación por desempleo, regulado en el Real Decreto-Ley 4/2008. Mientras que, por el contrario, a la emigración, con las deficiencias que posee el marco regulador de la misma, no se le presta la debida atención ni es destinataria de medidas específicas, tan sólo colaterales que tratan de frenar la emigración mediante el emprendimiento y no de garantizar y hacer efectivo el derecho social al trabajo.

Por su parte, la política migratoria de la Unión Europea ha presentado un carácter ambivalente, moviéndose entre la perspectiva defensiva de la seguridad y el punto de vista de la política de la integración a través de los derechos. En este sentido, las políticas de integración disponibles en el marco del Derecho de la Unión son manifiestamente insuficientes y deficientes. Los derechos sociales, como derechos de desmercantilización garantizados por el orden jurídico, exigen un sistema de garantías positivas de efectividad que no se cumple en el Derecho de la Unión, que sólo ha sido capaz de ofrecer un derecho migratorio incompleto.

Resulta preocupante que en el marco de las medidas supuestamente anticrisis se venga adoptando continuas restricciones directas o indirectas de los derechos sociales de las per-

sonas trabajadoras, tanto nacionales como extranjeras, tanto a escala de la Unión como en el ámbito particular de los países miembros. La consecuencia es inmediata: negativas condiciones para las personas que llegan a España a la búsqueda de oportunidades para trabajar y una sociedad en la que, precisamente esta falta de oportunidades de inclusión en el mercado laboral, es la que impulsa a emigrar.

El modelo político-jurídico de regulación de las migraciones en España —que comprende el grupo normativo regulador y su interpretación por la doctrina jurídica, científica y jurisprudencial— ha estado presidido por problemáticas opciones de política del derecho, que a su vez han estado mediatizadas —y condicionadas— por la fuerte conexión imperante entre la razón económica y el fenómeno migratorio. Hasta tal punto es así, que explícitamente el sistema legal regulador de la inmigración y de la emigración establece un nexo instrumental entre migraciones y necesidades del mercado de trabajo. Es decir, se rige por una racionalidad instrumental en virtud de la cual la racionalidad económica se impone decididamente sobre la razón social.

Es evidente, que ningún modelo regulador de las migraciones puede ignorar la presencia de la lógica económica subyacente siempre en el fenómeno en cuestión, pero, al mismo tiempo, hay que afirmar que lo que hay que conseguir es un modelo de equilibrio entre las dos racionalidades concurrentes y siempre en permanente tensión. Por lo demás, el modelo de equilibrio tiene una premisa irrenunciable consistente en afirmar el principio de respecto a los derechos fundamentales de la persona migrante en lógica coherencia con la universalidad de tales derechos de la persona. No obstante, la crisis económica actual pone de relieve lo lejos que se está todavía de ese deseable modelo de equilibrio, pues lo que se aprecia en todo el espacio de la Unión Europea es un conjunto de medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los migrantes antes consagrados y considerados intangibles. Lo que impera es una lógica de mercantilización de la persona migrante (MONEREO PÉREZ, J. L., 2012, 353-371), que se contrapone a la lógica típicamente desmercantilizadora y garantista que ha pretendido el constitucionalismo democrático-social (MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., 2013, 50 y ss.).

Por tanto, es una asignatura pendiente el estabilizar el modelo regulador de las migraciones con arreglo a esa lógica de equilibrio entre la razón económica y la razón social, de manera que siempre queden salvaguardados los derechos fundamentales de las personas migrantes. Este modelo de equilibrio garantista debería ser reflejo de un amplio consenso constitucional que no estuviera sometido a las inestables variaciones en el gobierno político.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, ELISEO (2012): *Inmigración y democracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R. (2006): «El derecho a inmigrar», en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, autores varios, Casas Baamonde, M. E., Durán López, F. y Cruz Villalón, J. (coordinadores), 503-530. Madrid: La Ley.
- CAMAS RODA, F. (2013): «La adecuación de la normativa de extranjería sobre empleo de los inmigrantes respecto de las reformas laborales adoptadas y de la actual situación de crisis económica», en *Revista Relaciones Laborales* 2: 11-33.

II. MIGRACIONES ECONÓMICO-LABORALES EN ESPAÑA

- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2010): «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en *Inmigración, mujeres y menores*, autores varios, Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (directora), 97-126. Murcia: Laborum.
- LACALLE, D. (2009): *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*. Madrid: El Viejo Topo.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2009): «La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: claves de gestión de la diversidad cultural», en *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía. Balance y perspectivas de futuro*, autores varios, Molina Hermosilla, O. y Molina Navarrete, C. (directores), 43-112. Jaén: Litteralia.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2009): *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Albacete: Bomarzo.
- (2012): «Artículo 15. Libertad profesional y derecho a trabajar», en *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, autores varios, Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, J. L., (dirección y coordinación), 331-374. Granada: Comares.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (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 *Revista Española de Derecho del Trabajo* 157: 17-62.
- ROJO TORRECILLA, E. (2002): «El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes», en *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, autores varios, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (directores y coordinadores), 1525-1551. Granada: Comares.
- ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F. (2010): Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas. *Revista Temas Laborales*, 104: 13-40.
- SÁNCHEZ BARRICARTE, J. J. (2010): *Socioeconomía de las migraciones en un mundo globalizado*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (2008): *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*. Albacete: Bomarzo.
- (2012): *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*. Granada: Comares.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES: LA EVIDENCIA DE UNA INSUFICIENCIA NORMATIVA^(*)

ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ

Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València

RESUMEN

Crisis económica y derecho al trabajo de los inmigrantes: la evidencia de una insuficiencia normativa

La actual situación de crisis económica y la caída del empleo en el contexto actual de ha provocado una mayor vulnerabilidad de la situación de los trabajadores inmigrantes, en particular en lo relativo a la protección frente a la pérdida del empleo, tanto para aquellas personas que se encuentran en situación administrativa regular como a las que carecen de los permisos legalmente establecidos. La ley 4/2000 se ha demostrado insuficiente para garantizar los mínimos derivados del reconocimiento del derecho al trabajo de las personas inmigrantes. Es cierto que se ha reconocido formalmente el principio de igualdad formal en el ejercicio del derecho al trabajo, una vez pasado el filtro de la autorización, y el principio de realidad laboral para los inmigrantes sin autorización, no obstante, este reconocimiento no se traduce en una garantía de disfrute del derecho al trabajo y de los derechos a él anudados.

Palabras clave: Crisis económica, derecho al trabajo, trabajadores inmigrantes, ley 4/2000 de 1 de enero, protección frente al despido

ABSTRACT

Economic crisis and right to work of migrants workers: evidence of regulatory deficiency

The current global economic crisis and the unemployment growth has affected migrant workers, with or without work and residence permit, rising their vulnerability in terms of employment and protection against dismissal. The current legal framework, law 4/2000, has showed its insufficiency to guarantee the minima protection of the right to work of migrants workers. It is true that law 4/2000 has recognized the principle of formal equality in the exercise of the right to work, for migrants workers having work and residence permit (article 10 LOEX with articles 3, 23 and 36). Moreover, this law has also recognized special provisions and protection for migrant workers who have no residence and work authorization (art. 36.5 LOEX). Nevertheless, this recognition does not provide sufficient guarantee for the protection of right to work and all the rights arising from it.

Keywords: Economic crisis, right to work, migrants workers, Law 4 / 2000 of 11 January, protection against dismissal

SUMARIO

- I. LA INMIGRACIÓN ECONÓMICO-LABORAL Y EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES.
- II. LA PRECARIZACIÓN POR LA VÍA DE LA NORMA: PUNTOS GRISOS EN LAS GARANTÍAS DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS INMIGRANTES.

(*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+D dirigido por la Dra María José Añón Roig, con referencia DER2009-10869.

- 2.1. El derecho al trabajo de los inmigrantes: reconocimiento y obstáculos *de iure* y *de facto*.
- 2.2. Las vías de solución ensayadas: fracasos y propuestas alternativas para asegurar la eficacia del reconocimiento del derecho al trabajo.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INMIGRACIÓN ECONÓMICO-LABORAL Y EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES

La llamada «inmigración económico-laboral» sigue siendo hoy en día la vertiente protagonista de los movimientos migratorios⁽¹⁾, gestionados fundamentalmente desde el enfoque de las personas inmigrantes en función de su rentabilidad, de la pervivencia normativa de desigualdades graves en cuanto al acceso y disfrute de los derechos sociales y, en definitiva, institucionalización legal de la exclusión social.

Paradójicamente, aun siendo el trabajo formalizado la vía jurídicamente establecida como prioritaria para la gestión de los flujos migratorios, el derrumbe del empleo en el caso español⁽²⁾ no había significado un descenso del porcentaje de población inmigrante entre los años 2008 y 2011, lo que apuntaba a un elevado grado de resistencia y asentamiento de esta población. Esta tendencia a la permanencia se está invirtiendo, produciéndose una inflexión en 2012 confirmada en 2013⁽³⁾, lo cual casa con el efecto previsible de una destrucción de empleo masiva especialmente sentida entre los trabajadores inmigrantes que

(1) El informe de la OIT de 2010, *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos*, indicaba las cifras que demuestran esta afirmación en el plano internacional: los 214 millones de migrantes internacionales estimados en 2010 representan únicamente el 3 por ciento de la población mundial, entre ellos, los trabajadores migrantes (es decir, las personas que emigran en busca de trabajo) y sus familias representan alrededor del 90 por ciento del total de los migrantes internacionales. No cabe duda por tanto, señala el informe, de que la migración actual es claramente laboral, <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf>. La doctrina ha definido la inmigración laboral como un «conjunto de flujos migratorios cuyos protagonistas principales son personas nacionales de terceros Estados con un escaso nivel de desarrollo socioeconómico donde las condiciones de vida son difíciles, que emigran hacia otros países y sociedades más evolucionadas socioeconómicamente a la búsqueda de unas mejores condiciones sociales y de vida que le permitan tener un desarrollo vital digno que mejoraría al de sus países y sociedades de origen. Aparece configurado, pues, el trabajo, la actividad laboral susceptible de desarrollar, como el medio para la consecución de la finalidad pretendida» (MONEREO, TRIGUERO: 2012, 15).

(2) Como dato característico de este cambio en el mercado de trabajo español debe recordarse que en 2007 había 1.760.000 personas en paro, un 8% de la población activa. El primer trimestre de 2013 se ha saldado con una tasa de desempleo de 27.16%, unas 6.202.700 de personas en paro. La tasa de desempleo juvenil (población menor de 25 años) es del 55.9% según datos del Eurostat (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLI-C/3-30042013-BP/EN/3-30042013-BP-EN.PDF)

(3) A uno de enero de 2001, el número de extranjeros empadronados era de 1.370.656, lo que suponía un 3,3% de la población total. En 2010, en plena crisis económica, los extranjeros eran 5.747.734, un 12,2%. El incremento en este período fue de un 319%. En enero de 2012, según los datos del padrón, la cifra de ciudadanos extranjeros tan sólo había descendido en un 0.1%, situándose en 5.711.040 personas, no obstante, la tendencia al descenso aumenta considerablemente en 2013, según las cifras de la estadística del Padrón Continuo a 1 de enero de 2013 el número de extranjeros inscritos baja en 216.125 hasta 5,5 millones, de los cuales 2,4 millones son ciudadanos de la UE. Esta

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

se traduce en un agravamiento de la posición de desigualdad y la mayor vulnerabilidad de estas personas en el mercado de trabajo español⁽⁴⁾.

Como han demostrado diversos estudios, esta caída responde a las condiciones en que se ha producido el incremento del empleo, ya que una buena parte de los 7 millones de empleos creados entre 1995 y 2007 se ubicaron en sectores intensivos de mano de obra, caracterizados por la exigencia de bajas calificaciones, formas precarias de contratación, temporalidad, salarios bajos y escasa promoción profesional⁽⁵⁾. La ubicación de los inmigrantes en estos sectores deriva tanto de la propia demanda, en particular respecto de las personas que entran de manera irregular, como de los mecanismos de control de flujos establecidos en la normativa vigente, sobresaliendo muy particularmente en el sector de la construcción (MIGUÉLEZ *et al.*: 2012, 334)⁽⁶⁾. Se trata de una tendencia con muchas posibilidades de agravarse en los próximos años, tanto por la situación económica como porque, dados los requisitos para la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo, un amplio número de los inmigrantes reclutados van a recaer en una situación de ilegalidad, acompañada de la vulnerabilidad derivada de una restricción creciente cualitativa y cuantitativa de las prestaciones sociales garantizadas por el Estado (ÁLVAREZ: 2012, 91).

A pesar de la caída del empleo, los inmigrantes siguen ocupando en el estado español unos 2.018.900 puestos de trabajo (en el primer trimestre de 2013), ubicándose como hemos dicho en una distribución sectorial y ocupacional tal que convierte su participación en una pieza clave para el funcionamiento del mercado de trabajo español (OLIVER: 2012, 65). No obstante, el deterioro de las condiciones de trabajo ha supuesto una mayor vulnerabilidad en el ejercicio de otros derechos, como la reagrupación familiar-escolarización de menores, la pérdida de vivienda⁽⁷⁾ o del derecho a la atención sanitaria.

Ante esta situación el ordenamiento jurídico que enmarca la cuestión, más allá de las declaraciones de motivos de las distintas leyes que incluyen nominativamente el objetivo de la integración social⁽⁸⁾, no han aportado ninguna solución a esta situación de desigual-

reducción de población extranjera del 3,8% se divide entre los pertenecientes a la UE-27, que disminuyen en 90.639 y los no comunitarios se que se reducen en 125.486 personas.

(4) En lo que respecta al desempleo, desde el año 2010 el aumento del paro entre las personas inmigrantes viene siendo especialmente llamativo, muy superior al de los porcentajes de trabajadores nacionales, pasando de una tasa de paro del 15,3% en el segundo trimestre de 2008, a un 29% en el mismo trimestre de 2010. En el segundo trimestre de 2012 la tasa de paro de las personas inmigrantes era de un 35,76%, trece puntos superior a la tasa de paro de los españoles, siempre según los datos de la EPA. Con los datos del primer trimestre de 2013 la situación se agrava, el paro sube en 156.800 entre los españoles y en 80.500 entre los extranjeros. La tasa de paro de la población extranjera es del 39,21%, 14,1 puntos superior a la de las personas de nacionalidad española (25,11%).

(5) Siguiendo los datos que aporta el INFORME ESPAÑA: 2011, 258. En el informe realizado por ARAGÓN *et al.* 2010 se concluye que la tasa de temporalidad de las personas inmigrantes supera el doble de la registrada por las españolas.

(6) Según revela el INFORME ESPAÑA: 2011, 257. Desde el año 2002 los afiliados extranjeros se han concentrado los sectores de construcción, servicio doméstico, agricultura, hostelería, comercio y, en menor grado, en industria. La concentración en el sector de la construcción se elevó hasta el pico de 2007, con un 21,1% de extranjeros afiliados al sector. Desde entonces, el descenso ha sido continuado. El informe señala igualmente la existencia de «nichos refugio» que han ido repuntando como el servicio doméstico, la agricultura o el comercio.

(7) INFORME ESPAÑA: 2011, 274.

(8) El análisis de la existencia de este doble discurso en la Unión Europea ha sido realizado por AÑÓN, MIRAVET: 2008, 87 y ss.

dad, vulnerabilidad y exclusión. Más bien al contrario, en las últimas reformas se han mantenido los rasgos anteriores aunque en el momento de realización de las mismas (la Ley Orgánica 2/2009 y la aprobación del Reglamento de Extranjería 551/2011) ya era previsible lo sucedido en el mercado de trabajo español. Y es que, en realidad, a pesar de los avances que supuso la Ley 4/2000⁽⁹⁾, un buen número de autores coinciden en señalar el carácter continuista de la evolución de la legislación española de extranjería.

Desde la ley 7/1985, y a pesar de la mencionada evolución de la regulación de la extranjería a la inmigración, puede afirmarse que todas las normas han primado el objetivo del control frente al de integración (RODRÍGUEZ-PIÑERO: 2010) y se han fundamentado en un reconocimiento en términos económicos de la inmigración⁽¹⁰⁾. De esta manera, se ha venido produciendo un completo asentamiento tanto sociológico (PISARELLO: 2004) como normativo del llamado «principio de prioridad nacional» en el acceso al trabajo y a los derechos a él anudados, incompatible con la asunción de la igualdad material, ya que sitúa a las personas inmigrantes en una posición instrumental subordinada.

Este diseño normativo ha permitido generar un quantum de inmigración «rentable», al que se reconoce una serie de derechos, que no alcanzan la equiparación, que convive o que oscila entre este ámbito y aquel compuesto por personas, «no rentables», confinadas a la irregularidad, el trabajo sumergido o la marginalidad del trabajo nacional, (MAESTRO: 2010, 59). El objetivo, la construcción de un inmenso ejército de reserva que se utiliza como colchón de urgencia para paliar el aumento vertiginoso del desempleo de nacionales.

En concreto, la última reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 ha supuesto la asunción de los principios inspiradores de la política comunitaria de regulación de la inmigración y la extranjería, particularmente expresados en la Directiva 2008/115. En particular, se prioriza tanto la lucha contra la inmigración ilegal mediante el aumento del control como la utilización de los beneficios de la migración legal, vinculada a las necesidades del mercado de trabajo, lo cual implica no sólo una mayor capacidad de «selección» en la acogida sino también las políticas de favorecimiento del retorno o la repatriación de los inmigrantes irregulares (RODRÍGUEZ-PIÑERO: 2010).

De esta manera, el inmigrante «regular», es objeto de una doble caracterización, como mano de obra/amenaza, frente de la que debe protegerse al mercado de mano de obra nacional, y como mano de obra/solución, dado que su marcha va a favorecer la situación del mercado de trabajo en general, descenderá el paro, y de los trabajadores españoles en parti-

(9) Se es consciente de que esta norma supuso un giro en la regulación de la extranjería en el Estado español. No obstante los vectores que sustentan el marco de la misma no han cambiado: inserción laboral y control siguen siendo los objetivos protagonistas. Así lo marca claramente la propia Exposición de Motivos del Reglamento de Extranjería donde se afirma que su contenido responde a «la voluntad de consolidar un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo», introduciendo entre otros determinados mecanismos para «evitar la sustitución de mano de obra que ya existe en el mercado laboral». Esta plasmación del principio de preferencia nacional y de defensa de los trabajadores nacionales, tratando al inmigrante como mercancía contingente, se corrobora en el mismo texto cuando se afirma que el Reglamento también apuesta por «fomentar y garantizar la movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes».

(10) Para un recorrido por las distintas fases y esfuerzos de adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales, vid. ÁLVAREZ: 2012, 69-96. En estas páginas el autor destaca el carácter fluctuante de un modelo caracterizado por el cambio continuo, la discrecionalidad administrativa y una limitada e indirecta influencia sobre la realidad de los flujos migratorios.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

cular. Mientras, el inmigrante que carece de autorización para trabajar y que se inserta en el mercado de trabajo es penalizado y situado en una posición de total vulnerabilidad, a pesar de la evolución del art. 36.5 LOEX y del reconocimiento de derechos colectivos laborales.

Cualquier análisis que pretenda aprehender los rasgos característicos de la integración laboral de las personas inmigrantes debe tener en cuenta el particular momento, ya no coyuntural sino a lo que parece estructural, que atraviesan las relaciones capital-trabajo desde el punto de vista global y muy especialmente en el estado español⁽¹¹⁾. Este escenario laboral presenta una agudización de los ya característicos rasgos de desempleo, temporalidad, parcialidad y precariedad salarial, que afectan particularmente a la población inmigrante⁽¹²⁾.

La reforma laboral de 2012, sobre la cual se han expresado numerosas dudas respecto de su adecuación constitucional e internacional, en particular respecto del Convenio 158 OIT, persigue como objetivo inmediato la devaluación salarial y como finalidades mediatas la facilitación del despido y la flexibilización máxima de las relaciones de trabajo, otorgando poderes exorbitantes al empresario que rompen definitivamente cualquier atisbo de pacto entre capital y trabajo. La degeneración del principio de estabilidad en el empleo provoca un aumento en cascada de la precariedad y de la vulnerabilidad, expulsando del mercado formal de mano de obra a aquellas personas menos protegidas, esto es, a las que dependen de una doble condición normativa para estar en él, que no son otros que las personas inmigrantes. Así, con un marco regulador doblemente sujeto a los vaivenes político-normativos, la situación actual de las personas inmigrantes en el mercado de trabajo nos demuestra cómo el modelo español de regulación de las migraciones laborales ha sido incapaz de adaptarse a las circunstancias y exigencias actuales⁽¹³⁾.

En este escenario, el presente trabajo se centra en el análisis de los condicionamientos jurídicos del ejercicio por las personas inmigrantes del derecho al trabajo. A lo largo de las siguientes páginas, va a sostenerse la siguiente hipótesis: en el plano de las relaciones individuales de trabajo, aun cuando formalmente se haya reconocido el principio de igualdad formal en el ejercicio del derecho al trabajo, una vez pasado el filtro de la autorización, (art. 10 LOEX en conjunción con los arts. 3, 23 y 36 de la misma) y el principio de realidad laboral (art. 36.5 LOEX) para aquellos inmigrantes sin la consabida autorización, este reconocimiento no se traduce en una garantía de la igualdad en el disfrute del derecho al trabajo y de los derechos a él anudados.

II. LA PRECARIZACIÓN POR LA VÍA DE LA NORMA: PUNTOS GRISOS EN LAS GARANTÍAS DEL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS INMIGRANTES

El estudio propuesto requiere un previo apunte respecto a la norma fundamental que recoge el punto de partida de la construcción del derecho al trabajo. Como han señalado distintos autores (PISARELLO: 2004, 77; ÁLVAREZ: 2012, 73), la Constitución Española no podía

(11) Para esta cuestión se remite a GUAMÁN, ILLUECA, 2012, y a la bibliografía allí recogida.

(12) Para un análisis de esta serie de factores, hasta el año 2009, vid. ARAGÓN, 2010.

(13) En extenso sobre esta cuestión, que trataremos brevemente a lo largo de estas páginas, vid. ÁLVAREZ, 2012.

prever la importancia que la llegada de inmigrantes iba a tener en el Estado español y se preocupó prioritariamente del estatuto de los extranjeros, contemplándolos como personas ajenas al sistema y con interacción ocasional con él. Tal imprevisión, plasmada en un confuso estatuto de los derechos de los extranjeros ha sido paulatinamente encauzada por la jurisprudencia constitucional construida en torno al concepto y amplitud de la dignidad humana, como vértice de una división tripartita de los derechos constitucionalmente recogidos.

La bien conocida triple partición de derechos realizada por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984) ha sido la base justificar las diferencias en el reconocimiento de la titularidad de los diferentes derechos constitucionales a las personas inmigrantes. Sometida a una crítica doctrinal abundante⁽¹⁴⁾, esta partición distingue entre un primer bloque ligado a la dignidad humana, los derechos que por su contenido, y por la dicción explícita de la Constitución de 1978 sólo se reconocen a los ciudadanos españoles, como el de participación política del art. 23 CE y aquellos derechos que son susceptibles de reconocimiento modulado, restringido o limitado por el legislador, respetando el marco normativo supranacional⁽¹⁵⁾. En el marco de esta división se coloca el derecho cuya garantía formal y material es objeto del presente estudio, el derecho al trabajo, que se situaría en el tercer escalón mencionado.

2.1. El derecho al trabajo de los inmigrantes: reconocimiento y obstáculos *de iure* y *de facto*

Como ya hemos señalado, uno de los principales rasgos del reconocimiento de los derechos sociales, incluso prestacionales, a inmigrantes, que se incluyen a partir de la Ley 4/2000 y sobretudo con la reforma de la LO 8/2000, es el doble mediación normativa: como derechos sociales en sí y como derechos sometidos a la condición de la posesión de una autorización administrativa (MAESTRO: 2010).

Esta doble mediación normativa tiene, según la interpretación del Tribunal Constitucional, unos límites infranqueables. Es cierto, por un lado, que el texto constitucional admite, como reconocía el propio Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 107/1984, una desigualdad de partida, en el momento del acceso a la misma condición de trabajador inmigrante. No obstante, por otro lado, el mismo Tribunal ha señalado en su sentencia 236/2007 (FJ 3), que no es admisible es una desconstitucionalización efectiva del régimen jurídico de los extranjeros. Y no es posible porque tanto la titularidad como el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente, esto es, el legislador debe respetar los límites del conjunto de este Título y particularmente los derivados de los apartados primero y segundo del artículo 10 CE.

(14) GARCÍA AÑÓN, 2004, p. 175; BAYLOS, 2009, p. 33; RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2003; MONEREO, TRIGUEROS, 2008;

(15) El art. 15.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea afirma que «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 que disfrutaban los ciudadanos de la Unión»

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

Aun cuando el Tribunal Constitucional realizaba esta afirmación respecto de la totalidad de los derechos contenidos en el Título I, la propia dicción del art. 35.1 CE, que expresamente señala a los españoles, permite la desconstitucionalización, si bien, como justificaremos, de manera parcial. De hecho, respecto del derecho al trabajo, en sí y en relación con el inmigrante, se ha producido una doble degeneración por la vía normativa del derecho, permitida por la conjunción entre la dicción constitucional del art. 35 CE, *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo*, y el reenvío legislativo previsto en el art. 13.1 CE en términos absolutos, «permitiendo la construcción de un espacio de disposición normativa del derechos, de la titularidad del mismo y de su contenido» (MAESTRO: 2010, 65).

No obstante, y a pesar de la literalidad del 35.1 CE, pueden aducirse distintos motivos jurídicos para limitar esta desconstitucionalización del derecho al trabajo: por la vía de su interpretación sistemática dentro de las obligaciones para los poderes públicos impuestas por la cláusula de Estado social, **a**); dados los límites impuestos por la normativa internacional, **b**). Son estos los límites que deben regir las fronteras de la desconstitucionalización y servir por tanto como parámetro para valorar el marco normativo español que regula el derecho al trabajo de las personas extranjeras, los derechos a este acceso anudados y sus consecuencias materiales **c**), tanto en una situación de «regularidad» **c.1**); como careciendo de la misma **c.2**).

a) Partiendo del propio contenido del 35.1 CE y retomando lo establecido en la STC 20/1994, de 27 de enero, debe tenerse en cuenta que este derecho contiene una función tuitiva, dentro del ámbito de lo social y como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), «cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo». Evidentemente tal función no se compadece con la existencia de diferencias en cuanto al disfrute del mismo entre españoles y extranjeros y entre extranjeros y extranjeros.

Por añadidura, como afirmaba SASTRE, el núcleo del derecho al trabajo no se agota en su dimensión individual, fundamentada en la estabilidad en el empleo⁽¹⁶⁾ sino que también implica una dimensión colectiva, con engarce en el art. 40.1 CE. Con esta vinculación es posible afirmar que la constitucionalización del derecho al trabajo establece «un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma»⁽¹⁷⁾. Razonamiento que conectado con la situación actual evidencia la necesidad de que las políticas de empleo se dirijan sin distinción a la población que se encuentra efectivamente trabajando en territorio español. Vemos por tanto que en los mismos objetivos perseguidos por el reconocimiento constitu-

(16) SASTRE: 1996, 231.

(17) STC 22/81 de 2 de julio. En este sentido no olvidamos lo señalado por BAYLOS respecto de la necesidad de conectar el art. 35.1 CE con los principios rectores que establece la Constitución para ordenar la acción de los poderes públicos y muy particularmente con la obligación del art. 40 CE que impone a los poderes públicos la realización de una política orientada al pleno empleo y a garantizar un trabajo decente, BAYLOS: 2009, 35.

cional del derecho al trabajo se contiene un mandato tuitivo de los segmentos de población más vulnerables y una promoción general del empleo, que casan mal, que casan mal con una diferenciación normativa en cuanto a derechos derivados del trabajo efectivo entre nacionales e inmigrantes o entre inmigrantes en situación regular e irregular.

Respecto del derecho al trabajo de las personas extranjeras y las facultades del legislador para su regulación, el Tribunal Constitucional dejó sentados determinados principios en su STC 236/2007, de 7 de noviembre. En términos generales, señala el TC que «el art. 13.1 CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los Tratados Internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida».

Dentro de este marco, el Tribunal sitúa al concreto derecho al trabajo en el último escalón, afirmando que el legislador goza de mayor libertad al regular los derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales, respecto de los que puede modular las condiciones de ejercicio, con los límites establecidos por la normativa internacional y siempre que las condiciones de ejercicio que se establezcan respeten el contenido esencial del derecho y se dirijan a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guarden la adecuada proporcionalidad. Así, retoma lo establecido respecto del régimen jurídico del derecho al trabajo en su STC 107/1984 de 23 de noviembre, F. 4, donde admitía que «una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución» (F. 4)». De una interpretación sistemática de esta jurisprudencia se extrae con claridad que, si bien el legislador tiene cierto margen para regular las *condiciones* de acceso al ejercicio del derecho, una vez reconocido el mismo no cabría un trato diferenciado en las condiciones de su disfrute entre extranjeros y nacionales.

b) Teniendo en cuenta lo antedicho, el examen del marco internacional es fundamental para valorar la adecuación constitucional de la regulación de extranjería respecto del derecho al trabajo. Así, es bien sabido que en términos generales el derecho al trabajo se encuentra recogido reconocido para toda persona, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (*art. 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*); como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*art. 6. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*).

Ligado a este reconocimiento, los textos internacionales han establecido la igualdad de trato del trabajador extranjero, una vez que ha accedido al mercado nacional de trabajo,

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

tanto en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*se reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*) como claramente en el art. 19.4 de la Carta Social Europea (que establece el compromiso de los Estados de *garantizar a esos trabajadores que se encuentren 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*) o en el art. 16.1 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 1977.

En este ámbito de los trabajadores migrantes, es de muy especial relevancia la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 y que entró en vigor el 1 de julio de 2003, la cual no ha sido ratificada ni por el estado español ni por ningún otro país de la Unión Europea (sobre el contenido de la misma vid. el informe de DE LUCAS *et al.*: 2010)⁽¹⁸⁾. Los cuatro puntos de la Convención, como resume el citado informe son la incorporación del principio de no discriminación; el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes no documentados, el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales sobre la base de la no discriminación con el nacional a los migrantes documentados y la eliminación de los movimientos ilegales.

Respecto del tema que nos ocupa, la Convención, distingue en su articulado entre los migrantes documentados y no, recogiendo en la parte III de la Convención (arts. 8 a 35) una amplia serie de derechos reconocidos a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de cuál sea su condición. En particular, cabe distinguir el art. 25.1 que afirma la exigencia de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y otras condiciones de trabajo como son horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término. Igualmente, el mismo artículo señala la obligación de no dispensar un trato menos favorable respecto de otras condiciones de empleo como edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos considerados como tales condiciones por la normativa aplicable.

A continuación el mismo artículo establece en sus apartados segundo y tercero dos principios fundamentales: la obligación de igualdad de trato en la contratación laboral y el mandato a los Estados para adoptar «todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades».

La Convención se refiere expresamente a los trabajadores migrantes en situación de regularidad en el mercado de trabajo, estableciendo con claridad en el art. 54, y sin perjuicio de las condiciones de su autorización de residencia o permiso de trabajo, un elenco de

(18) Con antecedentes y bibliografía sobre la Convención, vid. CANO: 2010.

derechos, basado en la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: a) La protección contra los despidos; b) Las prestaciones de desempleo; c) El acceso a los programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo; d) El acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada. La igualdad de trato viene establecida de nuevo en el art. 55 de la siguiente manera: «los trabajadores migratorios que hayan obtenido permiso para ejercer una actividad remunerada, con sujeción a las condiciones adscritas a dicho permiso, tendrán derecho a igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en el ejercicio de esa actividad remunerada».

Como se ha señalado, esta Convención no ha sido ratificada por el Estado español, las razones de esta ausencia de ratificación han sido diversas, destacando el argumento de que la Convención asegura derechos cuya protección ya ha sido asumida por el Estado mediante otros textos internacionales. En sentido opuesto a esta afirmación, diversos autores han afirmado la oportunidad de llevar a cabo esta ratificación, puesto que, aun cuando en términos generales y desde la dimensión jurídica, la norma nacional es compatible con las disposiciones de la Convención, todavía queda un largo camino para transitar del reconocimiento de la igualdad formal a la consecución de la igualdad material (DE LUCAS *et alt.*: 2010, 32). Coincidiendo con esta opinión y centrando el análisis de la compatibilidad en el ámbito del derecho al trabajo, puede afirmarse que ni el reconocimiento del derecho al trabajo de los extranjeros (art. 10 LOEX) ni el establecimiento del principio de realidad del trabajo (art. 36.5 LOEX) permiten en la actualidad afirmar la existencia material del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular ni se ha conseguido la evitación de un tratamiento de los inmigrantes en situación administrativa irregular menos favorable⁽¹⁹⁾.

c.1) Para justificar esta afirmación debemos partir de la literalidad del reconocimiento del derecho al trabajo de los extranjeros sito en el art. 10.1 de la LOEX. En efecto,

(19) En este marco internacional no puede olvidarse la importante acción de la Organización Internacional del Trabajo. En este ámbito la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación se sitúa como uno de los pilares de la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que obliga a todos los Estados Miembros. En concreto, sobre trabajadores migrantes, la OIT ha desarrollado una labor especialmente importante, sobre la base de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación «regular» y de la necesaria protección de la generalidad de los trabajadores migrantes independientemente de su situación jurídico-administrativa. Son dos los convenios de la OIT dedicados a los trabajadores migratorios: el Convenio n.º 97 relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949 y ratificado por el Estado español), las Recomendaciones núms. 86 y 151, y el Convenio sobre las migraciones n.º 143 (disposiciones complementarias) de 1975, que no ha sido ratificado por España. En el Convenio n.º 97 se establece el principio de equiparación en aspectos como los procedimientos de contratación, las condiciones de vida y de trabajo, el acceso a la justicia así como la reglamentación sobre impuestos y seguridad social. Por otro lado, el Convenio n.º 143 sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de 1975, contempla particularmente la necesidad de adoptar medidas contra la inmigración clandestina y establece la obligación de respetar los derechos fundamentales de la totalidad de trabajadores migrantes, reafirmando el principio de igualdad de trato en materia laboral entre nacionales y personas que se encuentren legalmente en el territorio. Posteriormente, en el año 2004, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, en la que instaba al desarrollo de un plan de acción sobre la materia. El eje de este plan de acción fue la adopción en 2005 del «Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos», publicado por decisión del Consejo de Administración de la OIT en su 295.ª reunión, celebrada en marzo de 2006. Para un tratamiento de esta normativa vid. QUINTANA: 2010.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

este artículo afirma que «los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». El reconocimiento del derecho a ejercer una actividad remunerada es, evidentemente, el reconocimiento del derecho al trabajo y la colocación del trabajador inmigrante bajo el paraguas de las normas laborales, siendo de particular relevancia el Estatuto de los Trabajadores y su art. 4, donde se recogen los derechos de este colectivo.

De esta manera, una vez dentro de la relación laboral regular, la igualdad formal tiene plena vigencia. Es decir, tras la autorización y la contratación, el estatuto de derechos y libertades del que disfruta al extranjero es idéntico al de los trabajadores españoles, tal y como establecen los arts. 3 y 23 LOEX y como afirmó la STC 107/1984 y como se desprende de la normativa internacional antes repasada (CAVAS: 2011).

Sin embargo, la realidad nos demuestra que la igualdad material está distante, por diversos motivos. Desde el punto de vista de la composición y evolución del mercado de trabajo, la mayor vulnerabilidad y la vigencia del principio sociológico/empresarial de prioridad nacional se evidencian en el vertiginoso ascenso de la tasa de desempleo de las personas inmigrantes. Este ascenso evidencia una mayor facilidad para destruir el mismo, derivada de la concentración de estos trabajadores en sectores con un grado más amplio de temporalidad/tiempo parcial y que han sufrido especialmente la crisis, como es la construcción⁽²⁰⁾.

En segundo lugar, y ya desde el punto de vista estrictamente normativo, un rápido repaso a algunos puntos del sistema normativo actual de obtención y renovación de la autorización de residencia y trabajo bastan para corroborar la desigualdad entre nacionales y extranjeros, aun en situación regular, respecto del ejercicio del derecho al trabajo en el estado español. En esta línea, los arts. 63.1, 67.8 y 70.7 del Reglamento de Extranjería (Real Decreto 557/2011) establecen la vinculación de la autorización con el alta efectiva en seguridad social. El primero de ellos indica, siguiendo lo dispuesto en el art. 36.2 de la LOEX, que la validez de la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena está condicionada al alta en la seguridad social, esto es, a un acto del empresario sobre el cual el trabajador no tiene posibilidad ni de control ni de influencia. De hecho, durante los tres meses posteriores a la entrada, plazo que se le da al empresario para la firma del contrato y el alta en la seguridad social, el trabajador inmigrante no podrá trabajar si no se han dado estas condiciones. Transcurrido ese tiempo, de no producirse la firma del contrato y el alta, la persona inmigrante tendrá que abandonar el país⁽²¹⁾, dado que su situación ha devenido «ilegal», sin que haya realizado él ninguna acción jurídi-

(20) Sobre la elevada concentración de mano de obra inmigrante en ese sector vid. OLIVER: 2011, 35 y ss.

(21) Cabe la posibilidad, *ex art. 67* del Reglamento de que el empresario que ya no necesite la prestación laboral lo comunique a la Oficina de Extranjería, aunque no está obligado a ello, y al trabajador y éste sea provisto de una copia de tal comunicación para que se le facilite el acceso a los Servicios de Empleo. El intento de la norma de paliar una situación gravísima es claramente insuficiente, el trabajador inmigrante tiene pocas posibilidades de encontrar trabajo, en una situación de desempleo de un 24,63 % en el segundo trimestre de 2012, y tendrá que regresar a su país, perdiendo así la importante inversión realizada para el viaje, o resignarse a trabajar sin permiso y arriesgarse a la consabida sanción grave.

camente reprochable, so pena de enfrentarse a una sanción administrativa grave [ex art. 53.1.b) LOEX], que conlleva la sanción grave de multa [art. 55.1.b) LOEX] o expulsión del territorio [art. 57.1 LOEX].

Idéntica situación de ilegalidad se producirá si el inmigrante en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que es titular [art. 52. d) LOEX]. Esta imposición reduce notablemente las posibilidades del trabajador inmigrante respecto de la elección y búsqueda de un nuevo trabajo, en caso de finalizar el que le abrió la puerta a la autorización, limitando así las posibilidades de renovar la misma⁽²²⁾. Por añadidura, es fácilmente deducible que la limitación de la movilidad de los trabajadores inmigrantes se sitúa en la línea del aumento de las posibilidades de control sobre los mismos (MOLINA, VELA: 2011, 111). A esta responsabilidad del inmigrante no se le anuda ninguna contrapartida por parte del empresario con el que firmó el contrato a través del cual obtuvo la autorización inicial de residencia y trabajo. Cabe recordar que este contrato debe tener una duración similar a la de la autorización solicitada, sin embargo, nada impide al empresario romperlo, por las vías jurídicamente permitidas por las normas laborales, manteniéndose la obligación del trabajador de mantenerse en la demarcación geográfica y de actividad (CHARRO, SÁNCHEZ: 2011)⁽²³⁾.

c.2) Las trabas para la entrada de inmigrantes por la vía «regular» son absolutamente evidentes⁽²⁴⁾, cuestión que sin duda estimula la vía de la irregularidad para entrar en el

(22) En esta cuestión en concreto es reseñable el contenido del art. 39 de la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familias, que establece los siguientes dos principios: «1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia; 2. Los derechos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención». No parece compatible este reconocimiento de la libre circulación y residencia dentro del territorio con la obligatoriedad de ceñirse a un determinado ámbito geográfico en la búsqueda de empleo.

(23) No acaban aquí las novedades del reglamento en cuanto a las condiciones de trabajo de los inmigrantes. Curiosamente, el art. 64.3.c) del texto parece obligar al empresario a pagar el SMI como tope mínimo en los contratos a tiempo parcial. De nuevo este requisito ha sido interpretado como un intento del legislador de proteger a los inmigrantes (MOLINA, VELA: 2011), y de nuevo debe cuestionarse esta interpretación. El uso contrato a tiempo parcial, en términos generales, ha sido particularmente fomentado en la Ley 3/2012, recurriendo a la vía de la «flexibilización», esto es, introduciendo la posibilidad de la realización de horas extraordinarias y convirtiéndolo en una suerte de contrato a llamada, sin que se haya aprovechado la reforma para introducir un tope mínimo salarial similar al que el Reglamento de Extranjería prevé exclusivamente para los extranjeros. Las consecuencias pueden ser claras, el principio de preferencia nacional se está fomentando creando una situación inversa a la habitual, en la que la mano de obra inmigrante va a ser más «costosa» que la nacional. En la misma línea de desincentivar la entrada de inmigrantes en el mercado de trabajo puede situarse el art. 65 del Reglamento de Extranjería, que complejiza notablemente la realización del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura o las dificultades adicionales para conseguir la renovación de la autorización inicial.

(24) Para corroborar esta afirmación también puede acudir a la observación de dos tipos de datos, por un lado, las cifras de los contingentes de los últimos años: en 2007 el Gobierno autorizó un contingente de 27.034 trabajadores, en 2009 esta cifra se redujo a 901 quedándose en el 2010, denominado ya «gestión colectiva de las contrataciones en origen, según la nueva nomenclatura acuñada por la Ley 2/2009, en la ya meramente simbólica cifra de 168 trabajadores. Respecto de las modificaciones en esta cuestión vid. ROJO, CAMAS: 2010, 26-27; por otro lado, una revisión del contenido del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para 2012 nos ofrece un

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

mercado de trabajo español. Consciente de esta realidad, del amplio volumen de trabajadores que quedaban, y en cierta manera quedan, desprotegidos frente a los posibles abusos empresariales, la Ley 4/2000 introdujo una suerte de «principio de realidad»⁽²⁵⁾, mantenido en la actualidad en el art. 36.5 de esta norma, con efectos tanto sobre los derechos derivados del contrato como, de manera más restrictiva, relacionados con la seguridad social⁽²⁶⁾.

De hecho, la Ley 4/2000 supuso, con la introducción del antiguo art. 33.3 contundente viraje, respecto de la situación anterior, tanto normativa como jurisprudencial⁽²⁷⁾, aun cuando como veremos hay interpretaciones doctrinales que cuestionan esta interpretación. Es bien sabido que el art. 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985 no dejaba duda acerca de la exigencia de la autorización pertinente para poder ejercer una actividad lucrativa, fuera por cuenta propia o ajena, mientras que su reglamento (RD 155/1996) abundaba en la cuestión señalando la imposibilidad de que un empresario contratase a un extranjero que no se encontrase autorizado para trabajar en España. Dado este marco normativo, la jurisprudencia vino considerando largamente la nulidad de pleno derecho del contrato⁽²⁸⁾, evitando por la vía de la aplicación del art. 9.2 ET la situación de enriquecimiento injusto del empresario, al reconocer al trabajador la posibilidad de exigir su remuneración a pesar de la nulidad del contrato.

2.2. Las vías de solución ensayadas: fracasos y propuestas alternativas para asegurar la eficacia del reconocimiento del derecho al trabajo

Como hemos señalado, la situación cambió cuando la Ley 4/2000 introdujo en su art. 36.3 el bien conocido inciso «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 de los derechos del trabajador», redacción que ha sido variada en las

sorprendente panorama: en una amplia mayoría de provincias españolas se requieren, exclusivamente, deportistas profesionales y entrenadores. <http://www.sepe.es/contenido/empleo_formacion/catalogoocupaciones_dc/pdf/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf>.

(25) El propio Tribunal Constitucional remarcó este principio de realidad o materialidad en su STC 259/2007, de 19 de diciembre y sobre el derecho de huelga, al indicar que el concepto de trabajador ha de entenderse en su consideración material, esto es «independientemente de la legalidad o ilegalidad de situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona» (FJ 7.º).

(26) Al respecto de estos últimos efectos vid. la contribución del profesor Carlos Alfonso Mellado en esta misma publicación.

(27) Para un recorrido por la evolución de este «principio de materialidad laboral» vid. AMAADACHOU, 2011; DÍAZ: 2010; RODRÍGUEZ: 2009; CEINÓS: 2009; ROLDÁN: 2008; LOUSADA, CABEZA, 2004; BALLESTER: 2003; TARABINI-CASTELLANI: 2003.

(28) Dos fueron las vías principales para afirmar esta nulidad, la falta de capacidad del trabajador y la nulidad derivada de la vulneración de una norma imperativa por parte del empresario. Como recuerda BORRAJO, aun aceptando que el contrato de trabajo en estas situaciones era nulo y por tanto ineficaz, introdujeron dos salvaguardas respecto de los derechos de los trabajadores: por un lado, en cuanto al derecho al cobro del salario, se utilizó el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (*en caso de que el contrato resulte nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración correspondiente a un contrato válido*); por otro lado, respecto de los accidentes de trabajo, se admitió el acceso a la protección por dicha contingencia, en base al principio de automaticidad de las prestaciones y a la aplicación del principio de igualdad de trato, sin requisito de residencia, del Convenio OIT n.º 19. BORRAJO: 2008.

distintas reformas experimentadas por esta ley, hasta quedar redactado en la actualidad (art. 36.5) como sigue: «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». Redacción que obedece sin duda, en lo que respecta al ámbito de la seguridad social, a una recepción del legislador de la interpretación jurisprudencial más restrictiva respecto del reconocimiento de las prestaciones de seguridad social (ÁLVAREZ: 2012, 88).

La interpretación doctrinal de este precepto en cuanto a la existencia de un cambio efectivo respecto de la nulidad del contrato no es pacífica. Una serie de autores mantienen que no existe tal viraje, sino que el contrato sigue debiendo ser considerado nulo, dado que tal nulidad «no se deriva de la falta de capacidad del extranjero, pues ese extremo debe ser determinado por su ley personal (art. 9.1 CC), sino de una lesión del orden público, que determina la ilicitud e imposibilidad del objeto del contrato», así, la rectificación normativa iría destinada a clarificar que tal nulidad no impedía el reconocimiento del derecho a obtener la remuneración correspondiente al trabajo prestado *ex art. 9.3 ET* (en este sentido vid. RODRÍGUEZ: 2009; BORRAJO: 2008)⁽²⁹⁾

En sentido contrario, consideramos que debe mantenerse, como señala BAYLOS, que desde la Ley 4/2000 ha venido a reconocerse que el hecho a trabajar no puede admitir diferencias en razón de la nacionalidad porque de la materialidad del trabajo realizado se deduce el goce de todos los derechos anudados al trabajo, recogidos en el art. 4 del Estatuto de los Trabajadores. Lo contrario significaría una doble penalización al trabajador inmigrante y un real «efecto llamada» al enriquecimiento injusto de los empresario y a la utilización irregular de mano de obra extranjera (BAYLOS, 2009, p. 41; RAMOS, 2003, p. 559)⁽³⁰⁾.

Considerando acertada esta última interpretación, y centrándonos exclusivamente en las consecuencias laborales de este reconocimiento de la «materialidad laboral», cabe atender a la opinión jurisprudencial. El Tribunal Supremo se apresuró a confirmar que esta

(29) En un sentido que él mismo reconoce como «políticamente incorrecto» se pronunciaba BORRAJO, afirmando que «hay que sostener que el contrato sin autorización administrativa es nulo, pero esta nulidad no priva al trabajador sin papeles de su derecho a una compensación económica equivalente a los salarios que deberían derivarse de su prestación de servicios si el contrato hubiera sido válido. Esta compensación se produce *ex lege*; no *ex contractu*. Así lo establece con absoluta corrección técnico-jurídica el art. 9.3 del Estatuto de los Trabajadores, que sí acepta la posible nulidad del contrato; y sólo habla, a resultas de tal nulidad, de la «remuneración consiguiente a un contrato válido». Es decir, el art. 36.3 LOEX es una vulgarización del principio sacrosanto de que si el trabajador ha prestado ya su trabajo, aunque el contrato sea nulo, no sufrirá perjuicio por lo que ha hecho. Se trata, a la vez, de evitar el consiguiente enriquecimiento injusto del empleador. De ahí que tenga derecho a percibir el equivalente económico por su trabajo». BORRAJO: 2008.

(30) En línea con este planteamiento, con la jurisprudencia que ha interpretado el precepto y con la evolución de la normativa internacional donde se enmarca la necesaria interpretación expansiva de los derechos laborales se ha pronunciado una buena parte de la doctrina, *inter alia* vid. MONEREO, TRIGUERO: 2010; DE LUCAS *et al.*: 2010; MENDOZA: 2008; ROJO, CAMÓS: 2005; LOUSADA, CABEZA: 2004.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

modificación normativa establecía con toda claridad que el contrato del trabajador extranjero no autorizado ya no podía ser considerado, a partir de la ley 4/2000 como un contrato nulo (STS de 29 de septiembre de 2003, RJ 2003, 7446)⁽³¹⁾. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, incidía en esta «materialidad laboral» y añadía que este apartado 3 del art. 36 de la Ley 4/2000, refiriéndose a su redacción por la Ley 8/2000, «sienta el criterio en cuya virtud la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. De esta forma el propio legislador orgánico, con tal declaración de equiparación, pretende proteger los derechos del trabajador extranjero que, aun careciendo de autorización administrativa para trabajar, está efectivamente trabajando en nuestro país. Tales derechos no se atribuyen a la persona en razón de su nacionalidad o de la situación administrativa en la que puede encontrarse en un momento determinado, sino sólo por el hecho de ser trabajador».

En la misma línea, la jurisprudencia de suplicación ha venido considerando que en estas situaciones el contrato, no sólo es no-nulo sino que debe ser considerado válido y por tanto eficaz desde un prisma jurídico, gozando el así contratado de hecho de todos los derechos laborales y teniendo como obligado contrapunto que soportar los deberes inherentes a dicha condición» (STSJ Madrid, AS 2011\808, FD 16.º).

Abundando en la cuestión, el TSJ de Castilla la Mancha retomaba en su sentencia de 9 de febrero de 2010 (AS 2010\1377) su contundente elaboración respecto de la prevalencia del principio de realidad de la relación laboral existente entre las partes. Es más, como señala este pronunciamiento, debe considerarse que se desprende de este principio el reconocimiento del derecho del trabajador a reclamar los derechos que se deriven de tal relación, y por ello a ejercitar acciones judiciales en defensa de las mismas, dado que «lo contrario supondría el dejar a los trabajadores extranjeros en una situación de absoluta indefensión y en manos de quienes quisieran desconocer sus derechos (...) la inexistencia de las autorizaciones reglamentadas no desvirtúa la condición de trabajador del extranjero, que simplemente presta su trabajo por cuenta ajena en una situación de irregularidad formal, pero encajable dentro de la descripción legal del art. 1.1. del Estatuto laboral».

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos doctrinales y de la contundencia de los pronunciamientos en sede judicial señalados, los problemas interpretativos y de aplicación de las normas laborales vigentes a estos supuestos de trabajadores que carecen de la autorización administrativa requerida han sido múltiples. Por un lado, son evidentes las dificultades que existen para el que se sabe irregular de conseguir la prueba de la existencia de las notas de dependencia y ajenidad o de la realización de las horas extraordinarias; igualmente complejo se presenta el tema del ejercicio de las suspensiones del contrato y el reconocimiento del derecho a la reserva de puesto de trabajo; y, más importante, se eleva la cuestión de las

(31) En el mismo sentido vid. las SSTs de 29 septiembre 2003 (RJ 2003, 7446) y de 7 octubre 2003 (RJ 2003, 6497). La doctrina contraria a la modificación de la consideración de nulidad del contrato ha calificado estos pronunciamientos como «apresurados» o «desafortunados», insistiendo en la rectificación posterior (RODRÍGUEZ: 2009). No obstante, cabe señalar que tal rectificación se ha producido en el estricto ámbito de la seguridad social, como el mismo autor reconoce, pero nada se ha retrocedido en la interpretación respecto de los derechos laborales que se deriven de una prestación de servicios por un inmigrante en situación irregular. En la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo señalada vid. entre otras las recientes: TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 23 diciembre, AS 2011\808; STSJ Cataluña, sentencia núm. 73/2010 de 12 enero, JUR 2010\115127; STSJ Castilla-La Mancha, sentencia núm. 185/2010 de 9 febrero, AS 2010\1377; para un repaso de la jurisprudencia anterior vid. CEINOS: 2007.

garantías de la estabilidad en el empleo o del ejercicio de la readmisión, cuando estas vienen contempladas en la norma laboral bien como garantía de los derechos de los trabajadores ante el cambio de empresario o como remedio ante un ilícito laboral cometido por este.

Un primer ejemplo de estas dificultades lo encontramos en STSJ Cataluña de 20 de mayo de 2011, AS 2011\2245. Se trataba de una sucesión de contratas en la que el empresario subrogante afirmó la imposibilidad de mantener la relación laboral que el trabajador extranjero tenía establecida con la empresa anterior, sin poseer los permisos pertinentes⁽³²⁾. La solución dada es ciertamente creativa pero no satisface los principios que la institución jurídica de la sucesión de contratas establece, la continuación de la relación laboral, como vía para proteger el derecho a la estabilidad en el trabajo de los trabajadores afectados. Igualmente complejo se presenta el tema de la cesión ilegal de trabajadores, por las dificultades que presenta el reconocer a un trabajador sin las preceptivas autorizaciones la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria⁽³³⁾.

Una mayor gravedad presentan los supuestos en los que la falta de autorización puede implicar la imposibilidad de la aplicación de instituciones básicas para la protección de derechos fundamentales de los trabajadores, como es el despido nulo por vulneración de esos derechos o por cuestiones relacionadas con la maternidad.

Sobre estas cuestiones existe una remarcable dispersión doctrinal, con algunas propuestas interesantes. Más allá de las posturas que siguen manteniendo la nulidad del propio contrato y que ya hemos contemplado, pueden diferenciarse dos líneas argumentales (cuyo análisis encontramos en AMAADACHOU: 2011).

Por un lado, la postura que, dada la imposibilidad de la readmisión, se inclina por reconocer el derecho a la indemnización considerando la readmisión imposible dada la carencia de las autorizaciones. La base jurídica para convertir la obligación de readmisión en una indemnización sería el art. 284 de la Ley de la Jurisdicción Social, dado que concurre una causa de imposibilidad legal para proceder a la readmisión del trabajador, que recibiría así la indemnización correspondiente y los salarios dejados de percibir⁽³⁴⁾.

Más interesantes son las posiciones de la doctrina científica y judicial que se han posicionado a favor de la posibilidad de hacer efectiva la readmisión, manteniendo así intactas las consecuencias de la nulidad del despido y la protección del trabajador. La justificación utilizada para mantener esta opción es clara, el incumplimiento de la ley por parte del empresario, su conducta omisiva y antisocial⁽³⁵⁾, no puede suponerle un mayor beneficio.

(32) Cabe señalar que la sentencia admite la exclusión de la obligación de subrogarse de la nueva contrata, advirtiendo que su negativa no produce una infracción del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, afirma que lo que acontece es una infracción del art. 56 del ET dado que el cese de actividad debe considerarse como un despido improcedente y, dada la imposibilidad de readmitir a un extranjero en situación irregular procede la condena solidaria de ambas empresas a la indemnización pertinente.

(33) Señalando estas dos cuestiones, desde el punto de vista de la nulidad del contrato en estas circunstancias vid. RODRÍGUEZ: 2008. El autor sostiene que en cualquiera de estos casos, en el momento normativo actual, obligar a la continuidad del contrato o a la readmisión supondría colocar al empresario en la obligación de cometer una infracción administrativa, que podría derivar incluso en una penal.

(34) Para un resumen de la jurisprudencia partidaria de esta opción y de la doctrina que sigue esta línea vid. ROLDÁN: 2008, p. 145.

(35) En este sentido se han posicionado la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2005, Recurso número 373/2005.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

Las vías para sortear los inconvenientes: el colocar al empresario en una obligación de cometer una nueva infracción o la imposibilidad de readmisión cuando se haya abierto un procedimiento de expulsión, son más complejas.

Una posibilidad es, como señalaba el TSJ de Madrid en su sentencia de 10 de mayo de 2005, que la empresa solicite para el trabajador la preceptiva autorización y, una vez concedida la misma, proceda a readmitirlo. Es evidente la falta de solidez de esta posibilidad dado que la concesión de autorización depende de una pluralidad de factores y no únicamente de la voluntad de ambas partes de la relación laboral.

Otra posibilidad, mucho más interesante y que recae en mayor medida en una propuesta de *lege ferenda* es la que aboga por anudar la regularización de la situación del inmigrante a las consecuencias del despido nulo. De esta manera, cuando un despido fuera calificado como tal, la necesidad de reparar y tutelar los daños y de penalizar al empresario implicaría, por un lado la concesión de la autorización preceptiva, por otro, la obligación al empresario de readmitir y, finalmente, la imposición de una sanción al empresario por haber cometido una infracción administrativa (LOUSADA, CABEZA: 2004)⁽³⁶⁾.

Otros problemas se derivan de la situación que se produce cuando de manera sobrevenida se extingue la vigencia de la autorización preceptiva para trabajar. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TSJ de Madrid en su sentencia núm. 837/2011 de 19 diciembre (AS 2012\369), señalando que, no siendo imputable al empresario esta nueva situación, el contrato deviene nulo, se extingue *ipso iure* y sin indemnización, negando igualmente la posibilidad de aplicar el apartado a) del art. 52 ET relativo a la incapacidad sobrevenida. La solución a esta situación ya no pasa por la antedicha modificación legal relativa a la situación *ex post* sino que requeriría una reforma que reconociera la renovación automática de la autorización preceptiva en el caso de tener un contrato vigente.

En defensa de estas últimas opciones cabe realizar una reflexión entorno a la propia naturaleza de la relación laboral. Ésta presupone la presencia de dos partes situadas en una posición de poder intrínsecamente desigual basada en la propiedad de los medios de producción por parte del empresario y, por tanto, en la situación de dependencia y ajenidad del trabajador. En esta situación, no cabe duda de que la responsabilidad por el enriquecimiento con el empleo de un inmigrante en situación administrativa irregular debe recaer sobre la parte situada en una posición de superioridad, posición que permite al empresario elegir entre ese trabajador y otro, extrayendo así una mayor plusvalía del trabajo de la persona inmigrante y del incumplimiento de la normativa vigente. Por ello, no parece en absoluta descabellada la interpretación señalada, que anuda al despido nulo la consecuencia de la concesión de las autorizaciones pertinentes, permitiendo así la aplicación de las medidas que el ordenamiento laboral establece para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y de aquellos vinculados a la maternidad, entendida ésta como valor per se protegible (STC 92/2008 de 21 de julio)⁽³⁷⁾.

(36) En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2006, Recurso número 740/2006, no veía problema en reconocer que la intervención judicial que admite la validez del contrato y califica como improcedente el despido produce una «regularización impropia», razón por la cual la readmisión en modo alguno es imposible

(37) En esta sentencia se afirmaba que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de

En base a la exposición realizada pueden ratificarse las dos hipótesis de partida. Por un lado, aun cuando estructuralmente se reconozca el derecho al trabajo de los extranjeros con una situación regularizada, no puede afirmarse que el principio de no recibir un trato menos favorable que el de nacionales en lo relativo a las condiciones de trabajo y empleo sea efectivamente protegido y garantizado. Por otro, en el mismo plano estructural y a pesar de la inserción del más concreto principio de realidad laboral en el art. 36.5 LOEX, el mismo no tiene, respecto de los trabajadores que carecen de la preceptiva autorización, los efectos necesarios para la adecuada protección de los derechos básicos de los trabajadores inmigrantes.

Como se recordará, estos derechos venían integrados en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familias. El análisis realizado demuestra, con breves pero claros indicios, cómo las razones aducidas por el Gobierno español para no ratificar la norma internacional, el hecho de tener ya garantizados los derechos que en ella se contienen, se evidencian como falsas.

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A lo largo de las páginas anteriores se ha abordado el análisis de determinados aspectos de la normativa que regula la figura del inmigrante en su condición de trabajador, a efectos de valorar si la aplicación de la misma permite abrir ese nuevo «universalismo igualitario», tanto en términos de derechos estrictamente laborales como respecto de los que se deducen de la condición de trabajador como clase subalterna⁽³⁸⁾. Es decir, si esta normativa puede ser una de las vías que, mediante la reducción de las desigualdades sociales y la participación político-social de los inmigrantes, permita su «integración cívica»⁽³⁹⁾.

No obstante, los obstáculos encontrados demuestran como, con el marco normativo vigente, tal objetivo es imposible. Por un lado, la normativa de extranjería sigue provocando una segregación normativa, que sólo puede solucionarse con una modificación de la misma. La misma, como señalamos, debe integrar, por un lado la concesión de la autorización preceptiva, por otro, la obligación al empresario de readmitir y, finalmente, la imposición de una sanción al empresario por haber cometido una infracción administrativa (LOUSADA, CABEZA: 2004). Así mismo, se plantea como necesario el reconocimiento de la renovación automática de la autorización preceptiva en el caso de tener un contrato vigente.

sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de la misma con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos: así, con el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, por cuya garantía deben velar los poderes públicos conforme al art. 40.2 CE (...) o con el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos al que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 39 CE. Teniendo esto presente, la posibilidad de indemnizar a una trabajadora embarazada despedida sin causa, considerando la readmisión imposible, no colma en absoluto, las exigencias del derecho a la no discriminación por razón de sexo, vinculado directamente con la dignidad humana.

(38) Siguiendo la pregunta que formulaba BAYLOS: 2009, 18.

(39) Tomando el concepto de «integración cívica» de DE LUCAS: 2004.

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

Por último, no puede olvidarse que toda modificación estructural que busque separarse del enfoque del inmigrante como mano de obra rentable o no choca con la vigencia sociológica del denominado «principio de preferencia nacional» (PISARELLO, 2004, 79). Si no se deja de fomentar este discurso desde el plano institucional y no se acoge un enfoque verdaderamente basado en la consecución de la ciudadanía cívica y desligado del mercado, cualquier medida tendente a asegurar derechos a los trabajadores inmigrantes considerados «irregulares» acabará siendo una vía muerta.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, «Informe España 2011», Fundación Encuentro, CESC, 2011, Madrid, 2011.
- AGUELO NAVARRO, P., «La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los derechos humanos», *Revista de Derecho de Extranjería*, núm. 22 (2009).
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La adaptación del modelo español de regulación de las migraciones laborales a los cambios económicos y sociales, una perspectiva evolutiva», *RTSS, CEF*, n.º 351, 2012, pp. 69-86
- AMAADACHOU KADDUR, F., «Tratamiento de la inmigración ilegal en España», *Aranzadi Social* núm. 2/2011 (Estudio).
- ARAGÓN MEDINA, J., MARTÍNEZ POZA, A., CRUCES AGUILERA, J., ROCHA SÁNCHEZ, F., (2009), «La integración laboral de las personas inmigrantes en España. Una aproximación al empleo y las condiciones de trabajo», Fundación 1.º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
- BALLESTER PASTOR, M.A., «Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ de Cataluña de 14 y 30 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, 2003/I, pp. 493-500.
- BAYLOS GRAU, A., *Inmigración y derechos sindicales*, Albacete, Bomarzo, 2009.
- BOLOGNA, S., *Crisis de la clase media y posfordismo*, Akal, Madrid, 2006
- BORRAJO DACRUZ, E., «Accidentes de trabajo y extranjería», *Actualidad Laboral*, n.º 1, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 ene. 2009, p. 12.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L., (2003), «Inmigración y mercado de trabajo en España» *Gaceta sindical: reflexión y debate*, (Ejemplar dedicado a: Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Inmigrantes), n.º 3.
- CANO LINARES, M.ª A., «Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.º. 63, 2010 (Ejemplar dedicado a: Europa y los Derechos Humanos), pp. 137-162
- CAPARRÓS RUIZ, A., NAVARRO GÓMEZ, M.L., (2009), «La precariedad en las relaciones laborales de inmigrantes y españoles», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 102.
- CARRASCO PEREA, R., ORTEGA MASAGUÉ, A.C., (2005), «La inmigración en España: características y efectos sobre la situación laboral de los trabajadores nativos», *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, n.º 80.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Comentario al artículo 10 de la Ley de Extranjería», *Estudios y Comentarios Legislativos*, Editorial Aranzadi, 2011.

- CEINOS SUAREZ, A., Los derechos y libertades de los trabajadores extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000: comentario a las sentencias TC 236/2007, de 7 de noviembre (RTC 2007, 236) y 259/2007, de 19 de diciembre (RTC 2007, 259), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 20, 2008.
- CEINOS SUÁREZ, A., «Régimen jurídico del trabajo de extranjeros en España (I)», *Actualidad Laboral*, N.º 21, Sección Monografías de Jurisprudencia, Quincena del 1 al 15 Dic. 2007, p. 2629
- CHARRO BAENA, P., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Comentario al artículo 36 de la Ley de Extranjería, en *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas). Editorial Aranzadi, 2011.
- CRUZ VILLALÓN, J., «25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas», *Relaciones laborales*, n.º 23, 2010.
- DE LUCAS, «Reconocimiento, inclusión y ciudadanía», en AÑÓN, M.J., *La universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- DE LUCAS, J., RAMÓN, C., SOLANES, A., «Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios», Instituto de Derechos Humanos, Universitat de Valencia. Disponible en <http://www.idhc.org/esp/documents/20080724_InformeImmigracio.pdf>.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», en Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros, AAVV, MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (coords.), Comares, Granada, 2010
- EBER, F.C., OELZ, M., «Bridging the gap: The role of ILO law in regional human rights courts», Discussion Paper, International Institute for Labour Studies, ILO, 2012.
- EDING, K.D., HENDY, J., «The Dramatic Implications of Demir and Baykara», *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, March 2010
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., «Derecho de huelga y delito de desobediencia», *Temas Laborales*, núm. 113/2012. Pp. 183-193
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., «Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000», *Revista de Derecho Social*, núm. 33 (2001).
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2009.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.; MORENO VIDA, M. N., *Inmigración y crisis económica. Retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares, 2011.
- GARCÍA AÑÓN, J., «Medidas antidiscriminatorias y derechos de los inmigrantes» en AÑÓN, M.J., *La universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARCÍA CÍVICO, J., «¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n.º 24, 2011. (a)
- 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, Número 7, Invierno 2011. (b)

III. CRISIS ECONÓMICA Y DERECHO AL TRABAJO DE LOS INMIGRANTES

- GIL LEAL *et alt.* *Indicadores de integración de inmigrantes. Propuesta para contribuir a la elaboración de un sistema de indicadores comunes de la integración*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., (2006), «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo), n.º 63.
- GONZÁLEZ BEGEGA, S., GUILLÉN RODRÍGUEZ, A.M., «La calidad del empleo en la Unión Europea. Debate político y construcción de indicadores», *Revista del Ministerio de Trabajo*, n.º 81, 2009.
- ISIDRO, L., «La grève des travailleurs sans papiers: réflexions sur l'occupation», *Revue du droit du travail*, 2011, p. 363.
- LECLERC, O., WOLMARK, C., «La grève des salariés sans-papiers : aspects juridiques», *Revue du droit du travail*, 2011, p. 363.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., CABEZA PEREIRA, J., «Los Derechos de los trabajadores extranjeros irregulares», *Aranzadi Social*, n.º 7/2004
- LOY, G., «Disparidad de trato y discriminación de los extranjeros extracomunitarios», *Relaciones Laborales*, núm. 15 (2009).
- MAESTRO BUELGA, G., «Derechos sociales de los emigrantes», *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010, p. 53-72
- MENDOZA NAVAS, N.; CABEZA PEREIRO, J. (coords.), *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Albacete, Bomarzo, 2008. (pp. 43 a 81).
- MENDOZA NAVAS, N. y SERRANO GARCÍA, J. M., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005.
- MIRAVET BERGÓN, P. (2005) «Trabajadores inmigrantes, sindicatos y participación», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 12, 2005
- MOLINA HERMOSILLA, O., VELA DÍAZ, R., «El esperado Reglamento de extranjería: principales novedades», *RTSS*, n.º 334, pp. 95-116.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (y II), *Relaciones laborales*, núm. 1, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada», en *Revista Justicia Laboral*
- MONEREO, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C., «Los derechos de los emigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma “pactada”», en *Lan Harremanak*, 2003, n.º 1, pp. 99 y ss.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «El constitucionalismo de tercera generación: rompiendo la tensión entre la definición social del Estado y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. n.º 43. 2009. pp. 245-265.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «Los retos del derecho constitucional ante el fenómeno migratorio: una crítica a la teoría neoconstitucionalista», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 1, 2012, pp. 145-173

- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., «“Constitución del trabajo» e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 26, 2011, pp. 53-76
- ODERO, GERNIGON, GUIDO, *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998.
- OLIVER ALONSO, J., «El empleo inmigrante ante la nueva fase de la crisis y la integración de la inmigración», *Anuario de la Inmigración*, 2012. CIDOB: Barcelona, 2012.
- PAJARES, M., *Sindicatos e inmigración en Europa, 1990-2010*, Barcelona, Icaria, 2011.
- RAMOS QUINTANA, M.I., «Los derechos fundamentales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida», *Revista de Derecho Social*, n.º 42 (2008).
- RAMOS QUINTANA, M.I., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España», *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 240, 2010.
- RAMOS QUINTANA, M.I., AWAD, I., (Coords.), *Migraciones laborales: acción de la OIT y la política europea*, Bomarzo, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «El derecho al trabajo y los inmigrantes extracomunitarios», en AEDTSS, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Gobierno de Cantabria/MTSS, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 8 (2010).
- RODRÍGUEZ CARDO, I., «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, N.º 5, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15 Mar. 2009, p. 504.
- ROJO TORRECILLA, E.; CAMAS RODA., F., «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Temas Laborales*, núm. 104/2010. pp. 13-40.
- ROJO TORRECILLA, CAMÓS VICTORIA, I., «La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 8, 2005, pp. 83-106.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., Imposibilidad de readmitir a trabajador extranjero extracomunitario sin permiso de trabajo en caso de despido improcedente (Comentario a la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 24 de julio de 2007, rec. núm. 3090/2007), *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, n.º 19/2008, pp. 137 y ss.
- RUIZ CASTILLO, M.M., «Marco legal de la inmigración en España. Aspectos laborales», *Revista de Derecho Social*, n.º 22, 2003
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Granada (Comares), 2011.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Las consecuencias contractuales de la falta de permiso de trabajo tras la nueva Ley de Extranjería. A propósito de la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, 2003/I, pp. 157-169.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Derecho de asilo y protección subsidiaria. Nacional de la República Centroafricana. Motivación de la resolución denegatoria del asilo: Modelo administrativo «genérico, inexpressivo y no evalúa en lo más mínimo las circunstancias». Estimación parcial. Retroacción de las actuaciones.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **17 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **21/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Asilo y protección subsidiaria: nacional de República Centroafricana. Relato genérico**

Se indica en la resolución impugnada, como motivos sustentadores de la denegación del derecho de asilo, en primer lugar, que el solicitante «...basa su solicitud en la situación general de inestabilidad de su país de origen, sin que del contenido del expediente se deduzca que haya sido objeto de una persecución personal como consecuencia de esta situación ni que, de acuerdo con la información disponible sobre su país de origen, tal situación justifique, en las circunstancias personales del solicitante, un temor fundado a sufrirla...».

En segundo lugar se añade, como refuerzo de dicho fundamento de la denegación, que «los principales hechos constitutivos de la persecución alegada están lo suficientemente alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad actual de protección, sin que del contenido del expediente pueda deducirse que los hechos relacionados hayan seguido produciéndose o hayan tenido unas consecuencias tales que pudieran considerarse, en sí mismas y en la actualidad, como persecución, o que pudieran justificar un temor fundado a sufrirla...».

Además de lo anterior, afirma la resolución impugnada 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».

De todo ello infiere la resolución del Ministro del Interior —aunque actuando a través del Subsecretario en quien ha delegado—, que los hechos constitutivos de la persecución alegada no se derivan de los motivos recogidos en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra, por lo que se considera que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni tampoco en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria.

Además, la resolución impugnada considera que tampoco constan razones humanitarias que justifiquen autorizar al interesado la perma-

nencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(...).

Sin embargo, esa motivación no basta en el presente caso, y no sólo porque la resolución no da respuesta coherente, concreta y expresiva sobre los hechos invocados, sino también porque concurre aquí un defecto de errónea evaluación del presupuesto de hecho determinante del asilo o de su denegación, deficiencia del acto que trasciende del estricto problema de la motivación, dada la discordancia entre las afirmaciones de la resolución y los hechos de que hay constancia. Las razones son las siguientes:

1. No es cierto que la solicitud de asilo se base en la situación general de inestabilidad del país de origen del peticionario —afirmación un tanto ligera que parece suponer que el recurrente se habría limitado a exponer los peligros genéricos que podría correr todo ciudadano de la República Centrafricana por el mero hecho de serlo—, ya que basta leer el relato incorporado a su solicitud para desmentir dicha imprudente afirmación, toda vez que dicho relato es amplio, circunstanciado y se refiere a hechos de persecución de que innegablemente denuncia el recurrente haber sido víctima y que, de ser ciertos, innegablemente constituirían una causa determinante de la protección internacional que se postula.

Al margen de que el actor afirma pertenecer a la etnia gula y narrar unos acontecimientos producidos contra varios de sus miembros, hechos llanamente admitidos por la Administración y documentados ampliamente, como ACNUR refleja en su informe, así como que el recurrente dice pertenecer al partido político MLPC, circunstancia sobre la que la resolución también guarda absoluto y total silencio, cabe mencionar un ejemplo de que el pretendido motivo denegatorio es falso, ya que, por citar un ejemplo notable, la afirmación contenida en el folio 2.2 del expediente de que «...el solicitante fue arrestado con otras cincuenta personas de su grupo étnico...», hecho que viene seguido de otros datos y circunstancias, no entraña, con toda evidencia, una simple apelación a la situación política general de la República Centrafricana

de la que sólo de forma indirecta o hipotéticamente se deduzca una remota amenaza, sino hechos de persecución que la Administración tiene el deber de valorar específicamente y, si no les otorga credibilidad, explicar al destinatario y a éste Tribunal las razones de tal impresión.

2. El Informe Fin de Instrucción, que podría entenderse como base argumental, si bien meramente implícita, dada la falta de referencia concreta, de la denegación del asilo, no niega en rigor los hechos objeto de la narración del actor, sino que únicamente pone en tela de juicio su vigencia actual, dado el tiempo transcurrido entre el acaecimiento de la persecución política a que se refiere el Sr. Calixto y la resolución del asilo, siendo así que buena parte de ese prolongado periodo se debe a la notable tardanza de la Administración en resolver el expediente —más de dos años, de 2009 a 2011—.

Por tanto, aun no siendo incorrecta la afirmación del órgano de resolución, se habría precisado matizarla, pues no sólo hay que apelar a la distancia temporal, sino razonar mínimamente la influencia en el asunto, pues en el periodo anterior a la entrada en España, a partir de la cual la petición de asilo fue inmediata —2007 a 2009— el propio recurrente reconoce una prolongada estancia en Marruecos, donde afirma haber trabajado y haberse puesto infructuosamente en contacto con la Delegación en esa nación de ACNUR, acerca de lo cual nada se dice en la resolución.

3. También es discutible que el tiempo transcurrido pueda, por sí mismo, ser un factor desencadenante de la denegación del asilo, abstracción hecha de cualquier consideración, y no ya por la falta de actualidad de los hechos de persecución política o étnica, sino como factor en que soportar la inverosimilitud de la petición, esto es, la presumible inexistencia de un temor fundado a ser perseguido por alguna de las causas tipificadas en la Convención de Ginebra y en nuestra Ley patria de Asilo. A tal respecto, el Informe Fin de Instrucción efectúa un extenso análisis de la situación política del país de origen del demandante, remontándose a muchos años antes de los hechos objeto de la narración del actor, en cuyos prolijos detalles no cabe entrar, pero que culmina con

la afirmación de que «...la situación en su país ha experimentado una evolución hacia la estabilidad...», situación de la que seguidamente se añade: «...estabilidad relativa, como ahora se verá, pero que finalmente culminó con la celebración de las elecciones presidenciales el pasado 23 de enero de 2011».

(...).

Ahora bien, el hecho de que la resolución que se recurre esté aquejada de una invalidante falta de motivación, no sólo debida a la exposición formularia de razones obstativas sin un mínimo de precisión, sino además porque se aleja de la verdad o de la realidad fáctica ya consta-

tada en el expediente o reconocida por la propia Administración en sus informes preliminares, no determina, como consecuencia de la declaración de nulidad, otorgar al demandante el derecho de asilo o, al menos, la protección subsidiaria, pues el problema jurídico de la resolución con que nos encontramos es que no establece con la exigible claridad los hechos determinantes del fallo al que llega, hechos de los que en buena medida no hemos podido tener el conocimiento necesario para resolver por nosotros mismos acerca del fondo del asunto, sin que por lo demás los indicios que en favor del actor constan en autos posean la suficiente entidad como para hacerle acreedor del derecho reclamado.

Asilo y protección subsidiaria: Nacional de Nigeria. Falta de aporte documental y claridad en los hechos en los que se fundamenta la solicitud de protección internacional. Se avala, por la recurrente, identidad y nacionalidad nigeriana y haber sufrido mutilación genital. El «agente perseguidor» en su país de origen no ha sido la autoridad. Reconocimiento del asilo: sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes. Estimación parcial.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 21 de enero de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 1309/2010

Ponente: Dña. Ana Isabel Gómez García

Voz: Solicitud de asilo por nacional de Nigeria: mutilación genital

Se dirige el presente recurso contra la precitada resolución, de fecha 24 de septiembre de 2010, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra resolución de fecha 30 de marzo de 2010, dictada por el Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del Interior, denegatoria del derecho de asilo y de la protección subsidiaria solicitada por la recurrente, felicidad, quien dice ser nacional de Nigeria.

Se razonaba en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que no aporta ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia. 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.

Por ello, se considera que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Y que tampoco se desprenden razones humanitarias para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

En la resolución de septiembre de 2010, desestimatoria del recurso de reposición formulado

contra la anterior, se razona que en el escrito de interposición del recurso de reposición la recurrente no aclara los hechos en los que fundamentó su solicitud de protección internacional, alegando en dicho escrito que, antes de contraer matrimonio, le fue practicada la ablación de clítoris, hecho que no incluyó en la solicitud de asilo y que, por tanto, no puede ser tenido en cuenta, por ser una cuestión nueva que no pudo ser examinada por la resolución impugnada. No se aprecia que existan temores fundados de persecución por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 3 de la Ley 12/2009, ni motivos para la concesión de la protección subsidiaria.

Frente a los anteriores razonamientos, en la demanda de este recurso la parte actora alega, en síntesis, que nació en un pequeño poblado de la región de Kano, al norte de Nigeria, zona de extrema pobreza y muy convulsa por la existencia de continuos enfrentamientos entre cristianos y musulmanes, además de frecuentes actos delictivos de las guerrillas locales. Se quedó sin familia y fue casada a la fuerza con un hombre de 70 años, siendo sometida a la ablación de clítoris antes de contraer matrimonio. Convivió con su marido casi un año, siendo sometida a violaciones y palizas. Aprovechando la confusión generada por peleas entre guerrillas, consiguió escapar y, con la ayuda de un cooperante americano de una ONG, logró desplazarse a Níger, Malí, Argelia y Marruecos, hasta que llegó a Valencia, allí unos compatriotas la ayudaron a llegar a Madrid, donde solicitó asilo.

Se razona en la demanda que la recurrente ha sido objeto de persecución personal en el marco de los graves conflictos que se viven en Nigeria, su vida ha estado en peligro por el simple hecho de ser mujer y pertenecer a un determinado grupo étnico, lo que justifica sus fundados temores de ser perseguida en caso de regresar. Asimismo, alega que debe estimarse la solicitud por razones humanitarias, ante las lesiones derivadas del mal trato recibido, la falta de ayuda de sus familiares más directos a causa de la religión que profesa y la realidad del país de origen. Añade que la resolución impugnada adolece de falta de fundamentación, es estereotipada y crea indefensión. Se invoca la situación de Nigeria, concretamente en la región de Kano, de la que procede la recu-

rente, con enfrentamientos entre musulmanes y cristianos y de indiferencia por parte de las autoridades ante situaciones de vulneración de derechos fundamentales, destacando la violencia contra las mujeres.

(...).

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 de la recurrente, por existir un razonable temor a sufrir persecución en su país de origen, afirmando que fue sometida a un matrimonio forzoso con un hombre de 70 años y que antes de la celebración de dicho matrimonio sufrió mutilación genital, hechos que se ponen en relación con la situación general de Nigeria, especialmente en el norte del país, de donde procede la recurrente, inicialmente, en su solicitud de asilo, la interesada alegó el matrimonio forzoso con un hombre mayor que la maltrataba, razón por la que decidió huir del país. Es después de la resolución denegatoria de su solicitud cuando, en el escrito interposición del recurso de reposición contra dicha resolución, alega haber sufrido mutilación genital, hecho que data en el momento anterior a contraer matrimonio.

A petición de la interesada, se ha practicado prueba pericial médica en este procedimiento, realizada por dos médicos forenses del Instituto de Medicina Legal de Galicia, que con fecha 27 de julio de 2012 emiten Informe Médico Forense en el que señalan que la interesada «refiere ablación clitorídea a los pocos meses de nacer». Se describen diversas cicatrices en los miembros inferiores derecho e izquierdo, apreciadas en la exploración física, y se concluye que dichas lesiones son compatibles con instrumento inciso-punzante, y cicatrices en el miembro superior derecho, compatibles con quemaduras, y se afirma que fue objeto de mutilación genital femenina, según refiere, con meses de edad.

Si bien la interesada no acreditó su identidad y nacionalidad, ha mantenido en todo momento ser de nacionalidad nigeriana, aportando datos que avalan tal procedencia y nacionalidad, estando, por otra parte, acreditado que ha sufrido mutilación genital, práctica que refuerza la verosimilitud de su procedencia del norte de Nigeria.

En cuanto a los hechos constitutivos de persecución que dice haber sufrido en su país, aun cuando no hay prueba del matrimonio forzoso que alega, sí está acreditado que sufrió la ablación de clítoris, pero no antes de contraer matrimonio, como se expone en la demanda, sino meses después de nacer. Asimismo, está acreditado que la recurrente ha sido víctima de agresiones y malos tratos, presentando numerosas cicatrices reveladoras de ello y compatibles con un reiterado maltrato y violencia que dice haber sufrido por parte de su esposo. Estas circunstancias son reveladoras de una situación de vulnerabilidad por su condición de mujer, y hacen que sea verosímil su relato en cuanto a su sometimiento a un matrimonio forzoso y a una situación de continuados abusos.

La situación de sometimiento y vulneración de los derechos humanos que ha podido sufrir la recurrente no tendría como agente a las autoridades de su país, sino que el agente perseguidor sería ajeno a tales prácticas, no constando, por otra parte, que la interesada acudiese a sus autoridades en solicitud de protección frente al matrimonio forzoso. Dado que la mutilación genital parece haberse producido a los pocos meses de su nacimiento, es evidente que hubo de ser practicada o consentida por sus propios

padres, sin que tuviese la víctima posibilidad alguna de demandar ayuda frente a tal agresión.

Como se ha expuesto, ni en su solicitud de asilo ni a lo largo de la tramitación del expediente alegó la interesada haber sufrido mutilación genital, alegación que realizó por primera vez en el escrito interposición del recurso de reposición contra la resolución desestimatoria de la solicitud de protección internacional, afirmando haberla sufrido con anterioridad a su matrimonio. Si bien está acreditada la certeza de la mutilación genital, la prueba pericial data tal práctica en los primeros meses de vida de la recurrente, mientras que en el recurso de reposición en vía administrativa y en el presente recurso contencioso administrativo se afirma que fue sometida a la ablación en un momento anterior pero próximo a su matrimonio.

(...).

Por ello, aun cuando la pretensión deducida en la demanda se concrete en el reconocimiento del derecho de asilo, en aplicación de la legislación vigente, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso, parece más adecuado el reconocimiento del derecho de la actora a la protección subsidiaria, con los efectos previstos en los artículos 5 y 36 de la Ley 12/2009.

Asilo: Procedimiento. Inadmisión a trámite de la solicitud. Reiteración de una solicitud ya denegada en España. Nacional de Camerún. Persecución política que encaja en el marco jurídico del asilo y refugio. Principio de prueba: Indicios suficientes. Aportación de nuevos datos que respaldan la pretensión. Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 8 de febrero de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 923/2011

Ponente: D. José Alberto Fernández Rodera

Voz: Solicitud de asilo: persecución política a nacional de Camerún

Se recurre en autos resolución del Ministerio del Interior de fecha 8 de junio de 2011, en la que se denegó el derecho de asilo y la protección subsidiaria a Donato, nacional de Camerún, y a su hijo menor Jacobo, al concurrir la circunstancia prevista en el artículo 20.1.e) de la Ley

de Asilo, que permite la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo cuando la persona solicitante hubiere reiterado una solicitud ya denegada en España, según consta en el informe de la instrucción, con el que ACNUR ha expresado su conformidad, lo que, de acuerdo con el apartado

3 del mismo precepto, supone que la constatación con posterioridad a la admisión a trámite de alguna de las circunstancias que hubiesen justificado la no admisión será causa de denegación.

(...).

El relato fáctico del promovente, recogido en los folios 2.6 y 2.7 del expediente, es el que sigue:

«Se reitera en lo alegado en su primera petición en expte. NUM000. Solicita asilo nuevamente porque tiene pruebas nuevas que desea aportar a esta petición. Perteneció al MJPC desde 2002-2003 y es el presidente del mismo, significa Movimiento de Jóvenes Progresistas de Camerún. Comenzó como un movimiento estudiantil que después se convirtió en político en el 2003. Reivindicaban los derechos de los jóvenes. Como presidente del movimiento fue detenido en tres ocasiones, la primera en Diciembre del 2003 estuvo dos días en prisión preventiva y le exigieron que dejara el partido, la segunda detención fue en Febrero del 2004 y cree que fue por cinco días, en esta ocasión le golpearon fuertemente y decidió parar sus actividades aunque los otros miembros del movimiento continuaron sus actividades. El 24 de diciembre de 2004 fue detenido por tercera vez, le encerraron hasta el 2 de enero de 2005 en prisión preventiva en la Brigada Militar de Edea. Ese día el comisario le interrogó y vio que conocía a su padre, le dijo que no quería verle nunca más en su Comisaría, le dijo que tirara un cubo de agua fuera y esa fue la oportunidad que le dio el Comisario para que escapara. Se fue a casa de un amigo que le dio dinero para trasladarse a Douala y allí otro amigo que trabajaba en el puerto le metieron en un barco a finales de Enero del 2005 que se dirigía a Marruecos. La travesía tardó casi un mes y llegó a finales de Febrero del 2005, cree que a Casablanca. Estuvo unas dos semanas y después saltó la valla con Melilla el 14 de marzo de 2005. Le detuvieron y llevaron a un centro de extranjeros. El 28 de septiembre de 2006 solicitó asilo en la OAR se le denegó y solicita ahora protección internacional porque después de hablar con su abogado ha reunido nuevas pruebas, fotocopias en color de partidos de baloncesto de su movimiento y dos fotocopias en color de cartas de miembros de su movimiento.

En Melilla conoció a Valentina madre de su hijo Jacobo para el que también solicita protección. Preguntado si desea añadir algo más manifiesta que la última detención influyó mucho en su salud presenta informes médicos españoles. Tiene revisiones para el 2011. No puede regresar a Camerún porque la situación continúa igual para él. Si regresa a Camerún tendrá problemas porque está perseguido. Pide asilo por su salud y su seguridad y para poder cuidar de su hijo que nació en Valdemoro Madrid.»

De todo lo expuesto se desprende que la nueva narración fáctica del interesado no sólo resulta coherente, también obtiene nítida correlación con los datos o indicios a que se hizo mérito en ordinal precedente, que apuntan claramente a la existencia de una persecución política que puede encuadrarse en el ámbito jurídico del asilo y refugio (militancia opositora y subsiguientes represalias, información concreta en un medio que la propia legación camerunense reconoce como real, aval de un refugiado político en Bélgica de cierta relevancia, ...), y ha de tenerse en cuenta reiterada y consolidada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, conforme a la cual es necesario tener en cuenta que a tenor del artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, «el derecho de Asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967», siendo preciso considerar que la naturaleza fundamental del derecho de Asilo, recogido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no se realice con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende de la propia Ley, en su artículo 26.2, al utilizar la expresión «indicios suficientes». Como dice nuestro Tribunal Supremo en este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que

en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indiciaria que *prima facie* acredite que quien solicita el asilo o

refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurren.

Asilo: Requisitos para su concesión. Nacional de Bangladesh. Condición de homosexual: Detención, violencia y agresiones padecidas a causa de orientación sexual en su país de origen. Relato elaborado por el recurrente que no puede tacharse de absurdo o inverosímil o con indicios de falsedad, invención o elaboración «ad hoc». Aporte de informe médico: Secuelas y heridas compatibles con malos tratos y torturas. Principio de prueba: Informe de CEAR. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **25 de marzo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **1111/2010**

Ponente: **D. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández**

Voz: **Asilo: nacional de Bangladesh. Persecución sufrida por su condición de homosexual**

Con fecha 27 de octubre de 2009 don Hugo, interno en el Centro de internamiento de Extranjeros de Algeciras (Cádiz), solicitó asilo en España, en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Algeciras, alegando los siguientes hechos: 1) es homosexual; 2) en 2007, en la ciudad de Silet, en un parque llamado «Minipark», fue detenido sobre las 17.00 horas por varios policías al ser sorprendido manteniendo relaciones sexuales con otro hombre; 3) fue agredido por los policías y trasladado a la comisaría de Bienbasad donde permaneció tres días, siendo colgado por los pies y golpeado; 4) fue ingresado en un hospital, donde permaneció veinte días, del que escapó eludiendo la vigilancia policial con ayuda de un amigo; 5) se trasladó a Dakka desde donde emprendió viaje a Europa; 6) en Bangladesh la condena por homosexualidad es de dos años de prisión; 7) solicitó asilo en Marruecos siéndole aceptada la demanda, pero se marchó pues su intención era venir a España.

En escrito de 17 de noviembre de 2009 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados informó que la práctica de la

homosexualidad en Bangladesh está tipificada como delito y que las alegaciones del interesado resultan verosímiles, por lo que la solicitud debería ser admitida a trámite.

La solicitud fue desestimada por Resolución del Subsecretario de Interior de 14 de septiembre de 2010, por delegación del Ministro, por los siguientes motivos: a) el relato resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada, no pudiendo considerarse que haya acreditado suficientemente la veracidad de la persecución, sin que se deduzcan de las actuaciones otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla; b) los elementos probatorios aportados en apoyo de sus alegaciones se refieren a hechos que no ha establecido suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución; c) ha contactado voluntariamente con sus autoridades después de producirse los hechos constitutivos de la persecución alegada, en unas condiciones tales que puede razonablemente dudarse de la necesidad de

protección; d) no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de asilo y en la Convención de Ginebra, ni en los artículos 4 y 10 de la misma Ley, para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Por otra parte, la resolución razona que no se desprenden razones humanitarias o de interés públicos para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(...).

En efecto, el relato de hechos expuesto presenta un contexto razonado y razonable, exento de contradicciones apreciables, lo que unido a las consideraciones expuestas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en su informe de 17 de noviembre de 2009 y en el informe médico aportado, teniendo en cuenta además que solicitó protección en la delegación de dicho Organismo en Marruecos, permiten considerar la existencia de indicios suficientes para hacerle acreedor de la situación que reclama.

Así, en primer término, en la entrevista realizada con la Instrucción del expediente el señor Hugo expuso con suficiente claridad las razones que le llevaron a abandonar su país, sin que las contradicciones señaladas por la Instrucción en relación con el informe evacuado por la organización CEAR puedan ser tenidas en consideración, pues dicho no fue confeccionado por él.

Es preciso señalar que la lengua materna del interesado es el bangla, habiéndose llevado a cabo las actuaciones en inglés, salvo la entrevista, idioma que conoce pero que no domina, lo que puede evidenciar cierta imprecisión en sus manifestaciones. En este contexto, la agresión sufrida en un parque de la localidad donde residía, el trato recibido en la comisaría de policía, el centro hospitalario al que fue conducido —consecuencia de los malos tratos recibidos—, las circunstancias atinentes a la ciudad y el barrio donde vivía, la documentación del ACNUR obtenida en Marruecos, su nacio-

nalidad y las razones que le llevaron a solicitar auxilio en la Embajada de Bangladesh en Marruecos, que no fueron otras que la precariedad de medios y subsistencia que padecía, constituyen, en su conjunto, un discurso que no puede tacharse de absurdo o inverosímil o que presente indicios de ser falso, inventado o elaborado ad hoc.

Por otra parte, el señor Hugo ha aportado un informe médico, emitido por el Dr. Arsenio de la organización Médicos del Mundo, del que resulta un cuadro de secuelas —cicatrices, heridas mal curadas— razonablemente compatible con los malos tratos y torturas que dijo haber padecido, o, como señala el doctor, «Parece haber un alto grado de concordancia entre la historia de síntomas físicos e incapacidades agudas y crónicas, con las alegaciones de torturas y malos tratos. Hay también un alto grado de concordancia entre los hallazgos de la exploración física y las alegaciones de torturas y malos tratos».

(...).

En nuestro caso la Sala estima que existen indicios racionales, siquiera indiciarios, que permiten considerar que el recurrente, a causa de su orientación sexual, ha sido perseguido en su país, Bangladesh, y tiene un fundado temor a seguir siéndolo si retorna a él. Del conjunto de actuaciones se desprende, además, que el señor Hugo no puede esperar protección por parte de las autoridades, lo que unido al hecho constatado de que en Bangladesh las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son constitutivas de delito y están severamente castigadas, y sobre este extremo cabe recalcar que lo que el recurrente alegó es que en su país la condena por homosexualidad es de dos años, y no de diez, como resulta del informe de CEAR, lleva a considerar que el Estado, en este caso Bangladesh, «no cumple con la obligación de brindar protección a personas amenazadas por cierto tipo de perjuicios o daños, ya sea por política o práctica, ni concede protección contra abusos graves».

Asilo y protección subsidiaria. Ciudadanos nicaragüenses. Procedimiento: Solicitud en España y previa en Suecia. Aceptación de las autoridades suecas para su tramitación. Domicilio en España de las solicitantes: La falta de traslado en plazo de las interesadas determina que corresponda a la Administración española adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa reguladora. Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 27 de marzo de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 219/2012

Ponente: D. Jesús Cudero Blas

Voz: Asilo a ciudadanos nicaragüenses: solicitud de protección internacional formalizada en Suecia. Responsabilidad del Estado español

Se impugna en el presente recurso por la representación de doña Zaira y doña Carlota (hija de la anterior) la resolución del Ministerio de Interior de fecha 17 de abril de 2012 por la que se denegó el examen de la solicitud de protección internacional formulada por las citadas interesadas, por corresponder su estudio a Suecia, acordando su traslado a dicho Estado miembro dentro de los plazos previstos.

Son antecedentes de interés para la solución del caso, a la vista del expediente administrativo y de los documentos que constan en autos, los siguientes:

1. Las solicitantes de protección internacional, de nacionalidad nicaragüense, interesaron dicha protección mediante escrito de 29 de diciembre de 2011.

2. Las autoridades españolas, sobre la base de la información incorporada al expediente de asilo, solicitaron a Suecia la readmisión de dichas solicitantes por considerar que le correspondía el examen de la petición de protección internacional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.1.e) del Reglamento (CE) del Consejo, de 18 de febrero, por constar una formalización previa de una solicitud de protección internacional en Suecia.

3. Suecia, tras haber efectuado las comprobaciones necesarias, ha aceptado su responsabilidad para el examen de la solicitud con fecha 17 de febrero de 2012, circunstancia que ha sido constatada con posterioridad a la admisión a trámite de la solicitud de protección internacional.

4. La Administración entiende entonces aplicable el artículo 20.1.d) del citado Reglamento Comunitario, señalando que el plazo para proceder al traslado de doña Zaira y su hija a Suecia finaliza el 17 de agosto de 2012.

(...).

Pues bien, en el presente caso, no consta ni alega la Administración que el traslado a Suecia de doña Zaira y de su hija doña Carlota haya tenido lugar. Es más, consta en autos que las demandantes tienen su domicilio en (...) Logroño, circunstancia que se constata en el escrito de demanda y a la que en modo alguno se opone el Abogado del Estado, en cuyo escrito de contestación a la demanda se limita el representante de la Administración a defender la legalidad de la resolución recurrida por la sola circunstancia de que «Suecia ha asumido expresamente su responsabilidad», pero sin efectuar referencia alguna al domicilio actual de las solicitantes, pese a consignarse el mismo (en España) en la demanda y constar tal residencia en la designación efectuada por el Colegio de Procuradores con posterioridad al transcurso del plazo máximo para el traslado a dicho Estado miembro.

Ha de reputarse, pues, rebasado el plazo de seis meses previsto en el número 4 del artículo 19 del Reglamento CE /343/2003 —«*Si el traslado no se realizara en el plazo de seis meses, la responsabilidad incumbirá al Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud de asilo*»—, no resultando de aplicación al presente caso los plazos de un año y dieciocho meses

establecidos en el mismo precepto (hasta un año como máximo en caso de que el traslado no pudiera efectuarse por motivo de pena de prisión del solicitante de asilo, o hasta un máximo de dieciocho meses en caso de fuga del solicitante de asilo), de suerte que la responsabilidad incumbe al Estado miembro en que se haya presentado la solicitud de asilo, esto es, a España.

En definitiva, la falta de traslado en plazo de las interesadas determina que corresponda a la Administración española adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa reguladora, como resulta de lo dispuesto en el Reglamento CE/343/2003

y los artículos 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000 y 158.4 del Real Decreto 2393/2004.

En consecuencia, sin necesidad de entrar en el examen de otras cuestiones y en los términos que se solicitan en la demanda (en la que se interesa que se declare la competencia del Estado español y se dicte por la Administración española lo que proceda respecto de tal petición), debe estimarse el recurso, procediendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al trámite de audiencia —artículo 25.1 del Real Decreto 203/1995—, con objeto de que se continúe su tramitación en los términos previstos en la normativa reguladora.

Asilo y protección subsidiaria. Nacional de la República Democrática del Congo. Persecución por motivos étnicos y sociales. Valoración llevada a cabo por la Sala de instancia: Razonable y motivada. Relato incompleto y falto de prueba ni siquiera indiciaria. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de mayo de 2013**

Recurso de Casación: **773/2012**

Ponente: **D. Eduardo Espín Templado**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de la República Democrática del Congo: falta de prueba de la persecución alegada**

Constituye el objeto del presente recurso la sentencia dictada el 18 de enero de 2012 por la Audiencia Nacional (Sección Octava de su Sala de lo Contencioso-Administrativo), que desestimó el recurso formulado por la actual recurrente, Doña Estela, contra el acto denegatorio de la condición de refugiado y del derecho de asilo.

La Sentencia recurrida expuso las condiciones legales a las que se haya sometido el reconocimiento del derecho y, en relación con el caso concreto, manifestó:

«Cuarto.—Tras examen y valoración de las actuaciones, la Sala ya está en condiciones de afirmar que el recurso no puede prosperar. Y no puede porque los hechos alegado por la interesada resultan de todo punto cuestionables, carentes de datos que permitan considerar, siquiera indi-

ciariamente, que sufre persecución, o tiene fundado temor a sufrirla, por alguna de las causas establecidas en la Convención de Ginebra.

En efecto, en nada se pormenoriza los hechos alegados, ni ofrece la actora datos concretos, de ella o de su marido, relativos a la persecución de que dijo ser objeto: cómo, porqué, quién o quiénes les persiguen y en qué circunstancias. Resulta así, un relato sumamente parco y genérico del que no es posible extraer conclusión alguna, salvo la de considerar que la petición de asilo pudiera obedecer a razones de carácter étnico, social y económico por la que atraviesa la República Democrática de Congo, caso de ser este su país.

[...] Por otra parte, la Sala, teniendo en cuenta los extremos que anteceden y vistos los términos de los artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009, no

aprecia la existencia de condiciones para la concesión del derecho a la protección subsidiaria.

Por lo demás, las alegaciones efectuadas en la demanda, sumamente genéricas, no desvirtúan las razones en las que se basa la resolución impugnada, sin que el resultado que arroja la actividad probatoria practicada en esta instancia permita llegar a otra conclusión. [...]

(...).

En este caso concreto, con el fin de comprobar la concurrencia indiciaria del temor de persecución y el riesgo para la integridad física que invoca Doña Estela, la Sala de instancia ha acudido al relato fáctico que aquella ofreció tanto en vía administrativa como judicial, donde se ha reproducido sustancialmente. Fruto del análisis crítico de este elemento de prueba, el Tribunal ha concluido acertadamente que la declaración de la recurrente carece de datos concretos sobre las circunstancias de la persecución a que alude, que es descrita de forma excesivamente vaga o genérica. Añade la Sala la ausencia de toda otra prueba que respalde los hechos sustanciadores de la pretensión actora e incluso pone en duda la nacionalidad de la demandante.

Idéntico criterio es aplicado acerca de la presencia de razones humanitarias justificativas de la permanencia en España, pues no existen las condiciones que permitan apreciar un riesgo real de desprotección para la solicitante por razón de conflictos o graves disturbios.

Así pues, la valoración de la Sala sobre los hechos alegados por la recurrente es razonable y resulta motivada, por lo que no es posible sustituirla en sede casacional. El rechazo de la pretensión actora no obedece al desconocimiento de la situación general de la República Democrática del Congo y de la mayor vulnerabilidad de la recurrente por su condición de mujer, sino a

la ausencia de todo factor acreditativo, incluso de tipo indiciario o circunstancial, sobre la realidad del riesgo en que habría de sustentarse la adopción de cualquiera de las medidas de protección que interesa. De este modo se da cumplimiento a la jurisprudencia que cita la recurrente en casación, la cual no exige una prueba plena del fundado temor de la persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, pero sí la concurrencia de indicios suficientes de ese hecho, cuya carga de aportarlos pesa sobre la parte actora.

No es aceptable la explicación que ofrece la recurrente en casación a la carencia de concreción de su relato. El transcurso del tiempo no disculpa la ausencia de recuerdos sobre la persecución que supuestamente sufrieron tanto ella como su marido. La declaración de la solicitante de asilo se limita a referir la existencia de acusaciones, cuya procedencia se silencia, así como el sometimiento a torturas físicas y psicológicas, sin mayor especificación. Por otro lado, la duda de la Sala de instancia sobre la nacionalidad de la recurrente no es manifiestamente irrazonable o peregrina, pues tal dato personal solo se apoya en lo manifestado por aquella y en la copia de un acta de nacimiento que carece de todo elemento destinado a advenir su autenticidad.

Al no haber otorgado la Sala de instancia verosimilitud, siquiera indiciaria, al relato del recurrente, e incluso no constando con certeza la nacionalidad, resulta inviable apreciar las circunstancias legales para otorgar, con fundamento en la situación de disturbios que sufre la República Democrática del Congo, la autorización de permanencia contemplada en el artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

Asilo y protección subsidiaria: Nacionales de México. Persecución por raza, sexo, religión u otras causas. Ausencia de razonamiento en la demanda. La persecución denunciada propondría de agentes no gubernamentales. Delincuencia común. Tampoco concurren motivos humanitarios para autorizar la permanencia en España. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **414/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Denegación del asilo a nacionales de México: falta de justificación de la persecución alegada por los solicitantes**

Se razona en los fundamentos de la resolución que ahora se impugna, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que «... los elementos probatorios aportados por el solicitante en apoyo de sus alegaciones no pueden considerarse prueba o indicio de la persecución alegada, ya que acreditan, o bien se refieren exclusivamente a la situación general de su país de origen y no se desprende de ellos que, como consecuencia de tal situación haya sido objeto de persecución, o bien, 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, o, por último, presentan contradicciones sustanciales con lo alegado por el solicitante...», a lo que puede añadirse que «... 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...», con mucha mayor facilidad por el hecho de que la persecución que se denuncia, cierta o no lo sea, no ha rebasado el ámbito puramente privado, pues procedería de agentes distintos de los gubernamentales, en particular la organización criminal conocida como Familia José Daniel, que habría extorsionado económicamente al Sr. Rafael.

Por ello, se considera en la resolución, como corolario de lo expuesto, que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de

1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria.

Por otra parte, la resolución impugnada considera que tampoco se desprende de lo actuado la existencia de razones humanitarias que justifiquen en favor del interesado la autorización de permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(...).

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 Sr. Rafael y de su esposa también recurrente Sra. Micaela, lo cierto es que de la documentación obrante en el expediente no resulta probada, aun partiendo de la veracidad de los hechos expuestos por aquél, que el solicitante de asilo (Sr. Rafael, pues su esposa no relata hechos personales de persecución) haya sufrido persecución personal e individualizada en su país por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra ya que, de una parte, no ha ofrecido prueba directa ni indiciaria alguna de aquella persecución, pues sólo ha aportado la documentación que se acompañó al expediente, expresiva a lo sumo de su pertenencia al partido político PAN —Partido de Acción Nacional—, pero sin acreditar una relevancia destacada en él como dirigente o persona significada dentro de la organización que pudiera actuar como factor

desencadenante de una persecución de naturaleza política y que, por lo demás, es una circunstancia que se reseña en el Informe a que se ha hecho referencia, finalizador de la Instrucción, documentos que de ningún modo pueden admitirse como reveladores de hechos acreditativos de una realidad, ni siquiera remota, de persecución por razones políticas.

Por otra parte, los hechos documentados, además, aparecen como contradictorios con los motivos de persecución alegados y con las consiguientes razones para abandonar México, pues más bien parece que la extorsión sufrida por el recurrente, aun de darse por cierta, tendría una motivación de alcance puramente económico y no de otra índole, sin que la condición de afiliado o simpatizante del PAN que ostenta el recurrente pueda ser relacionado, a falta de pruebas más consistentes, con ese acoso protagonizado por la Familia José Daniel, ya que ni cabe entender que la sola militancia, en el ligero grado concurrente, pueda actuar como motivo para ser perseguido por un grupo criminal, ni consta acreditado que en los designios de estos cárteles o grupos de bandidos se encuentre la de extorsionar o amenazar con secuestrar a simples miembros de partidos políticos —el PAN estaba en el poder en México desde 2000 a 2012, precisamente cuando sucedieron los hechos denunciados— a lo que cabe añadir que, a lo sumo, podríamos estar ante amenazas a la vida, integridad física o patrimonio de los interesados llevadas a cabo por agentes distintos de los gubernamentales, pues no consta que el Gobierno de México, cualquier que sea su signo político, permanezca impasible o pasivo frente al crimen organizado, actitud que, para ser relevante en orden a la resolución de este litigio, debería ser acreditada en relación con la situación personal de los recurrentes, esto es, que esa complacencia —o, cuando menos, impotencia— de las autoridades mexicanas, no puede ser evaluada de forma abstracta o global, sino únicamente en relación con la situación

personal de los peticionarios de asilo, es decir, que haya constancia fehaciente de que las autoridades mexicanas, denunciados los hechos, les hubieran hecho caso omiso, no investigándolos o mostrando laxitud, complacencia o inoperancia frente a ellos.

(...).

En definitiva, ni la demanda razona acerca de la concurrencia en las personas de los demandantes de motivos para la obtención del derecho de asilo, ni se justifica el temor fundado que dicen padecer por parte de personas indeterminadas, en su identidad y en su eventual relación con los agentes gubernamentales, ni en dicho escrito rector se da la menor respuesta a las fundadas dudas que a la Administración le ofrece, en su veracidad, el relato del demandante en cuanto a la narración de las circunstancias merecedoras del asilo postulado, siendo de destacar que la demanda, lacónica e imprecisa nada diga sobre los puntos de duda especialmente adversos a la posición jurídica de los recurrentes, como la falta de denuncia policial de la extorsión que se dice cometida; la falta de conexión entre el secuestro del hermano del recurrente y la situación personal de éste y de su esposa; el grado de compromiso o actividad del Sr. Rafael en el seno del PAN; y algo sobre lo que la recurrente omite todo comentario en la demanda, la posibilidad de alternativas de protección distintas del asilo en el territorio del propio país del que son nacionales los demandantes, como indica la resolución recurrida, siendo así que el silencio se extiende también a la concreción de los datos y circunstancias de la persecución que se dice padecida, en lo que fuera relevante para incardinarlas en el concepto de asilo y refugio definido en la Convención de Ginebra, esto es, sobre la que ninguna referencia contiene la demanda, al margen de la falta de prueba, en lo relativo a la imputabilidad al gobierno de los Estados Unidos mexicanos de los hechos criminales causados por sujetos privados.

Asilo y protección subsidiaria. Nacional de Cuba. Persecución por las autoridades: Falta de acreditación. Juez suplente sancionado por defender a personas de dudosa conducta política. Sanción que carece de entidad suficiente para basar el temor fundado a ser perseguido. Motivación de las resoluciones administrativas: Conocimiento de las razones determinantes de la denegación de su solicitud. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **381/2012**

Ponente: **D. Francisco José Navarro Sanchís**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Cuba: falta de acreditación de la persecución alegada**

Se razona entre los fundamentos de la resolución que ahora se impugna, como motivo de la denegación del asilo solicitado, uno de ellos que a la Sala le parece esencial, en tanto enerva en su conjunto el supuesto valor probatorio de las alegaciones del recurrente, como lo es en síntesis, que «...*el tiempo transcurrido entre la llegada a España y la presentación de la solicitud de asilo, así como las circunstancias en que se ha encontrado el solicitante durante ese periodo, hacen que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada...*», siendo así que el informe Fin de Instrucción resalta, a tal efecto, que el recurrente había permanecido en España durante más de dos años antes de formalizar la petición de asilo, circunstancia temporal ésta que priva de verosimilitud a toda solicitud de asilo, pues quien se siente perseguido actúa necesariamente de otra manera, máxime cuando, además de esa falta de actividad durante dos años, parece que el Sr. Pedro Francisco únicamente actúa como reacción, días después, a la incoación de un expediente de expulsión por estancia irregular en nuestro país, manifestada en una estadía tan prolongada sin título legitimador, lo que significa que el interesado permaneció en España sin aparentar riesgo alguno para su persona procedente de la eventual amenaza del régimen cubano, a cuyo abrigo se encontraba con esa permanencia, y únicamente cuando se dirige contra él un procedimiento basado en la infracción de la legislación general de extranjería, se reacciona pretendiendo el asilo político. Esta conducta despierta a la Administración dudas más que razonables respecto a que

la solicitud de protección internacional no sea otra cosa que un intento de eludir la ejecución de actos que pudieran recaer conforme a las leyes de extranjería, invocando de forma sobrevenida una supuesta persecución política a la que antes no había prestado atención, que en realidad, encubriría una pretensión de estancia en nuestro país por razones de índole esencialmente socioeconómica.

Todo ello, unido al absoluto silencio del recurrente en su demanda, que ni siquiera intenta una mínima explicación satisfactoria acerca de las razones que pudieran justificar esa prolongada estancia previa en España y la falta de necesidad de instar durante todo ese periodo el asilo, ni tampoco acerca de la reacción, con tal petición de protección internacional, como medio de desvanecer los efectos desfavorables que para el recurrente se derivarían de la aplicación de la legislación general de extranjería, dada su situación de estancia irregular en nuestro país — respecto de cuyos actos administrativos no nos consta tampoco que los haya impugnado administrativa o jurisdiccionalmente el recurrente—, nos permite considerar que la solicitud de asilo no es en modo alguno creíble, dadas tales circunstancias y, principalmente, la absoluta falta de explicación en la demanda acerca de su concurrencia.

Por ello, se considera en la resolución, como corolario de lo expuesto, que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni en los artículos 4

y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Por otra parte, la resolución impugnada considera que tampoco se desprende de lo actuado la existencia de razones humanitarias que justifiquen en favor del interesado la autorización de permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

(...).

A tal respecto, se alude en la demanda a una circunstancia que se reputa demostrativa de una persecución personal, como sería la sanción que le fue impuesta en su calidad de juez. Así, se indica, como pretendido fundamento de la eventual persecución que el recurrente dice temer o padecer, procedente del gobierno cubano, por razón de la condición que se atribuye al recurrente como opositor a la dictadura castrista, el hecho de la sanción disciplinaria que le fue impuesta al Sr. Pedro Francisco, como juez suplente no permanente del Tribunal Provincial Popular de la Habana, en 2007, por «... *defender a ciudadanos de dudosa conducta política...*», además de por manifestarle a la presidenta de dicho Tribunal —en expresión que figura en el acta de notificación de la sanción pero no reproduce el interesado por serle obviamente perjudicial— que «... *ella era una esbirra y una extremista...*», pero sin precisar en qué otros concretos hechos o circunstancias de amenaza para la vida, libertad o integridad física del recurrente se habría concretado en el pasado o pudiera temerse en el presente la persecución política que se da por supuesta.

La Sala considera que esa sanción disciplinaria, impuesta debido al ejercicio de su función judicial en Cuba, aun impuesta por la intolerable razón, vista desde la perspectiva de un Estado democrático de Derecho, de «... *defender a ciudadanos de dudosa conducta política...*», no puede servir de fundamento jurídico a la apreciación de que concurre un temor fundado de D. Pedro Francisco a ser perseguido políticamente

en caso de retorno a Cuba pues, de un lado, ni siquiera el recurrente nos ha ofrecido su versión acerca de los hechos en que se habría manifestado esa supuesta defensa a determinados ciudadanos de dudosa conducta política —expresión eufemística, sin duda, pero que desconocemos su último sentido, sobre el cual no nos ilustra en modo alguno la demanda—, y también en qué se manifestaría esa condición dudosa, probablemente de desafección. En otras palabras, falta por completo la versión del actor acerca de la conducta que habría determinado la sanción impuesta y que, en el propio relato que se incorpora a la certificación aportada, no se basaría sólo en esa protección de ciudadanos políticamente indeseables al régimen dictatorial de Cuba, sino en haber dicho de la Presidenta del Tribunal en que se insertaba como juez suplente que era una extremista y una esbirra, imputaciones que no desmiente en la demanda haber efectuado y que, dichas en cualquier Estado de Derecho del mundo por un Juez a un superior jerárquico, habrían determinado también, sin duda alguna, una corrección disciplinaria, siendo así que, por lo demás, si se examina el «acta de notificación de medida», de 23 de marzo de 2007, muy anterior por tanto a la salida del país por el recurrente (folio 1.7) se aprecia que la sanción disciplinaria que se le impone es la de «... amonestación pública ante el colectivo de jueces...», que no es especialmente grave en relación con los hechos reflejados, máxime cuando el demandante no hace alusión a otras consecuencias personales no explicitadas en dicha sanción y que provinieran de esos episodios y, además, cabe entender dicha amonestación ya ejecutada cuando el interesado viajó a España, dos años más tarde, por lo que ese incidente, a falta de una mayor expresividad en la lacónica demanda, ya estaría cerrado, sin que quepa inferir de los hechos sucedidos una persistencia en nuevos episodios de persecución, represalia o amenaza política frente al interesado por razón de tales hechos.

Asilo y protección subsidiaria. Nacionales de Colombia. Instrucción del expediente por la Oficina de Asilo y Refugio: No se impone la práctica de concretas diligencias de instrucción. Audiencia al recurrente: Su falta sólo sería relevante si en la resolución se hubieran tenido en cuenta hechos, alegaciones o pruebas distintas de las aducidas por el interesado. No se alega indefensión. Persecución por las FARC: Falta de prueba. Prueba: No es necesaria una prueba plena. No existen tampoco razones humanitarias que justifiquen la protección subsidiaria. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **337/2011**

Ponente: **Dña. María de la Esperanza Córdoba Castroverde**

Voz: **Denegación de asilo a nacionales de Colombia: falta de acreditación de los hechos alegados y ausencia de prueba de la persecución alegada**

Constituye el objeto de este recurso contencioso-administrativo la resolución de la Subsecretaría de Interior, actuando por delegación del Ministro del Interior, de 12 de julio de 2011, notificada el 16 de septiembre de 2011, por la que se deniega el derecho de asilo y la protección subsidiaria a los recurrentes D. Ceferino, Milagrosa, Florentino y Tatiana

(...).

En el supuesto ahora enjuiciado, de la documentación obrante en el expediente administrativo, son de destacar los siguientes hechos:

Con fecha 28 de noviembre de 2007, el recurrente Don Ceferino solicitó asilo en España, en el puesto fronterizo de Barajas. Su solicitud de asilo la hizo extensiva a sus hijos Tatiana, Florentino y Milagrosa, todos ellos nacionales de Colombia.

La Oficina de Asilo y Refugio, a la vista de lo alegado y coincidiendo con el informe del ACNUR resolvió admitir a trámite la solicitud.

Sobre los motivos de su solicitud de asilo, adujo haber sufrido persecución por parte de las FARC, relatando que varios miembros de la familia de su esposa han sido perseguidos por las FARC, afirmó que sus suegros fueron asesinados, que un hermano de su mujer fue también asesinado, y que su esposa y otra hermana resultaron heridas.

Alegó también que tras el viaje de su esposa a España en agosto de 2006, el solicitante siguió sufriendo amenazas sistemáticas.

Aportó documentación procedente de la Fiscalía General de Colombia que fue objeto de verificación por parte de la Oficina de Asilo y Refugio en Bogotá, resultando que la Fiscalía informó que en sus bases de datos no consta información alguna referida a los documentos aportados por la solicitante aparentemente procedente de la Fiscalía.

La Instructora no considera creíbles las alegaciones de los solicitantes pues los documentos aportados por la también solicitante de asilo, su esposa Felisa, aparentemente procedentes de la Fiscalía son falsos, lo que supone el incumplimiento del más importante de los deberes de todo solicitante de asilo. Ninguna de las personas aparentemente afectadas ni las presuntamente fallecidas han sido citadas en la revista Noche y Niebla, ni tampoco en la página web del Observatorio presidencia para los DDHH y el DIH de la Vicepresidencia de la República, siendo así que esta fuente vigila especialmente aquellos casos en los que el agente perseguidor pudiera ser las FARC o los paramilitares.

En relación con los acosos sistemáticos que D. Ceferino afirma haber sufrido entre agosto de 2006 y noviembre de 2007, la Instrucción entiende el carácter «inverosímil» del *modus operandi* de la actuación de las FARC en su persecución contra los interesados.

En suma, considera que no ha quedado suficientemente establecida la existencia de una persecución contra los solicitantes, ni de una proble-

mática susceptible de protección conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951.

Así, pues, en el Informe Fin de Instrucción se analizan las alegaciones del solicitante, así como la documentación aportada, destacando la escasa credibilidad de la versión ofrecida por el recurrente acerca de los hechos que pone de manifiesto, así como la conclusión alcanzada para otro miembro de su familia, su esposa, en otra solicitud de asilo que en este recurso no es objeto de examen, sobre la falta de autenticidad de la documentación aportada. Las conclusiones alcanzadas en el mencionado informe con que finaliza la instrucción son asumidas en la resolución final que ahora es impugnada, siendo así que dicho informe ofrece toda credibilidad a la Sala al basarse en información disponible acerca de la situación de Colombia y, además, al analizar de forma detallada el relato efectuado por el recurrente, siendo así que en su escrito de demanda, que es el lugar adecuado para que la parte demandante hubiese tratado de contradecir los términos de dicho informe, la parte recurrente guarda silencio, pues los hechos a que se refiere dicho escrito son expuestos con extremo laconismo, comprobándose que se abstiene por completo de relatar en qué concretos hechos radicaría la pretendida persecución personal que se supone padecida, qué abstenciones u omisiones por parte de los poderes públicos en Colombia se habrían producido —con la necesaria mención de datos o circunstancias reveladores de la pasividad del Gobierno a la hora de proteger al Sr Ceferino—, lo que implica la razonable exigencia de que éste, antes de promover la acción de asilo en España, hubiera recabado infructuosamente la tutela o protección, para su persona, derechos y bienes, de las autoridades de su país, algo que ni consta intentado, ni siquiera la demanda, en su exposición fáctica, se refiere a ello.

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 y sus hijos, lo cierto es que de la documentación obrante en el expediente no resulta acreditada, ni aun indiciariamente, la certeza de los hechos que se alegan, pues ningún indicio existe de que el soli-

citante de asilo haya sufrido persecución personal e individualizada en su país por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra ya que, de una parte, no ha ofrecido prueba directa ni indiciaria alguna, salvo la documentación que se reseña en el Informe a que se ha hecho referencia, finalizador de la Instrucción, que de ningún modo puede admitirse como acreditativa de una realidad, ni siquiera remota, de persecución.

(...).

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, pues aún en el caso de que los hechos que relata pudieran considerarse acreditados, aun indiciariamente, lo cierto es que el agente perseguidor sería ajeno a las autoridades del país de origen, Colombia, las cuales no sólo no amparan y toleran tales actos, sino que los prohíben y persiguen, tal como es fácilmente comprobable, siendo de ponderar, a tal fin, la distancia temporal entre el acaecimiento de los supuestos hechos narrados en la solicitud como sustentadores de la pretendida necesidad de protección y los tiempos actuales, conforme a la información disponible acerca de Colombia y que, en todo caso, como hemos indicado, a través de su ordenamiento jurídico y de los poderes públicos encargados del mantenimiento del orden público y la paz social en dicha nación, en modo alguno cabe deducir por inferencia de los hechos conocidos que el gobierno, a través de sus autoridades y agentes, se haya mostrado impasible o indiferente en la lucha contra el terrorismo en Colombia, tanto si esa consideración se efectúa en términos generales como si se refiere a la persona del aquí interesado, pues en modo alguno nos consta que el Sr. Ceferino hubiera instado infructuosamente la protección de las autoridades de su país y éstas la hubieran negado, 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 en el escrito de demanda, el cual adolece de muy graves carencias argumentativas y probatorias.

Por otra parte, no cabe acudir, como hecho determinante del acogimiento de la pretensión deducida, a la situación de violencia o inseguridad que vive Colombia, pues tal como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2011, la situación de violencia que existe en algunas zonas de Colombia no se extiende a la totalidad del territorio de dicho país ni afecta a toda la población, por lo que no puede aceptarse que exista una situación de violencia

generalizada asimilable a la de conflicto armado que determine que, en caso de volver, la vida del recurrente corra peligro sólo por el hecho de encontrarse en Colombia.

A lo expuesto se añade que la resolución del Ministerio del Interior, de fecha 17 de marzo de 2009, que denegó a su esposa D.^a Felisa el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, fue confirmada por Sentencia de esta Sala, Sección Octava, de 21 de marzo de 2011.

Asilo y protección subsidiaria. Nacional de Bielorrusia. Persecución por motivos políticos. Relato inverosímil por vago e impreciso. Relato no sustentado en dato objetivo que lo avale. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **30 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **369/2012**

Ponente: **D. Jesús Cudero Blas**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Bielorrusia: relato inverosímil sobre la persecución alegada**

Se razona en la demanda, frente a la citada resolución, que el recurrente es de nacionalidad bielorrusa, que basó su petición de asilo en el temor fundado de regresar a su país por razón de su colaboración política con el señor Federico, representante en Moguelev del movimiento «di la verdad», opositor al régimen, y de su condición de socio fundador y vicepresidente de una asociación benéfica («La gota de la vida») de la que la persona indicada era presidente, señalando que, como consecuencia de la presentación de Federico en 2008 a las elecciones presidenciales y siendo el recurrente su mano derecha, recibió amenazas, perdió su puesto de trabajo (al igual que su esposa), sufrió una detención ilegal el 29 de julio de 2010 y fue agredido físicamente por la «policía secreta» del régimen el 15 de septiembre de 2010, fecha en la que fue arrojado a las vías del tren. Tales circunstancias le determinaron a abandonar su país en septiembre de 2010, transitando por Polonia y llegando finalmente a Málaga, donde tiene amistades, el 26 de septiembre de 2010.

(...).

En la petición que dio origen al procedimiento que nos ocupa (presentada en Málaga el 22 de noviembre de 2011), el demandante adujo, como se ha dicho, ser colaborador y mano derecha del máximo dirigente del movimiento opositor al régimen «di la verdad» desde el año 2004, afiliación que le ocasionó graves amenazas y agresiones por parte de la policía secreta, sobre todo desde la presentación del presidente del movimiento (Don. Federico) a las elecciones presidenciales de 2008 por el distrito de Moguelev, describiendo varios episodios de saqueos de las oficinas de aquella asociación, detención ilegal (con presiones para que informe sobre el paradero del líder opositor), pérdida de su trabajo y agresiones físicas graves infligidas por personas que se describen como miembros de la policía secreta.

Señala, además, que es también miembro fundador de la asociación «la gota de la vida» (cuya finalidad es el fomento y la promoción de donaciones de sangre y plasma), que Don. Federico es el presidente de la misma y que es testigo de Jehová, relatando su huída del país en septiembre de 2010 (tras ser arrojado a las vías del

tren) a través de Polonia y su llegada a Málaga, ciudad en la que contaba con algunas amistades, el 26 de septiembre de dicho año.

En el Informe Fin de Instrucción, desfavorable a la concesión de asilo, se expone que los hechos no resultan verosímiles, que en su relato incurre en contradicciones relevantes, que no existe constancia alguna, ni siquiera indiciaria, sobre la realidad de lo manifestado, pues el actor no aporta documentación o información alguna de las que pueda inferirse que sufre efectivamente la persecución que aduce, y que resulta cuando menos sorprendente que solicitara en España la protección internacional transcurrido más de un año de su presencia en nuestro país.

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 por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

Y es que se reitera el relato de hechos que obra en el expediente, el cual gira sobre su supuesta pertenencia a un movimiento opositor que no puede, desde luego, darse por acreditada. Varios datos, debidamente constatados en el expediente, impiden otorgar credibilidad a dicho relato: a) Su pertenencia a la asociación «la gota

de la vida» no solo no resulta relevante en modo alguno (pues se trata de una asociación legal dedicada al fomento de las transfusiones de sangre y plasma), sino que se manifiesta en abierta contradicción con la circunstancia, declarada por el propio solicitante, de pertenecer a los testigos de Jehová, siendo hecho notorio el rechazo por sus miembros de toda transfusión de sangre; b) No se ha encontrado referencia ni sobre Don. Federico, ni sobre el movimiento «di la verdad» o «la sinceridad», ni se han aportado al respecto datos por el recurrente que permitan dar por mínima o presuntamente acreditadas sus manifestaciones; c) Resulta confuso y escasamente claro el relato en relación con su detención el 29 de julio de 2010 (con posterior puesta en libertad) o con su ulterior retención, amenazas y posterior arrojado a las vías del tren el 15 de septiembre de 2010, sin que se precise concretamente quiénes fueron las personas que habrían ejecutado tales hechos violentos; d) El actor desconoce datos relevantes de un contrastado y documentado opositor al régimen, Victorino, figura extraordinariamente relevante, a pesar de las preguntas del instructor del procedimiento; e) El Sr. Amadeo llega a Málaga el 21 de septiembre de 2010 y solicita la protección internacional, alegando persecución, nada menos que el 22 de noviembre de 2011 (más de un año después), cuando está incurso en un procedimiento por infracción de la ley de extranjería, lo que — desde luego — permite dudar más que razonablemente sobre la veracidad de las causas que motivaron la huida de su país.

Asilo y protección subsidiaria. Nacional de Marruecos que alega persecución gubernamental. Persecución alegada: Necesidad de prueba, aun indiciaria. Respuesta motivada y coherente. Denegación de solicitud de protección subsidiaria: No existe riesgo para el recurrente en caso de retornar a su territorio de procedencia. No consta que la Administración tuviera en cuenta lo apuntado por el ACNUR en sus dos informes: Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 10 de junio de 2013

Recurso de Casación: 3735/2012

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Voz: Admisión a trámite de la solicitud de protección internacional: situación especialmente vulnerable en caso de retornar el solicitante a Marruecos

Por la representación procesal de Don Ovidio, saharauí, se interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 149/2011 contra las resoluciones del Ministerio del Interior de 14 y 19 de enero de 2011, por las que se le deniega al hoy recurrente la solicitud de protección internacional, en la primera por considerar «que la solicitud está basada en alegaciones contradictorias en sí mismas y que presentan contradicciones sustanciales con información suficientemente contrastada sobre su país de origen» [artículo 21.2.b)] de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria); y en la segunda, desestimándose la petición de reexamen.

(...)

En cuanto al tema de fondo, la Sala también analiza las cuestiones planteadas. Cierto es que lo hace básicamente remitiéndose a lo señalado en el informe desfavorable de la Instrucción, pero añadiendo como razón determinante de la denegación que de la documentación manejada no cabe extraer prueba, ni siquiera indiciaria, de que el recurrente haya sufrido persecución por parte de las autoridades marroquíes; tal conclusión podrá ser más o menos acertada o convincente, pero no deja de ser una respuesta procesalmente motivada y congruente.

En fin, la Sala también examina, y descarta, la pretensión de otorgamiento de la protección subsidiaria, rechazando tal petición por entender que a la vista de los hechos que considera acreditados no existe riesgo para el recurrente en caso de retornar a su territorio de procedencia. De nuevo nos hallamos ante una respuesta argumentada a una cuestión concreta, que podrá ser discutida desde la perspectiva de examen propia del tema de fondo, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional.

(...)

No consta que la Administración tuviera en cuenta lo apuntado por el ACNUR en sus dos informes, pues no figura ninguna mención o razonamiento sobre ellos, lo que supone una evidente infracción de la Ley 12/2009, que atribuye a este Organismo un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo, tal y como se resalta, en la propia exposición de motivos de la Ley, que indica: «Mención específica debe hacerse en este punto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a quien se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento», y se resalta en los artículos 34 y 35.

En fin, no resulta viable el cauce del artículo 21.2.b) en la solicitud de protección analizada que cuenta con el informe favorable a la admisión del ACNUR.

Por eso, la estimación del recurso de casación y la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo debe adecuarse, al fin y al cabo, a lo que solicita la parte recurrente en el *suplico* de su escrito de interposición del recurso de casación, esto es, anular la resolución administrativa impugnada en el proceso y ordenar que la solicitud de protección internacional presentada por el recurrente sea formalmente admitida a trámite y examinada con debida observancia de todas las reglas procedimentales aplicables, entre las que, figura la establecida en el artículo 46 de la Ley 12/2009, que obliga a dar un tratamiento diferenciado a las personas que soliciten protección internacional, como acertadamente apunta el ACNUR en sus informes, siendo esencial en este caso concreto el tener presente que la identidad del interesado, así como la información relacionada con su petición de protección internacional ha sido objeto de amplia cobertura mediática, lo que coloca al interesado en una situación especialmente vulnerable en caso de ser retornado a Marruecos.

Asilo: Nacional de Guinea Conakry. Persecución personal contra el recurrente: Falta de prueba de su existencia. Alcance de la actividad probatoria: No es necesaria una prueba plena bastando la prueba de indicios. Informe final de instrucción: El recurrente no combate las contradicciones apreciadas en el expediente. Tiempo transcurrido desde la entrada en España a la fecha de solicitud del asilo. Motivación de las resoluciones administrativas: No concurre la falta de motivación denunciada. Protección subsidiaria: No existen razones humanitarias que justifiquen la permanencia del recurrente en España. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **13 de junio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **320/2012**

Ponente: **Dña. María de la Esperanza Córdoba Castroverde**

Voz: **Denegación de asilo a nacional de Guinea Conakry: ausencia de razones humanitarias que justifiquen su permanencia en España**

Se razona en los fundamentos de dicha resolución administrativa, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en primer lugar, el tiempo transcurrido entre la llegada a España y la presentación de la solicitud de asilo, lo que hace que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

Se destaca, en segundo lugar, la falta de aportación de ningún documento acreditativo de la identidad «sin que del expediente se desprenda motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia». Se afirma que los principales hechos constitutivos de la persecución alegada han perdido toda vigencia actual, pues en su país de origen se han producido cambios fundamentales que atañen directamente a los problemas alegados por el solicitante, «de tal manera que puede afirmarse que la persecución alegada o el temor manifestado carecen de fundamento en las actuales circunstancias».

Se añade, seguidamente en la resolución, que el relato en que el recurrente basa su solicitud resulta incongruente en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya establecido suficientemente tal persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que ésta haya existido o justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Por ello, se considera que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del derecho a la protección subsidiaria. Por otra parte, la resolución impugnada considera que tampoco se desprende de lo actuado la existencia de razones humanitarias que justifiquen en favor del interesado la autorización de permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

En la demanda de este recurso se combate la anterior resolución, reproduciendo el relato de hechos que efectuó en el expediente, consistente en que su padre falleció cuando él tenía 5 años, que entonces salió del entorno musulmán para comenzar otra vida con la familia materna en Conakry, comenzando sus estudios en una escuela católica; que continuó sus estudios de economía en la Universidad siendo elegido por los estudiantes, en el año 2009, Secretario de la FEGUI, Federación de Estudiantes de Guinea, para posteriormente crear un movimiento denominado MEG, Movimiento de los Estudiantes en Guinea, para manifestarse contra el régimen, asistiendo a los acontecimientos del 28 de septiembre de 2009, en el Estadio de Conakry, donde fue arrestado, junto con otros 4 compañeros, siendo maltratado, golpeado y encarcelado

durante 15 días, hasta que fue liberado en secreto por terceras personas, habiendo continuado las persecuciones contra las personas consideradas conflictivas y contrarias al régimen, como es el caso del Sr. León, de forma «que si el mismo retornase a su país, sería de nuevo perseguido, peligrando su integridad física y su vida». A lo expuesto añade que tras estos hechos regresó a Beyla, donde sufrió persecución por motivos religiosos, dado que la mayoría de la población es musulmana y el solicitante católico, decidiéndose finalmente a salir de Guinea.

Razona, asimismo que tardó varios meses en pedir el asilo desde su llegada a España «por la desorientación que aún sufría» y aporta carnet universitario, señalando «que era el que le acompañaba siempre y lo único que pudo obtener en su momento, y conservar después», añadiendo que el recurrente se encuentra integrado en España.

(...).

— El solicitante alude a dos circunstancias distintas que dice motivaron la salida del país. En primer lugar, hace referencia a su participación en los acontecimientos que tuvieron lugar en el estadio de Conakry el 28 de septiembre de 2009, en el que dice haber sido detenido y posteriormente liberado. Tratándose de unos hechos puntuales que sucedieron en su país y, a pesar de su gravedad, los cambios que tuvieron lugar con posterioridad en Guinea «hacen que la persecución relatada haya perdido vigencia actual, lo que hace dudar de la necesidad de protección». Además las alegaciones resultan inverosímiles por las imprecisiones que contiene.

— En segundo lugar, el solicitante menciona que en su pueblo le hicieron una manifestación por ser el único católico, motivando este último hecho su salida directa del país, de forma que, tal y como lo describe el interesado, la «persecución» no proviene de sus autoridades sino de sus vecinos y familia. Además, pudo haber denunciado ante las autoridades de su país, ya que la Constitución contempla la libertad religiosa.

— No presenta documento de identidad que permita determinar «que es quien dice ser».

— El solicitante llegó a España el 25 de agosto de 2011 habiendo transcurrido unos 5 meses desde su llegada hasta que solicitó asilo.

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, pues la propia parte actora refiere que los hechos alegados pueden inferirse de la situación «general» de su país.

Parte el recurrente de una especie de principio de credibilidad inherente o intrínseca a su relato de persecución, 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 religiosa y política de un país al que el interesado dice pertenecer, sin haber aportado documentación alguna acreditativa de su identidad ni de su nacionalidad.

En efecto, en este asunto hay una 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, en modo alguno, ni siquiera remoto o indiciario, que éste haya sufrido en su persona la situación que da lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado, conforme al artículo 3 de la citada Ley, a cuyo tenor «...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...», toda vez que ni consta el carácter fundado del temor, ni el motivo por el que ese temor fuera fundado, ni la pertenencia del recurrente a grupo o colectivo alguno al que se anudara esa persecución que denuncia, así como tampoco hay constancia de que el interesado haya sido perseguido por las autoridades

de su país, al que dice pertenecer —Guinea—, por motivos de índole religiosa.

De hecho, la demanda no intenta en modo alguno dotar de veracidad a los hechos que denunció en su día. Esa veracidad de tales hechos, que la demanda se limita a repetir como si fueran irrefutablemente ciertos y no necesitados de prueba procesal de cierta consistencia, resulta más que dudosa al no estar avalada dicha versión por dato objetivo alguno, ni aun indicario, ni por alegaciones de refutación contrarias a las reflexiones del informe administrativo que valora el escaso crédito que merece el alegato de persecución por parte del recurrente, puesto que su escrito de demanda parte de una especie de principio de credibilidad inherente o intrínseca.

(...).

Con todo, resulta particularmente llamativo el tiempo transcurrido —5 meses— entre su entrada en España y la presentación de su solicitud de asilo, así como también su paso por Marruecos, siendo éste un Estado parte de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, sin que nada explique el recurrente sobre por qué no pidió protección en ese país antes de la presentación de su solicitud en España, por lo que puede dudarse razonablemente, también por este motivo, de la necesidad de protección, máxime ante el absoluto silencio al respecto por parte del recurrente en su demanda, dato al que, por lo demás, la Sala otorga

importancia para reforzar la falta notoria de fundamento de la solicitud de asilo.

(...).

En definitiva, el recurso interpuesto debe ser desestimado, debiendo confirmarse la resolución impugnada y ello por cuanto ni de los autos, ni del expediente administrativo se desprende que los hechos en los que el recurrente funda su pretensión puedan incardinarse en la previsión del artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, y en la referida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, faltando constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución, al menos con la intensidad que se denuncia en la demanda.

Si bien como se ha dicho, en los procesos que nos ocupan, no es necesaria una prueba plena sobre los hechos que justifican su concesión, como señala entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994, 19 de junio de 1998, 2 de marzo de 2000, 1 de abril de 2003 y 13 de mayo de 2004, cuando no existen ni siquiera los indicios suficientes a los que se refiere el artículo 26.2 de la Ley anteriormente citada, no puede tener éxito la concesión de asilo solicitada, y es lo cierto que en el caso de autos tales indicios, como se ha expuesto, no han quedado acreditados, procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

Asilo y protección subsidiaria. Nacional de Costa de Marfil. Persecución por motivos étnicos no apreciada por la sentencia de instancia al entender no probado estos hechos alegados. Razonable y relativa normalización de la situación sociopolítica en Costa de Marfil. Imposibilidad de revisión de las valoraciones y apreciaciones fácticas de la instancia si se han expresado de forma motivada y son razonables y no arbitrarias. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **17 de junio de 2013**

Recurso de Casación: **4355/2012**

Ponente: **D. Pedro José Yagüe Gil**

Voz: **Denegación del asilo a ciudadano de Costa de Marfil: relato del solicitante contradictorio. Irregularidades evidentes en la documentación aportada**

Aduce la recurrente que su solicitud de asilo se fundamentó en ser nacional de Costa de Marfil, de etnia baoulé, con residencia habitual en el barrio de Dar es Salam de la ciudad de Bouaké, localizada a 350 km al norte de Abidján, habiendo sufrido virulentos ataques en su propio domicilio contra su propia integridad física y la de toda su familia. Pone de manifiesto que en la actualidad continúa persistiendo el temor fundado de riesgo de nueva persecución de la recurrente en su país de origen y se remite a los últimos informes de ACNUR y ONUCI de los que se deduce que la situación sociopolítica general de Costa de Marfil ha evolucionado en sentido negativo a lo largo de los últimos tiempos, derivando hacia un empeoramiento significativo. A tal efecto, invoca el artículo 8 de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2012 (recurso de casación número 6085/2011) que exige la necesidad de atender a la información actualizada sobre el país de origen y a la situación realmente existe en el momento en que se dicta la resolución.

Por el contrario, a partir de los datos que suministra la propia demandante y el informe emitido en la instrucción del procedimiento administrativo, la Sala concluye que el relato fáctico está lleno de contradicciones temporales y espaciales. Destaca determinadas incoherencias como la de huir precisamente a través del territorio controlado por el grupo al que identifica como agente perseguidor o la existencia de datos fundados sobre su residencia en lugar distinto al que alega.

La Sala de instancia ha destacado asimismo la aportación de elementos probatorios (certificado de identidad y pasaporte) con irregularidades evidentes. Como consecuencia de lo anterior, la fuerza de convicción de tales documentos queda desmantelada ante su insuficiencia y la duda sobre su regularidad.

Los cambios en las condiciones de seguridad de Costa de Marfil no han pasado desapercibidos para los Tribunales. El agravamiento de

la situación ha dado lugar, como indica la sentencia recurrida, a la concesión de la protección subsidiaria mediante la autorización de la residencia en España en múltiples resoluciones de la Audiencia Nacional, luego confirmadas por esta Sala (así, sentencias de 21 y 23 de mayo, recursos de casación número 4102/2011 y 4699/2011, dos sentencias del mismo día 22 de junio, recursos de casación 4112/2011 y 6085/2011, y otras dos de 29 de junio, recursos de casación número 5594/2011 y 5935/2011). El criterio jurisdiccional se ha fundado en los sucesivos informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que poseen una validez indiscutible.

Ahora bien, también hemos indicado en las sentencias antes indicadas que, en trance de resolver los recursos contra las resoluciones administrativas de asilo, ha de ponderarse la evolución de las circunstancias en el país de origen desde la formalización de la petición hasta el momento en que el Tribunal haya de pronunciarse. En consecuencia, y al igual que hicimos en las sentencias de 26 de octubre y 28 de diciembre de 2012 (recursos de casación número 2609/2012 y 2522/2012), no podemos omitir el más reciente informe del ACNUR de 15 de junio de 2012, del que dan cuenta tales resoluciones, el cual sustituye las anteriores orientaciones sobre Costa de Marfil y, en especial, deja sin efecto el llamamiento de no retorno que figuraba en el documento de 20 de enero de 2011. A tenor del nuevo informe, la situación ha mejorado desde abril de 2010 y está permitiendo el regreso de gran número de refugiados y desplazados internos, subsistiendo la inseguridad solo en ciertas partes de la ciudad de Abidján y en algunos lugares del oeste del país, así como sobre determinados grupos de personas por causas específicas, como su vinculación política o étnica. Por tal motivo, el ACNUR recomienda que las solicitudes de asilo fundadas en la situación de violencia generalizada sean «evaluadas cuidadosamente a la luz de sus méritos individuales».

De las alegaciones formuladas por la recurrente en casación no se deducen qué particulares condiciones de las que recomienda valorar el informe del ACNUR concurren en la solicitante de asilo.

Por lo demás, como también ocurrió con el supuesto resuelto en la sentencia que puso fin al recurso de casación número 2522/2012, tampoco es aceptable el relato de la recurrente. La Sala de instancia apreció las contradicciones y la falta de indicios de la realidad de los hechos en que se fundamentó la solicitud de asilo y que se reiteran en la demanda, lo que imposibilita verificar las

condiciones personales de la ciudadana extranjera y, por derivación, evaluar el eventual riesgo que produciría su regreso a Costa de Marfil. El criterio de la instancia es fruto de una valoración probatoria que debe mantenerse ahora con todas sus consecuencias, incluso a los efectos de la protección subsidiaria del artículo 17.2 de la Ley 5/1984.

EXPULSIÓN

Expulsión de extranjeros: Principio de proporcionalidad. Las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. Carácter reglado de la potestad sancionadora. Motivación «in alliumde»: La resolución debe expresar las circunstancias que se han tenido en cuenta para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales aunque conste, únicamente, en el expediente administrativo. Arraigo: No puede deducirse de la pura permanencia ilegal en España. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Murcia**

Fecha: **25 de enero de 2013**

Recurso de Apelación: **422/2010**

Ponente: **D. Joaquín Moreno Grau**

Voz: **Proporcionalidad de la sanción de expulsión: motivación de la resolución sancionadora. Ausencia de arraigo: fotocopia ilegible de empadronamiento**

Para resolver si la resolución impugnada viola el principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas, pero igualmente justas, lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa aplicable. Por lo tanto, no cabe mantener que la sanción de expulsión en vez de la de multa aplicables según el art. 57 de la Ley 4/2000, modificada por Ley 8/2000, pueda ser impuesta de forma arbitraria sin atender a dichas circunstancias, ni que pueda ser impuesta discrecionalmente en todas las infracciones graves como la aquí cometida, ni que tal discrecionalidad no pueda ser controlada por los Tribunales. La Administración a través de un proceso

reglado, que puede ser controlado por estos últimos, debe averiguar cuál es la sanción que debe imponer en cada caso. Se trata de buscar la sanción justa y proporcionada a la infracción cometida, lo que comporta que en el supuesto de que como consecuencia de dicha búsqueda reglada llegue a la conclusión de imponer una determinada sanción, deba expresar las circunstancias que ha tenido en cuenta al respecto para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales, teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado, es admisible la motivación *in alliumde*, pues señala la Jurisprudencia que resultaría en exceso formalista despreciar la motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En el mismo sentido se ha pronunciado la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo en sentencias de 14 de octubre y 22 de diciembre de 2005, lo que ha obligado a esta Sala a modificar el criterio que hasta ahora venía manteniendo, confirmando el sostenido por los Juzgados, de considerar proporcional la expulsión, por entender que dicha medida era la única con la que se restauraba el orden jurídico perturbado y que además tenía cobertura legal en el art. 57 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000.

Tales sentencias señalan que el arraigo, como causa que podría moderar la sanción, no puede deducirse en modo alguno de la pura permanencia ilegal en España, ya que para ello se requiere una prueba de las actividades y relaciones del actor en España. Siguen diciendo que en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones la de multa, y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero [artículos 49.a), 51.1.b) y 53.1], en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre [artículos 53.a), 55.1.b) y 57.1)], cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a), b), c), d) y f) del artículo 53 *«podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español»*, e introduce unas previsiones a cuyo tenor *«para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerla se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia»*. En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor y en los casos, entre otros, de permanencia ilegal, *«podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional»*.

(...).

La STS de 30 de junio de 2006 mantiene el mismo criterio de las anteriores, solo que en el caso que contempla entiende que la resolución impugnada está suficientemente motivada al constar en el expediente administrativo, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, de tal entidad que justifican la sanción de expulsión, datos consistentes en estar indocumentado y por no tanto no acreditar su identificación, ni su filiación y ignorarse cuando y por donde entró en territorio español.

Y en los mismos términos se pronuncia la STS de 31 de octubre de 2006 que después de reiterar la misma doctrina estima que en el caso que contempla la expulsión está suficientemente justificada, ya que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó al actor del territorio nacional.

Posteriormente el TS ha seguido en la misma línea. Así en la sentencia de 31 de enero de 2007 después de recoger la misma doctrina expuesta señala que si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos. En este sentido nos hemos pronunciado en reciente sentencia de 29 de septiembre de 2006, donde apuntamos que en la medida en que esta decisión la contraríe, ha de entenderse rectificadora o matizada la doctrina que expusimos, respecto de los antecedentes policiales o judiciales, en nuestra sentencia de 31 de enero de 2006 (criterio que ha sido ratificado en la STS de 27 de abril de 2007).

El Alto Tribunal reitera el mismo criterio en sentencia de 29 de marzo de 2007 señalando que en el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del interesado en territorio español. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

Por último el TS sigue el mismo criterio en la sentencia de 5 de julio de 2007 (Secc. 5.ª) en la que dice: Tampoco este motivo puede ser estimado (infracción del principio de proporcionalidad). Consta en el expediente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, según hemos declarado en numerosas sentencias (entre otras, y por citar algunas de las

últimas, SSTS de 29 de marzo y 20 de abril de 2007). Cabe añadir a tales sentencias la de 28 de junio de 2007 (en la que se trataba de un caso en el que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existían específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico).

Si aplicamos la doctrina contenida en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo citadas, observamos que en el presente caso la resolución sancionadora impugnada no vulnera el principio de proporcionalidad al estar suficientemente motivada en la resolución y en el expediente administrativo la sanción de expulsión teniendo en cuenta que la recurrente no consta que tenga domicilio conocido, ni familia, ni medios legales de vida en España. Tampoco consta que haya intentado regularizar su situación en este país solicitando los oportunos permisos de residencia y de trabajo. El único dato en tal sentido consiste en una fotocopia (ilegible) de un escrito de solicitud de empadronamiento.

Delito de resistencia y falta de lesiones: Concurso ideal. Sustitución de la pena por la de expulsión del territorio nacional. Error en la apreciación de la pena: El juzgador tuvo en cuenta las manifestaciones de los agentes de la autoridad intervinientes y los informes médicos que evidencian objetivamente las lesiones causadas. Presunción de inocencia: Incomparecencia voluntaria del acusado. Principio de inmediación. Sustitución de la pena: Carácter excepcional de la no expulsión. Necesidad de valoración y motivación explícita. Estimación parcial. Se deja sin efecto la sustitución.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona

Fecha: 8 de febrero de 2013

Recurso de Apelación: 186/2012

Ponente: D. Eduardo Navarro Blasco

Voz: Condena por delito de resistencia: sustitución de la pena por la de expulsión del territorio nacional

Se aceptan y dan por reproducidos los de la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los de la presente resolución, en cuyo caso se deberán sustituir por los que siguen.

El recurso se fundamenta en dos motivos distintos: el primero en un pretendido error en la

apreciación de la prueba y el segundo en cuanto a la errónea aplicación del art. 89 del Código Penal por lo que respecta a la sustitución de la pena.

El apelante sostiene que no se ha aportado prueba de cargo suficiente para la condena por

el delito de resistencia, considerando que como mucho podrían calificarse los hechos como constitutivos de una falta del art. 634 CP.

Sin embargo no se comparte en esta alzada la argumentación del recurrente. El juzgador tuvo en cuenta las manifestaciones de los agentes de la autoridad intervinientes y los informes médicos que suponen una evidencia objetiva de las lesiones causadas. Si no ha podido obtenerse la versión del acusado ha sido exclusivamente por su voluntaria incomparecencia al acto del juicio, a pesar de estar citado en forma. Tal incomparecencia no tiene efecto negativo alguno sobre tal presunción de inocencia, pero ha impedido al juzgador poder valorar siquiera su versión de los hechos.

Y la apreciación de la prueba se ha hecho de acuerdo con lo preceptuado en el art. 741 de la LECrim. Tal precepto establece como premisa fundamental para la valoración del material probatorio el principio de inmediación, lo que supone que el error en la valoración propiamente dicho se dará únicamente, en consecuencia, en aquellos supuestos en los que la efectuada en la instancia no dependa esencialmente de su percepción directa de la diligencia probatoria en concreto sino de su adecuación a las reglas de la ciencia, de la experiencia o de la lógica pues entonces sí podrá ser revisable en la alzada, así se pronuncia el Tribunal Supremo respecto al recurso de casación en doctrina perfectamente aplicable al de apelación al decir que «solo en la medida en que la apreciación del Tribunal de instancia sea objetada por infringir las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos es posible que en el marco de la casación se pueda rectificar la valoración realizada por el *a quo* (STS de 9 de mayo de 1990), y en idéntico sentido las más recientes de 25 de octubre de 2000 y 25 de julio de 2001 entre otras muchas.

Y en el caso concreto que nos ocupa las manifestaciones de los agentes policiales son todas ellas coincidentes y vienen corroboradas por la lesión acreditada objetivamente, cuya levedad no es incompatible con la forma de producción descrita, hasta el punto que, como bien se dice en la sentencia, sólo la aplicación estricta del principio acusatorio ha impedido al juzgador

de instancia condenar al acusado por un delito de atentado, pues a tal infracción corresponde el relato de hechos declarados como probados.

(...).

Con el bagaje indicado y haciendo nuestras las tesis que se plantean en las sentencias aludidas, debemos sentar que frente a la medida de sustitución de la pena inferior a seis años de prisión, por mor del art. 89.1 del CP, es exigible siempre la audiencia del acusado.

Habitualmente la sustitución será solicitada en trámite de conclusiones provisionales y el acto del juicio será oportuno para las alegaciones y aportación de prueba en ese particular. Si la sustitución no es solicitada hasta conclusiones definitivas, el juez debe proveer de modo que no se cause indefensión al acusado y si es preciso acudiendo al aplazamiento de la sesión, en aplicación analógica de art. 788.4 de Lecrim. En todo caso, siendo requisito para su aplicación que el extranjero no resida legalmente en España, éste será elemento a probar y así lo declarará probado la sentencia.

Con relación a la ponderación de bienes en conflicto, la doctrina citada exige, por las razones que expone y el abundante respaldo de la jurisprudencia de TEDH, que se valore no solamente la naturaleza del delito sino también las circunstancias del hecho y del culpable. La justificación que ofrecen las sentencias citadas resulta muy reveladora de por qué debe hacerse esa ponderación, que tendrá en cuenta por imposición expresa de la ley al individualizar la pena, en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto, sin que se aprecie la concurrencia de ninguna razón de peso para que tales aspectos no sean valorados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito.

Centrados en el caso, el trámite de audiencia fue plenamente satisfecho pues se solicitó la sustitución de la pena en trámite de conclusiones provisionales, y la jurisprudencia ha admitido que con ello se cumple formalmente con el requisito. De lo que adolece la sentencia

es de una ponderación de las circunstancias del hecho y del culpable, exigencia que la doctrina de la Sala 2.^a del TS considera imprescindible y cuya omisión debe conducir a dejar sin efecto la sustitución acordada, pues la sustitución de la pena es también objeto de la «litis» y ha de ser valorada y justificada en sentencia. En el relato de hechos probados no existe además referencia alguna a la pretendida situación de irregularidad de la residencia del extranjero en nuestro

país, requisito indispensable para la sustitución acordada, que por otra parte se contradice con la imposición de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo que solo procede respecto de quienes ostentan residencia regularizada. Dejando constancia además que en el fallo no se determina tampoco el tiempo de prohibición de regreso a nuestro país, lo que supondría una indeterminación inadmisibles.

Expulsión de extranjeros: Requisitos. Estancia irregular y constancia de «otros datos negativos». Falta de documentación y detención por la posible comisión de un delito de falsedad documental. Motivación específica y complementaria en caso de decidirse la expulsión: Motivación inserta en el expediente administrativo. Único dato negativo: Indocumentación del recurrente. Fotocopia del pasaporte: Se considera suficiente para acreditar la identidad. La simple detención no puede tenerse en cuenta como hecho negativo: Presunción de inocencia. Principio de proporcionalidad. Estimación del recurso y sustitución por multa.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Aragón**

Fecha: **22 de marzo de 2013**

Recurso de Apelación: **338/2011**

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**

Voz: **Expulsión del territorio nacional: fotocopia del pasaporte. Detención del recurrente: delito de falsedad documental**

No cuestionándose la estancia irregular del actor, la cuestión que nuevamente se plantea ante este Tribunal es la proporcionalidad de la medida de la expulsión por estancia irregular y es imprescindible de conformidad al art. 1.6 del Código Civil, seguir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ahora ya reiterada.

(...).

Pues bien en este caso el único dato negativo a valorar es la no documentación del recurrente. La simple detención, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo y esta Sala no puede tenerse en cuenta como hecho negativo pues vulneraría el principio de presunción de inocencia.

No se valora en Sentencia el Pasaporte por ser una fotocopia, ni el empadronamiento. Sin embargo estos dos datos, sin constar o sin presumir la falsedad de ninguno de los dos documentos oficiales, han sido considerados suficientes

para acreditar la identidad en supuestos idénticos al presente.

El recurrente no está indocumentado, pues consta su Pasaporte con la interposición del recurso de alzada y está empadronado. No dudándose de la veracidad de ambos documentos aún cuando sean fotocopias. Su situación no es la equivalente a la que se plantea en las STS de 14 de junio de 2007 (RJ 6024 y 6026/2007), más bien se encuentra en la situación de documentación a que hace mérito la STS 12 de abril de 2007 (RJ 2007/3298) y ello por la sencilla razón de que el Tribunal Supremo entiende relevante esa falta de documentación para evitar la prueba de entrada irregular que aquí no se cuestiona. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo en las indicadas Sentencias valora la situación de indocumentación para no sustituir la expulsión por multa, pero en supuestos de documentación del extranjero con Pasaporte, sin

constar la entrada indica (STS de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9153): «En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de D. Jesús Luis en territorio español, quien no se hallaba indocumentado, toda vez que portaba pasaporte. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que pre-

vé el ordenamiento jurídico. De suerte que obró conforme a Derecho la Sala de Baleares cuando estimó el recurso Contencioso-Administrativo y anuló la sanción impuesta. Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó al demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional [artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000]».

Expulsión de extranjeros: Residente con permiso de larga duración. Varias condenas penales. Reincidencia. Causa legal de expulsión, que opera automáticamente, y no sanción por la comisión de infracción administrativa. Sólo cabe acordar la expulsión de un extranjero con residencia permanente cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Concepto de orden público: La condena por tráfico de drogas no constituye una amenaza real y actual para el orden público. Tampoco constituyen, por sí solas, amenazas reales y graves para el orden público las condenas penales por delito de maltrato y conducción alcohólica. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (núm. 1) Albacete**

Fecha: **22 de marzo de 2013**

Recurso de Apelación: **454/2012**

Ponente: **Dña. Inmaculada Donate Valera**

Voz: **Residente de larga duración: condenas penales. Ausencia de amenaza para el orden público**

Por su parte, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida por ser conforme a Derecho, alegando que no cabe la sustitución de la expulsión por multa al encontrarnos en el supuesto previsto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración y que la sanción de expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para residir legalmente en España.

En la resolución del litigio han de partirse de una serie de hechos que están probados. Consta acreditado que el recurrente cuenta con permiso de residencia de larga duración desde el año 2002, que reside en España desde hace 14 años, tiempo durante el cual ha trabajado legalmen-

te en España y cotizado a la Seguridad Social. Asimismo, de la diligencia de informe de antecedentes penales que obra al Folio 11 del Expediente Administrativo se constata:

1.º) Que el recurrente ha sido condenado por sentencia firme de fecha 16 de marzo de 2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria n.º 188/2.9010:

— Por dos delitos de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, artículo 153 CP en calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad por cada uno de los delitos.

— Por un delito de violencia doméstica y de género. Coacciones artículo 172.2 CP, en

calidad de autor, a la pena de 40 días de trabajo en beneficio de la comunidad.

— Por un delito de violencia doméstica y de género. Maltrato habitual, artículo 173.2 CP, en calidad de autor, a la pena de 1 año y 9 meses de prisión.

2.º) El recurrente ha sido condenado sentencia firme 3 de fecha 2 de septiembre de 2010, impuesta por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Albacete, en la causa Ejecutoria n.º 506/2010:

— Por un delito de violencia doméstica y de género. Lesiones y maltrato familiar, Artículo 153 CP, en calidad de autor, a la pena de 70 días en beneficio de la comunidad.

3.º) El recurrente ha sido condenado en sentencia firme de fecha 24 de septiembre de 2010, impuesta por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Albacete, en la causa Ejecutoria n.º 492/2010, por conducción bajo influencias de bebidas alcohólicas o drogas, artículo 379.2 CP, en calidad de autor, a la pena de 4 meses de prisión, 8 euros día durante 160 días, 30 días de trabajos en beneficio de la comunidad, y 12 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

(...).

Pues bien, resulta clara la aplicación del precepto al caso a la vista de la pena impuesta y la falta de cancelación de los antecedentes. De igual forma, ha de señalarse que es irrelevante la situación de arraigo familiar o laboral, pues como se ha dicho que estamos ante una causa de expulsión y no ante una sanción por la comisión de una infracción administrativa que sea alternativa a otras como la multa. Es una causa legal que opera automáticamente siempre que se den los supuestos previstos en la ley y que no se enerva por circunstancias como la situación de arraigo. Así, la STS de 28 de abril de 2011 señala que «Sin embargo la apelante insiste en primer lugar en que la situación de arraigo en que se encuentra el mismo en territorio Español debe evitar dicha expulsión, sin embargo esta pretensión no puede ser aceptada primero porque esa situación de arraigo no existe en el momento en que se decide sobre la expulsión y segundo porque, en el art. 57 no se contempla la situación de

arraigo como causa que pueda enervar la medida de expulsión impuesta por vía del artículo 57.2 de la LO 4/2000... Pero es que además considera la Sala que no se dan en el presente caso las circunstancias previstas en el artículo 57.5 y 57.6 de la LO 4/2000 que pudiera evitar la medida de expulsión impuesta; y así no se dan las circunstancias del art. 57.5 citado porque el apelante ni ha nacido en España, ni tiene reconocida la residencia permanente, tampoco ha sido español de origen ni es beneficiario de una prestación por incapacidad ni tampoco de otra prestación contributiva; e igualmente tampoco concurre ninguna de las circunstancias del art. 57.6 pese a que el apelante es padre de tres hijos que se encuentran residiendo legalmente en España con una antelación de dos años, primero porque dicho apelante no se encuentra a cargo de sus hijos extranjeros y segundo y sobre todo porque sus hijos, como extranjeros que son y nacionales de Colombia, no se encuentra en ninguna de las situaciones señaladas en el art. 57.5 y que tampoco concurrían el padre hoy apelante.»

(...).

Para apoyar en razones de orden público o seguridad pública el rechazo de la solicitud del interesado hubiera sido preciso que la Delegación del Gobierno motivara mínimamente la concurrencia del resto de los requisitos ya mencionados, esto es, que aparte de la perturbación social que constituye cualquier infracción penal, la conducta del solicitante representa una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad. De la condena y el cumplimiento por tráfico de drogas, no evidencia por sí sola una conducta personal de aquél que constituya una amenaza real y actual para el orden público, no habiendo puesto de manifiesto la Administración ninguna otra circunstancia en la actuación del interesado de la que pueda deducirse una amenaza de esa naturaleza, máxime cuando de las actuaciones se deduce lo contrario debido a la buena conducta del penado.

(...).

Pues bien, en el presente caso, la condena por delito por maltrato habitual e incluso la condena por conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, entendemos que no es suficiente por

sí sola, como ha reiterado la jurisprudencia para apreciar esa amenaza real y grave para el orden público. A ello debe unirse el hecho de que el recurrente lleva en España 14 años, que durante este tiempo ha tenido una dilatada vida laboral, como se acredita con la documental acompañada con el escrito de demanda. Es por ello que no dándose los requisitos para la expulsión, la demanda debe ser estimada. En este mismo sentido se ha pronunciado la reciente STSJ de

Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de fecha 15 de octubre de 2012 (rec. 136/2012), a la que nos remitimos expresamente ya que hace un estudio detallado de la aplicación del artículo 57.2 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, a los extranjeros que tengan concedida la residencia permanente o de larga duración, como es el caso que nos ocupa.

Expulsión de extranjeros: Ciudadano argentino en situación irregular después de no prorrogar su permiso. Hechos negativos: Detención por robo con violencia e intimidación. Principio de presunción de inocencia: Carga de la prueba del hecho positivo de la solicitud y obtención del permiso de residencia. Principio de proporcionalidad. Motivación de las resoluciones administrativas. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares**

Fecha: **5 de junio de 2013**

Recurso de Apelación: **98/2013**

Ponente: **D. Fernando Socías Fuster**

Voz: **Sanción de expulsión procedente: detención policial por presunto delito de robo**

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es subrayada en la resolución recurrida) de que D.ª Mari Luz no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentada, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español.

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo (de los que tuvo conocimiento el Letrado que asistía a la expedientada al notificársele la iniciación-propuesta de resolución) son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio nacional.

El principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de las resoluciones, ya que no basta que la

sanción esté proporcionada a la infracción, sino que cuando —como en el caso— se opta por la sanción más gravosa, es preciso que se indiquen las razones del juicio de proporcionalidad aplicado o al menos éstas consten en el expediente administrativo. En caso contrario, se causaría indefensión a la parte imputada desde el momento en que ha desconocido las razones por las que se le impone la sanción más gravosa y correlativamente, no ha podido combatirlas.

(...).

En el presente supuesto en la resolución ya se indicaron las razones por las que se imponía la sanción de expulsión, en concreto, se indicó que:

«el interesado fue detenido en fecha 17 de abril de 2011 por funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por la presunta comisión de un delito de robo con violencia e intimidación e infracción grave de la Ley de Extranjería por estancia irregular en el territorio español, ya que no portaba ninguna otra documentación que acreditara que se hallaba en España de forma regular...»

Pues bien, a la vista de lo anterior no puede imputarse falta de motivación en cuanto a la indicación de los «otros datos negativos de conducta o sus circunstancias» por las que se ha optado por la sanción de expulsión en lugar de la de multa. Cuestión distinta es que se discrepe de la motivación indicada, pero la explicación sí está.

B) en cuanto al juicio de proporcionalidad de la sanción impuesta.

En el presente supuesto en la resolución ya se indicó que en el ahora recurrente concurría la circunstancia de que: «había sido detenido como autor de presunto delito de robo».

Con respecto a la detención como presunto autor de delito, es el TS el que en sentencias de 22 de febrero y 20 de abril de 2007, aplica el criterio de que los antecedentes policiales, por sí solos, y con desconocimiento del resultado judicial, son insuficientes como para motivar la expulsión. Dice la última de estas sentencias:

«Pues bien, en el presente caso no hay ni en la resolución de la Administración ni en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal del interesado en territorio español. Cierto es que consta en el expediente administrativo que el interesado fue detenido por la sustracción de unos artículos en un centro comercial, instruyéndose por tal motivo diligencias policiales. Ahora bien, no existe en el expediente administrativo ningún otro dato sobre la suerte

que corrieron esas actuaciones policiales, porque la Administración sancionadora no se ha cuidado de averiguarlo. No sabemos, en consecuencia, cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Como hemos señalado reiteradamente, si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.»

No obstante, en el caso que nos ocupa no sólo contamos con el dato de la simple detención, sino que a diferencia del supuesto de la sentencia del TS, aquí sí sabemos que la detención policial derivó en actuaciones judiciales que no han sido archivadas, sino que antes al contrario siguen su curso, estando pendientes de juicio, lo que implica un estadio superior o de presumible mayor gravedad que la simple detención policial luego archivada o sin trascendencia judicial.

Expulsión de extranjeros: Proporcionalidad. Hechos negativos: No contar su pasaporte con los sellos de entrada. Ciudadano nigeriano empadronado. Presencia de varios hechos negativos: Denegación de autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Tampoco se acredita arraigo en los tres años anteriores. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Fecha: 5 de junio de 2013

Recurso de Apelación: 150/2013

Ponente: D. José Ramón Chaves García

Voz: Procedencia de la sanción de expulsión: denegación de autorización de residencia y ausencia de arraigo en nuestro país

El recurso de apelación se esfuerza en reivindicar la aplicación del principio de proporcionalidad plasmado en el art. 55.3 de la LOEX postulando multa en vez de expulsión, haciendo hincapié en que el mero hecho de no contar su pasaporte con los sellos de entrada no puede alzarse en hecho negativo; además cuenta con el hecho positivo del empadronamiento, sin olvidar que nunca fue sancionado y hasta cuatro veces intentó regularizar su situación.

La Abogacía del Estado se opuso a la apelación, y tras oponerse a su admisión por falta de crítica de la sentencia apelada, expuso que según la jurisprudencia y criterio de la Sala consta el hecho negativo de que el pasaporte estaba caducado y sin hacer constar fecha de entrada en territorio Schengen, ignorándose el lugar de entrada en España. Además consta su alta patronal en Alcalá de Henares en Febrero de 2009 y en A Coruña el 9 de mayo de 2011 pero sin exponer ninguna circunstancia socio familiar o laboral de integración. Junto a ello, las solicitudes de regularización del recurrente fueron denegadas o inadmitidas y decidió permanecer en España de forma ilícita.

(...).

Pues bien, descendiendo al caso concreto y en cuanto al fondo, hay que señalar que tal y como la sentencia apelada recoge, la Resolución impugnada (folio 36 expte.) no fija un solo hecho negativo (la ausencia de sello de entrada en el pasaporte) sino que le añade el dato de contar con una denegación expresa de su solicitud de autorización por circunstancias excepcionales. Y esa doble circunstancia en consideración conjunta, la dificultad objetiva de control de extranjería que supone desconocer momento y lugar de entrada en el territorio nacional unida al incumplimiento de la advertencia de abandonar el territorio que acompaña a las denegaciones de autorización de residencia, revisten entidad suficiente para motivar la imposición de la sanción de expulsión.

Ello sin perder de vista que no se ha acreditado la existencia de un arraigo o actividad de integración en los tres años anteriores a la incoación del expediente, más allá del empadronamiento en dos localidades (folios 20 y 21 expte.) o el informe municipal de Alcalá de Henares sobre su inserción social (breve y plasmado en la mera declaración unilateral del afectado), lo que no revela unos lazos de integración sociocultural suficientes para enervar la sanción de expulsión.

Expulsión de extranjeros: Estancia irregular en territorio español. Sanción de multa: Posee el carácter de sanción principal. Desproporción de la sanción de expulsión. Autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena concedida con posterioridad a una anterior orden de expulsión. No se puede considerar esta primera orden de expulsión como «elemento negativo». Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón**

Fecha: **7 de junio de 2013**

Recurso de Apelación: **308/2012**

Ponente: **D. Jesús María Arias Juana**

Voz: **Improcedencia de la sanción de expulsión por falta de proporcionalidad: arraigo en España**

Insiste el recurrente en esta alzada en las argumentaciones aducidas en primera instancia, de que la sanción procedente era la de multa, en lugar de la expulsión, la que considera vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder

tomarse en consideración los elementos negativos que se ponen de manifiesto en la sentencia.

Nuevamente hemos de recordar que reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en sentencias de 21 de abril, 30 de junio y

29 de septiembre de 2006, 27 y 28 de septiembre, 4 y 31 de octubre, y 19 y 20 de diciembre de 2007, y de 9 y 31 de enero, 27 de mayo, 24 de junio y 28 de noviembre de 2008, declara que «en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55-1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional» y que «en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal... Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa». No obstante añade que «resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo», declarando que: «A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora».

Pues bien, en el presente caso, con base en la doctrina jurisprudencial expuesta, y frente a lo razonado en la sentencia recurrida, ha de considerarse desproporcionada la sanción de expulsión que le fue impuesta al recurrente, y pro-

cedente, por el contrario, la imposición de una multa. Y ello porque siendo cierto, como se pone de manifiesto en la sentencia, que consta en el expediente —en la denuncia inicial— que al recurrente le fue decretada una anterior expulsión el 15 de diciembre de 2003, también lo es que, como ya acreditó en el expediente, le fue concedida con posterioridad una autorización de trabajo y residencia por cuenta ajena en el año 2005, vigente hasta el 3 de agosto de 2006, lo que impide que pueda calificarse aquella expulsión —que habría quedado sin efecto por dicha concesión— como elemento negativo. Como tampoco pueden tomarse en consideración los antecedentes policiales desfavorables que se recogen en la referida denuncia inicial, cuando el primero de ellos es de 2003, anterior a la referida autorización, y el segundo, si bien es de 20 de abril de 2006 y se dice en aquella que se trata de una detención por robo con fuerza en las cosas, sin embargo, en la comprobación de las bases de datos de la Dirección General de la Policía que se realizó para solicitar el internamiento en centro no penitenciario para materializar la expulsión aquí recurrida, la detención en tal fecha figura por «infracción Ley Extranjería». En cualquier caso, tales antecedentes policiales no pueden considerarse como elementos negativos para justificar la expulsión al desconocerse el resultado final de las diligencias a las que dieron lugar; pudiendo ocurrir, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de octubre de 2007, en un asunto análogo, «que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado». Como se dice en dicha sentencia «si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la

expulsión». A lo que ha de añadirse que no puede considerarse que carezca de arraigo el recurrente cuando lleva en España desde 2003, ha sido titular —como se ha dicho— de una autorización de trabajo y residencia, en el año 2010 intentó de nuevo obtener una nueva autorización que le fue denegada según recoge la denuncia inicial, mas sin especificar el motivo de la denegación, y, según alega, convive con familia-

res residentes legales y con recursos económicos, aportando diversos documentos que si bien resultan insuficientes para considerar existente una situación de arraigo familiar —al desconocerse el grado de parentesco— no cabe ignorar la coincidencia de apellidos de las personas que figuran en tal documentación y el tipo de ésta, de cuya posesión y aportación si puede deducirse una relación cercana con el recurrente.

Expulsión de extranjeros: Sustitución por multa. Estancia irregular y otros datos negativos. Principio de proporcionalidad: La expulsión no es un hecho que pudiera considerarse necesario para preservar el orden público ni el interés general o particular de terceros. Vinculación familiar suficiente. Determinación de la cuantía de la multa. Estimación parcial.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias**

Fecha: **11 de junio de 2013**

Recurso de Apelación: **85/2013**

Ponente: **D. Rafael Fonseca González**

Voz: **Sustitución de expulsión por multa económica: arraigo en España. Principio de proporcionalidad**

La sentencia apelada parte, con los antecedentes y argumentación que recoge, de que resulta plenamente acreditada la concurrencia de la infracción por la que el recurrente fue sancionado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, y la concurrencia de hechos negativos que señala, realizando una ponderación de circunstancias, obligada por el principio de proporcionalidad, que en el presente caso lleva a concluir al Juzgador de instancia, en la opción por la multa como sanción más ajustada, analizando la edad del sancionado, lazos familiares, tiempo que lleva en nuestro país, y testimonio de su madre, lo que unido a que la expulsión del recurrente no es un hecho que pudiera considerarse necesario para preservar el orden público ni el interés general o particular de terceros, considera más proporcionado la sanción de multa en atención a la necesaria protección de la vida familiar, que fija en 301 euros; frente a lo cual la parte apelante, partiendo de que la sentencia apelada estima la pretensión actora sobre la base de valoración conjunta de las circunstancias personales y familiares del demandante, recogiendo el contenido de la sentencia apelada en los fun-

damentos de derecho tercero y cuarto, y discrepando de la apreciación que se hace en los mismos, resalta la concurrencia de hechos negativos que justifican la sanción de expulsión, y señala que D. Cirilo tiene edad suficiente para una vida emancipada, según deja argumentado, y que es significativo que no ha aportado documento alguno de su expediente académico, formación profesional u oferta de empleo por lo que no parece que tenga vocación de independencia del núcleo materno, estimando que la sanción de expulsión respecto al principio de proporcionalidad, añadiendo de forma subsidiaria que si la Sala entiende que la vinculación familiar del demandante es suficiente para justificar la anulación de la sanción de expulsión y sus sustitución por multa, la determinación de la misma corresponde a la Administración y en todo caso dentro del abanico que el artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el artículo 48 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que prevé para las infracciones graves de 501 hasta 10.000 euros, por todo lo cual solicita se estime el presente recurso de apelación confirmando la adecuación a derecho de la medida de

expulsión acordada o, en su defecto, la modificación de la sanción pecuniaria. Por su parte la representación procesal de D. Cirilo, en su escrito de oposición al recurso de apelación, analiza los hechos negativos y la vinculación y arraigo familiar acreditado de D. Cirilo que lleva en España desde los 15 años, y que su única familia está en España, su madre y hermanos, y que en Paraguay no tiene a nadie, por lo que solicita se dicte sentencia desestimatoria del presente recurso, confirmando la sentencia recurrida.

(...).

Sentado lo anterior, en el presente caso, la resolución administrativo, frente a los datos negativos que recoge y tiene presente la sentencia de instancia, y que sin otros ampararían la resolución de expulsión, no pondera en el alcance del principio de proporcionalidad, el hecho de que el recurrente se encuentra en España desde el año 2007 con la edad de 15 años (19 años a la fecha de la detención), estando acreditado que vive en compañía de su madre y hermanos, residentes legales en España, con el testimonio que el juzgador de instancia recoge de su madre en el acto del juicio, y las posibilidades de haber accedido a una residencia regular como razona la sentencia apelada, este Tribunal hace suyos los argumentos que en la ponderación de tales circunstancias se hace en la instancia pues la expulsión no puede considerarse necesaria para preservar el orden público ni el interés general o particular de terceros, dados los datos recogidos, siendo más proporcionada la sanción del multa, pues concurren lazos e intereses familiares dignos de protección que encuentran amparo en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección

de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, a lo que no obsta las alegaciones vertidas en esta alzada sobre que tiene edad suficiente para una vida emancipada, su dejación en conseguir la autorización de residencia, o su formación académica o profesional u oferta de empleo, pus ello no puede impedir apreciar y atender, en casos como el que nos ocupa, a la protección de la familia dados los lazos familiares y sus circunstancias, lo que lleva a compartir plenamente lo apreciado en la sentencia apelada en dicho extremo.

La sentencia apelada estima, en consecuencia, el recurso en el concreto extremo de modificar la sanción de expulsión por la de multa de 301 euros, ahora bien, con independencia del abanico del quantum de la multa a imponer tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, como alega la parte apelante, de forma subsidiaria este Tribunal viene manteniendo el criterio, como también se alega (por todas las sentencias de 28 de marzo de 2012) que siendo posible la imposición, de una sanción de multa, en lugar de la expulsión, como se recoge en la sentencia objeto del presente recurso de apelación, la elección en cada caso corresponde a la Administración competente que ha de motivar su decisión y dentro también del principio de proporcionalidad, con el adecuado juicio lógico para el correspondiente control en esta vía judicial, debiendo estimarse la pretensión subsidiaria del recurso de apelación, con la revocación de la sentencia apelada en este extremo, para que la Administración se pronuncie, en su caso, sobre la sanción de multa procedente.

Expulsión de ciudadanos comunitarios: Condena penal. Motivos de seguridad y orden público. Requisitos y condiciones. Principio de libre circulación. Violencia de género: Las sanciones por los delitos cometidos no son graves. Desestimación del recurso interpuesto por la Administración General del Estado.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Fecha: 11 de junio de 2013

Recurso de Apelación: 69/2013

Ponente: D. Mercenario Villalba Lava

Voz: Improcedencia de la expulsión de un súbdito portugués: la condena impuesta por un delito de lesiones en el ámbito familiar no constituye amenaza grave para la seguridad colectiva

La sentencia de instancia apelada anula la resolución administrativa que acordaba la expulsión del territorio nacional del recurrente como responsable de la infracción prevista en el art. 15.1 y 6 en relación con el apartado 5.a) del RD 240/2007 con prohibición de entrada en el territorio nacional por un periodo de 3 años.

La sentencia se basa en los preceptos citados destacando que solamente es factible la expulsión de un ciudadano Comunitario cuando existan motivos graves de orden público o seguridad pública, debiendo tenerse en cuenta la duración de la estancia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con el país de origen, así como que lo relevante es si se constituye un peligro real o potencial y grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la existencia de condenas penales anteriores constituya, por sí sola, razón para adoptar tales medidas, que ha de tener presente la residencia durante los 10 años anteriores o si se trata de un menor de interés de éste.

Destaca también la sentencia de instancia, las STJUE de 10 de julio de 2008 y 22 de mayo de 2012, y el sentido estricto que debe darse a la expulsión, teniendo en cuenta el principio de libre circulación, y que el examen particular de cada caso debe tener presente que se encuentra en el ámbito de una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad.

La sentencia de instancia considera que las condenas penales impuestas de delito de lesiones en el ámbito familiar y quebrantamiento de condena no alcanzan a considerar la conducta del sujeto como una amenaza grave para la seguridad colectiva.

La Administración apelante entiende que las penas de 40 y 53 días de trabajo para la comunidad y los 4 meses de prisión por quebrantamiento de condena en 2009, 2010 y 2012 por coger del cuello y tirar al suelo a su compañera sentimental, propinándole una bofetada, que precisó de una primera asistencia facultativa o acercarse a menos de 200 mts, al domicilio familiar y

discutir con su pareja, así como el delito por el fue condenado en el 2007 por hurto de vehículo de motor ajeno, atendiendo a que la violencia de género implica bienes jurídicos que trascienden al ámbito privado y representan un bien jurídico muy protegido en nuestra sociedad representan la amenaza real y potencial, que como concepto jurídico indeterminado señala el reglamento y la jurisprudencia Comunitaria, lo cual es negado por el apelado, ya que las penas impuestas de trabajos en beneficio de la comunidad y orden de alejamiento no son graves e incluso la imposición de la expulsión, no siendo un ciudadano Comunitario vulnera el art. 57 de la Ley de Extranjería, que apela para ello a sanciones penales graves o muy graves e incluso en estos casos, a la vista de otros elementos pueden conmutarse por multas teniendo en cuenta en el caso, que el recurrente vive desde hace 5 años en España y convivía en un ambiente familiar con Florencia y su hija Sonsoles, de ahí que también exista un interés de esta menor en la convivencia y la no salida del recurrente de España.

(...).

Las penas impuestas al apelado son consideradas menos graves por el art. 33 del C. Penal, encontrándose en el puesto mínimo de la escala, ya que hasta 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad es leve y de 31 a 180 menos grave, y lo impuesto se encuentran mucho más cerca del mínimo que del máximo, lo que igualmente sucede con la pena de acercamiento a la víctima que es leve [art. 33.4.e) del C. Penal], de ahí que siendo también la de prisión de 4 meses se encuentra más cerca del grado mínimo de la menos graves (de 3 meses hasta 5 años).

De ello se deduce que el legislador no considera la conducta del apelado grave o muy grave.

Ha de tenerse en cuenta que se trata de un súbdito portugués en un lugar rayano, país con el que España tiene fuertes vínculos de toda índole, así como que se encontraba en España en los 5 años anteriores.

Ciertamente que la conducta del apelado es reprobable, hasta el punto de constituir un ilícito.

cito penal, pero las Sanciones que se prevén en esta ámbito no son graves y se encuentran en la escala cercana a la leve, se trata de un súbdito portugués en lugar cercano a la antigua frontera, con estancia de 5 años previa y los ilícitos no implican un peligro de seguridad colectiva, concepto que no ha de identificarse con el de delito público.

Todo lo expuesto nos conduce a la desestimación del recurso de apelación, toda vez que la interpretación que se verifica en la instancia se acomoda, en mayor medida, a los conceptos y principios que se recogen en los arts. 5 y 15 del RD 240/2007, y a la interpretación que de la normativa Comunitaria se ha verificado por las STJUE mencionadas.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**

Fecha: **24 de octubre de 2012**

Recurso: **Recurso de suplicación núm.**

Ponente: **D. Carlos Hugo Preciado Domenech**

Voz: **Inexistencia de relación laboral. Falta de competencia del Orden Social**

Resumen: «TERCERO.—Al correcto amparo del art. 191.c) LPL, la recurrente solicita el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, por entender infringido el art. 1 y 3 ET.

El recurrente entiende infringidos tales preceptos, por considerar que la propia sentencia reconoce la existencia de relación laboral en el fundamento de derecho tercero cundo dice “con la oferta de trabajo o precontrato, los dos actores prestaron su colaboración puntualmente y les fue retribuida como a los demás trabajadores de la plantilla de la empresa”.

La impugnante se opone al motivo de recurso, por considerar que ha quedado acreditada la inexistencia de relación laboral, y no consta la fecha de inicio de la misma, el abono del salario, la categoría profesional o la actividad permanente en el tiempo.

Hay que partir de que la resolución recurrida estima la excepción de falta de jurisdicción, por considerar que no existe relación laboral respecto de ninguno d los demandantes.

Sin embargo, en el fundamento de derecho tercero se establece —con valor de hecho proba-

do— que: “los actores Hipólito y José Francisco fueron puestos en contacto con el Sr. Pascual mediante la Fundación Privada Prahue de Proyectos y Ayudas Humanitarias que pretende integrar a los inmigrantes sudamericanos ofreciéndoles posibilidades de trabajar. Contacta con personas como el Sr. Pascual a los que pide realicen entrevistas a las personas que les envían y les realicen una oferta de trabajo o precontrato a los efectos de que puedan obtener el permiso de residencia y trabajo. Con el bien entendido de que si no obtienen los permisos necesarios no serán contratados. Con la oferta de trabajo o precontrato, los dos actores prestaron su colaboración puntualmente y les fue retribuida como a los demás trabajadores de la plantilla de la empresa. Al no existir relación laboral, los actores iban cuando les iba bien, pero finalmente dejaron de ir cuando se les requería, pero ello no significa que hubiera un despido, pues ni tan siquiera existía relación laboral”.(sic).

Partiendo de tal relato fáctico, que consta en sede de fundamentación jurídica, la Sala ha de estimar el motivo de recurso respecto de los dos actores Sres. Hipólito y José Francisco, confirmando la resolución recurrida respecto del res-

to de trabajadores, en relación a los cuales no existe infracción de las normas invocadas por la recurrente, pues no se ha acreditado relación laboral alguna.

En efecto, respecto de ambos demandantes la sentencia recurrida tiene por acreditada la prestación de servicios (puntual o no) y la retribución, así como que eran requeridos para acudir a prestar las “colaboraciones” (ajenidad). A partir de ahí, el artículo 36.5 de la LO 4/2000, dispone 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 razón de tal precepto, la Sala IV del TS tiene dicho, entre otras en STS de 29 septiembre 2003, STS 21 junio 2011, en el sentido de que el contrato de trabajo del extranjero sin autorización de trabajo 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 doctrina ha sido seguida por esta Sala, entre otras en la reciente STSJ Catalunya núm. 1334/2012 de 17 febrero.

Por tanto, si existe prestación de servicios y retribución, y se requería a los demandantes para que fueran a prestar sus servicios y no fueron, como afirma la resolución recurrida, entra en juego la protección que a efectos de prueba dispensa el ET a los trabajadores el art. 8.1 ET, según el cual, el contrato de trabajo se presume existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél.

Ello conlleva que la sentencia recurrida infrinja el art.1 ET, respecto de los dos actores antes citados, habida cuenta de que declara la incompetencia de jurisdicción respecto de los mismos, cuando lo cierto es que en virtud del propio redactado de la resolución recurri-

da resulta con paladina claridad la existencia de relación laboral.

Se confunde en la argumentación jurídica de la resolución recurrida la existencia de precontrato u oferta de trabajo condicionada a la efectiva obtención de la autorización de trabajo, con la existencia de relación laboral válida y eficaz.

Sin embargo la distinción entre precontrato y relación laboral es clara, desde el momento en que se inicia la prestación de servicios retribuida dentro del ámbito de organización y dirección de otro. Así lo ha declarado esta Sala, entre otras en nuestra STSJ Catalunya núm. 8937/2006 de 15 diciembre, en que dijimos:

La admisibilidad del precontrato de trabajo, que carece de regulación legal expresa, viene avalada por la mejor doctrina científica y jurisprudencial, pudiendo citar ya una sentencia del TS de 9 de diciembre de 1950, todo ello con fundamento en la libertad contractual que consagra el artículo 1255 del CC, al determinar que los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tuvieren por convenientes, siempre que no fueren contrarios a la Ley, la moral o el orden público, sin desconocer que dicho principio de autonomía de la voluntad tiene muy especiales limitaciones en aquellos contratos que entran dentro de la esfera del derecho social, así ya se evidenciaba en la Ley del Contrato de Trabajo de 1944.

(...)

En efecto, la distinción entre el precontrato de trabajo y el contrato de trabajo consumado *in facto esse* o en ejecución según la sentencia del TCT de 11 de febrero de 1986, es fácil sobre la base de que en éste se da y se presta trabajo, lo que no ocurre en el primero.

(...)

Esto quiere decir que en ambos casos —llámesele precontrato de trabajo o contrato de trabajo de ejecución futura dependiente de un término o de una condición— los efectos son los mismos, ya que tampoco en este último caso pueden ejercitarse las acciones establecidas para exigir el cumplimiento de las obligaciones típicas del contrato de trabajo: ni la acción de reclamación de salarios del art. 30 ET ni de despido del art. 56 del ET, pues sin prestación de servi-

cios no hay salario y no hay mora del empleador al no dar un trabajo que todavía no está obligado a proporcionar ...

En definitiva, lo único que existe en tal situación es la obligación recíproca de poner en ejecución el contrato dando y prestando trabajo, y el incumplimiento culpable de dichas obligaciones se resuelve, tal como ya se ha señalado ut supra con una indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 y ss. del CC, pues la primera alternativa del art. 1124 del mismo código —“exigir el cumplimiento”— es incoercible, al menos desde el punto de vista del trabajador, que asume, una obligación personalísima y puede dimitir en cualquier momento [art. 49.1.d) ET], a diferencia de lo que ocurre con otros contratos consensuales, como por ejemplo la promesa de venta, en cuyo caso, a partir de una sentencia de la Sala 1.ª del TS de 1 de julio de 1950 se puede exigir el cumplimiento de lo pactado y ejecutar el contrato mediante el otorgamiento de escritura pública, incluso sustituyendo la autoridad judicial la voluntad del contratante contumaz.

En conclusión, en el caso de autos, respecto de los dos trabajadores citados, existió inicialmente un precontrato, pero posteriormente existió relación laboral, desde el momento en que prestaron sus servicios retribuidos por cuenta del empleador y bajo su dirección, aún cuando fuera de forma esporádica, como afirma la sentencia recurrida.

Ello comporta no la revocación, como se postula, sino la anulación [art. 191.a) LPL] de la sentencia recurrida con devolución de los autos, puesto que la sentencia aprecia la falta de jurisdicción y no se pronuncia sobre los hechos esenciales para resolver sobre la existencia de despido o de otra forma de extinción de la relación laboral, que han quedado imprejuizadas en la instancia, debiéndose entrar en el fondo de la acción de despido conforme a la prueba practicada en la instancia cuya valoración le corresponde a la Magistrada que la ha presenciado conforme al art. 97.2 LPL, art. 137.2 LPL».

NOTA

El presente recurso aborda una cuestión frecuente en la práctica, la realización de actividades laborales durante el tiempo en que se tramita la solicitud de autorización de residencia y trabajo.

Los hechos son los siguientes: La Fundación privada PRAHU de Proyectos y Ayudas Humanitarias recibía inmigrantes sudamericanos enviados por el demandado para que les realizase una entrevista y posteriormente les facilitase una oferta de trabajo, condicionando su contratación a la obtención de la correspondiente autorización administrativa.

En concreto, la Fundación entrevistó a D. Hipólito, de nacionalidad paraguaya, a quien, tras la entrevista de trabajo, le realizó un precontrato de duración determinada a tiempo completo en la modalidad de circunstancias de la producción, con categoría profesional de peón. En dicho precontrato se incluyó como cláusula adicional que «si no se aprueba la autorización de trabajo por Gobierno Civil, el contrato será sin efecto» (sic). En semejantes términos se entrevistó y facilitó un precontrato a D. Francisco y a otras personas, también de nacionalidad paraguaya.

Así las cosas, queda probado en instancia que con la oferta de empleo o precontrato, D. Hipólito y D. Francisco comenzaron su colaboración laboral puntualmente y les fue retribuida como a los demás trabajadores de la plantilla de la empresa. Afirma también la Sentencia de instancia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona, de 16 de marzo de 2012) que «al no existir relación laboral, los actores iban cuando les iba bien, pero finalmente dejaron de ir cuando se les requería, pero ello no significa que hubiera despido, pues ni tan siquiera existía relación laboral» (sic). Dicha Sentencia estima las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de falta de legitimación pasiva y declara que no existió relación laboral por lo que no pudieron existir despidos.

El Tribunal de Justicia de Cataluña, en la Sentencia que ahora se comenta, declara que en instancia se confunde la existencia de precontrato u oferta de trabajo condicionada a la efectiva obtención de la autorización de trabajo, con la existencia de relación laboral válida y eficaz. Considera que ha quedado acreditada «con paladina claridad» la existencia de relación laboral entre la empresa y D. Hipólito y D. Francisco, pues se ha demostrado la prestación de servicios (puntual o no) y la retribución, así como que

eran requeridos para acudir a prestar las «colaboraciones» (ajenidad). Dichas circunstancias permiten que entre el juego de la protección que a efectos de prueba dispensa el art. 8.1 ET, en cuya virtud, se presume existente el contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

Contiene la Sentencia que se comenta una acertada doctrina acerca de la distinción entre el precontrato de trabajo y el contrato de traba-

jo consumado *in facto esse* o en ejecución, y los efectos que acarrearán el incumplimiento de uno u otro.

La acreditación de existencia de relación laboral comporta la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos, puesto que la sentencia de instancia, al apreciar la falta de jurisdicción no se pronuncia sobre los hechos esenciales para resolver sobre la existencia de despido o de otra forma de extinción de la relación laboral.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**

Fecha: **28 de octubre de 2012**

Recurso: **Recurso de suplicación núm. 426/2012**

Ponente: **Dña. María del Pilar Martín Abella.**

Voz: **Extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo: Denegación de prestaciones por incapacidad permanente derivada de contingencias comunes**

Resumen: «SEGUNDO.—Se alega como segundo motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción por no aplicación del art. 10 y 36 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

La recurrente considera que a lo largo de la vida laboral, el actor ha cumplido con lo dispuesto en el precepto ya que desde el 29 de noviembre de 2005 tenía autorización de residencia y trabajo y gozaba del derecho a ejercer una actividad remunerada y acceder al sistema de seguridad social de conformidad con la legislación vigente, y que su situación de irregularidad ha sobrevenido con posterioridad al acceso o inclusión al sistema de la seguridad social. Por consiguiente no cabe entender que los trabajadores extranjeros irregulares no están comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social, en virtud de lo dispuesto en el art. 7.1 de la Ley General de la seguridad Social, que les reconoce el art. 36.5 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre y el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, en su art. 42.2 último párrafo reconoce a los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen

una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley. Del art. 36.5 de la LO 2/2009 a sensu contrario, se desprende que el trabajador podrá obtener otras prestaciones contributivas distintas del desempleo, siempre que sean compatibles con su situación, y reúna los requisitos que exige la LGSS. En el presente caso, el actor reúne los requisitos para obtener la prestación de IPA que le fue reconocida ya que ha prestado servicios en España durante el tiempo suficiente para ello desde el 20 de enero de 2006, estando afiliado, en alta y cotizando a la seguridad social, siendo su irregularidad sobrevenida.

Pues bien, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2008, si bien en relación a la prestación de desempleo ha venido a declarar que “Para resolver la cuestión planteada parece oportuno descartar previamente las restantes normas y las sentencias de esta Sala que se citan en el desarrollo del recurso, además de las expresamente denunciadas.

[...]

Y aplicando tal doctrina al caso de autos, cabe decir que, el actor se encontraba en situación irregular en España —por habersele denegado la renovación de autorización de residencia temporal y trabajo por resolución de fecha 23 de febrero de 2009 (siendo confirmada dicha resolución por sentencia del juzgado contencioso-administrativo n.º 1 de Cáceres de fecha 1 de marzo de 2010, y posteriormente por La Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 15 de junio de 2010)— en el momento en que le fue reconocida por el INSS la prestación por incapacidad permanente en grado de absoluta por contingencias comunes en fecha 23 de agosto de 2011. En tal situación, no podemos entender que el actor tuviera derecho a tal prestación por el hecho de haber estado incluido en la seguridad y haber sobrevenido su situación de irregularidad con posterioridad de conformidad con los preceptos que cita. Pues el artículo 36.5 de la LO 4/2000, de 11 de enero (en su redacción actual) condiciona la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle” al hecho de que “sean compatibles con su situación” y el art. 138 de la LGSS condiciona el acceso a la prestación de incapacidad absoluta a “las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación”, requisito que no reúne el actor en el momento del hecho causante por ser extranjero irregular, por cuanto, tal y como establece la sentencia de instancia el art. 7.1 de la LGSS incluye en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, únicamente a “los extranjeros que residen o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes”, no incluyendo por el contrario a los extranjeros irregulares. Por ello, en ninguna infracción de aquellos preceptos ha incurrido la sentencia de instancia, debiendo esta Sala desestimar las alegaciones de la recurrente.

CUARTO.—Se alega como tercer motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en

el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción por no aplicación de los arts. 124 y 138 de la LGSS.

La recurrente considera que el actor siempre ha estado incluido en el campo de aplicación del Régimen General como consecuencia de los servicios prestados en España y cuando, como consecuencia de su enfermedad se inicia el proceso de IT en fecha 7/09/2009 se encontraba afiliado, en alta y cotizando a la seguridad social por los trabajos que desempeñaba en la empresa. El actor cumplía con los períodos mínimos de cotización, según el art. 138 de la LGSS, sin que se exija “querer y poder trabajar” —como exige el art. 203 de la LGSS para acceder a la prestación por desempleo— ni “residir legalmente en el territorio español” —como exige el art. 144 de la LGSS para la invalidez en su modalidad no contributiva—. Si el legislador hubiera querido fijar este último requisito lo hubiera fijado expresamente. Añade que se le ha reconocido la IT y si no se le reconoce la IPA, el INSS y la TGSS irían en contra de sus propios actos.

Pues bien, sus alegaciones deben ser desestimadas, por los mismos argumentos expuestos en el motivo anterior, por cuanto el actor no estaba incluido en el campo de aplicación del régimen general en el momento de producirse el hecho causante. Tampoco podemos decir que con la doctrina anterior, el INSS y la TGSS irían en contra de sus propios actos, por cuanto tal y como ha sostenido el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 73/1988, de 21 de abril “la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos” y el fundamento y requisitos de concesión de las prestaciones de incapaci-

dad temporal son distintos a las de incapacidad permanente, por lo que ninguna vulneración de los actos propios se ha producido.

QUINTO.—Se alega como cuarto motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción por aplicación indebida del art. 19 del Convenio de la OIT de 5 de junio de 1925 (suscrito por Marruecos en fecha 13 de junio de 1956).

La recurrente entiende que dicho precepto no es de aplicación al caso enjuiciado pues sólo regula las contingencias de accidente de trabajo y no por enfermedades comunes que no se ven afectadas por el mismo., en cuyo caso el quid de la cuestión consiste en determinar si prevalece la exigencia de los requisitos de alta, afiliación y cotización o si, por el contrario, prevalece la regla del artículo 36.5 de la Ley de Extranjería. En el presente caso, la cuestión no se presenta, pues el actor siempre ha sido un trabajador dado de alta, afiliado y cotizando a la seguridad social. Y, transcribiendo el art. 8.3 de la recomendación n.º 151 de la OIT, considera que no sería justo que se niegue al actor la prestación de incapacidad permanente absoluta, pues ha trabajado de forma regular, salvo los últimos 7 meses en los que se le había denegado la renovación de su permiso de residencia y trabajo, y que siempre ha contribuido con sus cotizaciones a la financiación del sistema.

No obstante, sus alegaciones tampoco pueden ser estimadas, por los mismos argumentos expuestos en los motivos anteriores, que deben darse por reproducidos, sin que en ninguna vulneración del art. 19 del Convenio de la OIT haya incurrido la sentencia de instancia, pues en ésta ya se dice que dicho convenio es aplicable a los solos efectos de protección frente a contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

SEXTO.—Se alega como quinto motivo del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción por la no aplicación del convenio sobre seguridad social suscrito entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 (BOE n.º 245, de 13 de octubre

de 1982) y el Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984 para la aplicación del convenio sobre seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos (BOE n.º 138, de 10 de junio de 1985).

La recurrente alega que en el preámbulo del convenio se impone el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos y entre las prestaciones contempladas en el mismo están las de invalidez temporal y absoluta por contingencias comunes. El art. 3 dispone que las normas del convenio se tendrán que aplicar a los trabajadores españoles o marroquíes que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o de ambas partes contratantes; estando sometidas a las legislaciones previstas en el art. 2 del convenio (en el caso de España a la LGSS), conforme al art. 4.

Pues bien, tales alegaciones igualmente deben ser desestimadas por cuanto tal y como se ha expuesto, la sentencia de instancia ha aplicado la LGSS al actor, y de conformidad con la misma, para tener derecho a la prestación de incapacidad permanente absoluta se exige estar incluido en el campo de aplicación del régimen general en el momento de producirse el hecho causante, requisito que no reúne el actor, por en que ninguna vulneración del convenio mencionado ha incurrido la sentencia de instancia.

Por todo ello, la sentencia de instancia debe ser confirmada, previa la desestimación del recurso interpuesto».

NOTA

La Sentencia que ahora se comenta resulta novedosa pues aborda la cuestión de si procede reconocer a un trabajador extranjero, que en el momento del hecho causante se encontraba en situación administrativa irregular, las prestaciones por incapacidad permanente derivada de contingencias comunes.

El día 7 de septiembre de 2009 el trabajador extranjero se encontraba afiliado, en alta y cotizando a la Seguridad Social (venía prestando servicios para una empresa desde el 12 de septiembre de 2009) cuando inicia un proceso de IT por contingencias comunes. El 23 de agosto de 2011, el INSS dicta resolución por la que le

reconoce prestación por incapacidad permanente en grado de absoluta por contingencia común. Con fecha 20 de septiembre de 2011 la Subdelegación de Cáceres comunica al INSS que el trabajador se encuentra en situación irregular en España al haberse denegado la renovación de autorización de residencia temporal y trabajo en fecha 23 de febrero de 2009. Como consecuencia de ello, el INSS dicta resolución declarando indebidamente reconocido el derecho a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencia común.

La cuestión no tiene fácil acomodo en la legislación vigente. Partiendo del hecho de que la situación de irregularidad administrativa ha sido sobrevenida, y que el extranjero ha sido titular de autorización de residencia y trabajo desde el 29 de noviembre de 2005 hasta que por Resolución de 23 de febrero de 2009 le es denegada la renovación de la correspondiente autorización administrativa, no es de aplicación el artículo 36.5 LOEx. Por su parte, el artículo 138 LGSS exige, además del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización, que el beneficiario esté incluido en el Régimen General de la Seguridad Social en el momento en que sea declarada la situación de incapacidad permanente.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia no hace sino aplicar estrictamente la exigencia legal, y en su aplicación no duda de que para reconocerse dicha prestación la LGSS exige que el posible beneficiario se encuentre incluido en el ámbito del régimen correspondiente de la Seguridad Social en el momento en que se produce el hecho causante. Y a la misma conclusión llega por la aplicación del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre el Reino de Marruecos y España así como el Acuerdo Administrativo de 8 de febrero de 1984 para la aplicación del referido convenio, porque respecto de las contingencias comunes se remite a la legislación vigente, esto es, a la LGSS.

El extranjero estuvo trabajando sin la pertinente autorización administrativa durante casi siete meses (febrero-septiembre 2009), y tampoco resulta de aplicación el artículo 36.5 LOEx porque venimos insistiendo en que los Tribunales, acertadamente, consideran que no procede en los supuestos de prestación laboral sin autorización debida a la falta de renovación. Desconocemos si el empleador conocía o no dicha situación, lo cierto es que le mantuvo en alta y cotizó al Régimen General de Seguridad Social, pero dichas cotizaciones tendrían la consideración de no debidas y, por tanto, inoperantes a la hora de lucrar prestaciones.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

*Profesora TU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos*

Tribunal: **Tribunal Supremo**

Fecha: **12 de marzo de 2013**

Procedimiento: **Recurso de casación 343/2011**

Ponente: **D. Manuel Campos Sánchez-Bordona**

Voz: **Renovación de la autorización temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena: requisitos.**

Resumen: «NOVENO.—Los recurrentes censuran, del artículo 71 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, dos previsiones

específicas contenidas en su apartado segundo. El referido artículo 71 trata de la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y tra-

bajo por cuenta ajena, una vez que hayan expirado; y su apartado segundo regula los supuestos y condiciones en que, expirada una de aquellas autorizaciones, puede ser objeto de renovación, bien porque se acredite la continuidad en la relación laboral, bien porque se disfrute de una prestación contributiva por desempleo o una prestación asistencial, bien porque concurren determinadas circunstancias excepcionales (entre otras, ser víctima de «violencia de género»).

En concreto, las referidas letras b) y c) permiten que, cuando expiren, sean renovadas dichas autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en estos términos:

«b) Cuando se acredite la realización habitual de la actividad laboral para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y el trabajador se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

1. Haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar, y figure en situación de alta o asimilada al alta en el momento de solicitar la renovación.

2. Disponga de un nuevo contrato que reúna los requisitos establecidos en el artículo 64 y con inicio de vigencia condicionado a la concesión de la renovación.

c) Cuando el trabajador haya tenido un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite, acumulativamente:

1. Que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causas ajenas a su voluntad.

2. Que ha buscado activamente empleo, mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo.

3. Que en el momento de solicitud de la renovación tiene un contrato de trabajo en vigor».

A juicio de los recurrentes el Reglamento impone requisitos (en concreto, el «requisito de cotización») que excederían de los contempla-

dos en el artículo 38.6.a) de la Ley 4/2000, sin que este último precepto legal contenga en su actual redacción, a diferencia de lo que sucedía con las precedentes, ninguna remisión a las normas reglamentarias de desarrollo.

La impugnación no podrá ser acogida. El artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000 (en su nueva redacción) regula los supuestos ordinarios en los que procede renovar las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo que hayan expirado por el transcurso del tiempo. Se limita a aquellas hipótesis o supuestos en que «persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato».

El artículo 38 resulta susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento, en contra de lo que sostienen las entidades actoras. Basta a estos efectos la cobertura general que ofrece la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 2009, a la que ya nos hemos remitido. Premisa a partir de la cual puede afirmarse que ninguno de los dos preceptos reglamentarios singularmente impugnados en este epígrafe vulnera, al desarrollarlo, el artículo 38.6, letra a), de la Ley 4/2000.

En efecto, si la Ley 4/2000 condiciona en su artículo 38.6.a) la renovación de las autorizaciones a la existencia o bien de un previo contrato de trabajo (que persiste o se renueva), o bien de un nuevo contrato laboral, debe entenderse que parte de una cierta continuidad en la relación laboral durante el período de tiempo al que se refería la autorización inicial. Y como es obvio, dicha relación laboral lleva aparejada la «situación de alta o asimilada al alta» de la que habla el Reglamento.

De los dos supuestos previstos en la letra a) del artículo 38.6 de la Ley Orgánica 4/2000, el primero (la persistencia o renovación en la misma relación laboral) no es objeto del presente litigio. El Reglamento lo desarrolla en la letra a) del apartado segundo del artículo 71, letra que no es impugnada. El recurso se dirige, por el contrario, tan sólo contra las previsiones reglamentarias que se refieren a la existencia de un «nuevo contrato» en el momento de expiración de la primitiva autorización, esto es, a las hipó-

tesis en que no se haya producido la continuidad del mismo contrato de trabajo.

Posiblemente el Reglamento no hubiera contravenido el artículo 38.6.a) de la Ley si hubiera limitado la renovación de las autorizaciones ya extinguidas a aquellos casos en que la relación laboral no había sufrido interrupción alguna durante el período de vigencia de aquéllas. Pero, quizás por consideraciones ligadas a la inestabilidad laboral en tiempos de crisis (a la que aluden los recurrentes), ha optado por «suavizar» la exigencia de continuidad en términos que, cuando menos, mantengan una cierta coherencia con el designio legislativo. A estos efectos los preceptos reglamentarios ahora impugnados exigen seis meses de trabajo por año (primera hipótesis) o tres meses por año (segunda hipótesis) respectivamente cuando, no dándose aquella continuidad laboral, sin embargo o bien exista un nuevo contrato (en la primera hipótesis) o bien el cese de la anterior relación laboral se hubiera debido a causas ajenas a la voluntad del trabajador (en la segunda hipótesis). Ni una ni otra exigencia contravienen, pues, el artículo 38.6 de la Ley 4/2000; antes al contrario, son más favorables para sus destinatarios que un desarrollo puramente literal de aquél».

NOTA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 ha sido comentada y referenciada en muchos foros especializados en la materia, y su contenido es conocido por los lectores habituales de esta revista.

No se pretende hacer en este momento un análisis exhaustivo de la misma, de hecho, tan solo se ha extractado el fundamento jurídico noveno, en el que se resuelve la censura que los recurrentes hace del artículo 71 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011. Si me lo permiten los lectores, quisiera compartir algunas reflexiones que ya manifieste en su momento.

Cuando se aprobó la reforma de la Ley de Extranjería por LO 2/2009, ya advertí que el artículo 38.6 en su nueva redacción permitiría observar un panorama diferente en orden a la renovación de la autorización de residencia y trabajo, al imponerla («se renovará») cuando

concurriese alguna de las circunstancias que a continuación el mismo precepto detallaba. En concreto, se disponía en el apartado referenciado que dicha autorización se renovará «a) Cuando persista o se renueve el contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, o cuando se cuente con un nuevo contrato».

Junto a dicha previsión, la Ley de Extranjería no contenía una habilitación general para que el futuro reglamento determinase esta materia. Sí, hay remisión expresa al desarrollo reglamentario en el apartado d) del citado precepto: «Cuando concurren otras circunstancias previstas reglamentariamente, en particular, los supuestos de extinción del contrato de trabajo o suspensión de la relación laboral como consecuencia de ser víctima de violencia de género».

Dos eran las modificaciones más relevantes, si se comparaba con la Ley de Extranjería derogada. La primera, que desaparecía la posibilidad de la renovación cuando el trabajador extranjero contase con una nueva oferta de empleo, en consonancia con la filosofía de la nueva Ley de exigir en todo caso la presentación de un contrato de trabajo. La segunda, que se eliminaba la remisión a que la norma reglamentaria estableciera los términos en los que la acreditación de un nuevo contrato de trabajo sirviese de fundamento a la renovación. Las implicaciones prácticas de esta última omisión eran evidentes y relevantes. Si el hecho de que el derogado precepto hiciera referencia a «una nueva oferta de empleo en los términos que se establezcan reglamentariamente» había servido de base para que el Reglamento de Extranjería de 2004 exigiera que el trabajador que pretendía la renovación hubiese prestado un período mínimo de actividad de seis o tres meses en el año, según los casos, la ausencia de remisión al desarrollo reglamentario permitía pensar que contar con un nuevo contrato de trabajo —no ya oferta de empleo— sería suficiente para que fuera oportuna la renovación de la correspondiente autorización.

Además de lo manifestado anteriormente, debía unirse que en el Proyecto de Ley presentado al Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 31-1, de 1 de julio de 2009) se podía leer que «la autorización de residencia y trabajo se renovará a

su expiración en los términos que se establezcan reglamentariamente». Pero esta habilitación general se eliminaba gracias a una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, aprobándose en el Pleno del Congreso tal y como finalmente se aprobó (véase, BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 31-1, de 6 de noviembre de 2009). Seguramente por una mala técnica legislativa, pero lo cierto es que la nueva redacción permitía interpretar que el nuevo régimen de renovación de la autorización de trabajo podía exigir otros, menos rígidos, requisitos. Y esto es lo que básicamente argumenta en este punto el recurso contencioso-administrativo por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo contra el Reglamento de la Ley de Extranjería de 2011.

Bien es verdad que esta propuesta de interpretación se facilitaba como un desiderátum, y que era discutible. Pronto se disiparon las dudas, y el borrador del Reglamento que circuló hacía presagiar que el texto definitivo de la norma reglamentaria iba a seguir una línea continuista.

El Tribunal Supremo entiende que el artículo 38 es susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados, aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento,

porque la Disposición final tercer de la Ley de Extranjería proporciona una cobertura general al desarrollo reglamentario.

Pero, además, considera que para la renovación de la autorización inicial es lógico que se le exija una cierta continuidad a la relación laboral durante el tiempo de vigencia de la autorización que se pretende renovar. Es más, mantiene que el Reglamento no hubiera contravenido lo contenido en el artículo 38.6 a) de la Ley de Extranjería si se hubiese limitado a prescribir la renovación de la autorización de residencia y trabajo solo en los casos en que la relación laboral no hubiera sufrido interrupción alguna durante su período de vigencia. Pero, «consideraciones ligadas a la inestabilidad laboral en tiempos de crisis... ha optado [el legislador] por «suavizar» la exigencia de continuidad» en la relación laboral. Si la interpretación que se ofrecía con la nueva redacción de la Ley de Extranjería podía ser objeto de contra argumentación —y eso nunca lo oculté—, no se olvide que los requisitos sobre períodos mínimos de cotización durante la vigencia de la autorización de trabajo ya se establecieron en 2004... y en ese año ¿quién enarbolaba la crisis económica que vivimos actualmente como fundamento de reformas legales? Nadie. Ni siquiera en 2009, que se hablaba de «desaceleración económica».... No utilicemos ahora ese argumento; hagamos un debate jurídico serio.

DERECHO PENAL

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Elementos típicos: Tipo básico. Promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España. Esconder a una persona indocumentada e intentar acceder al territorio nacional. Declaración testifical preconstituida. Prueba de cargo: Única declaración testifical. Requisitos. Acuerdo entre los sujetos activos. Condena.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **14 de febrero de 2013**

P. Ordinario: **2/2012**

Ponente: **D. Diego Giner Gutiérrez**

Voz: **Inmigración ilegal: ocultar a inmigrante subsahariano en el asiento delantero de un vehículo. Entrada en España careciendo de la documentación necesaria**

En el presente caso, el hecho de haber escondido a esa persona en la forma descrita y tratar de acceder a Melilla, procedente de Marruecos, sabiendo que la misma carecía de documentación que le habilitara para ello, ha de incardinarse en esa conducta típica. Haber ocultado al inmigrante subsahariano dentro del asiento delantero derecho del vehículo, es un hecho incontrovertido e indiscutible, como también lo es que esa persona carecía de documentación para poder acceder a España. Tal aserto, aparte de no haber sido en absoluto discutido por las Defensas, se desprende tanto de la testifical preconstituida, como de la de los Agentes de la Guardia Civil que lo hallaron y lo extrajeron.

Es por ello que no parece necesario realizar ninguna otra consideración al respecto, salvo quizá resaltar el hecho de que esta forma de transportar a ese inmigrante es la primera vez que se ha observado desde que se tiene memoria en esta Sala, de modo que a no ser por la experiencia personal del Agente con T.I.P. número (...), que, al fiscalizar el recinto interior del vehículo se percató de las anormales dimensiones del asiento del copiloto, los acusados habrían logrado su propósito, lo que no obsta a que haya de reputarse este delito consumada, al ser un delito de mera actividad.

Por lo que respecta al subtipo agravado por el que igualmente son acusados los acusados, tampoco ofrece dificultad, pues la persona a quien se trataba de introducir, Belarmino, declaró en su momento que para poder acceder a España tuvo que pagar la cantidad de 5.000 dirhams — (500 euros)—, cosa que hizo en Rabat, desde donde lo trasladaron hasta Nador y desde aquí y casi sin solución de continuidad, lo escondieron en el vehículo interceptado en nuestra frontera con Marruecos, lo que al mismo tiempo está evidenciando el ánimo de lucro que guió a los acusados. Basta esta circunstancia para que aflore ese subtipo agravado, sin necesidad de detenerse al análisis de si, además, tal persona corrió peligro en cuanto a su vida o integridad física por esa dificultad para respirar que ha referido al no existir resciquio suficiente para la entrada de aire en el interior del asiento —(aunque tal peligro aparece como dudoso, dado el tiempo que permaneció oculto, las circunstancias en que fue

extraído y la no necesidad de asistencia médica cuando esto sucedió)—.

(...).

En este orden de cosas resulta en primer lugar, por lo que respecta a Jaime, que ha negado conocer que en el interior del vehículo viajara escondida esa persona, afirmando que él no es el dueño del coche, sino un tal Isidoro, sin más datos, para el cual trabajaba desde hacía una semana. Su cometido era conducir ese mismo coche para transportar mercancía desde Melilla hasta Nador y que creía que llevaría algo para dejar al mismo tiempo en esta ciudad. Ha dicho también que ese hueco del asiento de donde extrajeron al inmigrante, lo utilizaban para introducir la mercancía en Melilla.

Refiriéndose al coacusado dice ser un conocido suyo, al que recogió en un bar de Beni-Enzar, próximo a la frontera y que sabía que en ese hueco del asiento normalmente transportaban mercancías, aunque no sabía tampoco que iba escondida esta persona, pues trabajaban juntos.

Por su parte, Martin admite que viajaba en el asiento delantero derecho (del copiloto), pero que no se dio cuenta de que iba sentado sobre el inmigrante, pues no notó las piernas de éste. Niega asimismo conocer que había un hueco en el asiento y que era la primera vez que subía a ese coche, refiriendo que Jaime, antes de recogerlo, lo llamó por teléfono y luego lo recogió en el bar antes indicado, habiendo notado que el asiento estaba manipulado y que era más grande de lo habitual.

Pues bien, tales negaciones y demás aseveraciones que han realizado sólo constituyen sendas declaraciones auto exculpatorias, que vienen desvirtuadas por el resto de la prueba practicada, fundamentalmente, por la indiciaria que pasa a examinarse. En efecto, por lo que respecta a Jaime, no es acorde a la lógica admitir que, conociendo la existencia de ese habitáculo tantas veces dicho, diga desconocer que allí se escondía una persona. Cuando menos era conocedor de la existencia de ese habitáculo de sus características, y de que algo ilícito transportaba. El era quién conducía y a quién, a falta de otra prueba, pertenecía el coche indicado, pues estaba bajo su completo dominio. Además, no puede admitirse que no supiera que iba esa persona, cuando era visible: (lo apreció

al coacusado) que ese asiento no estaba dispuesto como el suyo, sino más inclinado hacia delante, sin contar con que no puede concebirse que durante el tiempo que duró tal viaje, no se percatara de la existencia del inmigrante.

Por otro lado, más extraño aún resulta que Martin, (que necesariamente tuvo que notar la presencia del inmigrante) no le comentaba al respecto. Y afirmamos que éste necesariamente tuvo que notar que se sentaba sobre una persona, ya que ésta, sólo tenía encima la tapicería del asiento, pues al haber sido extraída su estructura metálica, se sentaba literalmente sobre las piernas cruzadas del inmigrante, lo que no había sucedido sin la existencia de ese habitáculo.

Desde otra perspectiva, es cierto que los Agentes de la Guardia Civil se han contradicho al referir el estado en que se hallaban ambos acusados cuando se descubrió al inmigrante, pues mientras uno dice que tenían una actitud pasiva y normal, el otro alega que en ese momento los dos estaban nerviosos y que se dio cuenta de ello porque él los custodiaba mientras su compañero registraba el vehículo. Ello hace que la Sala se decante por esto segundo, dada la proximidad con que el referido Agente pudo observar a ambos acusados en aquellos momentos.

A todo lo anterior han de añadirse, por último las contradicciones que se han apreciado entre las manifestaciones de ambos acusados, tanto en

cuanto a si se conocían o no, como respecto al momento en que los dos contactaron para verse y realizar el viaje, así como si trabajaban o no juntos y viajes que habían realizado en común con ese vehículo, contradicciones éstas que constituyen un contra indicio que opera en su contra.

Para concluir afirmar, en fin, que entre ambos acusados hubo un acuerdo previo para realizar la introducción, pues medió una llamada previa de Jaime a Martin que excluye la posibilidad de que lo recogiera sin haber quedado antes de acuerdo. Ese actuar en común, se desprende igualmente de la forma en que Martin viajaba, sentado sobre las piernas del inmigrante, como antes se dijo, lo que implica con arreglo a la lógica que comentara con Jaime tal circunstancia y que, al no haber rehusado acompañarle, aceptara el papel de disimular ese habitáculo y a la persona escondida. Ello es así, porque de haber viajado sólo el conductor, se habría notado más fácilmente la trama, debido a que, como ha declarado el Guardia Civil que descubrió el inmigrante, notó el respaldo del mismo más inclinado hacia delante de lo que, normalmente debería estar. Yendo, en cambio sentado Martin esta circunstancia pasaría desapercibida.

En conclusión, pues, han de ser considerado ambos acusados coautores del delito antes analizado según se desprende de la prueba que acaba de analizarse.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y falsedad documental: Intercepción en control fronterizo de inmigrante indocumentado. Elementos típicos: «Clandestinidad». Infracción administrativa. Presunción de inocencia: Prueba de cargo. Falsedad documental por uso indebido de documento de identidad. Condena por la falsedad.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **1 de marzo de 2013**

P. Abreviado: **1/2013**

Ponente: **D. Juan Rafael Benítez Yebenes**

Voz: **Entrada ilegal en territorio nacional: delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Falsedad documental: DNI de otra persona**

Se declara probado que aproximadamente sobre las 22:50 horas del día 22 de diciembre de 2011, los acusados Ignacio, Rogelio, y Juan Pedro, se

disponían a embarcar en el buque «Juan J. Suster» de la Compañía Acciona-Trasmediterránea con destino a Málaga, en la estación marítima

de Melilla, todos ellos en el vehículo Opel Corsa matrícula (...), propiedad de Ignacio y conducido por éste.

Al pasar por el control de pasajeros y vehículos, el acusado Juan Pedro que viajaba visible en el asiento trasero del coche, al ser requerido por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía para que mostrara su documentación, entregó el DNI español n.º NUM007 a nombre de Justino, a sabiendas que no era suyo. Los agentes de policía que se encontraban de servicio el dicho control, pudieron apreciar que la fotografía del DNI no se correspondía con el acusado y que éste no era el titular de dicho Documento, por lo que interpelado sobre su verdadera identidad manifestó llamarse como queda dicho, careciendo de la documentación necesaria para poder viajar a la Península.

(...).

De la prueba practicada en autos, representada fundamentalmente por la declaración de los propios acusados y de los agentes de policía que se encontraban de servicio en el control de viajeros, se desprende que el inmigrante Juan Pedro viajaba visible en el asiento trasero del vehículo, y que al ser requerido para que mostrara su documentación entregó un Documento Nacional Español, resultando palpable y visible que no se trataba de la misma persona, y que por tanto no era su titular.

Ante tales hechos, se ha de tener presente el criterio recogido en la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo n.º 147/2005 de 15 de febrero. Indica esta sentencia que el sentido del artículo 318 bis del Código Penal «va encaminado a castigar a los que de manera, más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introducen en nuestro país a una persona con la que realiza un acto de tráfico». Recoge igualmente esta sentencia el razonamiento de que «no se puede incluir en el mismo la conducta de una persona que de manera ostensible lleva en su automóvil a una persona extranjera que aparece inicialmente indocumentada y que después se identifica. El que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos

identificativos necesarios para realizar el viaje». Y finalmente recoge la expresada sentencia el razonamiento de que el nivel de antijuridicidad formal exigido por el artículo 318 bis del Código Penal no se alcanza en aquellos supuestos en los que «la operación carece de cualquier matiz de clandestinidad ya que se hace a la luz de los controladores del paso del Estrecho pasando por delante de los puestos policiales y aduaneros».

Atendiendo a este criterio del Tribunal Supremo, hemos de llegar a la conclusión de que procede la absolución de los acusados Ignacio y Rogelio. Ignacio, porque según la expresada Sentencia del Tribunal Supremo su conducta no reviste el carácter de clandestinidad que exige el tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal. Y Rogelio, por el mismo motivo y, además, porque tampoco existe suficiente prueba de cargo de la que se desprenda de forma inequívoca que conocía la falta de documentación del inmigrante, y que colaboró para trasladarlo a la Península. Aunque éste acusado también viajaba en el coche, sin embargo manifestó estar al margen de todo, habiéndose expresado en igual sentido su padre, el otro acusado propietario del vehículo. Por lo que, además, habrá que otorgarle al menos el beneficio de la duda.

En cualquier caso, aunque no revista caracteres penales, la conducta realizada por el acusado Ignacio podría ser constitutiva de infracción administrativa conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por lo que esta Sentencia habrá de comunicarse a la Delegación del Gobierno por si se derivasen responsabilidades de ese tipo.

Los hechos que se declaran probados son, por otro lado, constitutivos de un delito de falsedad documental por uso indebido de documento de identidad por quien no está legitimado para ello, previsto y penado en el artículo 400 bis del Código Penal, del que resulta responsable en concepto de autor el también acusado Juan Pedro, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo en relación con los artículos 27 y 28 del mismo Código, por haber ejecutado directa y materialmente los hechos que integran dicho tipo penal.

Así se desprende de la testifical practicada en el acto del juicio, representada por el testimonio de los agentes de policía que se encontraban de

servicio, quienes manifestaron que fue este acusado quien portaba y, para identificarse, mostró el DNI auténtico perteneciente a otra persona.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Patrón de patera, en la que pretendían entrar ilegalmente en España, siete menores. Subtipo agravado: Transportar a menores de edad. Estimación del recurso del Ministerio Fiscal.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **16 de abril de 2013**

Recurso de Casación: **11198/2012**

Ponente: **D. Joaquín Giménez García**

Voz: **Entrada ilegal de menores en territorio nacional: delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros**

El Juzgado de Instrucción n.º 5 de Almería, instruyó Sumario n.º 4/2011, seguido por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, contra Máximo y Lázaro, y una vez concluido lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección III, que con fecha 8 de Octubre de 2012 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«El día 29 de agosto del año 2011, sobre las 19:10 horas, fue interceptada por el servicio de Salvamento Marítimo de Almería, una embarcación neumática a 15 millas náuticas al sur de la costa (coordenadas 36.º 20, 8N-003.º 11,1 W) ocupada por 54 personas, nacionales de Nigeria, Chad, Costa de Marfil, Guinea, Camerún, Togo, Senegal, Libia, Uganda, República Centroafricana, Gambia, Níger, Eritrea, Nigeria, Libia, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Burkina Faso y Costa de Marfil; entre todos ellos se identificaron a siete menores de edad que fueron entregados a los organismo de protección de la Junta de Andalucía. Las personas que viajaban en la embarcación pretendían entrar ilegalmente en territorio nacional y habían iniciado su viaje en la costa marroquí, donde habían pagado a personas no identificadas encargadas de organizar dicho viaje distintas cantidades de dinero, entre 500 y 1500 euros. Entre las personas que viajaban en dicha embarcación se encontraban los procesados Máximo y Lázaro —mayores de edad y sin antecedentes penales— naturales de

Gambia y de Guinea Bissau, respectivamente, los cuales se encargaban de conducir la referida embarcación, llevando el timón y controlando el rumbo de la travesía con un “GPS”, que una persona tampoco identificada les había entregado en las costas de Marruecos. No consta debidamente acreditado que los citados procesados se beneficiasen de todo o parte del dinero entregado por los otros inmigrantes para viajar a España, al no constar tampoco que perteneciese a una organización junto con las mencionadas personas no identificadas que cobraron el dinero y les facilitaron el “GPS”. (sic)

(...».

La sentencia de 8 de Octubre de 2012 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Almería condenó a Máximo y Lázaro como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a la pena, a cada uno, de cuatro años y seis meses de prisión con los demás pronunciamientos del fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que ambos se encargaban de dirigir la embarcación en la que iban 54 personas, entre ellos, siete menores de edad con la que pretendían entrar ilegalmente en territorio español, viaje que habían iniciado en la costa marroquí.

El Ministerio Fiscal ha formalizado recurso de casación a través de un único motivo por la vía del *error iuris* del art. 849.1.º LECrim-

nal, por estimar que la sentencia no ha aplicado el subtipo agravado de transportar a menores de edad, tal y como solicitó en su escrito de calificación, en el que solicitó la aplicación del art. 318 bis., párrafos 1.º y 2.º y último inciso de dicho párrafo, como se recoge en el antecedente de hecho tercero de la propia sentencia.

Procede la estimación del recurso pues desde el riguroso respeto a los hechos probados a los que ya se ha hecho referencia, apareciendo que había siete menores, es clara la consecuencia de proceder a la aplicación de tal párrafo que impone para tal supuesto la pena superior en un grado, y toda vez que la pena del tipo básico tiene una extensión de cuatro a ocho años de prisión, la pena superior en un grado, comienza en ocho años y un día de prisión, y termina en los doce años.

Dentro de esta previsión les imponemos a cada condenado en la instancia el mínimo legal del subtipo citado, es decir, ocho años y un día de prisión. Hay que advertir que en la sentencia sometida al presente control casacional se

silencia totalmente esta cuestión, por otra parte en relación a la presencia de menores en la patera, fue clara la declaración del Policía Nacional n.º NUM000 en el sentido de que viajaban siete menores, constando en los hechos probados que fueron entregados al Organismo de Protección de la Junta de Andalucía, por lo que aunque uno de los condenados manifestó en el Plenario desconocer tal presencia, del hecho de que los menores quedaron bajo la protección del órgano correspondiente de la Junta de Andalucía, puede deducirse con una seguridad más allá de toda duda razonable que la condición de menores era clara y ostensible y por tanto debió ser apreciada por ambos condenados que no pueden alegar ignorancia al respecto.

Ciertamente que el último párrafo —quinto— del art. 318 bis permite la imposición de la pena inferior en un grado en atención a la gravedad del hecho, condición del culpable y finalidad perseguida, pero es lo cierto que nada hay en los autos que permita la utilización de tal apartado.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Introducir a través de un paso fronterizo a inmigrante ilegal en el interior de un vehículo. Elementos típicos: Delito de mera actividad. Conducta típica: Cualquier acto que promueva o favorezca la inmigración clandestina. Subtipo agravado: Riesgo para la vida e integridad física del inmigrante. Habitación de reducidas dimensiones. Confesión del imputado y testifical de los agentes intervinientes. Condena.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **24 de abril de 2013**

Procedimiento Abreviado: **18/2013**

Ponente: **D. Mariano Santos Peñalver**

Voz: **Inmigración clandestina: entrada ilegal en España con riesgo para la vida e integridad física**

Los hechos descritos en la relación fáctica de la presente sentencia, se consideran probados en base a la prueba practicada representada por la confesión del propio imputado, por la testifical de los Agentes de la Guardia Civil que procedieron al registro del vehículo del acusado, y la testifical de las inmigrantes que pretendían

ser introducidas subrepticamente en territorio español.

Al respecto, la confesión del reo, o declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias, es prueba de cargo idónea y suficiente para fundar un fallo condenatorio, siempre que

haya sido obtenida con las condiciones previstas en el art. 406 de la LECrim., con respeto de los requisitos que derivan del derecho de defensa, y corroborada por otras pruebas acreditativas de la exactitud y realidad de la autoría confesada. Eficacia que debe otorgarse en el presente caso a la declaración autoinculpatoria del acusado, pues la misma ha sido mantenida firmemente a lo largo del procedimiento y aparece confirmada por los datos objetivos del transporte subrepticio en su vehículo del súbdito extranjero, representados por el descubrimiento en el interior del turismo de los habitáculos idóneos para esconder a personas, el hallazgo en su interior oculto de dos ciudadanas extranjeras cuando se intentaba sobrepasar el control fronterizo, y la carencia por éstas de la documentación habilitante para acceder a territorio español.

Por su parte, la testifical de las súbditas extranjeras que viajaban escondidas en el turismo conducido por el acusado, y de los agentes de la Guardia Civil que participaron en el registro del referido vehículo, reúnen las garantías de certeza necesarias para considerar verídicos sus testimonios. Así, no se aprecian móviles de incredulidad subjetiva, las manifestaciones se han mantenido firmes a lo largo del procedimiento, y, las mismas aparecen corroboradas por datos objetivos, como anteriormente se expuso.

(...).

A los efectos que nos interesan destacan como presupuestos fácticos que los habitácu-

los en donde fueron escondidas las inmigrantes, se confeccionaron en el interior del vehículo mediante la modificación del depósito de combustible y la zona posterior del asiento trasero y el otro de la guantera; que las dimensiones de los mismos eran reducidas en concreto, respectivamente, de 1,30 por 0,40, por 50 centímetros, y de 1,37 por 24 centímetros; que las inmigrantes no podía salir del habitáculo por sus propios medios, precisando para ello necesariamente la ayuda de terceras personas, pues era necesario extraer el respaldo del asiento trasero, en un caso, y, en el otro de la chapa del salpicadero en el otro; y, finalmente, una de las súbditas extranjera presentaba la respiración agitada precisando de asistencia médica.

Las circunstancias de hecho expuestas referidas a la forma y lugar de transporte permitirían deducir la conclusión del peligro para la vida o integridad de las inmigrantes.

En orden a la penalidad, siendo de aplicación el subtipo agravado de peligro para la vida del número 3.º del artículo 318 bis, no concurriendo circunstancias modificativas genéricas de la responsabilidad criminal, ni apreciándose una especial peligrosidad social en el acusado, pero sí una mayor gravedad del hecho a la propia del subtipo agravado al transportar en las condiciones inhumanas ya descritas a dos personas, se considera procedente imponer la pena asignada al hecho punible en su extensión mínima de seis años de prisión.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Interceptación de inmigrante indocumentado oculto en el interior de un vehículo en paso fronterizo. Tipo penal: Tráfico ilegal de personas. Concepto de «tráfico». Elementos típicos: Circunstancia de peligro para la salud o integridad de las personas. Prueba de participación en los hechos: Testifical de los agentes intervinientes y del propio inmigrante. Condena.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga**

Fecha: **14 de mayo de 2013**

Procedimiento Abreviado: **24/2013**

Ponente: **D. Juan Rafael Benítez Yebenes**

Voz: **Tráfico ilegal de personas: inmigrante indocumentado de origen subsahariano oculto en interior de vehículo**

Se declara probado que aproximadamente sobre las 16:45 horas del día 24 de noviembre de 2012 el acusado Elías efectuó su entrada a Melilla, procedente de Marruecos, por el paso fronterizo de Farhana conduciendo el vehículo marca Renault 9 con matrícula marroquí n.º....-U-.....

Seguidamente, el agente de la Guardia Civil con tarjeta de identidad profesional n.º NUM004, que se encontraba de servicio en el lugar, observó que la parte trasera del vehículo se encontraba muy elevada y procedió a su control y fiscalización, pudiendo comprobar que el depósito de combustible presentaba una forma diferente al original, y que bajo éste se hallaba un cajón metálico, no original en este tipo de vehículos, el cual se encontraba sujeto al chasis mediante una cadena. Al inspeccionar el cajón auxiliado de una linterna y un destornillador observó por una ranura el pie de una persona, por lo que seguidamente con la ayuda de otro agente procedieron a romper la cadena y extraer a la persona de origen subsahariano que allí se ocultaba, de sexo varón, el cual se encontraba en posición decúbito supino, con la cabeza en el parachoques del turismo y las piernas bajo el asiento trasero del mismo, y presentaba respiración agitada, sudoración excesiva, desorientación y mareos, así como lesión consistente en erosión de unos 20 mm en dorso de primer dedo de la mano derecho; siendo preciso por todo ello su asistencia médica en el Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal.

El mencionado subsahariano, que manifestó llamarse Cándido, carecía de cualquier documentación acreditativa de su identidad, y de cualquier otra que le habilitara para entrar o permanecer en España, o en cualquier otro país de la Unión Europea.

(...):

La conducta del acusado llevando oculto, en un habitáculo destinado al efecto, en el vehículo que conducía a un individuo subsahariano, que carecía de la documentación necesaria para transitar por territorio español ni establecerse en él, ni en otro país de la Unión Europea, es una conducta encuadrable en el tipo delictivo anteriormente citado.

Concurre también la expresada circunstancia de peligro para la salud o integridad de las per-

sonas. Ello se evidencia por la forma y lugar en el que se transportaba al inmigrante, dentro de un habitáculo cerrado sin ventilación, de reducidas dimensiones del que no podía salir por sus propios medios, y por el tiempo que allí permaneció (una hora, según manifestó en el acto del juicio) que le provocó insuficiencia respiratoria, sudoración excesiva, desorientación y mareos, así como lesión consistente en erosión de unos 20 mm en dorso de primer dedo de la mano derecho; todo ello tal y como se hace constar en los informes médicos obrantes a los folios n.º 16 y n.º 29 de las actuaciones, que no han sido impugnados de contrario.

(...).

La participación del acusado en los hechos enjuiciados queda meridianamente acreditada mediante la prueba practicada en el acto de la vista oral, singularmente mediante la testifical de los agentes de la Guardia Civil, del propio inmigrante, y de la documental, puesto todo ello en relación con las propias manifestaciones del acusado, de todo lo cual caben extraer los indicios que seguidamente se mencionarán.

En primer lugar hay que partir del hecho base de que el acusado es el conductor del vehículo en donde apareció oculto el inmigrante, y que como regla general a todo conductor le es exigible un control del vehículo, tanto de sus movimientos como de su estado y de sus ocupantes. En este sentido, no debió pasar desapercibido para él uno de los datos que, según se hace constar en el atestado, causaron extrañeza en el agente de la Guardia Civil que se encontraba de servicio en el Puesto fronterizo, cual es el de que la parte trasera se hallaba más elevada de lo normal. Por lo que cabe pensar, que ante ello realizaría alguna inspección de dicha zona del vehículo, o le preguntaría sobre tal extremo al que dice dueño del vehículo.

En este mismo orden de cosas, se ha de poner de manifiesto que es un hecho notorio en esta Ciudad y en su entorno, conocido por quienes a diario cruzan a uno y otro lado de la frontera (circunstancia ésta que concurre en el acusado, según sus propias manifestaciones) que uno de los medios normalmente utilizados para introducir inmigrantes en la ciudad son los vehículos con habitáculos camuflados. Así las cosas, cual-

quier persona que habitualmente cruza la frontera se mostraría recelosa, o rehusaría cruzar conduciendo un vehículo ajeno que no le ofreciera absolutas garantías, pues siempre existe la sospecha de que pueda viajar oculta una persona. Por lo expuesto, esta posibilidad hubo necesariamente de representársela en su mente el acusado, y sin embargo decidió cruzar la frontera; por lo que al menos desde la perspectiva del denominado dolo eventual cabe apreciar su culpabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, también se han de hacer las siguientes consideraciones:

El acusado niega su participación en los hechos, alegando que desconocía que en el interior del coche hubiera oculto un inmigrante; que el coche es de un señor de Beni-Enzar que se llama Leovigildo, y que éste le pidió que le pasara el vehículo por la frontera ya que a él (el propietario) le habían echado para atrás, y que como él (el acusado) conocía al guardia que estaba de servicio pensaba que lo podría pasar a cambio de cinco euros. La versión del acusado no resulta creíble.

En primer lugar, el hecho de que la documentación del vehículo no esté a su nombre no significa que no sea de su propiedad, ni que no sea su conductor y usuario habitual. Es perfectamente posible que sea el propietario, aunque no haya regularizado la documentación.

Por otro lado, si el coche es de un señor de Beni-Enzar (localidad fronteriza marroquí, en donde se ubica el puesto fronterizo principal, con carácter oficial internacional), no se explica por qué tenía que entrar el coche por el puesto de Farhana que tiene un carácter meramente doméstico, habilitado esencialmente para el tránsito de residentes de dicha Localidad, como lo es también del Mariguari). Lo lógico hubiera sido entrar por el puesto fronterizo de Beni-Enzar, ya que para llegar a Farhana tuvo necesariamente que dar un rodeo de al menos diez kilómetros, bordeando la falda del Gurugú, que es la

carretera más corta que une ambas localidades marroquíes.

Preguntado por su Letrado en el acto del juicio, si conocía a Leovigildo, el acusado mostró extrañeza y manifestó inicialmente que no, si bien ante dicha respuesta negativa, su Letrado, con evidente rapidez de reflejos, le repitió la pregunta aclarándole que se trataba del dueño del coche, a lo que con la misma rapidez contestó en esta segunda ocasión en sentido afirmativo. Lo cual es un dato más a tener en cuenta.

La justificación que da el acusado al hecho de pasar él el vehículo, y no su supuesto propietario, es porque él es conocido por los agentes que están de servicio en la frontera, y en concreto por el Guardia que estaba de servicio. Sin embargo, precisamente este dato fue expresamente negado por el primer agente que depuso en el acto del juicio (TIP n.º NUM004) quien, sin necesidad de que se le preguntara sobre ello, manifestó espontáneamente que dadas las características del paso de Farhana, por el que suelen pasar las mismas personas, éstas son conocidas, y al acusado no lo conoció, siendo este dato uno de los que también llamó su atención a la hora de fiscalizar el vehículo.

Si bien es cierto que pesa sobre la acusación la carga de probar los hechos típicos, constitutivos de su pretensión punitiva, idóneos para destruir la presunción de inocencia que ampara al acusado, sin embargo, sobre éste pesa la carga de probar los hechos de su coartada, y dar una explicación razonable sobre aquellos aspectos de su conducta que resulten extraños o ilógicos. Nada de esto ha verificado el acusado, quien simplemente se ha limitado a negar su autoría. Por todo ello, teniendo en cuenta los indicios que se dejan expuestos, y la ausencia de una explicación por parte del acusado, este Tribunal llega a la firme convicción de la autoría de aquél en los hechos que se le imputan.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Motivación de las resoluciones judiciales. Hechos probados: Intangibilidad. Tráfico ilegal de personas: Abarca, no sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad. Acceso como turista con voluntad de trabajar. Inadmisión del recurso de casación.

Tribunal: **Auto del Tribunal Supremo**

Fecha: **30 de mayo de 2013**

Recurso de Casación: **1887/2012**

Ponente: **D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración clandestina de mujeres para ejercer la prostitución**

C) Relatan en síntesis los hechos probados de la sentencia recurrida que, en el año 2008, el acusado Jesús Miguel era propietario y regentaba los clubs «Eden» y «Eclipse», sitios en la provincia de Gerona, en los que se ejercía la prostitución. En el club «Eden» trabajaban también los acusados Jon, como encargado, y Primitivo, como conductor de limusinas. La acusada Sonia acudía regularmente a ambos clubs, en los que había trabajado anteriormente, para vender ropa interior a las mujeres que ejercían la prostitución.

Debido a la falta de mujeres que ejerciesen dicha actividad, el acusado Jon, para incentivar a sus trabajadoras a la hora de captarlas, les ofrecía una remuneración económica por cada mujer que consiguieran traer; además de financiar el viaje de las mismas desde Brasil, encargándose la mujer del acusado Primitivo, residente en Brasil, de su captación en dicho país y este último, junto con Jesús Miguel, de efectuar los trámites para conseguir su venida a España, so pretexto de viajar como turistas, ocultando su verdadero propósito, que era el de ejercer la prostitución. A tal fin proveían a las mujeres de billete de avión de ida y vuelta, así como de dinero que justificase su suficiencia económica durante el periodo de estancia en España, el cual debían devolver a su llegada junto con otras cantidades en concepto de gastos.

Actuando de tal forma, durante los meses de septiembre y octubre de 2008, Jon y Primitivo, con la financiación de Jesús Miguel, gestionaron el viaje a España de Camila, Virtudes, Felicísima

y Matilde, quienes entraron en territorio español como turistas, si bien su finalidad era la de ejercer la prostitución.

Sonia, en el mes de abril de 2008, actuando de igual manera y finalidad, mediante su hermana Priscila, contactó con la súbdita brasileña Amanda, le envió un billete de avión de ida y vuelta, 2.000 euros y una carta de invitación del marido de Sonia, ajeno a los hechos, recogién-dola posteriormente en el aeropuerto de Barcelona y trasladándola a un club para ejercer la prostitución.

El 21 de octubre de 2008, en el curso de la práctica de una diligencia de entrada y registro en el domicilio de Primitivo, se encontró una pistola semiautomática del calibre 6,35 mm. en correcto estado de funcionamiento, para cuyo uso carecía de licencia el hoy recurrente.

Respecto a la motivación de las resoluciones judiciales iniciales que acuerdan las intervenciones telefónicas, hemos de centrarnos en el auto de fecha 8 de agosto de 2008. Este se refiere en su razonamiento jurídico 2.º al contenido del oficio policial solicitante, en el cual constan los siguientes extremos resultantes de la investigación previa realizada: i) el 23 de mayo de 2008 se recibió una llamada del Cónsul de Brasil en Barcelona, manifestando que dos súbditas brasileñas habían solicitado ayuda al Consulado, tras haber huido de un club en el que les obligaban a ejercer la prostitución; ii) se tomó declaración en sede policial a ambas testigos, a las cuales, al solicitar acogerse a la Ley de Protección de Testigos, se les otorga una cla-

ve a efectos de identificación, explicando cómo una mujer llamada Cristina ejercía labores de captación en Brasil para trabajar en España, y cuál era la forma de traerlas a España por vía aérea, adelantándoles un dinero para que acreditaran suficiencia económica e instruyéndolas sobre cómo actuar en caso de ser interrogadas. Asimismo indican cómo al llegar al aeropuerto de Barcelona son recibidas por una mujer, que les traslada al club «Eden», donde un ciudadano español les dice que deben ejercer la prostitución para pagar los gastos de viaje, que el dueño del club se llamaba Jon y que una persona denominada «Pirata» conocía la situación; iii) mediante investigaciones realizadas se constata que el club «Eden» pertenecía a la empresa «Maexgar SL», cuyo administrador único es Jesús Miguel, quien también es administrador de la empresa «Restaurante Villa Cristina SL», que gestiona el club «Eclipse»; iv) se comprueba que en ambos clubs se ejerce la prostitución; concretamente en el club «Eden» unas 35 mujeres, de las que 20 serían de nacionalidad brasileña y en el segundo unas 40 mujeres, 25 de las cuales aproximadamente de origen brasileño; iv) el 14 de julio de 2008, se recibió en la Brigada policial solicitante documentación remitida por vía diplomática, en la que figuran unas diligencias tramitadas por la policía brasileña en la que se comunica que, como consecuencia de investigaciones realizadas, dos mujeres llamadas Armanda y Ángela María fueron enviadas a los clubs «Eden» y «Eclipse» en la provincia de Gerona, para ser explotadas sexualmente, habiendo sido asumidos los gastos por el propietario de los mismos; v) se averigua que las personas a las que se identifica como «Jon» y «Pirata» eran los hoy recurrentes Jon y Primitivo; vi) se comprueba que una de las testigos protegidas se alojó, cuando llegó a Barcelona, en el hostel que indica.

(...).

Partiendo de dichas premisas, no cabe sino ratificar la conclusión alcanzada por la Audiencia relativa a la comisión por los hoy recurrentes de los hechos por los que fueron acusados; ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin a las reglas de la

lógica y a los principios de la experiencia, sin que en modo alguno quepa ser calificada como irracional, ilógica o arbitraria, por lo que no se ha producido la vulneración de derechos constitucionales planteada.

(...).

La jurisprudencia de esta Sala, como son exponentes las sentencias 284/2006 y 1171/2009, de 6 de marzo, declara que por tráfico ilegal ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración, de modo que el tráfico ilegal no es sólo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad, y por ello merece tal calificación la entrada llevada a cabo en calidad de turista, por ejemplo, pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España, como aquí ocurre. Así pues, la organización del viaje de turismo respecto a personas que tienen voluntad de permanencia para trabajar se incardina en la tipicidad del delito del art. 318 bis CP. Este es el caso descrito en el hecho probado de la sentencia y la Audiencia lo ha subsumido correctamente en el tipo penal aplicado (SSTS 1155/2010), infiriéndose sin forzar las reglas de la lógica el conocimiento por parte de los hoy recurrentes de la voluntad de permanencia de los inmigrantes, máxime a tenor de la actividad que venían a realizar en España.

En cuanto a la segunda, tampoco tiene sustento alguno la queja basada en la inaplicación del subtipo atenuado del artículo 565 del Código Penal, que autoriza al tribunal a rebajar en un grado la pena señalada, siempre que, por las circunstancias del caso y del culpable, se evidenciara la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos. El tribunal de instancia, con acierto, precisó que el ambiente de la prostitución en el que se movía el acusado y la agresividad de la que hizo gala en alguna de sus conversaciones telefónicas no elimina la posibilidad de su uso, siquiera sólo con fines intimidatorios. La afirmación que sustenta la apreciación de la atenuación, como hemos dicho en nuestras sentencias con referencia 335/2008 y 69/2013 no deja de ser una mera hipótesis carente de prueba alguna, por lo que no puede ser estimada.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Favorecimiento y facilitación de la inmigración ilegal. Delito contra los derechos de los trabajadores. Autoría. Inadmisión de motivo de impugnación: Perfecta descripción de los hechos de la actuación de los condenados. Derecho a la tutela judicial efectiva y presunción de inocencia. Práctica suficiente de prueba. Inadmisión del motivo: Carencia de fundamento. Atipicidad de los hechos.

Tribunal: **Auto del Tribunal Supremo**

Fecha: **6 de junio de 2013**

Recurso de Casación: **17/2013**

Ponente: **D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

Voz: **Inmigración clandestina: entrada ilegal de mujeres extranjeras con el fin de dedicarlas a la prostitución**

Partiendo del *factum* de la sentencia dictada, que necesariamente hemos de respetar, la calificación de los hechos allí descritos como un delito previsto y penado en el artículo 318 bis, 1 del Código Penal, no admite dudas, ya que el recurrente y su pareja sentimental (no juzgada en esta causa), se concertaron con otras personas de nacionalidad y residencia extranjeras, para procurar la llegada a España de ciudadanas extranjeras no comunitarias, que llegaban aparentemente como turistas; siendo en realidad la finalidad perseguida que se quedasen de forma indefinida con el fin de trabajar en la prostitución. Jesús Luis recogía a estas personas en el aeropuerto y una vez en España, eran trasladadas a diferentes lugares. Consta probado además no sólo que participaba en actividades de transporte, sino la exigencia de dinero a estas personas por su entrada en España, así como el envío de ciertas cantidades de efectivo a Venezuela, para la persona que organizaba la financiación en este país.

Por tanto su actuación queda perfectamente descrita en los hechos probados y se puede incardinar como de favorecimiento y facilitación de la inmigración clandestina a título de autor, no de cómplice.

(...).

C) Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos hemos de concluir que se ha practicado en él prueba suficiente, para considerar que el recurrente es responsable de los hechos por los que ha sido condenado, recogién-

dose de forma minuciosa y detallada su participación en el Fundamento Segundo de la sentencia recurrida, sin que pueda reprocharse falta de motivación alguna.

El Tribunal ha valorado como elementos incriminatorios que revelan la participación del acusado en los hechos:

— Las conversaciones telefónicas transcritas, en las que se pone de relieve la existencia de una trama dirigida a conseguir la entrada ilegal y clandestina de mujeres extranjeras, con el fin de dedicarlas a la prostitución. El recurrente envía dinero a los organizadores de la trama en Venezuela y por eso las mujeres venían a España habiendo contraído una deuda con él, la cual es reclamada en tres ocasiones por éste como consta en las transcripciones de las conversaciones telefónicas.

— La declaración en el Juicio Oral del recurrente, en la que reconoció haber ido junto con su pareja sentimental, en ese momento, a buscar al aeropuerto de Barajas a dos personas y que luego las trasladó en su vehículo, pero sin que supiera que estas personas venían para ejercer la prostitución. También alega que le prestó dinero a su pareja y que a ésta, a su vez, le debían dinero. Por ello reclamaba la deuda. Pero para la Sala de instancia esta alegación no es creíble, porque no consta documentación sobre tales préstamos y la exigencia de su devolución de forma tan apremiante, tiene más que ver con una trama organizada que con la reclamación desinteresada de la deuda de su pareja.

— Documental acreditativa de los envíos de efectivo a Venezuela, vía Grecia, realizados por el recurrente, a través de la entidad Foreign Exchange Company de España, S.A.

(...).

C) En el caso que nos ocupa, el Tribunal de instancia considera acreditado que el recurrente intervino en la trama, consistente en introducir ilegalmente a personas en España para que ejercieran la prostitución, remitiendo dinero a la persona, que desde Venezuela, financiaba estas operaciones y transportando a varias de ellas en un par de ocasiones.

Su participación queda acreditada por las certificaciones obrantes a folio 3358 de la entidad FEXCO; por el contenido de las conversaciones telefónicas mantenidas con el otro recurrente; por la misma declaración del acusado, en la que reconoce haber realizado varios transportes de personas a petición del otro recurrente; por la testifical de los agentes de policía; y por encontrarse en el domicilio de la CALLE000 de Logroño en el momento de la entrada y registro,

donde trabajaban varias personas introducidas ilegalmente en España.

En relación a lo alegado sobre el principio in dubio pro reo, hemos manifestado reiteradamente que tal principio resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, llega a unas conclusiones inculpativas.

La sentencia de instancia manifiesta cuáles son los hechos probados y cuáles han sido los elementos de prueba que ha tenido en cuenta para considerar como acreditada la autoría de los hechos por parte del recurrente. La aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas, sentando la culpabilidad del acusado, como acontece en el caso que nos ocupa.

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Homologación de títulos profesionales: Médico Especialista en Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Solicitud de homologación con el obtenido en Cuba. Informe emitido por la Comisión Nacional de la Especialidad: Especial relevancia. Duración del programa formativo extranjero respecto del español: Del informe se desprende que la duración y contenidos no son equivalentes. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **15 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **58/2011**

Ponente: **D. José Luis Terrero Chacón**

Voz: **Homologación de título obtenido en Cuba: médico especialista en cirugía plástica, reparadora y estética. Falta de equivalencia**

Partiendo de lo expresado en los fundamentos jurídicos precedentes, no podemos acceder a la homologación pretendida por el recurrente.

En efecto, del informe de la Comisión Nacional de la Especialidad obrante en el expediente administrativo se desprende que tanto la duración como los contenidos del programa for-

mativo seguido por el recurrente no se corresponden con la duración y contenidos del programa formativo español, si bien en atención a que las diferencias de contenidos no son esenciales y el recurrente ha realizado ejercicio profesional posterior a la obtención del título por tiempo superior al doble de la diferencia de dura-

ción entre los programas formativos, habiendo llevado a cabo, además, actividades científicas o académicas, la Comisión considera procedente condicionar la homologación solicitada por el recurrente a una prueba teórico-práctica (véanse folios n.º 84 y ss. del expediente).

El referido criterio, acogido posteriormente en las resoluciones recurridas, se ajusta plenamente a las previsiones del apartado decimotercero de la Orden de 14 de octubre de 1991.

En cuanto a las alegaciones formuladas por el recurrente en su demanda, no pueden ser acogidas por la Sala.

En primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2006 se refiere a un supuesto en el que la Comisión Nacional de la Especialidad, tras sucesivos informes, llega a la conclusión en un último informe, que los contenidos del programa formativo seguido por el solicitante no se corresponden con los contenidos del programa formativo español, no cuestionándose en el informe de referencia la duración de ambos programas formativos. Además, el Tribunal Supremo estimó la pretensión del recurrente en el supuesto de referencia, esencialmente, porque el informe de la Comisión Nacional no se encontraba suficientemente motivado y porque el recurrente había llevado a cabo una actividad probatoria documental que el Alto Tribunal consideró suficiente para desacreditar la falta identidad de contenidos formativos cuestionada por la Comisión en su inmotivado informe, presupuestos que no concurren en el supuesto enjuiciado.

Por otro lado, el hecho de que se considere concluso el programa formativo del recurrente en julio o noviembre de 1993, no obsta para que su duración total no se corresponda con la extensión temporal del programa formativo español.

Además, frente a lo sostenido en la demanda, el recurrente debió aportar toda la documentación objeto de su pretensión al tiempo de la presentación de la solicitud en sede administrativa, como previene expresamente el apartado séptimo de la Orden de 14 de octubre de 1991, con la finalidad de que dicha documentación pudiera ser valorada por la Comisión Nacional de la Especialidad, y no en vía de recurso administrativo, o en esta sede judicial.

En todo caso, la Administración calificó acertadamente el escrito del recurrente de fecha 15 de septiembre de 2010 (registro de 2 de noviembre de 2010), escrito que se acompañó con nueva documentación, como un recurso administrativo de reposición, ya que el referido escrito no cumplía ninguna de las exigencias formales de una nueva solicitud de homologación y recogía en su texto la concreta expresión de no estar «de acuerdo con la resolución recaída».

Finalmente, la oportunidad o utilidad de la prueba teórico-práctica a la que deberá someterse el recurrente para obtener la homologación es cuestión que, obviamente, escapa al control jurisdiccional, no compitiendo a este Tribunal cuestionar la conveniencia de la referida exigencia formativa, por lo demás derivada de la aplicación de una norma vigente.

Homologación de títulos profesionales: Homologación de título universitario. Licenciado en estudios ambientales obtenido en centro superior de estudios venezolano. Equivalencia al título universitario español de Licenciado en ciencias ambientales. Dictamen desfavorable del Consejo de Coordinación Universitaria: Carencias superiores al 25% en relación con la correspondencia entre los contenidos formativos de ambas titulaciones. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 23 de enero de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 346/2011

Ponente: D. José Félix Méndez Canseco

Voz: Homologación de título universitario obtenido en Venezuela: licenciado en estudios ambientales. Carencias de créditos en materias troncales

Alega el recurrente en su escrito de demanda, en síntesis, que el 2 de noviembre de 2011 solicitó la referida homologación de título extranjero de educación superior a un título español del catálogo de títulos universitarios oficiales. Manifiesta en su demanda que apeló en sus alegaciones al carácter universal de la carrera (programa Licenciatura en Estudios Ambientales y su equivalente en España Licenciatura en Ciencias Ambientales), tratándose de «profesionales con un perfil multidisciplinario y transversal capaces de comprender y asimilar los diferentes lenguajes del ambiente, los ecosistemas, el medio físico, químico, biológico y humano, no importando su localización; debido al enfoque sistémico aplicado a la resolución de conflictos puntuales locales con filosofía global, bases también de desarrollo sostenible; todo esto a través del dominio e integración de un conjunto de disciplinas científico técnicas (biología, geología, geografía, física, química, sociología, economía, política, etcétera) para dar respuesta a los nuevos retos ambientales: la aplicación de una legislación ambiental cada vez más estricta, el surgimiento de nuevas problemáticas y realidades ambientales... Y continúa alegando que el programa licenciatura en estudios ambientales fue pionero en Latinoamérica y el mundo, siendo la primera de esta categoría con carácter científico desarrollada a través de una facultad de humanidades comprendida como carrera de tercer ciclo. Incluso adelantándose unos cuantos años a la iniciativa de la carrera española... Así, el recurrente concluye solicitando la reconsideración del resultado como favorable...» (En síntesis, estas

alegaciones resultan del antecedente de hecho primero de su demanda).

(...).

Las alegaciones del recurrente carecen de virtualidad anulatoria. Considera el actor que con la documentación aportada en su día y que obra en el expediente administrativo es posible comprobar que posee los conocimientos necesarios de la licenciatura española cuya homologación pretende; sin embargo, tal afirmación se presenta huérfana de demostración, de modo que el informe del Consejo de Coordinación Universitaria en el que se ponen de manifiesto las carencias de créditos en materias troncales en los estudios cursados por el recurrente en su país, motiva cumplidamente, fundamentándola, la desestimación de la solicitud de homologación pretendida, por todo lo cual, según lo previsto en el artículo 70 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al deber ser desestimado el recurso tampoco procede formular declaración alguna en relación con la pretensión del recurrente de ser admitido a una prueba de conjunto con las materias troncales que le permitan obtener el título español de Licenciado en Estudios Ambientales, ello sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar ante una universidad española las convalidaciones parciales que le puedan corresponder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero.

En consecuencia, es lo procedente desestimar el presente recurso contencioso administrativo.

Homologación de títulos profesionales: Título argentino de Arquitecto. Equivalencia con la titulación española de Arquitecto Técnico. Legitimación: Consejo de Colegios Profesionales. Organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, de intereses legítimos colectivos. Fines de las corporaciones. Falta de emplazamiento al Consejo demandante. Estimación del recurso y retroacción de las actuaciones.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **76/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título argentino de Arquitecto: equivalencia en el contenido de los estudios**

En su demanda solicita la incorporación recurrente se declare la anulación del Acuerdo Ministerial de convalidación por faltar la debida equivalencia entre ambos títulos, debiendo quedar condicionada la homologación a la previa superación de los requisitos formativos complementarios sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título en España de que carece la titulación argentina homologada. Subsidiariamente, solicita se ordene la retroacción del procedimiento administrativo de homologación al momento inmediatamente posterior a la solicitud formulada por la interesada a fin de dar la preceptiva audiencia al Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.

Alega, en síntesis, la parte recurrente que el acuerdo ministerial impugnado no es conforme a derecho por haberse omitido el emplazamiento del Consejo General de Colegios de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, en cuanto esté tiene la condición de interesado legítimo y directo en los expedientes administrativos de homologación de titulaciones académicas. Invoca al efecto reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como sentencias de esta sala. Que la orden ministerial impugnada no se ajusta al ordenamiento jurídico porque no existe equivalencia entre los contenidos de los estudios homologados y por aplicación de criterios contrarios al Real Decreto 285/2004, de 20 Febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, según el cual el objeto del procedimiento de homologación es «el reconocimiento oficial de la formación superada, para la obtención del título extranjero, como equivalente a la exigida para la obtención de un título español de los incluidos en el citado catálogo». Y en el artículo nueve de dicho Real Decreto, con la denominación de «criterios para la homologación», se dispone que «las resoluciones sobre homologación de títulos extranjeros se adoptarán examinando la formación adquirida por el alumno y teniendo en cuenta: la correspondencia entre los niveles académicos requeridos para el acceso a los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y para el acceso al título español; la duración y carga horaria del periodo de formación necesario para la obten-

ción del título extranjero cuya homologación se pretende; la correspondencia entre los niveles académicos del título extranjero y del título español al que se solicita la homologación; y los contenidos formativos superados para la obtención del título extranjero».

Por otra parte, entiende la parte recurrente en su demanda que se han empleado criterios para homologación contrarios al Real Decreto 285/2004, pues no cabe tener en cuenta ni la formación adicional al título homologado ni la experiencia laboral que el interesado haya podido tener, puesto que lo que se enjuicia es la homologación títulos universitarios y sólo cabe juzgar la educación conducente a su obtención. Todo lo demás es ajeno al procedimiento de homologación.

Considera asimismo la parte recurrente que concurre una aplicación del criterio erróneo de que el título de Arquitecto Técnico supone el primer ciclo del título de Arquitecto. La Arquitectura no constituye una continuación de los estudios de Arquitecto Técnico. La carrera de Arquitecto se orienta principalmente hacia el campo del diseño arquitectónico y urbanístico, con una amplia base humanística centrada en la historia del arte y su evolución, tanto en España como en Argentina. En cambio, la Arquitectura Técnica dispensa la formación tecnológica de naturaleza generalista que versa fundamentalmente sobre la aplicación de las técnicas constructivas a la edificación, materiales, control de ejecución y calidad e instalaciones, seguridad y salud laboral y control económico de las obras.

El Abogado del Estado se opone a la demanda manifestando que el juicio de equivalencia más arriba referido implica un juicio de discrecionalidad técnica, sin que sea posible en sede judicial la mera sustitución de aquél juicio discrecional por otro más o menos fundado y en los presentes autos no han quedado acreditadas circunstancias constitutivas de error manifiesto, infracción de los elementos reglados o desviación de poder que podrían posibilitar la revisión del juicio de discrecionalidad técnica del Comité Técnico. Y en cuanto al supuesto empleo de criterios para la homologación contrarios al Real Decreto 285/2004, el artículo nueve de dicha disposición establece que las resoluciones

sobre homologación se adoptarán examinando la formación adquirida por el alumno y teniendo en cuenta los criterios que menciona, pero la norma no impide apreciar otra formación adicional o la resultante de la experiencia laboral del interesado.

Por su parte, doña Marisa alega, en síntesis, respecto de la equivalencia entre el contenido de los estudios, que en el expediente administrativo consta que tiene la formación académica suficiente para la homologación, pero además ha presentado estudios complementarios y trabajos realizados que avalan la homologación de su título. Considera que no existe norma alguna que imponga a la administración del Estado la obligación de comunicar a las corporaciones profesionales los reconocimientos otorgados, pues la regulación de las condiciones de homologación de títulos académicos y profesionales es competencia exclusiva del Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.30 de la Constitución española. Alega que la Orden 3686/2004, de 3 de Noviembre, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 285/2004, de 20 de Febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos extranjeros de educación superior, prevé en su artículo cuarto que el órgano instructor podrá requerir, además, otros documentos que considere necesarios para la acreditación de la equivalencia entre la formación conducente a la obtención del título extranjero aportado y la que se exige para la obtención del título español con el cual se pretende homologar. Afirma que la formación que describe en su demanda proporcionada en la universidad argentina implica los conocimientos, aptitudes y habilidades necesarias para desarrollar las funciones del único profesional en el ámbito de la arquitectura que allí existe y en el que confluyen, con carácter general, las atribuciones que en España se disputan dos colectivos profesionales como el Arquitecto y el Arquitecto Técnico, figuras y perfiles profesionales difícilmente reconocibles en ningún país, toda vez que sólo suele existir uno de ellos.

En el caso litigioso resulta del expediente administrativo de homologación del título argentino de Arquitecto por el español de Arquitecto Técnico resuelto mediante el Acuerdo Ministerial de 25 de Noviembre de 2010 que el

Consejo General recurrente no consta que fuese emplazado ni se le comunicará la resolución recaída, no pudiendo por lo tanto ser parte en el procedimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, ha reconocido expresamente la condición de interesados legítimos indirectos de los colegios profesionales en los expedientes administrativos de homologación de titulaciones académicas, de modo que deben ser emplazados en los correspondientes procedimientos cuando se trate de homologar títulos que afecten a profesiones reguladas y tituladas que cada uno represente. Los Consejos de Colegios o los Colegios Profesionales, de acuerdo con lo dispuesto en el número dos del artículo 31 de la Ley 30/1992, son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, de intereses legítimos colectivos, en los términos que la ley reconoce, y en el caso de las corporaciones profesionales, la Ley de Colegios Profesionales establece en su artículo 1.3 que son fines esenciales de estas corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, de modo que entre sus funciones el artículo cinco les otorga la de ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la administración, los tribunales y particulares, como legitimación para ser parte en cuanto su litigio afecten a los intereses profesionales. No se trata de un interés indirecto, sino un directo del Consejo, lo que obliga a la administración, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley 30/1992, a comunicar a dicha persona jurídica la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que puede resultar afectada por la resolución que se dicte.

Por lo tanto, al no haber sido emplazado en el procedimiento el Consejo General demandante, en cuanto ostenta un interés legítimo y directo, la administración demandada ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 30/1992, de modo que lo procedente es estimar el recurso — artículo 68 de la Ley Jurisdiccional— y en parte las pretensiones de la demanda —artículo 71.1 de la Ley Jurisdiccional—, declarando la nulidad del Acuerdo Ministerial de 25 de Noviembre de 2010 por el que se homologó el título de Arquitecta obtenido por doña Marisa por el título

lo español de Arquitecto Técnico, ordenando la retroacción del procedimiento administrativo de homologación al momento inmediatamente posterior a la solicitud formulada por la interesada, a fin de dar la preceptiva audiencia al Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y dictar la resolución que en derecho proceda.

Homologación de títulos profesionales. Ingeniero. Portugal. Título español de Ingeniero de caminos, canales y puertos. Créditos de las asignaturas del programa de la titulación. Informe del Comité Técnico de Coordinación Universitaria: La recurrente ha cubierto la totalidad de las materias troncales de la titulación. Desestimación del recurso interpuesto por el Colegio Profesional actuante.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **30 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **480/2010**

Ponente: **D. Ángel Novoa Fernández**

Voz: **Homologación de título de ingeniero obtenido en Portugal: materias troncales con el título español de Ingeniero de caminos, canales y puertos**

En el presente recurso se impugna la resolución del Ministro de Ciencia e Innovación de 4 de febrero de 2008 acordando la homologación del título de Licenciatura en Em Engenharia Civil obtenido por D.^a Eva en la Universidad Técnica de Lisboa (Portugal) al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puerto.

La cuestión ha resolver es la relativa al cambio de criterio del órgano técnico de la Administración, el Comité Técnico de Tecnologías de la Construcción Civil, de la Edificación y de la Información y las Telecomunicaciones, que en un primer informe se muestra favorable a la homologación del título pero condicionado a la superación de requisitos formativos complementarios, y tras las alegaciones de la interesada, se realiza un nuevo informe favorable y sin restricciones a la homologación, pese a que en el mismo se siguen mostrando carencias y además tampoco considera esta representación aceptable, la compensación que se entiende efectuada en el segundo informe, en virtud de la experiencia profesional de Doña Eva, ya que la misma se sustenta única y exclusivamente en un escrito que consiste en las manifestaciones de una persona, que ni tan siquiera identifica el grado de representación de la empresa, la actividad a

que se dedica la misma y que exclusivamente se pronuncia en el siguiente sentido:

«Que Eva, de nacionalidad portuguesa, con tarjeta de residente.... viene desempeñando las funciones de Ingeniero desde noviembre de 2003 en Sener, Ingeniería y Sistemas. Ha desarrollado su trabajo fundamentalmente en el Área de Infraestructuras de Transporte, habiendo colaborado también el área de Obras Hidráulicas...»

(...).

En el caso de autos es cierto que el Comité Técnico de Tecnologías de la Construcción Civil, de la Edificación y de la Información y las Telecomunicaciones, que en un primer informe se muestra favorable a la homologación del título pero condicionado a la superación de requisitos formativos complementarios, y que bien se reproducen en la demanda, pero no es porque si y tras meras alegaciones de la interesada, que se realice un segundo informe favorable y sin restricciones a la homologación.

En efecto, conforme obra en el expediente administrativo en el escrito replica al primer informe técnico de la interesada se contienen 3 alegaciones que se corresponden las dos primeras a las carencias de créditos detectadas

en determinadas asignaturas y que se consideran han sido cursadas de forma repartida en otras asignaturas, aportado sobre ello la oportuna documentación, y en la tercera alegación se complementa su expediente con su experiencia profesional, aportado un certificado de 4 años de trabajo en una empresa de ingeniería española. Es decir no son meras alegaciones, sino que se sustentan o tienen un soporte documental que llevan al Comité Técnico a, una vez estudiadas, ser tenidas en cuenta y concluir un informe de homologación favorable, al que se añaden las siguientes observaciones:

«1. El número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia. 2. La asignación de créditos se ha realizado bien por equivalencia directa, bien por contenidos dispersos en asignaturas con diferente denominación o bien por compensación del déficit en determinados descriptores con estudios en materias propias del ámbito de conocimiento con mayor carga en créditos que la consignada en el título español. 3. Resultado de una alegación donde aporta documentación complementaria que acredita una experiencia profesional de 4 años en una empresa de ingeniería española.»

Puntualizar sobre esto último, que el certificado expedido por la empresa española SENER; Ingeniería y Sistemas S.A. no es tan incompleto o inocuo como pretende la recurrente, no ya solo por la importancia que este denotó en el segundo

informe de la Administración, sino por su propio cometido literal, que acredita como que Eva, de nacionalidad portuguesa con tarjeta de residente NUM000, viene desempeñando las funciones de Ingeniero desde noviembre de 2003 en SENER, INGENIERÍA Y SISTEMAS. Ha desarrollado su trabajo fundamentalmente en el área de Infraestructuras de Transporte, habiendo colaborado también en el área de Obras Hidráulicas. Su participación ha sido en todo momento satisfactoria y el rendimiento de su actividad ha sido equivalente al de los titulados españoles de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

Conviene incidir que el informe del Comité Técnico de Coordinación Universitaria ha cubierto todas y cada una de las materias troncales de obligatoria inclusión en los planes de estudios conducentes a la obtención de la titulación de Ingeniero de Caminos Canales y Puertos partiendo de la descripción de contenidos y créditos que se detallan en el Real Decreto 1425/1991, de 30 de agosto, por lo cual difícilmente puede haber ausencia en la valoración detallada en relación a determinadas troncales.

Así, ante los límites a las facultades revisoras de los Tribunales que impone la discrecionalidad técnica y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva realizada en dos ocasiones por el órgano administrativo competente para ello y motivando este el cambio de criterio en la segunda y definitiva, y que por lo tanto ha de prevalecer, debe desestimarse la demanda.

Homologación de títulos profesionales: Título de Arquitecto. Equivalencia entre el título español y el brasileño. Discrecionalidad técnica: Imposibilidad de sustitución del juicio emitido en sede administrativa por otro, más o menos fundado. Límites a las facultades revisoras de los tribunales que imponen la discrecionalidad técnica y falta de desvirtuación de la valoración técnica realizada por el órgano administrativo. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **30 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **186/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título brasileño de Arquitecto y Urbanista: equivalencia en la formación**

Se interpuso el presente recurso por el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España contra la Orden Ministerial del Ministerio de Educación y Ciencia de fecha 29 de Octubre de 2007, por la que se concedió la homologación del título argentino de Arquitecto y Urbanista obtenido por doña Miriam en la Facultad de Bellas Artes de Sao Paulo, Brasil, al título universitario oficial español de Arquitecta.

En su demanda solicita la corporación recurrente se declare la anulación del acuerdo ministerial de convalidación por no ajustarse a derecho. Subsidiariamente, solicita la anulación también de dicha Orden y que se declare que la homologación del referido título quede condicionada a la superación por parte de la interesada de la prueba de conjunto prevista en el Real Decreto 86/1987, de 16 de Enero, en su artículo 2.

Alega, en síntesis, la parte recurrente que la Orden Ministerial impugnada no es conforme a derecho porque no existe equivalencia entre los contenidos de los estudios homologados, por aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de Enero, según el informe emitido por el órgano consultivo, que también apreció carencias en los contenidos formativos, no acreditando la interesada experiencia profesional ni otros complementos formativos. Alega que las carencias formativas referidas han sido confirmadas en el informe emitido por la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad de Sevilla.

El Abogado del Estado se opone a la demanda manifestando que el juicio de equivalencia más arriba referido implica un juicio de discrecionalidad técnica, sin que sea posible en sede judicial la mera sustitución de aquél juicio discrecional por otro más o menos fundado y en los presentes autos no han quedado acreditadas circunstancias constitutivas de error manifiesto, infracción de los elementos reglados o desviación de poder que podrían posibilitar la revisión del juicio de discrecionalidad técnica del Comité Técnico.

Como acertadamente razona el Abogado de Estado, el juicio de equivalencia implica un juicio de discrecionalidad técnica, sin que sea posible en sede judicial la mera sustitución de aquél juicio discrecional por otro más o menos fundado.

La corporación recurrente manifiesta tener «serias dudas» sobre la equivalencia entre

ambas titulaciones, avaladas porque el Consejo de Universidades, en el año 1991 condicionó dos homologaciones de títulos brasileños a la superación de una prueba de conjunto. Y en 2007, igualmente, aunque de la Universidad Federal do Río de Janeiro (Brasil), al amparo en este caso del Real Decreto 285/2004. Por ello, según el Consejo recurrente, en esos casos el Ministerio entendió que los títulos de Arquitecto español y brasileño no eran equivalentes. Sin embargo, en los presentes autos no han quedado acreditadas circunstancias constitutivas de error manifiesto, infracción de los elementos reglados o desviación de poder. Ni las alegaciones formuladas por la corporación demandante ni el informe en que se fundamenta acreditan que existan las circunstancias más arriba referidas que podrían posibilitar la revisión del juicio de discrecionalidad técnica del Comité Técnico y en definitiva la actuación administrativa recurrida.

Debe destacarse 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.

Así las cosas, ante los límites a las facultades revisoras de los tribunales que impone la discrecionalidad técnica y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada, realizada por el órgano administrativo competente para ello, la misma ha de prevalecer.

Sin que obste a dicha conclusión, la alegación de la parte actora acerca que el Ministerio de Educación y Ciencia, de conformidad con los informes emitidos por la Subcomisión de Convalidaciones del Consejo de Universidades, en otros supuestos anteriores condicionó la homologación de los títulos brasileños de Arquitecto a la superación de la prueba de conjunto, ya que no se conoce la identidad de supuestos como para que quepa concluir que nos encontramos ante las mismas circunstancias que en el caso que ahora nos ocupa.

Homologación de títulos profesionales: Médico especialista en Cirugía Plástica. Méjico. Necesidad de realización de prueba de acceso. Principio de protección de la confianza legítima. Principio de igualdad ante la ley: Los antecedentes invocados por la recurrente no coinciden con su propia situación. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **8 de febrero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **163/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título de médico especialista en cirugía plástica obtenido en Méjico: superación de una prueba teórico-práctica**

Es objeto del presente recurso la resolución dictada por el Ministerio de Educación el día 24 de enero de 2011 mediante la que se desestimaba la petición de revisión de oficio formulada por la recurrente, doña Silvia, respecto de la resolución dictada el 3 de Julio de 2009 por delegación de la Secretaría General de Universidades que acordó que la homologación del título extranjero de la especialidad médica en Cirugía Plástica y Reconstructiva, expedido a la ciudadana de nacionalidad colombiana doña Silvia por la Universidad Nacional Autónoma de México, al correspondiente título español de Médico Especialista en Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, quedara condicionada a la superación de la prueba teórico práctica prevista en las órdenes ministeriales de 14 de Octubre de 1991 y de 16 de Octubre de 1996, por no existir equivalencia en el programa formativo extranjero acreditado con respecto al español.

Alega, en síntesis, la parte recurrente falta de garantías en la tramitación del expediente administrativo, motivada por la falta de concreción de las resoluciones sobre todas las cuestiones planteadas al solicitar la homologación de los títulos, así como sobre la falta de continuidad de criterio entre las resoluciones dictadas por la administración con vulneración de la normativa vigente. Alega también violación del principio de igualdad y de confianza legítima al exigir a la recurrente más requisitos para la homologación de su título que a otro administrado.

La parte recurrente solicita en su demanda sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución administrativa por la que se dejó en

suspense la homologación en España del título que obtuvo en México en tanto no efectúe la prueba de acceso que se le ha exigido.

Está acreditado que la actora, de nacionalidad colombiana, se licenció como Médico el 22 de Octubre de 1993 en el Instituto Politécnico Nacional de México, Distrito Federal, y realizó la especialidad en Cirugía Plástica y Reconstructiva en la Universidad Nacional Autónoma de México, obteniendo la misma el día 9 de Mayo de 1996, habiéndose doctorado con posterioridad. Formuló solicitud de homologación de su diploma de Médico Especialista en Cirugía Plástica y Reconstructiva ante el Ministerio de Educación español el día 3 de Noviembre de 2006. Tras haberle sido requerida documentación el 31 de Enero de 2007, el 7 de Diciembre del mismo año, se le comunicó que la Comisión Nacional de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora había emitido informes desfavorables respecto a la homologación del título pretendida, por no existir correspondencia la duración del programa formativo aportado y existir diferencias esenciales en la correspondencia de contenidos. La recurrente formuló alegaciones mediante escrito de 26 de Diciembre de 2007. Mediante nuevo informe de la Comisión Nacional de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora de 22 de Abril de 2008 se comunicaba a la recurrente un nuevo informe, de 18 de Febrero del mismo año, en el que se concluía que existen diferencias en los contenidos del programa formativo acreditado por la solicitante, por lo que puede presentarse a la prueba teórico práctica que se celebrará el 19 de Mayo de 2008. La recurrente formuló nuevas

alegaciones el 8 de Mayo de 2008, manifestando la existencia de homologación es para personas que se encuentran en las mismas circunstancias que ella, considerando que la administración estaba actuando de forma arbitraria y contraria al principio de igualdad. El 9 de Febrero de 2009 la Comisión Nacional de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora emitió nuevo informe en el que señalaba que a juicio de la Comisión las actividades científicas y académicas desarrolladas por la solicitante no son tales para proceder a la homologación directa. Ante las dudas planteadas se concluye una vez más que puede someterse a la prueba teórico práctica.

Dicha actuación administrativa aparece por lo tanto motivada y no consta que en la tramitación del expediente administrativo correspondiente se haya producido indefensión a la interesada por falta de garantías en la tramitación del expediente administrativo

La recurrente consintió inicialmente la resolución administrativa de 3 de Julio de 2009, que le fue notificada el 8 de Julio del mismo año. No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con lo previsto en el artículo 62, apartado 1 del mismo texto legal, habiendo invocado la recurrente violación del derecho fundamental de igualdad al haberse apartado la administración demandada de anteriores precedentes en los que fue otorgada a otras personas la misma homologación que la pretendida por la actora, considerando que se ha alegado vulneración del derecho fundamental de igualdad ante la ley, es lo procedente para un adecuado enjuiciamiento del recurso el examen y resolución de referida cuestión.

En el caso litigioso la recurrente cita tres precedentes de tres personas licenciadas en Medicina, todos ellos con diploma de Especialización en Cirugía Plástica y Reconstructiva obtenido en México. Dos de esas personas obtuvieron la homologación de referido diploma al título español de Médico Especialista en Cirugía Plástica y Reparadora tras haber superado la prueba teórico práctica a la que se tuvieron que someter de acuerdo con la correspondiente Comisión

Nacional de la especialidad, según lo previsto en las Órdenes Ministeriales de 14 de Octubre de 1991 y 16 de Octubre de 1996. En consecuencia, en estos dos casos las situaciones son diferentes a la de la recurrente y no es de apreciar vulneración del principio de igualdad ante la ley.

El tercero de los casos invocado como término de comparación hace referencia a un licenciado respecto del que se acordó la homologación solicitada sin tener que realizar y superar la prueba teórico práctica más arriba referida.

(...).

En el caso litigioso no cabe considerar como precedente a los afectos pretendidos por la demandante una sola resolución administrativa que además, a tenor de las consideraciones de la resolución aquí recurrida, se presenta como excepcional, irregular, carente de motivación y *ciertamente contraria al procedimiento establecido*.

No cabe por lo tanto concluir, como la recurrente pretende, que se haya conculcado el derecho de igualdad constitucional a ser tratada del mismo modo que se ha hecho con otro médico que ha cursado sus mismos estudios. Y por las mismas razones, tampoco cabe entender violada su confianza legítima en que la administración conserve el mismo criterio, irregular, al resolver su solicitud de homologación (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2008, recurso de casación 3303/2005; 15 de diciembre de 2007, recurso de casación 1830/2005; etc.). El principio general de derecho comunitario denominado de protección de la confianza legítima, relacionado con los de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la administración y los administrados, comporta que aquélla no deba adoptar resoluciones que sean contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de criterios en sus resoluciones y en función de los cuales los administrados han adoptado determinadas decisiones. Pero también es cierto que el principio de confianza legítima no puede garantizar la perpetuación de la situación existente y en modo alguno debe amparar la reiteración, como se pretende en el caso litigioso, de una resolución irregular o errónea, por cuanto el régimen jurídico aplicable a las homologaciones como la que interesa la demandante ha

venido determinando la posibilidad de homologación de este tipo de títulos, pero condicionada a la superación de pruebas de conjunto en aquellos supuestos en los que la formación acreditada no guarda equivalencia con la que proporciona

al título español correspondiente, sin que la existencia de convenio pueda conducir a una automática convalidación de títulos y especialidades sin la necesidad de la celebración de las correspondientes pruebas.

Homologación de títulos profesionales extranjeros: Ingeniero agrónomo de Perú. Discrecionalidad técnica: Informe del comité técnico. Elemento esencial determinante de la existencia o no de la equivalencia exigida para la homologación. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **8 de febrero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **303/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título de ingeniero agrónomo obtenido en Perú: control de equivalencia**

La recurrente solicitó el 8 de Noviembre de 2005 la homologación de su título de Ingeniero Agrónomo al título español correspondiente. El comité técnico designado por el Consejo de Coordinación Universitaria informó desfavorablemente la homologación pretendida. La recurrente formuló alegaciones respecto de dicho informe. Remitida la documentación para reconsideración al comité técnico competente, éste ratificó su informe inicial. Mediante Orden de 1 de Octubre de 2009 el Ministerio de Educación, por delegación la Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, vino a denegar la homologación solicitada. Fundamento de dicho informe de reconsideración fue que las escuelas españolas que la interesada había mencionado en el trámite de audiencia (Madrid y Valencia) tenían una carga académica global de 490 y de 390 créditos respectivamente, frente a los 213 créditos que acreditaba la interesada. Dicha actuación administrativa fue confirmada en reposición.

La recurrente alega, en síntesis, que los contenidos de las materias que se le indicaban como no cursadas o cursadas con carencias sí habían sido estudiadas en su carrera, aunque con distinta denominación, señalando los apartados del programa en que se ubicaban tales contenidos y que los créditos cursados no pueden considerarse equivalentes en carga horaria a los créditos espa-

ñoles, pues los 213 créditos que cursó equivaldrían, de acuerdo a los cálculos por materias que realiza, a 472,6 créditos españoles. Manifiesta la recurrente que todas y cada una de las disciplinas que integran la titulación de ingeniero agrónomo en España han sido cursadas por ella en la Universidad Nacional Agraria La Molina, de Perú, en ocasiones con distinta denominación, pero con semejanza de contenidos y horas.

(...).

Así pues, el juicio valorativo emitido por el órgano técnico, previa comparación de la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración, su contenido y alcance, es el elemento esencial determinante de la existencia o no de la equivalencia exigida para la homologación. Este juicio es de carácter técnico, de modo que deberá prevalecer salvo prueba en contrario. Se trata de un juicio de equivalencia que implica discrecionalidad técnica, no estando en la competencia de los órganos administrativos ordinarios ni de los tribunales la sustitución de aquél juicio discrecional por otro más o menos fundado, de manera que al orden jurisdiccional contencioso administrativo sólo corresponde el control de legalidad que normalmente se proyecta sobre las decisiones administrativas apoyadas, como en este caso, en juicios de discrecionalidad técnica. Sólo en el caso de apreciarse infracción de los elementos reglados

de la actuación administrativa o errores patentes o desviación de poder, podrá ser anulada la correspondiente actuación administrativa, pero en el caso litigioso, las alegaciones formuladas y la documentación presentada por la recurrente carecen de virtualidad anulatoria, pues la administración demandada ha aplicado el Real

Decreto 285/2004, de 20 de Febrero, motivando su denegación con base en lo establecido en el artículo 19.1.c) del mismo.

En consecuencia es lo procedente, al ajustarse la actuación administrativa objeto del presente recurso al ordenamiento jurídico, la desestimación del mismo.

Homologación de títulos académicos. Título de Arquitecto obtenido en la Universidad de Jalisco (México). Discrecionalidad técnica: Valor del informe del Comité técnico. Valoración que no puede ser sustituida por el criterio del órgano jurisdiccional. Desestimación del recurso interpuesto por una Administración corporativa.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 23 de abril de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 138/2011

Ponente: D. Eduardo Menéndez Rexach

Voz: Homologación del título de Arquitecto obtenido en México: informe de valoración del Comité técnico

El presente recurso tiene por objeto la resolución del Ministerio de Educación de 20 de Octubre de 2009, confirmada en reposición por otra de 24 de Enero de 2011, por la que se homologa al título español de Arquitecto el obtenido por D.^a Inmaculada en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Guadalajara, Jalisco, México.

El Consejo recurrente solicita que se anule la Orden impugnada y, subsidiariamente que la homologación del título quede condicionada a la superación de una prueba de conjunto.

En defensa de su pretensión alega que la Orden se fundamenta en el informe favorable emitido por el Comité técnico de Tecnologías de la Construcción Civil, de la edificación y de la información de las telecomunicaciones del Consejo de Coordinación Universitaria, pese a que se detectan carencias en materias troncales en relación con el título español; el demandante, por su parte, solicitó informe de a la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de la Universidad de Sevilla, que concluyó en la imposibilidad de homologar al existir insuficiencias en las concretas áreas que menciona. Cita el Real Decreto 285/2004 y diversas de esta Sala en las que se

aprecia la falta de equivalencia de los títulos y se exige para la homologación la superación de requisitos formativos complementarios.

(...).

Este juicio de equivalencia se realiza por la Administración y en él resulta esencial el informe que emite el órgano técnico, es decir, el Consejo de Coordinación Universitaria (art. 10 del Real Decreto citado), para determinar si el título es homologable sin más, si se condiciona la homologación a la superación de requisitos formativos complementarios o si, por último, no es homologable.

Frente a la conclusión del órgano técnico no se puede oponer eficazmente la existencia de otros informes emitidos a instancia del demandante o del resultado de una prueba pericial, en el que se concluya en la falta de equivalencia en los contenidos, ya que es precisamente ese órgano técnico el que ha de realizar la comparación y emitir el informe que sirve de fundamento a la Resolución que se adopte en definitiva, sin que su dictamen pueda ser reemplazado ni por el criterio subjetivo de la parte, ni por otros informes, ni tampoco es función de los órganos de esta jurisdicción contenciosa sustituir el juicio técnico del Consejo de

Coordinación Universitaria, salvo en casos excepcionales en que se demuestre la existencia de error evidente, infracción de las normas aplicables o desviación de poder, ninguno de cuyos supuestos se ha alegado, ni menos aún demostrado, en esta instancia jurisdiccional pues, frente a lo que se alega en la demanda, el dictamen del órgano técnico es lo suficientemente expresivo y detallado como para deducir que sí realizó el análisis comparativo con los elementos de juicio necesarios para su correcta emisión; por estas razones tampoco resulta procedente la emisión de un tercer informe pericial, a modo de perito dirimente, para resolver las discrepancias entre el informe del comité técnico del Consejo de Universidades y el presentado por la parte realizado por la ETS de Arquitectura de la Universidad de Sevilla, sino que conforme a la doctrina expuesta, es aquél el que prima salvo que se demuestre la concurrencia de alguna de las causas que permiten su revisión. Tampoco puede oponerse eficazmente a esta conclusión la existencia de las sentencias mencionadas por el Consejo demandante, en las que se condicionó la homologación a la superación de una prueba de conjunto, pues se trata de títulos expedidos por Universidades distintas de la que emitió el título que es objeto del presente recurso.

Así, consta en el expediente el informe, favorable, emitido por el Comité técnico de tecnologías de la construcción civil, de la edificación y de la información de las telecomunicaciones en el que se observa la tabla con el número de créditos alcanzado por la solicitante respecto de los créditos a cursar en las materias troncales del título español, destacando las materias troncales cursadas parcialmente, la existencia de complementos formativos (entre ellos un máster de 450 horas en Restauración de Monumentos de Arquitectura, título expedido por la Universitat Politècnica de Catalunya, y otros a que alude el informe); el informe concluye con unas «Observaciones finales» del siguiente tenor:

1. El número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia.

2. La asignación de créditos se ha realizado, bien por equivalencia directa, bien por contenidos dispersos en materias con diferente denominación o bien por compensación del déficit en determinados descriptores con estudios en materias propias del ámbito de conocimiento con mayor carga de créditos que la consignada en el título español.

3. La solicitante acredita formación de posgrado: Curso de posgrado «Técnicas Actuales en Materiales, Construcción e Instalaciones» y Master «Restauración de Monumentos de Arquitectura» de la Universitat Politècnica de Catalunya.

En estas observaciones se contiene la explicación y el fundamento del informe favorable del órgano técnico, en el que no se aprecia error evidente, infracción de las normas reglamentarias citadas o desviación de poder.

Por el carácter de órgano técnico que tiene encomendada la realización del expresado juicio de equivalencia, como ya se ha dicho, la valoración que realiza no puede ser sustituida, sin más, por la que opone la recurrente, que se basa en una falta de correspondencia pues no se han comparado todos los elementos considerados por el Comité técnico, con los conducentes a la obtención del título español; en cuanto a la existencia de sentencias de otras secciones de esta Sala en que se ha considerado improcedente la homologación, el criterio de este tribunal, examinando las circunstancias específicas de cada caso, es el que se ha expuesto y mantenido reiteradamente al resolver recursos interpuestos por el mismo Consejo demandante, o cuando no haya sido desvirtuado por alguna de las causas que permiten su revisión.

Homologación de títulos extranjeros. Arquitecto. Discrecionalidad técnica. Homologación del título de «Laura Specialistica in Architettura» obtenido en Italia con el título universitario español de Arquitectura. Informe del Consejo de Coordinación Universitaria: Discrecionalidad técnica cuya revisión jurisdiccional no es posible. Excepciones: Error patente. Norma aplicable. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **48/2010**

Ponente: **D. José Luis Terrero Chacón**

Voz: **Homologación del título italiano de «Laura Specialistica in Architettura» al título universitario español de Arquitectura: juicio de equivalencia**

En primer lugar, según la recurrente, el dictamen emitido en el expediente administrativo por el Consejo de Coordinación Universitaria, favorable a la homologación impugnada, basado en el certificado de estudios aportado por el solicitante, no explica los criterios utilizados para realizar las tablas comparativas de las asignaturas y reconoce carencias de créditos en las asignaturas troncales cursadas, por lo que la homologación debió condicionarse a requisitos formativos complementarios, de conformidad con el artículo 17.1 del Real Decreto 285/2004.

Pues bien, con relación a esta cuestión conviene recordar, que el control de la equivalencia de la formación es el elemento esencial para resolver sobre la homologación de títulos en el marco del Real Decreto 285/2004.

De la normativa contenida en el citado Real Decreto se sigue, en lo que ahora interesa, lo siguiente: a) la resolución de concesión o denegación de la homologación se adoptará previo informe motivado y preceptivo de un comité técnico designado por el Secretario de Estado de Educación y Universidades (artículos 10 y 12); b) las resoluciones sobre homologación de títulos extranjeros se adoptarán examinando la formación adquirida por el alumno y teniendo en cuenta la correspondencia entre los niveles académicos requeridos para el acceso a los estudios conducentes a la obtención del título extranjero y para el acceso al título español, la duración y carga horaria del período de formación necesario para la obtención del título extranjero cuya homologación se pretende, la correspondencia entre los

niveles académicos del título extranjero y del título español al que se solicita la homologación y los contenidos formativos superados para la obtención del título extranjero (artículo 9).

Vista la normativa que antecede, hemos de subrayar la importancia que en el expediente de homologación tiene el informe del comité técnico correspondiente, dictamen que habrá de ser preceptivo.

(...).

En efecto, en el supuesto enjuiciado, consta un primer informe de técnico emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria con fecha de 28 de abril de 2008, unido al expediente administrativo de homologación, donde se reconocen carencias en los contenidos formativos del título del codemandado, Sr. Mateo, que alcanzarían aproximadamente un 10%, carencias que se consideran suplidas. El informe sostiene, además, que las «principales áreas de conocimiento poseen un número de créditos suficientes» y concluye que procede la homologación solicitada.

No considerando suficiente el informe de referencia, esta Sala solicitó como diligencia final su ampliación en los siguientes términos:

«Teniendo en cuenta que el informe de 28 de abril de 2008 concluye que los estudios cursados por el Sr. Mateo son de duración temporal y carga académica inferior, y no se corresponden con los contenidos formativos troncales, presentando carencias de créditos, respecto de la correspondiente titulación española, indíquese pormeno-

rizada y motivadamente las razones por las que se concluye en el referido informe que procede la homologación de los expresados estudios al título español de arquitecto, sin la exigencia de requisitos formativos complementarios».

En el informe ampliatorio del órgano técnico de la Administración emitido a instancia de esta Sala, unido al procedimiento judicial, se hace constar que el Sr. Mateo *«ha cursado y aprobado algunas asignaturas de los estudios en España que compensan parcialmente las deficiencias formativas detectadas»* (se citan dichas asignaturas); y que si bien se aprecian carencias formativas puntuales en algunas áreas, se considera que las principales áreas de conocimiento cursadas por el Sr. Mateo poseen un número de créditos suficientes, teniendo en cuenta que la asignación de créditos se realiza, bien por equivalencia directa, bien por contenidos dispersos en asignaturas con diferente denominación o bien por compensación del déficit en determinados descriptores con estudios en materias propias del ámbito de conocimiento con mayor carga de créditos que la consignada en el título español.

Por estas razones, el órgano técnico sostiene, por segunda vez la procedencia de la homologación.

Hemos de recordar aquí y ahora que el juicio de equivalencia que lleva a cabo el órgano técnico de la Administración implica un juicio de discrecionalidad técnica, que, como 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, como pretende la recurrente, de tal forma que la labor en estos casos de los Tribunales de Justicia viene dado 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, sin que en el presente caso concurra ninguno de tales vicios.

Debe advertirse, además, que en el supuesto enjuiciado el referido juicio de equivalencia

llevado a cabo por el órgano técnico de la Administración no ha sido rebatido o cuestionado por otro parecer, igualmente técnico, mediante la proposición y práctica de prueba pericial.

(...).

En definitiva, el reconocimiento profesional tiende a facilitar el ejercicio de libertades consagradas en el derecho comunitario europeo, como la de establecimiento y prestación de servicios, en el ámbito de la Unión Europea, y se rige por las normas de derecho comunitario originario y derivado incorporadas al ordenamiento interno, en su caso, por las normas nacionales, como ocurre en España con el anterior Real Decreto 1665/1991 y con el Real Decreto actualmente en vigor 1837/2008, normativa interna que ha de respetar su contenido y finalidad, habilitando para el ejercicio de la práctica profesional regulada de que se trate, pero no supone una equiparación o asimilación académica con títulos españoles; por su parte, la homologación de títulos académicos, está sometida a las normas del derecho interno de cada Estado y se basa en una comparación entre el contenido y duración de los estudios conducentes a la obtención de los respectivos títulos, aplicándose tanto a los que pretendan la homologación de títulos expedidos en países pertenecientes a la Unión Europea, como a los de otros Estados.

Este es el criterio que ha venido sosteniendo reiteradamente el Tribunal Supremo en sentencias como la de 25 de febrero de 2000 (tres sentencias de la misma fecha), 14 de diciembre de 2000, 15 de enero de 2002, 3 de noviembre de 2003 y, más recientemente, 12 de abril de 2005 y 16 de mayo y 14 de julio de 2006, en las que se pone de manifiesto el diferente alcance de los procedimientos de habilitación profesional y homologación, así como las distintas normas por las que se rigen.

En el supuesto enjuiciado, el procedimiento instado por el codemandado ante el Ministerio de Educación fue el de homologación de su título italiano al correspondiente título español y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional, siendo indiferente, por lo que se refiere a la homologación, que el solicitante cumpliera o no con algunos de los presupuestos exigidos para poder desempeñar la actividad profesional que habilita el referido título.

Homologación de títulos académicos. Título de «Bachelor of Science in Environmental Science» obtenido en el Reino Unido y su equiparación con el español de Licenciado en Ciencias Medioambientales. Título oficial extranjero. Nivel y carga académica: Duración del plan de estudios y contenidos formativos. Trascendencia a efectos de homologación de la normativa existente en el momento en que el que se cursaron los estudios. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **5 de junio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **191/2012**

Ponente: **Dña. María Asunción Salvo Tambo**

Voz: **Homologación del título de «Bachelor of Science in Environmental Science» obtenido en el Reino Unido al español de Licenciado en Ciencias Medioambientales**

1. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución del Ministro de Educación Cultura y Deporte, de fecha 8 de marzo de 2012, por la que se desestima el recurso de reposición formulado por Dña. Mariola, ahora recurrente, contra la Orden dictada por delegación del Ministro de Educación, de fecha 2 de febrero de 2011 y por la que se acordó denegar a la ahora actora su solicitud de que el título de «*Bachelor of Science in Environmental Science*» obtenido en la Universidad de Wolverhampton (Reino Unido) le fuera homologado al título español de Licenciada en Ciencias Medioambientales.

2. Solicita la actora fundamenta su recurso en que los estudios cursados fueron de cuatro años en SSNE y un año más en la Universidad de Wolverhampton:

— La hoy actora formuló su solicitud el 8 de abril de 2009 dirigida al entonces Ministerio de Ciencia e Innovación, solicitando la homologación de su título.

— La denegación por el Ministerio, mediante la resolución impugnada se basa en la duración del plan de estudios del título extranjero que se solicita homologar, que en este caso es de tres años, considerando el Ministerio que se trata de un título de primer ciclo, que capacita al interesado para cursar estudios de segundo ciclo, no correspondiendo al mismo nivel académico que el título español de Licenciado en Ciencias Ambientales.

3. La parte actora sostiene que esta misma Sala se ha pronunciado ya en casos similares, seguidos bajo la misma dirección letrada y solicita la misma decisión que en aquellos supuestos que considera análogos.

A lo que se opone el Abogado del Estado argumentando la falta de correspondencia entre los niveles y cargas académicas del título extranjero y del español; incidiendo así tanto en la duración del programa de estudios como en los créditos precisos, según los datos obrantes en el expediente.

4. La cuestión que aquí se plantea ha sido ya objeto de decisión en numerosas sentencias de esta misma Sala (Sección Tercera) que si bien no han seguido una línea uniforme, hoy podemos considerar que el Tribunal Supremo, tampoco sin ciertas vicisitudes y cambios de criterio, podemos decir que ha zanjado la cuestión en las sentencias más recientes, entre otras, SSTS de 16 de junio de 2009, 21 de julio de 2009, 23 de julio de 2009 y 26 de octubre de 2010 entre otras muchas, por las que se casan las sentencias dictadas por la referida Sección Tercera de esta Sala de la Audiencia Nacional y, finalmente, se acoge la tesis propugnada por la aquí actora, en síntesis: que lo trascendente a los efectos de homologación es la normativa existente en el momento en que el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicita la homologación pretendida, por lo que habrá que estar a la norma vigente entonces para determinar si era necesario o no que el centro en el que se cursaron los

estudios contase con la preceptiva autorización administrativa.

(...).

De lo que se debe tratar, punto este en el que todos parecen coincidir, es de determinar si, efectivamente, hay equivalencia entre la formación gracias a la que Don. Casiano obtuvo el título que quiere homologar y la exigida en España para la expedición del título de Ingeniero, Superior o Técnico, Aeronáutico. Porque no parece preciso observar que seguir el camino de la aplicación del Real Decreto 86/1987 no significa conceder necesariamente la homologación solicitada. Supone, ante todo, comprobar si existe o no esa equivalencia. Y, si no se da, no procederá la homologación y no se producirá ninguna elusión ni fraude. Mientras que, si existe esa equivalencia, tampoco podrá considerarse que ha habido fraude porque, siendo equivalente a la exigida en España la formación en que se sustenta tal título, procederá su homologación.

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también indebidamente el Real Decreto 86/1987.

(...).

«En el presente caso es obvio que el interesado ha solicitado no la homologación de su título sino el reconocimiento a efectos del ejercicio de la profesión de Ingeniero Industrial e Ingeniero Técnico Industrial, tal cual indicó inicialmente y en el suplico de la demanda. A estos efectos, lo importante es el título expedido al margen del lugar en que los estudios fueron realizados, pues nada impide a un Estado miembro de la Unión Europea reconocer estudios realizados en Centros de otro Estado

miembro y con base en los mismos otorgar el correspondiente título. El control de calidad de los estudios y demás medidas de garantía deben reconocérsele al Estado que expide el título, que hay que presumir por su propio interés que velará por la regularidad y cualificación de los mismos. No otra cosa puede extraerse del artículo 2.º del Real Decreto 1665/91 que como requisito para ejercer en España una profesión regulada por nacional de un Estado miembro de la Unión Europea únicamente exige estar en posesión de un título obtenido en un Estado de la Unión Europea, y ello con independencia del lugar en que los estudios se cursaron, pues el artículo 1.º define como título, “cualquier título expedido por una Autoridad competente en un Estado miembro, que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de tres años en una Universidad, en un Centro de Enseñanza Superior o en otro Centro del mismo nivel de formación y que posee las cualificaciones profesionales requeridas para acceder a una profesión regulada en dicho Estado miembro, siempre que la formación haya sido adquirida principalmente en la Comunidad o el titular tenga una experiencia profesional de tres años acreditada por el Estado miembro que haya reconocido el título”; es decir, se exige la concurrencia de los siguientes requisitos: título, superación de estudios postsecundarios de duración mínima de tres años y que la formación haya sido adquirida en la Comunidad. Dichos requisitos concurren en el interesado, por lo que debe estimarse su recurso de casación, sin que pueda observarse la existencia de un fraude de ley, en atención a lo que a continuación se dirá”.

En definitiva, el criterio que lleva a esta Sentencia a estimar el recurso de casación es, sustancialmente, el que hemos observado a propósito de la homologación del título Don. Casiano, ya que el problema que resuelve es, en el fondo, el mismo: la aplicabilidad de las normas sobre autorización de Universidades y Centros Universitarios a los procedimientos de homologación de títulos o de habilitación para el ejercicio profesional. Aplicabilidad que se estima improcedente, según la normativa anterior a la Ley Orgánica 6/2001, en la Sentencia citada y en la que estamos dictando».

De acuerdo pues con este criterio jurisprudencial mencionado, debemos acoger los motivos aducidos en la demanda, pues consideramos

que para tramitar la homologación basta con que los estudios se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004.

NACIONALIDAD

Nacionalidad española por residencia: Requisitos. Residencia legal, continuada e inmediata anterior a la petición. Continuidad de la residencia en el tiempo inmediatamente anterior a la solicitud. Residencia habitual en territorio español. Ausencia durante dos meses del territorio nacional. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **466/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Concesión de la nacionalidad española: residencia legal y habitual en España inmediatamente anterior a su petición**

Se interpuso el presente recurso contra la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado el 25 de abril de 2011, que vino a confirmar en reposición la de 4 de Febrero de 2011, denegatoria de la nacionalidad por residencia a Alejo.

La actuación administrativa impugnada en el presente recurso se fundamenta, en síntesis, en que no concurre el requisito legalmente exigido, imprescindible conforme al artículo 22.3 del Código Civil, pues el actor no ha justificado su residencia habitual y continuada en territorio español, ya que en fecha 8 de Diciembre de 2006 salió de Madrid-Barajas y «consta una visa de salida de su país el 8 de febrero de 2007, sin que conste la entrada en nuestro país» y al no probar fehacientemente su efectiva residencia en España (informe de vida laboral, cumplimiento de sus obligaciones sociales, tributarias, alquileres, recibos, etc.), «ha quedado probado que ha estado fuera de España con ausencias continuadas en periodos de tiempo muy superiores al total exigido de dos años».

En la resolución inicial, de 4 de febrero de 2011, se afirmaba que según informe del Ministerio del Interior de 29 de abril de 2010, el interesado tiene ausencias continuadas de España

entre tres y seis meses. Con fecha 4 de agosto de 2010 se le requirió para presentar documentos justificativos de su residencia habitual y continuada pero fue imposible su localización.

Alega el recurrente, en síntesis, que se encuentra residiendo legal y habitualmente en España: que no es cierto que haya estado ausente por periodos excesivamente largos ni de entre 3 y 6 meses. Que ha vivido ininterrumpida y continuadamente en territorio español por un plazo superior a 2 años tal y como establece el artículo 22 del Código Civil. Considera que la administración demandada incurre en conducta errónea.

Está acreditado que Alejo, de quien no constan antecedentes desfavorables, nació en Presidente Ulises Heureaux Imbert (República Dominicana) el NUM000 de 1978, solicitó la nacionalidad española ante el Ministerio de Justicia el 27 de febrero de 2008. Había obtenido documento de identidad y tarjeta de residencia el 20 de octubre de 2004, sucesivamente renovado. En fecha 21 de octubre de 2009 obtuvo autorización de residencia indefinida en España, donde trabaja. Habla, se expresa y entiende el idioma español. Está integrado en la vida y costumbres de la sociedad española. El Ministerio Fiscal no se opuso a la adquisición de la nacionalidad soli-

citada por el recurrente. El juez Encargado del Registro Civil informó también favorablemente la concesión de la nacionalidad española del actor. Del informe de vida laboral del actor resulta que trabajó en España en 2006, hasta el día 26 de noviembre. Desde entonces hasta el 22 de mayo de 2007 percibió prestaciones por desempleo. Durante ese periodo viajó a su país de nacimiento: el día 8 de Diciembre de 2006. Regresó a España el 8 de febrero de 2007. Desde el 23 de mayo de 2007 hasta el 13 de junio de 2007 trabajó en España. No consta que trabajara desde el 14 de Junio de 2007 hasta el 7 de agosto de 2007. Trabajó en España desde esa fecha hasta el día 22 de agosto de 2007. No consta lo hiciese desde esa fecha hasta el 7 de septiembre de 2007, día en que comenzó a trabajar, hasta el día 21 del mismo mes y año. Desde esa fecha hasta el 6 de noviembre de 2007 no consta trabajase, volviendo a estar ocupado del 6 al 20 de noviembre. Desde entonces trabajó 15 días en diciembre de 2007 y desde enero al 21 de abril de 2008. En total, hasta el 5 de Julio de 2011 el actor ha cotizado 1953 días. El 20 de julio de 2009 causó alta en el padrón de Madrid por cambio de domicilio.

La cuestión planteada en el presente recurso es si el recurrente cumple o no el requisito exigido en el artículo 22.3 del Código Civil, según el cual, para la concesión de la nacionalidad por

residencia, en este caso de 2 años, ésta «*habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición*».

La documentación aportada por el recurrente acredita el cumplimiento del requisito legalmente exigido de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, sin que la administración demandada y las informaciones practicadas que sirvieron de fundamento a las resoluciones recurridas pongan de manifiesto lo contrario, pues solo consta una ausencia del recurrente de España durante dos meses (desde el día 8 de Diciembre de 2006 al 8 de febrero de 2007), que carece de entidad bastante para considerar que el interesado ha dejado de tener una efectiva y continuada residencia en España. Y en cuanto a no haber sido posible su localización en agosto de 2010, ello fue debido a que se intentó comunicar con él en un domicilio (el de la solicitud) donde ya no residía, habiendo causado alta por dicho traslado en el padrón de Madrid el 20 de julio de 2009.

Por lo expuesto, no ajustándose a derecho la actuación administrativa recurrida —artículo 70 de la Ley Jurisdiccional— es lo procedente estimar el presente recurso, anular la actuación administrativa objeto del mismo y declarar el derecho del recurrente a la concesión de la nacionalidad española por residencia.

Nacionalidad por residencia: Requisitos. Buena conducta cívica. Condena por delito contra la libertad sexual. Procedimiento de lesividad: Pertinencia del requisito de la buena conducta cívica a ciudadano colombiano. Potestad discrecional. Ausencia de antecedentes penales en el momento de la solicitud. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del TSJ de Madrid**

Fecha: **30 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **29/2010**

Ponente: **Dña. Cristina Cadenas Cortina**

Voz: **Nacionalidad española: ausencia de buena conducta cívica. Condena por delito continuado de abuso sexual no consentido**

El presente recurso de lesividad fue interpuesto por el Abogado del Estado en la representación que ostenta, contra Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 12 de

diciembre de 2005, que reconoce la nacionalidad española a Don Mateo.

Según los datos aportados, Don Mateo, nacido en Cali, Colombia, el [...], domiciliado en

Vera, Almería, residente en España desde 2001, solcito mediante el oportuno escrito de fecha 18 de mayo de 2004, dirigido el Excmo. Sr. Ministro de Justicia la concesión de la nacionalidad española por residencia, aportando la documentación correspondiente. Se tramitó el oportuno expediente finalizando mediante Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 12 de diciembre de 2005 concediendo al solicitante la nacionalidad española pro residencia.

Consta sin embargo, que el interesado fue procesado en Sumario n. 5/2005, tramitado en el Juzgado de Instrucción n. 5 de Vera (Almería) y condenado por Sentencia de 4 de junio de 2007 de la Audiencia Provincial, Sección Segunda, por delito continuado de abuso sexual no consentido, con acceso carnal, a pena de 10 años de prisión. Los hechos se han producido desde el mes de junio, y en relación a una menor, en concreto una niña de 10 años de edad, en el domicilio familiar. La denuncia tuvo lugar el 13 de septiembre de 2005, pero se constata que los hechos fueron reiterados desde junio de 2005, siendo la menor hija de la compañera sentimental de Mateo. La sentencia devino firme y pasó a ejecutoria.

(...).

En este caso, es evidente que se trata de un acto favorable para su destinatario, puesto que se concedía la nacionalidad española por él instada. Ahora bien, precisamente sobre esta base, el

procedimiento seguido es correcto, y el tema se centra en la adecuada motivación del acto. Así, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 22 del Código Civil, que se refiere a la concesión de la nacionalidad española por residencia y en el apartado cuarto del precepto consta «4. *El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.*»

En este caso, se trata de un supuesto en que se ha reconocido la nacionalidad española sobre la base de que el interesado reunía los requisitos, no teniendo antecedentes penales en el momento de la solicitud, sin embargo el interesado se ve incurso en un procedimiento penal paralelamente a la tramitación del expediente de nacionalidad, procedimiento que concluyó con sentencia firme condenatoria por delito de abuso sexual con acceso carnal, previsto y penado en los artículos 181.1 y 2 y 182.1 del Código Penal, siendo condenado a la pena de 10 años. Es evidente que no puede considerarse «buena conducta cívica» la situación del interesado y siendo un concepto discrecional, el de «buena conducta cívica» es evidente que choca con la más elemental de las exigencias la no comisión de un hecho delictivo, especialmente reprobable. Por todo ello, la motivación resulta absolutamente suficiente.

En estas circunstancias el recurso debe ser estimado en su integridad.

Nacionalidad: Caducidad de la concesión de la nacionalidad. Incomparecencia al acto de promesa o jura ante el funcionario competente. Lapsos temporal de 180 días. Incomparecencia por internamiento en centro penitenciario. Estimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **31 de enero de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **139/2012**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Nacionalidad española: improcedencia de la caducidad. Falta de comparecencia del interesado: ingreso en centro penitenciario**

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN de 7-6-2011 declarando caducada la concesión de nacionalidad por residencia

por cuanto el recurrente no había comparecido a prestar juramento en los 180 días siguientes a la notificación.

De conformidad con el art. 21 del CC las concesiones por residencia caducan a los ciento ochenta días siguientes a su notificación, si en este plazo no comparece el interesado ante funcionario competente para cumplir los requisitos del art. 23, entre ellos, con carácter general salvo para determinados casos, el prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes y renuncia a su anterior nacionalidad. La adquisición debe ser objeto de inscripción en el Registro Civil, inscripción que juega un papel constitutivo en cuanto a la adquisición.

(...).

Dicho esto, es cierto que al recurrente le fue notificada la concesión de la nacionalidad el 14-9-2010, fecha a partir de la cual habrían de contarse los 180 días referidos, que computados conforme lo previsto en el art. 5 del CC, nos llevarían hasta el 16 de marzo de 2011 siendo esta la fecha en la que se produciría la caducidad. El actor fue citado para efectuar las declaraciones pertinentes a la adquisición de nacionalidad el día 26 de noviembre de 2010, fecha en la que no pudo concurrir por estar ingresado un centro penitenciario en Madrid desde el 20 de noviembre de 2010, lo que comunicó, con posterioridad a tal fecha, mediante escrito presentado en el Registro Civil de San Bartolomé de Tirajana el 26 de enero de 2011 interesando el traslado de su expediente al Registro Civil Único o en su caso al Ministerio de Justicia y adjuntando un certificado del centro penitenciario expedido el 24 de noviembre de 2010. Con base a ello el Juzgado, en proveído de 26 de enero de 2011 acordó remitir el expediente a la DGRN «a los efectos oportunos».

Con posterioridad, en escrito de 18 de marzo de 2011 dirigido al Registro Civil de San Bartolomé de Tirajana le participa las gestiones efectuadas ante el Registro Civil de Colmenar Viejo, correspondiente al Centro Penitenciario Madrid V, interesando que se librara exhorto para llevar a cabo la declaración en dicho Registro Civil y acompañando copia del escrito que había dirigido al mismo con fecha 1 de marzo de 2011. Dicha solicitud no consta que fuera objeto alguno de respuesta pese a que la misma se efectuó superado ya el plazo de caducidad.

Como vemos se trata de ver si existe o no causa acreditada que justificara la imposibilidad del actor de acudir a efectuar la declaración de voluntad ante el Juzgado que tramitaba el expediente ya que la concesión de la nacionalidad origina a su favor un derecho para hacer efectiva la adquisición de la nacionalidad, derecho sometido a un plazo de caducidad, y la respuesta ha de ser afirmativa ya que el actor tenía claramente limitada su libertad deambulatoria por causas ajenas a su voluntad al estar privado de libertad por resolución judicial en causa penal —preso preventivo en relación a un supuesto delito de tráfico de drogas por el que fue detenido el 18 de noviembre de 2010— y sin olvidar que el expediente pone de manifiesto que con suficiente antelación al vencimiento del plazo de caducidad llevó a cabo gestiones bastantes y reiteradas para poner de manifiesto su voluntad innegable de dar cumplimiento a la obligación legal de cara a consolidar la adquisición de la nacionalidad por residencia que le había sido concedida, sin que por el Registro Civil o por la DGRN se contestara, motivada y resolutoriamente, de forma denegatoria a su solicitud de traslado del expediente o auxilio judicial o en su caso, de ser inviables las dos posibilidades anteriores, disponiendo su conducción y traslado ante las dependencias del Registro.

Sorprendentemente, la propia DGRN en resolución de 21 de noviembre de 2011, en un caso similar al presente (habiendo promovido el interesado expediente de adquisición de la nacionalidad española por residencia esta le fue concedida y por comparecencia de un representante se informó que el interesado se encontraba en prisión provisional, extremo que el Registro comprobó mediante comunicación con el centro penitenciario constando que el interesado había solicitado al Juzgado que se le permitiese la salida para el cumplimiento del trámite y que no fue conducido en ningún momento al Registro) resolvió que la finalización del plazo no resultaba imputable al interesado ni estuvo causada por la pasividad del mismo, sino que fue la propia Administración del Estado, la que ignorando, por las razones que fuesen, las solicitudes presentadas, la que impidió la comparecencia del interesado y la que forzó el resultado.

Por tanto el recurso ha de estimarse anulando la resolución recurrida al ser improcedente la caducidad decretada con la consiguiente reposición del

expediente con fijación de una nueva fecha para la comparecencia del solicitante de cara a dar cumplimiento a los trámites del art. 23 del CC.

Nacionalidad por residencia: Requisitos. Características de la residencia: Legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. Falta de continuidad en la residencia. Ausencias prolongadas no justificadas. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **12 de marzo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **690/2011**

Ponente: **D. Eduardo Menéndez Rexach**

Voz: **Denegación del derecho a adquirir la nacionalidad española: la residencia carece de la continuidad exigida**

El presente recurso tiene por objeto la Resolución del Ministerio de Justicia de 13 de septiembre de 2011, por la que se deniega su petición de concesión de nacionalidad española por falta de continuidad en su residencia en España.

La recurrente, de nacionalidad marroquí, solicita que se anule la resolución recurrida y se declare su derecho a adquirir la nacionalidad española.

En defensa de su pretensión invoca los arts. 21 y 22 del Código Civil y 220 y siguientes del Reglamento del Registro Civil y alega que, frente al contenido de la resolución que deniega la nacionalidad por constar en el pasaporte numerosas entradas y salidas de España que se avienen mal con una posible existencia de vida laboral y residencia efectiva en España, el informe de integración es favorable, tiene permiso de residencia desde 1997, es trabajadora doméstica y tiene un hijo nacido en Madrid en 2004 y, aunque su esposo permanece en Marruecos, están divorciados desde 2008.

La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que no tuvo residencia con la continuidad necesaria por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la Resolución impugnada.

(...).

Del informe de la Dirección General de la Policía obrante en el expediente se deduce que

la demandante, nacida en Marruecos en 1963, obtuvo su primer permiso de residencia el 28 de Abril de 1998; consta también en el expediente que en 1992 contrajo matrimonio con marroquí residente en ese país, del que se divorció en 2008, y con el que tiene un hijo nacido en 2004 en Madrid que está bajo custodia de la madre; tras el requerimiento realizado por el Registro Civil para que acreditase su residencia efectiva únicamente ha presentado el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de una hermana, estando a nombre de ésta los recibos de agua, gas, luz y teléfono, y la escolarización de su hijo entre 2007 y 2009; en el informe laboral, expedido en 2012, consta que ha figurado en situación de alta únicamente entre 1998 y 2001, durante un año y medio aproximadamente. Estas circunstancias, unidas a las numerosísimas salidas de España que figuran en su pasaporte, algunas de varios meses de duración, a Marruecos y a Bahrein, y que no han sido objeto de explicación alguna por parte de la demandante, permiten deducir que su residencia en España durante el período de diez años no ha tenido la efectividad o continuidad necesaria exigida por la norma, sino que ha estado sometida a frecuentes interrupciones debidas a los viajes y estancias en su país de origen y en otros que la demandante no ha justificado; todo ello parece más bien indicar que su centro de intereses familiares, profesionales y económicos no se encuentra en Espa-

ña, ya que su residencia carece de continuidad durante todo el período exigido, aunque pudo haberla tenido durante la parte inicial del pla-

zo a considerar, por lo que la apreciación de la Administración al entenderlo así resulta ajustada a derecho y procede, por ello, confirmarla.

Nacionalidad: Requisitos para su concesión. Integración en la sociedad española: Concepto jurídico indeterminado. Falta de integración en la sociedad española: Poligamia. Constancia de matrimonios contraídos en Arabia y Valencia, sin acreditación de disolución de ninguno de ellos. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de marzo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **453/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Denegación de la nacionalidad: la poligamia constituye una falta de integración en la sociedad española**

El presente recurso tiene por objeto la resolución de 25 de mayo 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, Rodolfo, al considerar, en síntesis, que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, artículo 22.4 del Código Civil, ya que de la documentación obrante en el expediente se desprende que el solicitante está casado con dos mujeres, pues contrajo matrimonio con Zaira en Arabia Saudita el 28 de Marzo de 1998 y con Consuelo el 18 de Noviembre de 2001 en Valencia, sin que conste que su primer vínculo matrimonial estuviera disuelto. Además con la señora Zaira ha tenido cinco hijos, tres de ellos nacidos en Arabia Saudita (Enas, nacido el NUM000 de 1991, Anas, nacido el NUM001 de 1993 y Arwa, nacido el NUM002 de 1997) y otros dos hijos en Castellón: Arij, nacido el NUM003 de 2002 y Afnan, nacido el NUM004 de 2006; y al mismo tiempo con la señora Consuelo tuvo también tres hijos, todos ellos nacidos en Castellón en las siguientes fechas: Yousef, el NUM005 de 2002, Tasnim, el NUM006 de 2005 y Younes, el NUM007 de 2007. Además, el propio interesado cuando inscribe en el Registro Civil de Castellón a su hijo Yousef aportó el contrato de matrimonio celebrado con la señora Consuelo el 18

de Noviembre de 2001 en Valencia. Del mismo modo, cuando inscribió a sus hijos Arij y Afnan aporta igualmente certificado de matrimonio con la señora Zaira. Y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de fechas 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 26 de febrero de 2010) en nuestro país, la configuración legal y de mayoritario implante sociológico del matrimonio es la monogamia y el hecho de mantener diversas esposas (poliginia) o varios maridos (poliandria) de modo simultáneo es un dato relevante a la hora de determinar el grado de adaptación e integración a la sociedad española. De la documentación obrante en el expediente se desprende que el solicitante no se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares.

El recurrente, Rodolfo, niega los referidos hechos y considerada errónea la valoración realizada por la administración demandada. Afirma que sólo ha contraído un matrimonio y fue su esposa quien compareció en el expediente y manifestó que no se oponía a la concesión de la nacionalidad española de su marido. Que nunca ha ocultado la existencia de sus hijos y de la relación extramatrimonial que mantenía con la señora Consuelo. Manifiesta también que la concepción tradicional del matrimonio ha sufrido profundos cambios y que el solicitante nunca ha dicho que hubiera contraído ulterior matrimonio, sino que

sólo estaba casado una sola vez en su país. Solicitó prueba documental consistente en oficio a la Dirección General de Registros y del Notariado con el fin de que librarse certificación en la que se acredite cuántos matrimonios le constan contraídos por el actor. En contestación a dicho oficio referida dirección general comunicaba a este tribunal que esa información no consta en la documentación que obra en esa unidad.

Mediante diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2012 se tuvo por personada como codemandado a Zaira, quien, en síntesis, viene a manifestar que el recurrente sólo ha contraído un matrimonio: con ella misma.

Consta en el expediente administrativo remitido a este tribunal escritura pública de 4 de Junio de 1998 en la que Rodolfo manifestaba estar casado en régimen de separación de bienes según su ley personal con Zaira; otra escritura pública de declaración de cese de unipersonalidad de una sociedad limitada, de 15 de Mayo de 2001, en la que Rodolfo comparecía como soltero; otra escritura pública de fundación de sociedad limitada unipersonal, de fecha 5 de Septiembre de 1997 en la que asimismo Rodolfo comparecía como soltero. También consta en el expediente administrativo una comparecencia en Castellón, a 12 de Enero de 2006 ante el encargado del Registro Civil, de Zaira, quien lo hacía en calidad de esposa del promotor del expediente de solicitud de nacionalidad iniciado por Rodolfo. Asimismo, consta también que cuando el recurrente inscribe en el Registro Civil de Castellón a su hijo Yousef, el día NUM005 de 2002, aportó el contrato de matrimonio celebrado con la señora Consuelo el 18 de Noviembre de 2001 en Valencia. Cuando inscribió a su hijo Afnan, el día NUM004 de 2006, aporta igualmente certificado de matrimonio con la señora Zaira. Cuando inscribió a su hijo Tasnim, nacido el NUM006 de 2005, no constaba el matrimonio de los padres, siendo la madre Consuelo. Del mismo modo, cuando inscribió a su hijo Arij, nacido el NUM003 de 2002, aportó certificado de matrimonio con la señora Zaira.

El recurrente, Rodolfo, por tanto, contra-jo matrimonio con Zaira en Arabia Saudita el 28 de Marzo de 1998 y con Consuelo el 18 de Noviembre de 2001 en Valencia, sin que cons-

te acreditado que su primer vínculo matrimonial estuviera disuelto.

El expediente fue informado favorablemente por el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro Civil.

También consta que el recurrente reside y trabaja en España legalmente desde el 18 de Septiembre de 1995, habiendo aportado autoliquidación del impuesto de la renta de las personas físicas del ejercicio 2004.

Consta también que fue denunciado por «su ex mujer» [así se expresa el informe del Ministerio del Interior de 21 de Octubre de 2009], Consuelo, por delito de sustracción y traslado a Jordania de dos hijos menores, diligencias previas 471/2009 del Juzgado de Instrucción número dos de Castellón de la Plana, dictándose auto de sobreseimiento provisional el 6 de Mayo de 2009 por renuncia expresa de la denunciante a la acción penal.

(...).

Este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores sentencias (Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de junio de 2001 —rec. 1105/2000— (JUR 2001, 294445) y 11 de junio de 2002, —rec. 574/2001— (JUR 2003, 58420)) sobre la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia, por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico. En tal sentido se declaraba que «... no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal —artículo 46.2 del Código Civil—, por lo que hay que concluir que tal decisión resulta correcta en cuanto interpreta de una manera razonable la norma en que se establece».

El Tribunal Supremo en su sentencia, Sala Tercera, Sección 6, de 19 de Junio de 2008 (recurso: 6358/2002) (RJ 2008, 6478) 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 art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España —algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese— 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 (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la administración pública espa-

ñola 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 ajustada al ordenamiento jurídico. Su motivación radica en la efectiva poliginia del interesado, que habiendo residido en España desde 1995, es de suponer que conocía perfectamente la estructura de las relaciones familiares en España (incompatible con aquel tipo de relación institucionalizada) y a pesar de ello no consta plenamente acreditado que haya ajustado su vida, real y efectivamente, a los valores sociales, culturales y jurídicos de la sociedad española, pues manteniendo que sólo ha contraído un matrimonio, lo cierto es que de la documentación obrante en el expediente administrativo se desprende que ello no es así, sino que consta, como el propio recurrente ha declarado al inscribir el nacimiento de algunos de sus hijos en el Registro Civil, que tenía dos esposas, sin haber acreditado se tratase de matrimonios sucesivos, lo que hubiera sido de fácil prueba por parte del recurrente.

Así las cosas, no cabe concluir que el recurrente haya demostrado aceptar de manera real, clara e indiscutible la monogamia como tipo de relación institucionalizada y régimen matrimonial típico del país, España, cuya nacionalidad pretende, de modo que debe concluirse que el demandante no se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares.

Por todo lo expuesto, ajustándose a derecho la actuación administrativa impugnada en el presente recurso, es lo procedente desestimar el mismo.

Nacionalidad: Denegación de solicitud de nacionalidad por residencia. Requisitos. Concepto jurídico indeterminado. Integración en la sociedad española del solicitante. Discrecionalidad de la Administración. La Administración viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados. Arraigo familiar y laboral. Indiferencia o desinterés frente a la nacionalidad solicitada. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **11 de abril de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: 219/2012

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Denegación de la nacionalidad por residencia: falta de integración en la sociedad española**

En el presente recurso se impugna la Resolución del DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 13 de septiembre de 2011 denegatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española ya que en el examen efectuado por el Juez Encargado demuestra que no desea integrarse pese a estar casada con un español.

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.

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española.

A tal efecto ha de significarse que la integración social no deriva exclusivamente del grado de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el

expediente (entre otras, S. TS de 15 de octubre de 2008 Rec. 4246/2005).

En el caso de autos, por lo que resulta del expediente, es evidente que la recurrente tiene un cierto arraigo familiar (está casada con español celebrándose el matrimonio de 2003 lo que permitió a la recurrente obtener TFRC en 2005 aunque su mera estancia en España se remonta a 2001 y tiene un hijo de otra relación anterior pero que no consta que resida en nuestro país) y arraigo laboral en España (dice trabajar como empleada de hogar pero sin aportar hoja de vida laboral ni declaraciones de impuestos), sin problemas idiomáticos (como mejicana, su idioma materno es el castellano) y que tiene un conocimiento, aun muy básico y escaso, del sistema institucional de país de acogida. Por otro lado, con base a sus propias declaraciones, se ha podido apreciar que la recurrente NO contempla a la nacionalidad española que solicita como un objetivo estable para su devenir futuro ya que *«prefiere la nacionalidad mejicana antes que la española. A lo mejor puedo volver a mi país originario, allí tengo familia.»* (sic). Por ello no podemos hablar que la recurrente quiera convertir el país para el que solicita la nacionalidad en el centro estable y establecido de sus relaciones familiares, sociales y económicas.

Esta indiferencia o cuanto menos desinterés «pro futuro» frente a la nacionalidad solicitada resulta incompatible con una persona que quiera implicarse en la sociedad española en los diversos aspectos que tal nacionalidad lleva consigo, entre ellos, el ejercicio de los derechos políticos y trasciende de lo que es simplemente el desenvolverse en una vida profesional, económica y familiar en España pues ello se puede seguir realizando como residente legal. Estamos ante un *prius* a los criterios meramente objetivos de integración y tal voluntad de compromiso efectivo está implícita en la propia solicitud de nacionalidad. Conviene recordar, como ha puesto de manifiesto el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003 (Rec. 5837/ 1999), que la adquisición de la nacionalidad le convierte en ciudadano/a español lo cual

supone (art. 23 CE) que adquiere el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en

elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Nacionalidad: Residencia. Buena conducta cívica. Natural de Marruecos. Condena por un delito de daños y constancia de antecedentes penales. No se aporta documentación sobre el estado de las causas penales. Requisitos para la adquisición de la nacionalidad por residencia: Tipos. Apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados. La norma exige que el solicitante «justifique positivamente su conducta». No basta la no infracción de las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico: Además, hay que cumplir deberes cívicos razonablemente exigibles. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **651/2012**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española y ausencia de buena conducta cívica: condena penal**

Se impugna la resolución de 24-7-2012 del Ministerio de Justicia, que denegó la concesión de la nacionalidad a la hoy parte actora en base a lo siguiente: «Que no ha justificado suficientemente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante de nacionalidad, ya que tiene antecedentes en Baleares, de 12.2.01 por omisión del deber de socorro y por la Unidad Central Operativa el 17.6.03, por robo con fuerza en las cosas. En fase de alegaciones el promotor no aporta documentación al respecto, ignorándose por tanto el contenido de las causas penales citadas y su suerte definitiva, desconociéndose si terminaron por sobreseimiento provisional, libre o de cualquier otra forma, siendo ello relevante para la apreciación de si concurrir el requisito de buena conducta cívica. ... Así mismo fue condenado en sentencia de 23.4.2009 dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 6 de Palma de Mallorca por un delito de daños. En fase de alegaciones no ha acreditado haber satisfecho sus responsabilidades penales. ... Tampoco del resto de la documentación que obra en el presente expediente administrativo se deducen elementos positivos suficientes para desvirtuar esta conclusión»;

(...).

El recurrente es natural de Marruecos, nace el NUM000 -1978, está casado y es padre de dos hijos, reside legalmente en España desde 1998, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, y ha aportado un contrato de trabajo cuya duración inicial más sus prórrogas se extiende a veinticuatro meses de duración, pero no la historia oficial de su vida laboral.

Amén de las anteriores circunstancias, el informe policial de 14-4-2011 obrante en el expediente reseña en el correspondiente apartado los siguientes antecedentes: «Detenido —el 12/02/2001 por omisión del deber de socorro y ejercer actividades sin seguro obligatorio—; el 17/06/2003 por robo con fuerza en las cosas—; —el 09/08/2006 por daños; el 19/04/2007 por receptación y otras conductas afines, y el 13/07/2007, no constando motivo—».

El aquí demandante fue condenado por sentencia de 23-4-2009 (firme el 10-12-2009) dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 6 de Palma de Mallorca por un delito de daños en razón de la siguientes hechos que constan en el *factum* de la meritada sentencia: «ÚNICO.—Probado y así se declara que el acusado Luis, mayor de edad, —sin antecedentes penales y privado de

libertad por esta causa tres días, sobre las 4:20 horas del día 4 de agosto de 2006, en compañía de persona no identificada, en la discoteca “Bells”, sita—, enfadado porque los porteros de la misma le denegaban la entrada en su interior, con ánimo de menoscabar la propiedad ajena, dio patadas y lanzó sillas a la puerta de acceso a la misma, en número y ocasión que no se ha podido determinar, causando daños cuya cuantía supera los 400 euros y que fueron ya reparados, desconociéndose el importe exacto de la reparación. La perjudicada reclama. El acusado gana unos 1.100 euros mensuales. El acusado, en el momento de cometer los hechos, tenía alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas». En el fallo de la mentada sentencia se condenó al recurrente como autor de un delito de daños a la pena de seis meses de multa y a la correspondiente indemnización civil.

La solicitud de nacionalidad se presentó el 6-10-2009 y fue informada favorablemente en su tramitación por el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro, si bien la misma fue denegada en la resolución recurrida con base en la motivación que quedó extractada más arriba.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, alega que la única sentencia condenatoria lo fue por un delito de daños y se dictó en 2009 por hechos ocurridos en 2006, siendo así que ya han quedado saldadas las responsabilidades penales y civiles, trae a colación los informes favorables del Ministerio Fiscal y del Encargado del Registro Civil, y termina aduciendo que la debida valoración de todos los elementos concurrentes debe concluir en la estimación de la buena conducta cívica del interesado, por todo lo cual suplica la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte desestimatoria del recurso si tenemos en cuenta, además de la doctrina legal más atrás referida, el criterio de inter-

pretación que ha de regir en la materia que nos ocupa, que aparece recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 12/11/2002, que al respecto dijo lo siguiente: «en relación con el problema que nos ocupa importa recordar que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir, tiene dicho que mantener un criterio amplio o permisivo en esta materia sería contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad (STS, Sala 1.ª, de 19 de septiembre de 1988). Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto «buena conducta cívica» que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil. La citada sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal Supremo bien rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse porque «podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley». Así, textualmente, se expresa la Sala de lo civil de este Tribunal Supremo. Y con esto estamos diciendo que ese criterio restrictivo que inspira el fundamento de la sentencia impugnada que hemos transcrito está en perfecta sintonía con esa doctrina de la Sala de instancia».

Hemos de recordar que no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica. El recurrente ha sido inculcado en una serie de procedimientos penales, siendo así que la mayoría de los mismos ha terminado por auto de sobreseimiento provisional o archivo, o bien por sentencia absolutoria, si bien dicha parte fue condenada en la sentencia

de 23-4-2009 del Juzgado de lo Penal n.º 6 de Palma de Mallorca por un delito de daños cuyos hechos criminosos denotan una conducta contraria a las exigencias del requisito legal de la buena conducta cívica, debiendo tenerse en cuenta, además, la relativa cercanía en el tiempo de tales hechos y de meritada sentencia con la data en que se produce la petición de la concesión de la

nacionalidad española, de donde que, en suma, se imponga la desestimación del actual recurso habida cuenta que por otra parte en la biografía del demandante no se constata la presencia de otros elementos positivos de particular relevancia para enervar los efectos negativos que para la pretensión de la actora se derivan de la sentencia penal condenatoria de referencia.

Nacionalidad: Requisitos para su reconocimiento. Buena conducta cívica. Nacional de Argentina. Procedimiento penal pendiente de resolución: Falsedad en documento público. No es compatible con el requisito de la buena conducta. Ausencia de otros datos positivos. Concepto jurídico indeterminado: Buena conducta cívica y antecedentes penales. No aplicación del principio de presunción de inocencia. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **552/2011**

Ponente: **D. Eduardo Menéndez Rexach**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española por residencia: causa penal contra el solicitante. Ausencia de buena conducta cívica**

El recurrente, de nacionalidad argentina, solicita que se anule la resolución recurrida y se condene al Ministerio de Justicia a concederle la nacionalidad solicitada.

En defensa de su pretensión cita el art. 22.4. del Código Civil y los arts. 220 a 223 del Reglamento del Registro Civil y alega que reside en España desde el año 2000 y tiene permiso de residencia continuada desde el año 2005; está casado con española desde 2004 e integrado laboralmente; su solicitud fue informada favorablemente por el Ministerio Fiscal y por el Encargado del Registro Civil de Arona; aunque no niega la existencia de una causa penal en la que es acusado por unos hechos ocurridos en 2003, considera que es de aplicación el principio de presunción de inocencia al no haber sido aún juzgado; añade que han transcurrido más de diez años, lo que viola su derecho a un proceso sin dilaciones.

(...).

En el presente caso, como resulta del expediente, el demandante fue detenido en Tenerife el

24 de Octubre de 2003 por usurpación de estado civil, según se lee en el informe de la Dirección General de la Policía; consta también una cédula de citación fechada el 11 de Marzo de 2010, por la que el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife le convoca en calidad de acusado por falsedad en documento público en el PA 6/2008, al acto del juicio oral, así como una certificación del mismo Juzgado de 29 de Abril siguiente en el que se dice que consta como acusado en la causa de referencia y que está pendiente de localización de dos testigos para señalar nueva fecha.

El hecho de tener un procedimiento penal pendiente no es, desde luego, compatible con el requisito analizado, máxime cuando no existen los elementos positivos a que se refiere la jurisprudencia que interpreta el art. 22.4. Cc, ni se han explicado los hechos origen de la detención para su valoración por la Sala a los efectos que aquí interesan, ni se ha propuesto prueba alguna al respecto, salvo la inexistencia de antecedentes penales, lo que no es determinante para la valoración de la buena conducta cívica, como se ha expuesto, por lo que la resolución impugnada, al

estimar que no se ha acreditado la concurrencia de tal requisito, necesario para quienes pretenden obtener la nacionalidad española por residencia, resulta correcta.

A la anterior conclusión no puede oponerse eficazmente el principio de presunción de inocencia, que no está cuestionado en este procedimiento o el largo tiempo transcurrido desde la detención, ya que el procedimiento penal abreviado es de 2008 y la vista inicial se iba a celebrar en 2010, fechas más recientes y próximas a su solicitud de 23 de Octubre de 2007, dilaciones que en su caso, podrán ser alegadas, también, en el procedimiento penal con los efectos que correspondan.

De todo lo anterior resulta que en el momento de dictarse la resolución impugnada existía un

reciente procedimiento penal contra el demandante, cuyo resultado aún no se conoce, por lo que, al margen de la valoración penal de los hechos que eventualmente se refleje en la resolución de esa jurisdicción, la Administración no puede dejar de considerar a efectos de valoración de la conducta cívica.

Por todo ello ha de concluirse que la valoración efectuada por la Administración, al apreciar la falta del requisito de buena conducta cívica, resulta justificada y proporcionada, atendiendo a los elementos a ponderar en el momento en que se dictó la resolución, lo que supone la denegación de la pretensión ejercitada de reconocimiento de la nacionalidad española, al resultar exigible tal requisito por el art. 22 del Código Civil.

Nacionalidad: Requisitos para su adquisición por residencia. Natural de Irak y nacional de Siria en el momento de la solicitud. Residencia continuada en territorio español. Residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición: En el expediente no consta su residencia habitual en territorio español. Ausencias continuadas de más de seis meses: Constancia de dos períodos de 6 y 9 meses en los que la residencia del recurrente no estuvo amparada por el correspondiente permiso. Nacionalidad por residencia: Carácter de reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles. Fuerte vinculación con España: Habitualidad y efectividad de la residencia. Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 20 de mayo de 2013

Recurso Contencioso-Administrativo: 464/2012

Ponente: D. Francisco Díaz Fraile

Voz: Nacionalidad española a estudiante con permiso de residencia permanente en España con validez indefinida: ausencias continuadas durante más de seis meses

La demandante es natural de Irak y al parecer en el momento de solicitar la nacionalidad española tenía la de Siria, nace el NUM000 -1987, está soltera, reside legalmente en España desde 1988 (si bien es de observar que en el informe policial obrante en el expediente se advierte un lapso entre el 5 de julio de 1995 y el 7 de enero de 1998 en el que no consta el correspondiente permiso de residencia, siendo así que a pesar de ello obra en autos un informe de la Embajada de la República de Irak en Madrid donde se dice que la interesada «ha cursado los cursos académicos 1995-

1996, 1996-1997, 1997-1998 y sucesivos hasta el curso 2004- 2005 en el colegio iraquí de Madrid —España—, en régimen presencial, según consta en los registros del colegio (...)), figura inscrita en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, y en fecha de 21-2-2012 tenía acreditados 509 días de alta en el sistema de la Seguridad Social, si bien al parecer —conforme se alega en el escrito de demanda— se trata de trabajos esporádicos pues la interesada ha sido y sigue siendo una estudiante que depende económicamente de sus padres.

El 30-7-2009 se presentó la solicitud de concesión de la nacionalidad española, en cuya tramitación han informado favorablemente tanto el Ministerio Fiscal como el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

Como ya vimos más arriba, la resolución puesta en tela de juicio basó su pronunciamiento denegatorio en la circunstancia de que «el período de 10 años de residencia legal no se ha cumplido con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición ... En la documentación que obra en el expediente no aparece justificada su residencia habitual en territorio español ya que —tiene ausencias continuadas de España de más de 6 meses— consta que ha estado fuera de España del 10/08/2008 al 05/07/2009, del 02/10/2009 al 05/03/2010, del 14/03/2010 al 04/02/2011 y del 18/02/2011 al 18/09/2011. Por tanto no queda acreditada su residencia efectiva en territorio español».

La demanda rectora del proceso narra las circunstancias que concurren en la interesada, justifica y acredita a través de los correspondientes documentos que las ausencias del territorio español a que se alude en el acto combatido responden a los estudios de Medicina de la interesada en Siria, e incide especialmente en la dependencia económica de la recurrente de sus padres y en la condición de españoles de todos los miembros de la unidad familiar (padres y hermanos) a la que pertenece la demandante, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...).

El conjunto de circunstancias que concurren en la interesada y que acabamos de referir en lo esencial acreditan una situación de fuerte vinculación con España desde antes de cumplir un año de edad, en cuyo territorio ha residido con sus padres y hermanos, ha crecido y se ha educado, realizando algunos trabajos esporádicos según refleja su historia oficial de vida laboral, si bien nunca ha perdido en el periodo temporal que consideramos su condición de estudiante con dependencia económica de sus padres, y, si bien en el año anterior a la petición de la nacionalidad española cursó estudios en Siria, que con-

tinuó en dicho país en los dos años siguientes, no puede ignorarse que en dichas fechas la recurrente gozaba de un permiso de residencia permanente en España con validez indefinida y que la estancia en Siria aparece justificada por razón de sus estudios en Medicina que al parecer no podía seguir en España al haber suspendido aquí el curso de acceso a la Universidad, y prueba de ello es que la demandante retorna a su núcleo familiar en España y se matricula justamente para Medicina en el curso 2011-2012 en la Universidad Complutense de Madrid tras la convalidación de los estudios extranjeros, demostrando todo ello que la interesada no había perdido su vinculación con España, donde seguía teniendo su centro de vida e intereses fundamentales, estando justificada su estancia en Siria por razón de estudios y sin que dicha estancia en el extranjero le hiciera desplazar también su centro vital fundamental.

Corolario de cuanto antecede es que en la fecha de la solicitud de la nacionalidad española en 30-7-2009 la interesada reunía el requisito de la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud que le niega la resolución combatida, sin que en función de las circunstancias expuestas pueda aceptarse la tesis administrativa que niega las notas de habitualidad y efectividad de dicha residencia, debiendo concluirse por todo ello que la estancia justificada por razón de estudios en el extranjero durante el tiempo considerado no supuso la pérdida de la residencia en España con las notas que exige el Código Civil para la adquisición de la nacionalidad pues siguió vinculada al territorio español por el círculo de sus intereses más importantes, demostrando el conjunto de circunstancias concurrentes en la demandante su inequívoca voluntad de residencia en España y su integración y vinculación con este territorio, siendo de notar, por último, que la jurisprudencia no hace una interpretación literal del requisito de la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud, sino finalista de dicho requisito, adaptándolo a las situaciones particulares para hallar en cada caso la solución más ajustada a Derecho, y sin que ello suponga ignorar en ningún supuesto el meritado requisito, sino su aplicación en función de las concretas y particulares circunstancias de cada caso, evitando así hacer

una aplicación mecánica o automática del repetido requisito, que podría conducir a soluciones injustas y desviadas de lo que debe ser una recta interpretación del precepto de referencia.

Por todo ello, y sin más circunloquios, procede la estimación del recurso al estimar la Sala que la *ratio decidendi* de la resolución puesta en entredicho no se ajusta al ordenamiento jurídico.

Nacionalidad. Adquisición por residencia: Requisitos de carácter definido y conceptos jurídicos indeterminados. Necesidad de concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso. Buena conducta cívica. Antecedentes penales: Mero indicador cualificado de la conducta de un ciudadano. No pueden ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad. Necesidad de valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto. Detención y causa penal pendiente de resolución: Delito de atentado y falta de lesiones. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **299/2012**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Denegación de la nacionalidad por residencia: ausencia de buena conducta cívica. Causa penal abierta contra el solicitante**

1. En el presente recurso se impugna la Resolución del DGRN, por delegación del Ministro de ramo, de 27-2-2012 denegatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que no ha justificado suficientemente buena conducta cívica con base a una causa penal abierta.

(...).

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.

Como recuerda el TS en su sentencia de 22-11-2001 (Rec. casación núm. 7947/1997) no nos encontramos ante un simple supuesto de limitación en el ejercicio de un derecho, no cabe en modo alguno afirmar que la obtención de la nacionalidad por residencia sea un derecho subjetivo, estamos más ante un acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un estado que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita

un conjunto de derechos y obligaciones otorgamiento en todo caso condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos determinados requisitos, y que, conforme al art. 21 del Código Civil, puede ser denegado por motivos de orden público o interés nacional. Dentro de este marco, el otorgamiento de la nacionalidad española en modo alguno puede ser considerado como un derecho del particular, la sentencia mencionada concluye: *«...al ser la nacionalidad española el sustrato y fundamento necesario para el ejercicio pleno de los derechos políticos es dable exigir al sujeto solicitante, a consecuencia del “plus” que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los «actos favorables al administrado», un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española;*

(...).

Nada tiene que ver, como indica el TS, el concepto jurídico indeterminado, buena conducta cívica, a que se refiere el art. 22-4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes pena-

les 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) (art. 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 5-11-2001 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.

3. En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 30 de abril de 2009, siendo el recurrente nacional de MEJICO.

Su residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud se remonta al 1 de octubre de 2001.

No se han aportado declaraciones de impuestos ni acreditación de participación en actividades culturales, sociales, asistenciales, etc.

No consta hoja de vida laboral aunque en el expediente del Registro Civil se aportó un contrato indefinido a tiempo completo de 1 de diciembre de 2007 y tres nóminas de 2009 (enero, febrero y marzo).

Está casado con nacional mejicana con la que tiene un hijo menor de edad (nacido en 2011).

El expediente refleja que el actor ha sido detenido el 16 de agosto de 2009 detención que dio lugar al PA 5284/2009 del Juzgado de Instrucción n.º 49 de los de Madrid causa pendiente de enjuiciamiento y en la cual se ha abierto juicio oral contra, entre otros, para el recurrente por auto de fecha 18 de julio de 2012 viniendo acusado por el Ministerio Fiscal de un delito de atentado y cinco faltas de lesiones. La existencia de esta causa penal abierta contra la recurrente es asumida en la demanda y ha venido claramente confirmada en su existencia y alcance por la diligencia final acordada.

Por tanto pese a la carencia actual de antecedentes penales no se puede obviar que el recurrente, en su devenir en España se ha visto incurso en un incidente con trascendencia judicial efectiva (presunto atentado a agentes de la autoridad y faltas de lesiones), por hechos muy próximos a la solicitud aun posteriores a la misma y que, además, no consta que a fecha de la presente se haya cerrado de forma favorable para el actor por prosperar la denuncia presentada por él y su esposa contra los agentes policiales y en su caso por verse favorecidos por una sentencia absolutoria firme.

No podemos considerar que existe buena conducta cuando se está inculcado en causa penal pendiente (S. TS 27-10-2010 recurso 5101/2006; 26-9-2011 recurso 2208/2009).

Hay que tener presente que los informes del Encargado y del Ministerio Fiscal no son vinculantes y además se emitieron careciendo de este dato ya que la existencia de la causa penal solo se puso de manifiesto por la actuación posterior a tales informes llevada a cabo por la DGRN.

Nacionalidad. Requisitos para su concesión por residencia. Requisitos de carácter definido y conceptos jurídicos indeterminados. Necesidad de concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso. Integración en la sociedad española: Conocimiento del idioma castellano. La motivación de las resoluciones recurridas no cuenta con el refrendo de los reales elementos de juicio que obran en el expediente administrativo. Estimación de recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **29 de mayo de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **554/2011**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Concesión de la nacionalidad por residencia: suficiente grado de integración en la sociedad española**

La demandante es natural de Marruecos, nace el NUM000 -1975, está casada y es madre de dos hijos, reside legalmente en España desde 1997, figura inscrita en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de San Feliu de Guíxols, no consta que haya desarrollado actividad laboral fuera del seno familiar (ha aportado la historia de vida laboral del marido), su esposo y sus dos hijos han adquirido la nacionalidad española y la recurrente estuvo matriculada durante el curso académico 2007/2008 en un centro de formación de adultos de San Feliu de Guíxols.

La interesada presentó su solicitud de nacionalidad el 1 de abril de 2008, cuya solicitud fue informada favorablemente en un principio por el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro Civil tras la audiencia practicada el 15 de mayo de 2008.

En el acta que se extiende tras la susodicha audiencia de 15 de mayo de 2008 se deja constancia de que la interesada «habla y entiende el castellano» y que «está perfectamente adaptado e integrado en la cultura y estilo de vida españoles», si bien en el informe policial obrante en el expediente de fecha 13 de enero de 2009 se refleja que «habla español con dificultad», por lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado decidió devolver el expediente al Registro al objeto de que se realizara un nuevo examen de integración, cuyo examen se verificó el 16 de junio de 2010 con el resultado siguiente (en lo que ahora más interesa): «Que habla y

entiende el castellano» y «Que no está adaptado ni integrado en la cultura y estilo de vida españoles».

Las resoluciones recurridas atendieron al contenido del acta que recoge aquella segunda audiencia de 16 de junio de 2010 y al calendario informe policial que decía que la interesada hablaba español con dificultad para fundar sus pronunciamientos denegatorios.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias del caso, aduce que la interesada está integrada en la sociedad española y tiene un fuerte arraigo en la misma por tener familiares españoles (su marido y sus dos hijos son españoles) y por sus relaciones sociales y personales establecidas en todos sus años de residencia en España, trae a colación su matrícula en el curso 2007/2008 en un centro de formación de adultos y los dos testigos que depusieron en el expediente afirmando que la hoy recurrente estaba adaptada a la cultura española y que hablaba y entendía el español, subraya el resultado del primer examen de integración y los primeros informes favorables del Ministerio Fiscal y del Encargado del Registro Civil, y alega la primacía del informe del Juez Encargado sobre el informe policial en relación con el particular relativo al conocimiento de la lengua, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

Visto cuanto antecede, es de recordar que esta Sala ha dicho en ocasiones anteriores que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente. Por otra parte, también hemos dicho que el conocimiento de la lengua española forma parte del grado de adaptación a la cultura española, que, a su vez, es un componente del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española que la parte interesada debe justificar, si bien aquel conocimiento idiomático es un dato que debe ser valorado en su justa medida y no puede erigirse por sí solo en un impedimento insalvable si queda acreditado de otro modo el suficiente grado de integración.

La resolución originaria de 28 de septiembre de 2010 se basa en que la interesada no está adaptada ni integrada en la cultura y estilo de vida españoles a tenor del resultado del segundo examen de integración que se le realiza, así como en que habla español con dificultad según resulta del informe policial de 13 de enero de 2009, añadiendo a todo ello la resolución de reposición que la interesada carece también del conocimiento mínimo exigible en relación con el sistema institucional español.

En función de lo que acabamos de consignar es de concluir que la decisión administrativa está suficientemente motivada desde un punto de vista formal, y a tal punto es ello así que la demandante no se ha quejado de una motivación defectuosa y ha articulado su defensa del modo que ha tenido por conveniente con las debidas garantías. Cuestión distinta a la anterior es si la meritada motivación a que hemos aludido responde realmente a los elementos de juicio obrantes en el expediente administrativo, sin que el actual recurso haya sido recibido a prueba al no haberlo interesado la parte actora.

Ya en este punto podemos anticipar que no compartimos ni la decisión administrativa combatida ni su motivación. Así, en relación con el conocimiento del idioma español es de ver que

el informe policial que señala que la interesada habla español con dificultad aparece contradicho por los resultados de los dos exámenes de integración que se realizan, cuyas actas coinciden en que la aquí recurrente «habla y entiende el castellano», sin introducir matiz alguno, de donde es de concluir que la autoridad judicial que realizó el examen consideró que la demandante tenía un nivel de conocimiento de la lengua española suficiente para entablar relaciones sociales de modo útil. Por otra parte, en relación con la adaptación e integración en la cultura y estilo de vida españoles no podemos prescindir de la contradicción entre los resultados que se reflejan en las actas de las dos entrevistas a que se sometió a la actora. La Dirección General de los Registros y del Notariado devolvió el expediente al Registro ante la aparente contradicción que existía en los informes oficiales respecto del conocimiento de la lengua española por la interesada, siendo así que en la segunda entrevista el Encargado del Registro no se limita al parecer a constatar de nuevo el grado de conocimiento del idioma, sino que se introduce también en el campo de la adaptación e integración de la demandante en la cultura y estilo de vida españoles, en cuyo ámbito llega a una conclusión radicalmente diferente a la alcanzada en la primera entrevista de 15 de mayo de 2008, siendo así que este cambio en la estimación de la adaptación e integración social de la interesada no aparece respaldado por razonamiento o motivación alguno, sin que esta Sala pueda tampoco verificar de ningún modo a qué obedece el meritado cambio de opinión del Encargado del Registro sobre la integración social pues no consta en el acta las concretas preguntas que se formularon a la interesada, y lo único que consta a tal efecto en el punto primero del acta carece de relevancia para que podamos formar criterio sobre el particular. Es cierto que la opinión y juicio que emite el Encargado tiene un valor privilegiado por su inmediación según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de forma reiterada, pero no podemos obviar la evidente contradicción en que se incurre en las actas de 15 de mayo de 2008 (primera entrevista) y de 16 de junio de 2010 (segunda entrevista), sin que dispongamos de elemento de juicio alguno para dar mayor crédito a esta última pues no justifica de ninguna manera la conclusión negativa a que llega tras

haberse emitido con anterioridad un juicio positivo en favor de la interesada. En tales condiciones queda enervada la presunción de acierto del segundo informe del Encargado tras la entrevista de 16 de junio de 2010, que por sí mismo carece de la relevancia que le han otorgado las resoluciones impugnadas. En fin, la alusión que en la resolución de reposición se hace a la carencia por parte de la interesada de un conocimiento mínimo de las instituciones españolas está huérfana igualmente de respaldo alguno en el expediente, sin que respecto de ello exista rastro alguno en ninguna de aquellas actas que se extienden tras las dos entrevistas celebradas con la recurrente.

Frente a lo anterior, tenemos que la interesada reside en España desde 1997, está empadronada en San Feliu de Guíxols, entiende y habla el español, toda su familia ha adquirido la nacionalidad española, estuvo matriculada en el curso 2007/2008 en un centro de formación de adultos de su localidad de residencia, alegándose en la demanda que la actora tiene un fuerte arraigo en la sociedad española que deriva no solo de su ámbito familiar (su marido e hijos han adquirido la nacionalidad española, siendo madre de

dos menores escolarizados) sino también de las relaciones sociales que ha establecido en todos sus años de residencia en España, y a tal efecto menciona que regentó junto a su marido un bar restaurante en San Feliu de Guíxols, sin que, no obstante, este último dato aparezca acreditado de forma alguna.

El conjunto de circunstancias y elementos de juicio de que disponemos y que hemos reseñado más arriba nos induce a afirmar que la aparente motivación de las resoluciones recurridas no cuenta con el refrendo de los reales elementos de juicio que obran en el expediente administrativo, siendo así, por el contrario, que la parte actora reúne en su favor una serie de factores positivos que permiten aseverar que la misma está integrada en la sociedad española de modo bastante para colmar el requisito del suficiente grado de integración social que se exige en el Código Civil para adquirir la nacionalidad española por residencia, por lo que, en suma, al ser dicho requisito el que la Administración demandada negaba procede, sin más circunloquios, la estimación del actual recurso y la anulación de los actos recurridos.

Nacionalidad: Adquisición por residencia. Requisitos: Integración en la sociedad española. Resultado de los exámenes. Requisitos de carácter definido y conceptos jurídicos indeterminados. Necesidad de concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso. Desconocimiento básico de nuestro país, de las instituciones y del sistema político. Persona joven con familiar en España. Evolución nula comprobada tras dos exámenes realizados con dos años de diferencia. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **6 de junio de 2013**

Recurso Contencioso-Administrativo: **169/2012**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Denegación de la nacionalidad española por residencia: falta de integración en la sociedad española**

1. En el presente recurso se impugna la resolución del DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de fecha 12 de diciembre de 2011 desestimatoria de la nacionalidad por residencia.

Consta en el expediente que dicha resolución fue recurrida en reposición y que se dictó reso-

lución expresa desestimatoria con fecha 14 de marzo de 2012 y pese a ello no se ha interesado la ampliación del recurso a tal resolución expresa ex art. 36.4 de la LJCA lo que no es obstáculo resolutorio de fondo ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que es carga

del recurrente llevar a cabo la ampliación, significando, sin embargo, que ésta sólo es necesaria cuando el acuerdo dictado expresamente modifique el presumido por silencio (por todas S. TS 21-9-2005 Rec. 5487/2002 y S. TS 16-2-2009 Rec. 1887/2007).

La denegación tiene su base en que la solicitante no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, con base al resultado de los exámenes a los que fue sometida.

(...).

3. En cuanto al motivo de denegación esgrimido en la resolución recurrida, ha de significarse que la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

Pues bien, en este caso, se comprobó por dos veces (12 de marzo de 2009 y 11 de octubre de 2011), en trámite de comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, que la recurrente manifiesta un desconocimiento, al nivel más básico, de nuestro país, de las instituciones y del sistema político pese a que inició su residencia legal en 1998, pese a su edad (nacida en 1969, no podemos hablar de una persona de la tercera edad), y pese a tener una familia establecida en nuestro país con hijos, circunstancias, todas ellas, que hay que presumir que impulsan la implicación en la sociedad en la que se vive.

Hay que tener presente que el que el arraigo familiar y laboral sea una de las circunstancias que contribuyan a la implicación del sujeto con el ámbito geográfico y político en el que pretende integrarse como nacional ello no supone que por el simple hecho de que miembros de su familia sean ya españoles o se desarrolle una regular y regularizada actividad laboral por cuenta propia o ajena se haya alcanzado esa implicación en grado suficiente, que es lo que ocurre en el caso de autos.

Por otro lado, al margen del nivel cultural de partida, el examen al que fue sometida fue de lo más básico, al alcance de cualquiera que se

implique en el país aunque solo sea por las noticias de los medios de comunicación y su resultado fue contundente en el desconocimiento institucional, político, geográfico y cultural ya que no supo contestar a preguntas como la Constitución Española, el nombre del Rey de España, el del Presidente del Gobierno Español, el de la Comunidad donde reside, de políticos españoles, de partidos políticos, a qué edad se adquiere la mayoría de edad y se tiene derecho a votar, cada cuantos años se celebran elecciones, el nombre de una Comunidad Autónoma, los colores de la bandera española, las fiestas más notables a nivel nacional y de la Comunidad donde vive... Hay que tener presente que la recurrente fue examinada por dos veces, con más de dos años de diferencia entre una y otra, y su evolución en el tema era prácticamente nula lo cual no es de extrañar dado lo poco que ha evolucionado en su larga residencia previa.

Este absoluto desconocimiento de las instituciones básicas resulta incompatible con el ejercicio de los derechos políticos que lleva consigo la obtención de la nacionalidad y trasciende de lo que es simplemente el desenvolverse en una vida profesional, económica y familiar en España, extremos estos en los que se centra la demanda para afirmar la integración cuestionada. Conviene recordar, como ha puesto de manifiesto el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, que la adquisición de la nacionalidad le convierte en ciudadano/a español lo cual supone (art. 23 CE) que adquiere el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

El TS ha confirmado la falta de integración por desconocimiento de aspectos esenciales de la sociedad española «A la vista de estas contestaciones del ahora recurrente, no puede calificarse de ilógica o irrazonable sino, al contrario, de lógica y fundada la conclusión sucesivamente alcanzada por la Administración y por la misma Sala de instancia sobre la inadecuada integración del entonces solicitante en la vida social española, no sólo por su aislado círculo de relaciones personales, circunscrito a personas de su

misma nacionalidad, sino también por su palmario desconocimiento de aspectos elementales del funcionamiento de las instituciones públicas españolas; sin que su limitado nivel académico sea excusa suficiente para justificar tal ignorancia, pues las preguntas que se hicieron versaban sobre cuestiones básicas que se encuentran al alcance de cualquier persona adulta con un mínimo de interés por la sociedad en que desarrolla su vida. Mal puede decirse, en definitiva, que el aquí recurrente se encuentra suficiente-

mente integrado en la sociedad española si es él mismo quien reconoce que después de más de trece años residiendo en España sólo se relaciona con personas de su país de origen, y además se ha podido constatar una acusada ignorancia sobre aspectos esenciales de la sociedad española; factores ambos que sólo pueden achacarse a desinterés por su parte sobre la realidad del Estado cuya nacionalidad pretende obtener»; (S. TS de 26 de septiembre de 2011, Recurso Casación 2208/2009).

RÉGIMEN UNIÓN EUROPEA

Asilo: Estatuto del refugiado. Solicitud de un nacional de un país tercero. Procedimiento de tramitación: Tramitación prioritaria de las solicitudes de asilo según el país de procedencia del solicitante. Autonomía procesal de los Estados miembros en materia de organización del tratamiento de las solicitudes de asilo. Régimen de recursos.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **31 de enero de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-175/11**

Ponente: **Sr. Rosas**

Voz: **Procedimiento prioritario o acelerado del examen de solicitudes de asilo: criterio de la nacionalidad o del país de origen del solicitante**

En ambos asuntos principales un nacional nigeriano, que había entrado en territorio irlandés durante 2008, presentó una solicitud de asilo en Irlanda.

En el asunto relativo a la Srta. D., la ORAC desestimó la solicitud de asilo en su informe emitido el 15 de agosto de 2008 en virtud del artículo 13 de la Refugee Act. La tramitación del recurso interpuesto ante el Refugee Appeals Tribunal contra dicha desestimación se aplazó hasta que se pronunciara la sentencia del órgano jurisdiccional remitente en los asuntos principales.

En el asunto relativo al Sr. A., en su informe de 25 de agosto de 2008, la ORAC formuló una recomendación negativa en cuanto a la solicitud de dicho nacional nigeriano, la cual confirmó en alzada el Refugee Appeals Tribunal mediante resolución de 25 de noviembre de 2008.

La Srta. D. y el Sr. A. presentaron sendos recursos ante la High Court a fin de que se anulara la instrucción ministerial de 2003 cuyo objetivo es otorgar prioridad a las solicitudes de asilo presentadas por nacionales nigerianos, así como el informe del Refugee Applications Commissioner de 15 de agosto de 2008 y la resolución del Refugee Appeals Tribunal de 25 de noviembre de 2008, respectivamente.

En sus recursos ante la High Court los recurrentes formularon dos alegaciones principales.

La primera alegación consiste en sostener que la instrucción ministerial de 2003 es ilegal por los siguientes motivos. Consideran que es incompatible con el artículo 23, apartados 3 y 4, de la Directiva 2005/85, que contiene una lista exhaustiva de circunstancias en las que puede seguirse un procedimiento acelerado y que no incluye la posibilidad de dar prioridad al exa-

men de las solicitudes formuladas por un grupo de nacionales en atención a su nacionalidad ni al examen acelerado de éstas. Señalan que, además, va en contra de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. A este respecto, los recurrentes en los procedimientos principales alegaron que existía «una desventaja de orden procesal» en relación con los demás solicitantes de asilo procedentes de países terceros no seguros, por cuanto, según afirman, se dedican a los asuntos prioritarios menos tiempo y menos recursos, lo cual redundaba en el hecho de que se ponga menos atención a la cuestión de si es precisa información adicional o una investigación adicional para el examen de las solicitudes y, por tanto, a su juicio, existen menos posibilidades de que los solicitantes faciliten información complementaria.

Su segunda alegación se deriva de que la posibilidad de promover un recurso ante el Refugee Appeals Tribunal contra el informe de la ORAC no es conforme con la obligación, prevista en el artículo 39 de la Directiva 2005/85, de garantizar el «derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional».

En apoyo de esta alegación los recurrentes sostienen que el Refugee Appeals Tribunal no es un «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE por los motivos siguientes.

Alegan que, en primer lugar, la jurisdicción de dicho organismo no es obligatoria ya que la decisión de la ORAC puede igualmente ser objeto de un control de legalidad mediante un recurso judicial ante la High Court. Afirman, en segundo lugar, que tal jurisdicción no se ejerce sobre una base *inter partes*, toda vez que la ORAC no debe estar representada en el procedimiento de recurso para defender su resolución de instancia. Sostienen, en tercer lugar, que el Refugee Appeals Tribunal no es independiente debido a que se dan vínculos funcionales entre la ORAC y el Minister y a determinadas facultades de éste.

En su sentencia de 9 de febrero de 2011 la High Court desestimó los dos recursos de que conocía y no acogió las pretensiones de los recurrentes.

En lo que atañe a la primera alegación formulada por éstos, la High Court consideró que

los aspectos inherentes a la ordenación del procedimiento de asilo estaban reservados a la apreciación de los Estados miembros, como indica el undécimo considerando de la Directiva 2005/85. Señala que el artículo 23 de ésta es facultativo, no exhaustivo, y que no contiene ninguna limitación expresa en cuanto al tipo de pretensiones que pueden tramitarse con carácter prioritario. Por lo tanto, la High Court consideró que dicho artículo 23 no obligaba a los Estados miembros a dar prioridad a tales asuntos ni tampoco que excluía el otorgamiento de prioridad en otros asuntos.

Por lo que respecta a la alegación derivada de la discriminación basada en la nacionalidad, la High Court declaró que la diferencia de trato era tan sólo de carácter administrativo y que no afectaba a la tramitación de las solicitudes de asilo en cuanto al fondo, ya que, aunque hubieran sido tramitadas con mayor celeridad, las solicitudes se examinaron de conformidad con los principios y garantías aplicables a toda solicitud de asilo, incluidas las exigencias previstas en el capítulo II de la Directiva 2005/85. Consideró que, aunque los recurrentes arguyeran una «desventaja procesal» a causa de un acortamiento de los plazos de examen de su solicitud de asilo, no alegaron ninguna omisión concreta, ilegalidad o violación de dichos principios y garantías en la tramitación de sus solicitudes. Por último, la High Court señaló que la diferencia de carácter organizativo resultante de la instrucción ministerial de 2003 estaba justificada por la gran cantidad de solicitudes presentadas por nacionales nigerianos, que representaron el 39 % de todas las solicitudes en 2003, año durante el cual se adoptó dicha instrucción ministerial.

En lo tocante a la alegación de los recurrentes relativa a la inexistencia de recurso efectivo, la High Court consideró que la ORAC era la «autoridad decisoria» prevista en el artículo 2, letra e), de la Directiva 2005/85, que la recomendación de la ORAC con arreglo al artículo 13 de la Refugee Act era la «resolución en primera instancia» sobre la solicitud de asilo y que el recurso ante el Refugee Appeals Tribunal constituía el recurso efectivo previsto en el artículo 39 de la misma Directiva. Declaró que dicho recurso respeta las normas mínimas exigidas por el refe-

rido artículo 39 por cuanto se configura como un recurso de apelación completo, de hecho y de Derecho, en el cual el Refugee Appeals Tribunal puede reconsiderar las pretensiones formuladas, oír nuevos testimonios y adoptar medidas de investigación adicionales.

La High Court observó igualmente que la Ley obliga al Refugee Appeals Tribunal a ser independiente y que las disposiciones que regulan su creación, su funcionamiento y su organización, así como el nombramiento y la retribución de sus miembros no son sustancialmente distintas de las de otros tribunales legalmente establecidos que cumplen una función similar e infirió de ello que constituye un «órgano jurisdiccional».

Se pretende que la High Court se pronuncie sobre una petición formulada por los recurrentes en el procedimiento principal, cuyo objeto es obtener la autorización para interponer un recurso contra su sentencia de 9 de febrero de 2011 ante la Supreme Court. En efecto, sólo puede promoverse tal recurso si la High Court lo autoriza y certifica que su resolución contiene una cuestión de Derecho que presenta un interés general excepcional y que, debido al interés general, es conveniente que se interponga un recurso («certificate of leave to appeal»).

En estas circunstancias, la High Court acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones judiciales siguientes:

«1) ¿Se oponen las disposiciones de la [Directiva 2005/85] o los principios generales del Derecho de la Unión [...] a que un Estado miembro adopte medidas administrativas por las que se establezca que las solicitudes de asilo de un tipo particular, definido sobre la base de la nacionalidad o del país de origen de los solicitantes de asilo, sean examinadas y resueltas mediante un procedimiento acelerado o prioritario?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 39 de la [Directiva 2005/85], en relación con el vicesimoséptimo considerando de ésta y el artículo 267 TFUE, en el sentido de que el recurso efectivo a que se refieren las citadas normas se prevé en el Derecho nacional cuando la función de

apelación o revisión con respecto a la resolución de instancia de las solicitudes de asilo se asigne por ley a un recurso ante el tribunal establecido legalmente, con competencia para dictar resoluciones vinculantes a favor de los solicitantes de asilo sobre todas las cuestiones de Derecho y de hecho pertinentes respecto a la solicitud de asilo pese a la existencia de disposiciones administrativas u organizativas que impliquen una o todas las características siguientes:

— que un Ministro del Gobierno conserve una facultad discrecional residual para revocar una decisión negativa adoptada con respecto a una solicitud de asilo;

— la existencia de vínculos organizativos o administrativos entre los órganos competentes respecto a la resolución de instancia y los competentes para pronunciarse en alzada;

— el hecho de que los miembros del tribunal que dictan las resoluciones sean designados por el Ministro y que desempeñen su cargo a tiempo parcial por un período de tres años y sean remunerados puntualmente;

— que el Minister conserve la facultad de dar instrucciones como las previstas en los artículos 12, 16, [apartado 2B, letra b)], y 16, apartado 11, de la [Refugee Act]?»

(...).

1) El artículo 23, apartados 3 y 4, de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, respetando los principios de base y las garantías fundamentales previstos en el capítulo II de la misma Directiva, un Estado miembro someta a un procedimiento prioritario o acelerado el examen de solicitudes de asilo pertenecientes a determinados tipos definidos sobre la base del criterio de la nacionalidad o del país de origen del solicitante.

2) El artículo 39 de la Directiva 2005/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el procedimiento principal, que permite a un solicitante de asilo ya sea promo-

ver un recurso contra la resolución de la autoridad decisoria ante un órgano jurisdiccional como el Refugee Appeals Tribunal (Irlanda), y recurrir la resolución de éste ante un órgano jurisdiccional superior jerárquico, como la

High Court (Irlanda), ya sea impugnar la validez de la decisión de esa misma autoridad ante la High Court, cuyas sentencias pueden ser objeto de un recurso de casación ante la Supreme Court (Irlanda).

Libre circulación de trabajadores: Principio de igualdad de trato. Ayudas de manutención para los estudios consistentes en becas o préstamos. Ciudadano de la Unión que estudia en un Estado miembro de acogida.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **21 de febrero de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-46/12**

Ponente: **Sr. Caoimh**

Voz: **Ayudas de manutención para los estudios: ciudadano de la Unión que cursa estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolla en él una actividad por cuenta ajena**

El Sr. N., ciudadano de la Unión cuya nacionalidad no ha precisado el órgano jurisdiccional remitente, entró en Dinamarca el 6 de junio de 2009.

El 10 de junio de 2009 se propuso al Sr. N. un trabajo a tiempo completo en una sociedad de comercio al por mayor.

El 29 de junio de 2009 la Administración pública regional expidió a su favor un certificado de registro como trabajador por cuenta ajena, en virtud del artículo 3 del Bekendtgørelse nr 474.

De los autos se desprende que el Sr. N. había solicitado que se le admitiera en la Copenhagen Business School (en lo sucesivo, «CBS») antes del 15 de marzo de 2009, fecha límite para formalizar la matrícula y, por lo tanto, antes de entrar en el territorio danés.

El 10 de agosto de 2009, el Sr. N. solicitó una ayuda a la formación a partir de septiembre de 2009.

El 10 de septiembre de 2009 el Sr. N. inició sus estudios en la CBS. Por lo tanto, el Sr. N. renunció a su empleo en la sociedad de comercio al por mayor, pero posteriormente desarrolló otra actividad por cuenta ajena a tiempo parcial.

El 27 de octubre de 2009 la VUS informó al Sr. N. de que había denegado su solicitud de ayuda a la formación.

El 30 de octubre de 2009 el Sr. N. interpuso ante el Ankenævnet for Statens Uddannelsess-tøtte un recurso contra dicha decisión, alegando su condición de «trabajador» en el sentido del artículo 45 TFUE y su derecho a una ayuda a la formación.

El 7 de diciembre de 2009 la VUS solicitó a la Administración pública regional que le comunicara si el Sr. N. cumplía los requisitos para ser considerado trabajador en el sentido del artículo 45 TFUE. En primer lugar, mediante escrito de 11 de diciembre de 2009, dicha administración señaló que debía considerarse al Sr. N. «trabajador» por el período comprendido entre el 29 de junio de 2009 y el 10 de septiembre de 2009. Posteriormente, mediante escrito de 12 de abril de 2010, modificó la base del certificado de residencia del Sr. N., que pasó del estatuto de trabajador al de estudiante, debido a que el interesado había entrado en Dinamarca con el fin principal de seguir una formación en dicho Estado.

Mediante escrito de 28 de septiembre de 2010 la VUS remitió el asunto al órgano juris-

dicional remitente. En dicho escrito, señalaba que, a fin de apreciar el asunto a la luz de los elementos probatorios, debía tenerse en cuenta que el Sr. N. había entrado en Dinamarca con la finalidad de seguir una formación, ya que había solicitado su admisión en la CBS antes de su llegada a dicho Estado miembro y que había iniciado sus estudios poco tiempo después de ésta. Por consiguiente, según la VUS, en el Sr. N. no podían concurrir los requisitos para ser considerado trabajador.

El 31 de agosto de 2011 el órgano jurisdiccional remitente se puso en contacto con la VUS y le solicitó que indicara si se aplicaba al Sr. N. el concepto de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión. Dicho órgano jurisdiccional instó al mismo tiempo a la VUS a que se dirigiera a la Administración pública regional para precisar estas mismas circunstancias. La VUS puntualizó que, a su juicio, no había razones para cuestionar la decisión anterior de la Administración pública regional relativa a la base para la residencia del Sr. N.

El órgano jurisdiccional remitente estima que los artículos 7, apartado 1, letra c), y 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 deben interpretarse en el sentido de que la persona a la que se considera estudiante no tiene derecho a beca alguna ni siquiera si igualmente se la puede calificar de «trabajador». Da importancia al hecho de que el artículo 7, apartado 1, letra c), de dicha Directiva defina un estudiante como aquella persona que esté matriculada en un centro público o privado, «con la finalidad principal de cursar estudios».

En estas circunstancias, el Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte decidió suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/38 [...], en relación con el artículo 24, apartado 2, de dicha Directiva, en el sentido de que, cuando un Estado miembro aprecia si una persona debe considerarse trabajador con derecho a una ayuda de

manutención por estudios, ese Estado (el Estado miembro de acogida) puede tener en cuenta la circunstancia de que esa persona entró en su territorio principalmente para seguir en él una formación con el efecto de que el Estado miembro de acogida no esté obligado a pagarle la ayuda sobre la base del artículo 24, apartado 2, antes citado?»

(...).

Los artículos 7, apartado 1, letra c), y 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, deben interpretarse en el sentido de que no puede denegarse a un ciudadano de la Unión que curse estudios en un Estado miembro de acogida y que simultáneamente desarrolle en él una actividad por cuenta ajena real y efectiva apta para conferirle la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 TFUE las ayudas de manutención por estudios que se conceden a los nacionales de ese Estado miembro. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente realizar las verificaciones de hecho necesarias para apreciar si las actividades por cuenta ajena del demandante en el procedimiento principal bastan para conferirle dicha condición. La circunstancia de que el interesado entrara en el territorio del Estado miembro de acogida con la intención principal de cursar en él sus estudios no resulta pertinente para determinar si está revestido de la condición de «trabajador» a efectos del artículo 45 TFUE y, por lo tanto, si tiene derecho a las referidas ayudas en las mismas condiciones que un nacional del Estado miembro de acogida de conformidad con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

Seguridad social de los trabajadores migrantes: Aplicación de una normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula en virtud de la cual una pensión de viudedad percibida en ese Estado miembro queda reducida como consecuencia del aumento de una pensión de vejez percibida en virtud de la legislación de otro Estado miembro.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **7 de marzo de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-127/11**

Ponente: **Sr. Kasil**

Voz: **Disminución de la pensión de viudedad por el aumento de una pensión de vejez percibida en otro Estado miembro**

La Sra. Van den Booren, nacida el 18 de agosto de 1920, reside en Maastricht (Países Bajos). Su esposo, el Sr. Bartels, fallecido el 1 de marzo de 1982, trabajó como minero en Bélgica, concretamente entre 1951 y 1961.

Mediante resolución administrativa de 11 de julio de 1986, la ONP reconoció a la Sra. van den Booren una pensión belga de viudedad por un importe bruto anual de 1.879,03 euros (índice 319,78), con efectos retroactivos desde el 1 de agosto de 1985. A partir de esa misma fecha, la recurrente percibió una pensión neerlandesa de vejez en virtud de la Algemene Ouderdomswet (ley sobre el seguro general de vejez; en lo sucesivo, «AOW»), por importe de 827,13 euros al mes.

Mediante resolución de 20 de mayo de 2003, la pensión neerlandesa de vejez de la Sra. van den Booren fue incrementada hasta un importe de 869,24 euros al mes (es decir, 10.430,88 euros anuales), con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2002.

Este incremento era consecuencia del hecho de que, a finales de 2002, el legislador neerlandés había colmado el vacío jurídico que afectaba a aquellas mujeres casadas residentes en los Países Bajos cuyo cónyuge no había estado asegurado en la AOW por haber ejercido una actividad profesional en el extranjero en el período comprendido entre el 1 de enero de 1957 y el 1 de enero de 1980.

El 23 de enero de 2004, el Bureau voor Belgische Zaken (Oficina de asuntos belgas) remitió una copia de la resolución de 20 de mayo de 2003 a la ONP.

Mediante carta certificada de 12 de agosto de 2004, la ONP informó a la Sra. van den Booren de que se revisaba la resolución de 11 de julio de 1986, en el sentido de que, como consecuencia del incremento de su pensión neerlandesa de vejez con efectos desde el 1 de enero de 2002, su pensión belga de viudedad, cuyo importe bruto en la misma fecha era de 2.845,49 euros, quedaba reducida a un importe bruto de 1.866,18 euros (índice 107,30) anuales. En la misma comunicación, la ONP requería a la Sra. van den Booren para que devolviera las prestaciones indebidamente abonadas entre el 1 de marzo y el 31 de julio de 2004, a saber, la cantidad total de 506,45 euros.

La Sra. van den Booren presentó una demanda contra la resolución de revisión de su pensión de viudedad y de devolución de las cantidades indebidamente abonadas ante el arbeidsrechtbank te Tongeren (Tribunal de lo Social de Tongres), el cual, mediante sentencia de 21 de octubre de 2009, la desestimó. En lo que se refiere, más concretamente, al motivo invocado por la Sra. van den Booren basado en el artículo 46 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, dicho Tribunal consideró que no se había infringido ese artículo. A su juicio, dado que la pensión neerlandesa de vejez debe ser considerada como una ventaja que hace las veces de pensión de jubilación, procede, de conformidad con el artículo 46 *bis*, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, reducir la pensión belga de viudedad (véase la sentencia de 7 de marzo de 2002, Inalaca, C-107/00, Rec. p. I-2403).

Por otra parte, el arbeidsrechtbank te Tongeren consideró que tampoco había habido vulne-

ración de la libertad fundamental de circulación de los trabajadores. A su juicio, las sentencias invocadas a este respecto por la Sra. van den Booren (sentencias de 5 de octubre de 1994, van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321) se referían a situaciones diferentes. Según dicho Tribunal, el artículo 52, apartado 1, del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 se aplica indistintamente tanto a los nacionales belgas que han residido siempre en Bélgica como a los trabajadores migrantes, y la aplicación de la regla que se contiene en el mencionado artículo 52 no entraña ninguna disminución de los recursos totales de la Sra. van den Booren.

El 27 de noviembre de 2009, la Sra. van den Booren interpuso recurso de apelación contra la mencionada sentencia ante el *arbeidshof* te Antwerpen, alegando que la aplicación del artículo 52, apartado 1, del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 vulnera el artículo 46 *bis* del Reglamento n.º 1408/71 y constituye un obstáculo al derecho a la libre circulación de las personas establecido en los artículos 39 CE a 42 CE. La Sra. Van den Booren se remite a este respecto a las sentencias van Munster y Engelbrecht, antes citadas, según las cuales corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión y abstenerse de aplicarla en la medida en que tal aplicación conduzca, en combinación con la legislación de otro Estado miembro, a un resultado contrario a dichas exigencias.

En estas circunstancias, el *arbeidshof* te Antwerpen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es compatible con el Derecho [de la Unión], en particular con el artículo 46 *bis* del Reglamento (CEE) n.º 1408/ [...], el artículo 52, apartado 1, del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 [...], en virtud del cual se reduce el importe de una pensión de viudedad como consecuencia del aumento de la pensión de vejez que se percibe con arreglo a la [AOW] con motivo de la implementación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en virtud de la Ley (neerlandesa) de 28 de marzo de 1985?

2) ¿Es compatible con el Derecho [de la Unión], en particular con los artículos [4 TUE, apartado 3, y 45 a 42 TFUE], el artículo 52, apartado 1, del Real Decreto de 21 de diciembre de 1967 [...], en caso de que esta disposición se interprete en el sentido de que la pensión de vejez que se percibe con arreglo a la [AOW] debe entenderse incluida dentro de las pensiones de jubilación contempladas en dicha disposición o de las ventajas que tienen la condición de tales, y en caso de resultar incompatible, debe entonces no aplicarse el artículo 52, apartado 1, del Real Decreto belga?»

(...).

El artículo 46 *bis* del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, según su modificación por el Reglamento (CE) n.º 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de una normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula en virtud de la cual una pensión de viudedad percibida en ese Estado miembro queda reducida como consecuencia del aumento de una pensión de vejez percibida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, siempre que se respeten, en particular, los requisitos contenidos en el apartado 3, letra d), de dicho artículo 46 *bis*.

El artículo 45 TFUE debe interpretarse en el sentido de que tampoco se opone a la aplicación de tal normativa nacional, siempre que no conduzca, en lo que respecta al interesado, a una situación desfavorable en relación con la de otra persona cuya situación no presente ningún elemento transfronterizo y que, en caso de constatarse tal desventaja, esté justificada por consideraciones objetivas y sea proporcionada a la finalidad legítimamente perseguida por el Derecho nacional, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

Asilo y residencia en la Unión: Libertad de circulación y reagrupación familiar. Menor kosovar tutelado por ciudadano luxemburgués. Solicitud de tarjeta de residencia de los progenitores tras la obtención de la nacionalidad de su hijo. Libre circulación de personas. No se puede considerar que los padres del ciudadano de la UE este «a cargo» de éste. Denegación de la residencia.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **8 de mayo de 2013**

Cuestión Prejudicial: **C-87/12**

Ponente: **Sr. Lapuerta**

Voz: **Libre circulación y reagrupación familiar: tarjeta de residencia. Menor tutelado**

Los demandantes en el litigio principal son originarios de Kosovo. En 1999, el Sr. Kreshnik Y. llegó a Luxemburgo con 15 años para vivir en casa de su tío, de nacionalidad luxemburguesa, que se convirtió en su tutor legal. Si bien la solicitud de asilo presentada por el Sr. Kreshnik Y. fue denegada por las autoridades luxemburguesas, su situación fue regularizada en 2001 y, posteriormente, cursó estudios y encontró un empleo legal.

Entre 2006 y 2008, llegaron sucesivamente a Luxemburgo el Sr. y la Sra. Y. y los dos hermanos del Sr. Kreshnik Y. Todos ellos eran mayores de edad en el momento de su llegada, salvo el Sr. L. Y., al que quedaban tres semanas para alcanzar la mayoría de edad. El mismo día de su llegada, presentaron una solicitud de protección internacional con arreglo a la loi relative au droit d'asile et à des formes complémentaires de protection (Ley sobre el derecho de asilo y las formas complementarias de protección).

A raíz de la denegación de sus solicitudes de protección internacional por las autoridades luxemburguesas, el Sr. y la Sra. Y. y los dos hermanos del Sr. Kreshnik Y. presentaron el 8 de mayo de 2008 una solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar con este último. Esta solicitud fue denegada implícitamente el 9 de agosto de 2008 y la negativa fue confirmada mediante sentencia del tribunal administratif de 9 de marzo de 2010, que no fue objeto de recurso de apelación.

Entre tanto, el 16 de marzo de 2009, el Sr. Kreshnik Y. adquirió la nacionalidad luxemburguesa. El 14 de agosto de ese mismo año, el Sr. y la Sra. Y. presentaron ante el Ministro una solici-

tud para la obtención de una tarjeta de residencia en su condición de miembros de la familia de un ciudadano de la Unión.

El 17 de mayo de 2010, el Sr. y la Sra. Y. renovaron ante el Ministro su solicitud de 14 de agosto de 2009 y solicitaron igualmente un permiso de residencia, o, subsidiariamente, una autorización de residencia, para los dos hermanos del Sr. Kreshnik Y.

El Ministro denegó dichas solicitudes mediante tres resoluciones de 12 de julio de 2010. El tribunal administratif desestimó igualmente el recurso interpuesto contra estas resoluciones mediante sentencia de 6 de julio de 2011.

Con arreglo a dicha sentencia, si bien el Sr. Kreshnik Y. contribuía económicamente a los gastos de la familia que había permanecido en Kosovo, no podía considerarse que sus padres estuvieran a su «carga», en el sentido de la loi sur la libre circulation. En cuanto a sus dos hermanos, habida cuenta de que el Sr. Kreshnik Y. había abandonado Kosovo en 1999, tampoco podía considerarse que formasen «parte del hogar», en el sentido de esta ley, a pesar del apoyo económico prestado durante el período comprendido entre el 19 de marzo de 2006 y el 20 de febrero de 2007.

El tribunal administratif desestimó igualmente por infundada la alegación basada en la infracción del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, por considerar que la negativa a conceder un permiso de residencia a los padres y a los dos hermanos del Sr. Kreshnik Y. no les impediría continuar su vida familiar con

éste tal como había existido después de la salida del Sr. Kreshnik Y. de Kosovo y antes de la llegada de sus familiares a Luxemburgo.

Los demandantes en el litigio principal recurrieron en apelación la sentencia del tribunal administrativo ante el órgano jurisdiccional remitente. Las decisiones de expulsión del Ministro han quedado en suspenso hasta que se dicte sentencia sobre el fondo del litigio principal, salvo en el caso del Sr. L. Y., en que fue ejecutada antes de la suspensión.

La Cour administrative observa que si bien la loi sur la libre circulation tiene como finalidad transponer las Directivas 2003/86 y 2004/38, no parece que éstas sean aplicables al Sr. Kreshnik Y.

Así pues, el órgano jurisdiccional remitente considera que se ha de resolver la cuestión de si el artículo 20 TFUE y, eventualmente, algunas disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), permiten la concesión a los miembros de la familia del Sr. Kreshnik Y. de un derecho a la reagrupación familiar en Luxemburgo.

En estas circunstancias, la Cour administrative decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿En qué medida la condición de ciudadano de la Unión y el correspondiente dere-

cho de residencia en el país del que tiene la nacionalidad, tal como se prevé en el artículo 20 TFUE, junto con los derechos, garantías y obligaciones previstos en la Carta [...], en particular en los artículos 20, 21, 24, 33 y 34, conceden un derecho de reagrupación familiar a favor del reagrupante, ciudadano de la Unión [...], que pretende reagrupar en torno a sí en su país de residencia, del que tiene la nacionalidad, a su padre, su madre y dos de sus hermanos, todos ellos nacionales de un país tercero, en el supuesto de que el reagrupante no haya ejercido el derecho de circulación y no resida en un Estado miembro distinto de aquel del que es nacional?»

(...).

El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país la residencia en su territorio, siendo así que ese nacional pretende residir con un miembro de su familia que es ciudadano de la Unión Europea residente en ese Estado miembro del que es nacional y no ha ejercido nunca su derecho de libre circulación en su condición de ciudadano de la Unión, siempre que esa denegación no implique privar al ciudadano de la Unión interesado del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por el estatuto de ciudadano de la Unión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Extranjeros: Recurso inconstitucionalidad. Medidas de seguridad: Prohibición de entrada durante tres años impuesta a los que contravengan una prohibición de entrada anterior. Acceso al padrón municipal por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Se declara la inconstitucionalidad del inciso «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años», contenido en el artículo 58.6 de la Ley de Extranjería en la redacción de 2003 (hoy artículo 58.7). Se interpretan los artículos 62.quinquies.1, la disposición adicional quinta de la Ley de Extranjería y la disposición adicional séptima de la Ley de Bases de Régimen Local.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Constitucional**

Fecha: **31 de enero de 2013**

Recurso de Inconstitucionalidad: **1024/2004**

Ponente: **D. Ramón Rodríguez Arribas**

Voz: **Inconstitucionalidad del inciso del artículo 58.6 de la Ley de Extranjería en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003**

1. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 20 de febrero de 2004, el Letrado del Parlamento Vasco, en la representación que legalmente ostenta, promueve recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40; y 3, apartados 3 y 5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

La impugnación se fundamenta en los motivos de los que seguidamente, de forma sucinta, se deja constancia:

El recurrente comienza su alegato desarrollando los fundamentos de orden procesal, en los que afirma la legitimidad del Parlamento Vasco para interponer el presente recurso para, tras ello, comenzar las alegaciones de carácter sustantivo exponiendo la reforma realizada vulnera principios constitucionales relativos a cuatro órdenes de cuestiones todas ellas relacionadas con los derechos de los extranjeros en España.

a) El primero de ellos sería el relativo al derecho a la autodeterminación informativa, recogido en el art. 18.4 CE, entendido como el derecho a disponer de los propios datos, derecho que ha sido desarrollado por una constante doctrina de este Tribunal Constitucional, el cual ha definido el contenido esencial de este derecho autónomo, en especial en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, de forma más amplia que el derecho a la intimidad ya que se extiende a todos los datos, íntimos o no, que permitan la identificación de la persona y tengan incidencia en el ejercicio de cualquier derecho. En particular, su contenido esencial consistirá en la necesidad de

acordar y consentir las operaciones a las que los datos personales puedan someterse, contenido esencial que no puede ser limitado so pena de hacer irreconocible el derecho. En cuanto a las limitaciones a su ejercicio, señala el escrito de interposición del recurso que, de acuerdo con los criterios derivados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para que este derecho pueda ser limitado resulta necesario que existan un objetivo legítimo para tal limitación y una previsión legal específica para ello, así como que las medidas resulten necesarias y proporcionadas al objetivo perseguido. En el mismo sentido, el art. 53.1 CE señala que la ley deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial de los derechos fundamentales cuyas limitaciones en su ejercicio han de estar justificadas en la protección de otro derecho o bien constitucional y además han de ser proporcionadas al fin perseguido por ellas pues, en otro caso, incurrirían en la arbitrariedad prevista en el art. 9.3 CE.

Las infracciones a este derecho fundamental afectan, en primer lugar, a la obligación exigida a los transportistas de comunicar a las autoridades españolas ciertos datos personales de los extranjeros que vayan a ser trasladados al territorio español (art. 1 apartado 35). A esta medida se le achaca tanto su deslegalización, ya que la determinación concreta de los casos en los que cabe limitar el derecho queda al albur de la autoridad gubernativa, como su falta de necesidad, por cuanto resultan desproporcionadas con el objetivo de combatir la inmigración ilegal y no pueden justificarse en genéricas apelaciones a la seguridad pública. A la referida obligación también se le imputa la vulneración del art. 24.2 CE, en cuanto vulnerador del derecho a declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable de un ilícito administrativo que lleva aparejado, como sanción, la expulsión del territorio nacional. Las consideraciones anteriores, relativas a la generalidad, inconcreción e inseguridad de los límites relativos al ejercicio del derecho, también se predicen del régimen de cesión de datos entre administraciones públicas (art. 1 apartado 40) y

del derecho de acceso de otras Administraciones Públicas y, en particular, de la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros (art. 3 apartados 3 y 5), obligaciones que representan una limitación del contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa que no responde a un objetivo preciso ni resulta necesaria en una sociedad democrática, por cuanto mantiene un amplio espacio de incertidumbre en la determinación de los supuestos en los que no es necesario el previo consentimiento del afectado para la cesión de los datos contenidos en el Padrón, ni tampoco se respeta la finalidad con la que los mismos fueron recogidos. Asimismo, se argumenta que estas medidas suponen una discriminación indirecta, por cuanto con esta regulación del acceso a los datos del Padrón se introduce un obstáculo indirecto para que los extranjeros indocumentados tengan acceso a determinados derechos, en particular la asistencia sanitaria, para cuyo ejercicio resulta necesaria la previa inscripción padronal, la cual queda dificultada con la normativa impugnada.

b) El segundo orden de cuestiones planteadas se refiere a las garantías jurídicas en los procedimientos administrativos. En relación con ello la representación procesal del Parlamento Vasco afirma que el art. 149.1.18 CE no sólo es una norma atributiva de competencia sino también una norma que consagra un nivel mínimo de garantías que en todo caso debe ser preservado a los administrados. Los apartados 38 y 39 del artículo 1 de la Ley Orgánica 14/2003 introducen en los procedimientos administrativos en materia de extranjería ciertas especialidades que infringen, por la falta de fundamento y proporcionalidad en las medidas restrictivas que implantan en relación con el procedimiento administrativo común, garantías de relevancia constitucional. En particular, la exigencia de comparecencia personal ante órganos específicamente determinados de la administración para la presentación de las solicitudes relativas a autorizaciones de residencia o trabajo cuando el sujeto se encuentre en territorio español se considera, por los términos absolutos en los que se ha establecido, innecesaria y desproporcionada para la consecución de los objetivos que la Ley Orgánica 14/2003 dice pretender. En tal sentido, impli-

ca una discriminación de los extranjeros en relación con el procedimiento administrativo común de aplicación a los españoles carente de justificación. Estas circunstancias provocan la vulneración de los artículos 149.1.18 así como del 9.3 CE, por cuanto se trata de una actuación discriminatoria, carente de una finalidad que la justifique y, por tanto, arbitraria. Lo mismo se alega en relación con la introducción de un elenco de casos y situaciones en los que la autoridad competente en materia de extranjería puede rechazar *a limine* la pretensión sin necesidad de motivar su decisión más allá de la constatación de que se da alguno de los supuestos contemplados en la norma. En concreto, la demanda cuestiona las causas de inadmisión contempladas en los apartados 1 (insuficiente acreditación de la representación), 4 (constancia de procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión), 7 (situación irregular del solicitante) y 8 (falta de presentación personal de la solicitud). Las cuatro citadas se consideran vulneradoras del art. 149.1.18 CE, por no respetar las necesarias garantías del procedimiento administrativo, así como del art. 9.3 CE por su desproporción. Por otra parte, y en la medida en que la inadmisión de plano de una solicitud restringe gravemente las posibilidades de revisión jurisdiccional de la actuación administrativa, se infringe el art. 106 CE así como el derecho a la tutela judicial efectiva. Por último el inciso cuestionado del apartado 4 lesionaría el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

c) En tercer lugar se cuestiona la nueva regulación de la devolución la cual, entrañando unas consecuencias similares a la expulsión (prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años), no se concibe como una medida de sanción aún a pesar de llevar aparejadas las mismas consecuencias que la expulsión, por lo que su adopción no requiere de la incoación de un expediente administrativo sancionador, privándose así al interesado del trámite de audiencia (art. 1 apartados 31 y 34) y representando, por lo tanto, una vulneración de los artículos 105 y 24 CE. Igualmente se afirma la inconstitucionalidad del nuevo art. 64.3 LOEx en cuanto el mismo permite ejecutar la orden de expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea.

d) En último lugar, se controvierte la introducción de nuevas medidas de vigilancia y seguridad interior en los centros de internamiento de extranjeros. En particular, la habilitación a la autoridad del centro para llevar a cabo inspecciones y registros se considera contraria al derecho a la intimidad personal del art. 18 CE, mientras que la misma habilitación para utilizar medidas de contención física personal o separación preventiva (medidas de aislamiento) en determinadas ocasiones, (art. 1 apartado 32) que se regulan de forma imprecisa y sin previsión de régimen alguno de recursos o quejas resultaría contraria al derecho fundamental a la libertad y seguridad del art. 17 así como al art. 24 CE. Asimismo se reputan vulnerados los arts. 9.3 CE, puesto que la imprecisa regulación de la figura del aislamiento quiebra los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad y 105 CE, en cuanto que, siendo este procedimiento de carácter claramente sancionador, no se ha previsto audiencia al interesado.

Concluye el escrito de demanda solicitando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites legales oportunos, dicte Sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40; y 3, apartados 3 y 5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

2. Mediante providencia de 13 de abril de 2004, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el presente recurso de inconstitucionalidad; dar traslado de la demanda y de los documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones que estimasen pertinentes y, finalmente, publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado». Dicha publicación se llevó a efecto en el Boletín Oficial del Estado núm. 102, de 27 de abril de 2004.

3. Mediante escrito presentado el 28 de abril de 2004, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara, en su reunión del día 27 de abril, había acordado dar por personada a la Cámara en este procedimiento y por ofre-

cida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El 28 de abril de 2004, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, compareció en el proceso y solicitó una prórroga del plazo para alegaciones por ocho días más, la cual le fue concedida por providencia de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional de 29 de abril de 2004.

5. Por escrito registrado el 30 de abril de 2004, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado, en la reunión celebrada el 27 de abril, no personarse ni formular alegaciones en el presente proceso constitucional, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar.

6. El Abogado del Estado cumplimentó el trámite conferido mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 21 de mayo de 2004, en el que suplica que, previos los trámites legales, se dicte Sentencia por la que se desestime el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 14/2003.

a) El escrito se inicia con una serie de consideraciones previas, siendo la primera de ellas que el derecho fundamental a la intimidad no es un derecho absoluto de modo que a través de una Ley Orgánica y otras normas de rango inferior se determina su exacto alcance y eficacia. De esta forma, los elementos esenciales del derecho fundamental, como son la información que ha de suministrarse, las personas afectadas o el destino que ha de darse a la misma, deben ser establecidos mediante Ley Orgánica, en tanto que los aspectos secundarios o auxiliares de la regulación no están sometidos a reserva legal, de modo que, por razones de una gestión eficaz y razonable, pueden quedar establecidos por normas o decisiones infralegales. En segundo lugar, señala el Abogado del Estado que la cesión de información entre Administraciones Públicas para su uso en distintos campos de la actividad administrativa puede establecerse sin vulnerar la Constitución, tal y como se afirmó en la STC 292/2000. En el caso de los preceptos legales objeto del presente recurso, esta cuestión se resuelve mediante la remisión que, en todos los casos, se hace a la legislación sobre protección

de datos, de suerte que queda establecido que, al recibir las Administraciones datos que se han conseguido para otros fines, procede informar al afectado de ese uso en las condiciones establecidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.

A continuación, el Abogado del Estado señala, remitiéndose a lo alegado en los recursos planteados contra la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, que la parte recurrente ha olvidado tener en cuenta la virtualidad del ordenamiento jurídico al configurar la situación jurídica de los extranjeros cuando se encuentran en territorio español. La impugnación formulada habría atendido escasamente, a su juicio, al presupuesto general de aplicación de la legislación española (el derecho de permanencia en el territorio español), abordando los derechos fundamentales como derechos extraterritoriales con vigencia universal independientemente de cualquier conexión territorial. De este modo, se habría olvidado que el derecho a residir y el derecho a circular dentro de las fronteras del Estado no son derechos imprescindibles para la dignidad humana, y por tanto, no pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano.

Los preceptos impugnados no niegan a los extranjeros el disfrute de las libertades públicas que corresponden a los españoles sino que condicionan su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia o residencia en España. Ello no implica que el ejercicio de estos derechos supuestamente preexistentes se vea supeditado a una ocasional autorización administrativa, sino que la autorización tiene un significado constitutivo de un derecho de configuración legal, que nace con la propia autorización, dado que ningún extranjero tiene un derecho propio a residir o circular en España. En el presente recurso no se ha impugnado ninguno de los preceptos de la Ley que condicionan la estancia o residencia en España al cumplimiento de los requisitos legales (art. 25), ni se ha cuestionado el reverso de estas normas, es decir, la irregularidad o ilicitud de las situaciones que por falta de autorización determinan el deber de abandonar el territorio. Y si el presupuesto del ejercicio de los derechos fundamentales es la estancia o residencia en España,

resulta difícil reconocer estos derechos en quienes no deben estar en territorio español.

Las disposiciones controvertidas vienen a expresar una incompatibilidad material entre la situación legal de los extranjeros no autorizados a estar o residir y el presupuesto práctico de estos derechos, que es la residencia en España. El legislador, haciendo uso de las facultades de configuración legal (art. 13.1 CE) habría optado por una alternativa plenamente ajustada a la Constitución: definir los términos en que los extranjeros pueden ejercitar determinados derechos fundamentales, excluyendo a quienes con su presencia en España empiezan por vulnerar la propia ley española. No resulta, pues, consecuente admitir como legítima la expulsión del territorio y, al mismo tiempo, combatir una restricción de derechos cuyo ejercicio y efectividad sólo es concebible en una situación normal y regular de residencia en España.

El apartado de consideraciones previas se cierra señalando que el Tribunal Constitucional ha de utilizar, como parámetro de sus decisiones, los preceptos de la Constitución, sin que esté vinculado por las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien en este caso se cumple con la doctrina del Tribunal Europeo, pues la decisión está prevista en una Ley Orgánica que persigue asegurar que el ordenamiento jurídico del Estado se aplica también a los extranjeros, al objeto de asegurar que se encuentren en una situación regular y es proporcional para el ejercicio de derechos fundamentales.

b) Entrando en el examen de los concretos preceptos impugnados el Abogado del Estado argumenta, por lo que hace al nuevo art. 66 LOEx, que el precepto recurrido, en contra de los que se afirma en la demanda, no atribuye a las autoridades españolas la facultad de decidir si se solicita a los extranjeros que quieren entrar en España determinada información, pues tal exigencia ya está establecida en el ordenamiento jurídico. Lo que supone el precepto es que esa información sea anticipada por el transportista cuando la intensidad de los flujos migratorios lo haga necesario a los efectos de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública. Se trata de un cuestión accesoria como es el momento de requerir la información, sin que con

ello se vulnere el derecho a la intimidad del art. 18 CE, puesto que las autoridades españolas tienen, en todo caso, derecho a obtener esa información y a tratarla para tramitar el expediente de entrada del extranjero a fin de resolver sobre su entrada en territorio español. Asimismo señala el carácter razonable y plenamente justificado de la medida prevista sin que la información obtenida por el transportista vaya a ser destinada a un fin distinto de la lucha contra la inmigración ilegal y la garantía de la seguridad pública, por cuanto éste al requerir la información a la que se refiere el precepto impugnado lo hará con la obligación de señalar los objetivos que se pretenden conseguir con su actuación.

c) Respecto a la nueva disposición adicional quinta LOEx, señala que la misma establece el principio general de cesión de datos de las Administraciones Públicas en relación con los interesados en los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/ 2000, cesión que ha de realizarse cumpliendo todas las garantías previstas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, lo que exige el consentimiento del afectado o su información sobre la cesión y sus objetivos, salvo en los casos excepcionados en la última Ley Orgánica citada. Este caso se contempla en la disposición impugnada ya que es constitucionalmente posible establecer una cesión de datos sin consentimiento del interesado, siempre que se trate de una medida establecida en una ley, justificada y proporcionada y adoptada en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional. En relación con ello señala que la cesión de información prevista tiene por objeto favorecer la eficacia y rapidez en la tramitación de los expedientes de extranjería, lo que facilitará el ejercicio de los derechos de los extranjeros que se encuentren en una situación regular en España así como luchar contra la entrada y estancia irregular de extranjeros en España, evitando situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

d) Por lo que respecta al nuevo art. 16.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, se alega en el escrito de contestación que el recurso contra este precepto resulta inadmisibile porque, en lo que afecta a la fundamentación jurídica de la demanda, la redacción del mismo es repro-

ducción del anteriormente vigente y que no fue impugnado. En cualquier caso, el Abogado del Estado afirma que la precisión sobre cesión de datos del Padrón sin el consentimiento del interesado está plenamente justificada por cuanto el mismo es el registro público básico en el que se hace constar la población del Estado en relación con su domicilio, extremo éste que determina que, aunque formalmente se habla en el precepto de cesión de datos, en realidad el uso de los datos del Padrón por las Administraciones Públicas ha de entenderse como una de las funciones propias de ese registro público. En cuanto a la nueva disposición adicional séptima de la Ley de Bases del Régimen Local señala que la utilización de los datos del Padrón por la Dirección General de la Policía está sujeta a las garantías previstas en la legislación sobre protección de datos, de forma que los datos del Padrón quedan protegidos en relación con el uso especial que se prevé en el precepto.

e) En referencia a los requisitos de presentación personal de solicitudes de autorizaciones de residencia y trabajo en los órganos competentes para su tramitación previsto en la nueva disposición adicional tercera LOEx, el Abogado del Estado señala que estas especialidades procedimentales se han establecido mediante norma de rango suficiente y buscan la obtención de la mayor eficacia posible en la tramitación del expediente, impidiendo su utilización fraudulenta. Indica, además, que el no haberse establecido ninguna posibilidad de presentación distinta de la solicitud no puede ser calificado de arbitrario, pues tiene una justificación razonable, ni tampoco vulnerador del art. 103 CE, pues se trata de una fórmula prevista para favorecer la tramitación de los expedientes administrativos que no impide ni dificulta el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las obligaciones que la legislación establece en relación con los extranjeros. Del mismo modo, las causas de inadmisión de solicitudes que la demanda tacha de inconstitucionales se justifican en la posibilidad de que el legislador establezca un régimen especial en el ejercicio de los derechos de los extranjeros. A mayor abundamiento se indica que el órgano que acuerda la inadmisión es el competente para resolver, resolución que estará sometida al régimen general de los actos administrativos, estan-

do fundados los motivos de inadmisión por la especialidad de los procedimientos en materia de extranjería, sin que en ningún caso se produzca indefensión al interesado por cuanto éste, una vez haya corregido la situación causante de la inadmisión, puede reiniciar el procedimiento, a la vez que la decisión en tal sentido resulta recurrible ante un tribunal.

f) En cuanto a la constitucionalidad del régimen de devolución, se afirma que la no tramitación de expediente de expulsión en estos casos no significa que no resulten de aplicación las previsiones legales generales sobre la notificación de la resolución al interesado o el carácter recurrible de la misma, tal y como se infiere del Reglamento de la LOEx, aprobado por Real Decreto 846/ 2001. Finalmente, rechaza la inconstitucionalidad de la posibilidad de adoptar medidas de vigilancia y seguridad en los centros de internamiento de extranjeros así como la utilización de medios de contención y aislamiento de los extranjeros en dichos centros por cuanto se afirma que con la misma se pretende dar mayor seguridad jurídica al régimen de los centros y al ingreso en ellos de los extranjeros, de tal forma que esta actuación está rodeada de garantías tanto por las condiciones para su realización derivadas de los preceptos impugnados como del reconocimiento de derechos de los extranjeros e relación con las mismas.

(...).

Ha decidido

1. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por el Parlamento Vasco y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nulo el inciso

«Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años» del art. 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en la redacción dada al mismo por el art. 1.31 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

2. Declarar:

a) que el art. 62.quinquies.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introducido por el art. 1.32 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, es constitucional interpretado en los términos establecidos en el fundamento jurídico 14.

b) que el segundo párrafo de la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introducido por el art. 1.cuarenta de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, es constitucional siempre que se interprete en los términos del fundamento jurídico 7.

c) Declarar que la disposición adicional séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, introducida por el art. 3.5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, es constitucional siempre que se interprete en los términos y con las garantías que se enumeran en el fundamento jurídico 9.

3. Desestimar el recurso en todo lo demás.

LA DEVOLUCIÓN DE EXTRANJEROS: COMENTARIO A LA STS DE 12 DE MARZO DE 2013

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO
Presidente TSJ Cantabria

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.
 - II. CONCEPTO DE DEVOLUCIÓN.
 - III. REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA.
 - IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEVOLUCIÓN.
 - A) La caracterización de las sanciones administrativas.**
 - B) La naturaleza jurídica de la devolución.**
 - V. LA STS DE 12 DE MARZO DE 2013.
 - A) La naturaleza jurídica de la devolución.**
 - B) La problemática naturaleza de la prohibición de entrada.**
-

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Conviene recordar que, el art. 13 de la CE, consagra en su número 1 que «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

Sin embargo el reconocimiento de un determinado grupo de derechos en favor de los extranjeros y la mención al tratamiento igualitario respecto de los nacionales, no puede llevarnos a concluir que nos encontremos ante un sistema basado en el principio de igualdad, que suponga la total asimilación en el trato dispensado a los nacionales y a los extranjeros.

La STC 107/1984, de 23-11, señala a este respecto que «Cuando el art. 14 CE proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, “son iguales ante la Ley”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros».

No obstante la sentencia continúa afirmando que «La inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo,

argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido. Y no es argumento bastante porque no es únicamente el art. 14 CE el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España».

Es desde esa perspectiva desde la que debe afrontarse el problema del alcance del derecho a la libertad de circulación y residencia de los extranjeros, cuestión de importancia fundamental desde la perspectiva de la fundamentación y configuración de la figura de la devolución de extranjeros.

Como señala la Profesora GOIZUETA VERTIZ «El derecho a la libertad de circulación y residencia, considerado en “sentido amplio o genérico”, aparece, a su vez, constitucionalmente consagrado con una doble dimensión: por una parte, como libertad de circulación y residencia en sentido estricto. Y por otra parte, como derecho a entrar y salir de España. Dimensiones ambas recogidas en el artículo 19 CE cuando se establece que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional así como a entrar y salir, también, libremente de España».

Continúa afirmando que: «Si partimos de la literalidad de este precepto constitucional podría mantenerse una doble afirmación que, siendo obvia, conviene explicitar: se trata de un derecho que se reconoce, en principio, a los españoles y cuyo ejercicio se limita geográficamente a un concreto ámbito territorial, a saber, el territorio nacional.

Conforme a la literalidad del artículo 19 de la Constitución, como hemos avanzado, son “los españoles” los que tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Si partimos del hecho de que esta expresión es utilizada por el constituyente para aludir a la condición de la nacionalidad como contrapuesta a la de extranjería bien podría realizarse la equiparación entre el término español y nacional.

Así las cosas, podría pensarse que solo estos son titulares del derecho. Esta aseveración, a nuestro juicio, resulta desacertada».

En definitiva, y tras analizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el particular, termina señalando que «Y es que la apuesta por la interpretación sistemática de la Constitución supone que el Tribunal, —siguiendo la senda abierta en la Sentencia 160/1991 de 18 de julio y que se consolida en otras posteriores como en la 116/1993, de 29 de marzo, la 242/1994, de 20 de julio y la 160/2001 de 16 de julio—, acaba reconociendo la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia por parte de los extranjeros en territorio español. Al hilo de esta tendencia, puede traerse a colación la ya citada y célebre Sentencia 72/2005 en la que sostiene que el hecho de que el tenor literal del artículo 19 de la Constitución aluda de forma expresa únicamente a los españoles no implica que los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos fundamentales garantizados en esa norma constitucional».

No obstante lo anterior, conviene matizar que, como indicó la STC 94/1993, de 22 de marzo, «... la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, fundamento jurídico

3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano.

De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es lícito y constitucionalmente admisible, que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella...». A mayor abundamiento, la STC 116/1993, de 29 de marzo, matiza que «... los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (artículo 13.1. CE)...», lo que significa que el reconocimiento y efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso y estancia en territorio español por parte de los ciudadanos extranjeros.

En definitiva, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la Ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 94/1993, de 22 de marzo; y Declaración de 1-06-1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Conclusión que se ve reafirmada 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, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, Berrehab, de 21 de junio de 1988, Moustaquim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), lo que también ha tenido ocasión de recordar el TC en Sentencia 242/1994, de 20 de julio, y Auto 331/1997, de 3 de octubre).

En este sentido el art. 25 LOEX establece que «El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios».

II. CONCEPTO DE DEVOLUCIÓN

Siguiendo el tenor literal del Informe sobre Asistencia Jurídica de los Extranjeros en España, elaborado por el Defensor del Pueblo, podemos definir la devolución como la «Resolución dictada por la autoridad gubernativa competente, subdelegados del Gobierno o delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales en el caso de que un extranjero pretenda entrar ilegalmente en nuestro país o contravenga una prohibición de entrada en España».

Ha de tenerse en cuenta que la normativa en materia de extranjería regula una serie de instituciones de carácter muy similar que, sin embargo, abordan realidades diferenciadas y, en ocasiones tienen diferente naturaleza.

Conviene distinguir entre:

a) **Devolución:** Es la medida que se puede adoptar cuando un extranjero es interceptado intentando entrar en España de manera irregular o cuando habiendo sido expulsado previamente es detenido en España estando vigente la prohibición de entrada.

b) **Expulsión:** Es una sanción que se puede imponer al extranjero que está en España en situación irregular y que, en caso de ejecutarse, implica la repatriación de la persona.

c) **Retorno:** Es la situación que se produce cuando, por falta de los requisitos necesarios para la entrada en el país, se acuerda el regreso del extranjero al país de procedencia. Según el art. 60.1 LOEX «1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento».

d) **Salida obligatoria:** Es la medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a un extranjero una solicitud de asilo, de prórroga de estancia, de autorización de residencia o de su renovación. Implica que se le concede un plazo para que voluntariamente abandone España.

III. REGULACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA

Según dispone el art. 58 LOEX «3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

4. En el supuesto de que se formalice una solicitud de protección internacional por personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

5. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

7. La devolución acordada en el párrafo a del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la

resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años».

Por su parte el art. 23 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece que «De conformidad con lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario un expediente de expulsión para la devolución, en virtud de resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, de los extranjeros que se hallaran en alguno de los siguientes supuestos:

a) Los extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido.

b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

2. En el supuesto del párrafo b) del apartado anterior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución.

3. En cualquiera de los supuestos del apartado 1, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar una resolución de devolución tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

4. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

A los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, si durante la situación de privación de libertad el extranjero manifestase su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno o el Director del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, éste lo hará constar en acta que se incorporará al expediente.

5. La ejecución de la devolución conllevará el nuevo inicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada contravenida, cuando se hubiese adoptado en virtud de una resolución de expulsión dictada por las autoridades españolas.

Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

6. Aun cuando se haya adoptado una resolución de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando:

- a) Se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre; o se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.
- b) Se formalice una solicitud de protección internacional, hasta que se resuelva sobre la solicitud o ésta no sea admitida conforme con lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante.

7. El plazo de prescripción de la resolución de devolución será de cinco años si se hubiera acordado en aplicación del apartado a del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; y de dos años si se hubiera acordado en aplicación del apartado b del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado a del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado.

El plazo de prescripción de la resolución de devolución acordada en aplicación del apartado b del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución.

8. Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, se comprobare que consta contra el solicitante una resolución de devolución no ejecutada, ésta será revocada, siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la resolución de devolución a revocar, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y expresa mención a la procedencia de la concesión de la misma, por cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la resolución de devolución no ejecutada».

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DEVOLUCIÓN

A) La caracterización de las sanciones administrativas

García de Enterría ha definido la sanción, como: «un mal infligido por la Administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal». A su vez, Bermejo Vera la

ha calificado como: «una resolución administrativa de gravamen que disminuye o debilita—incluso elimina— algún espacio de la esfera jurídica de los particulares, bien porque se le priva de un derecho, bien porque se le impone un deber u obligación, siempre como consecuencia de la generación de una responsabilidad derivada de la actitud de los mismos»

Como afirma la STC 132/2001 la sanción es una: «decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de una conducta, añadiendo que «Por lo tanto, la resolución impuesta presenta un carácter claramente represivo. Y precisamente la función represiva, retributiva o de castigo es lo que, según hicimos hincapié en la STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3, distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados).

A la vista de lo expuesto, y una vez destacado el carácter represivo de la resolución impugnada, debemos concluir que nos encontramos ante una sanción administrativa sometida a lo que prescribe el art. 25.1 CE».

El carácter represivo es el eje sobre el que gira el concepto de sanción. Este carácter represivo de la sanción ha sido puesto en evidencia por el propio Tribunal Constitucional cuando afirma que este rasgo es el que marca la diferencia entre una sanción y otras resoluciones administrativas que limitan los derechos individuales, pero que tienen fines diversos: coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; resarcimiento o compensación por incumplimientos efectivamente realizados, restablecimiento de derechos fundamentales o del orden jurídico infringido, revocación de una autorización etc.

El carácter represivo no puede ser mal entendido en el sentido que toda actividad que ocasione una carga al administrado es una sanción.

Como pone de relieve SÁNCHEZ MORÓN: «No toda medida o acto de gravamen que la Administración puede adoptar como consecuencia de una vulneración del orden jurídico es una sanción administrativa».

B) La naturaleza jurídica de la devolución

Conviene tener en cuenta que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, ha sido reacia a considerar incluida dentro del ejercicio de la potestad sancionadora, los supuestos de salida forzosa de los extranjeros del territorio nacional, cuando no estaban comprendidos en ninguna de las situaciones que les habilitaban para permanecer en España. En efecto, en sentencia de 7 abril 1997 se afirmaba que «la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España». Y en la misma línea la sentencia de 14 diciembre 1998 razonaba que «los supuestos de expulsión del territorio español, ordenada por las autoridades competentes, por no encontrarse un extranjero en alguna de las situaciones contempladas por el art. 13 de la Ley Orgánica 7/1985, carecen de naturaleza sancionatoria por tratarse de salidas forzosas de

aquél, ejecutadas por la Administración ante el incumplimiento de la obligación de abandonarlo, de manera que no cabe invocar la presunción de inocencia sino que, para evitar tales expulsiones, es preciso acreditar que se está en alguno de los supuestos contemplados por el mencionado art. 13 de la Ley Orgánica...».

Como sostenía MIQUEL CALATAYUD «Pues bien, en relación con el contenido del mismo, tengo que advertir que bajo el paraguas nominal de las “medidas de seguridad” que el mismo confecciona se aloja un verdadero revoltillo de supuestos de imposible reconducción lógica a la unidad, ya que en algunos casos, tales medidas no son sino auténticas sanciones imponibles a través del consiguiente *iter* punitivo, encajando dentro de este grupo de alternativas las devoluciones infligibles en méritos a lo establecido por el artículo 36.2 LOE y las expulsiones acordadas en base a lo establecido en los apartados c), d) y f) del artículo 26.1 de dicha LOE».

Fue la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero la que estableció un cambio cualitativo en esta materia al diseñar un régimen jurídico de infracciones y sanciones entre las que se comprenden tanto la estancia irregular en España como la entrada ilegal si bien a la primera infracción le anudaba una sanción de multa y a la segunda la de expulsión.

Clarificada la cuestión de la naturaleza sancionadora de la expulsión del territorio nacional, la cuestión que hemos de plantearnos es si la devolución participa o no de esa naturaleza sancionadora y, por tanto, si resultan aplicables a esta figura los principios y garantías procedimentales, aplicables con carácter general al resto de las manifestaciones de la potestad sancionadora de la Administración.

El art. 58 LOEX, como antes se ha señalado, se limita a establecer que «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros».

Según el Informe del Defensor del Pueblo, antes citado, la devolución carece del carácter de una verdadera sanción administrativa. Se afirma que: «En este sentido, la devolución pretende paralizar la consumación o evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, sin necesidad de incoar un expediente de expulsión. A diferencia de ésta, la devolución no es, en sentido jurídico-técnico, una sanción, sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido».

Por su parte la Circular 3/2001 de 21 de Diciembre de la Fiscalía General del Estado, en una línea similar, señala que: «Ahora bien, al hablar de devolución hay que poner de relieve el distinto tratamiento que la Ley otorga a cada uno de los casos comprendidos en su art. 58.2, ninguno de los cuales tiene naturaleza sancionadora, siendo, igualmente, medidas administrativas de policía dirigidas, aquí, al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión», criterio que se reitera en la Circular 2/2006, cuando señala que «La devolución no se configura como sanción, sino como medida administrativa de policía tendente al restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico».

Las decisiones de nuestros Tribunales, niegan, con carácter general, la naturaleza sancionadora de la figura de la devolución y por tanto la aplicación de los principios y garantías del derecho sancionador.

La STSJ Andalucía (Málaga) de 15 de abril de 2011 sintetiza esta doctrina general cuando afirma que: «La devolución y prohibición de entrada es una resolución que se dicta

como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional, no concurriendo en ella la función represiva, retributiva o de castigo propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario como consecuencia de un ilícito».

En función de tal aseveración, la referida sentencia establece que «La innecesidad de tramitar cualquier tipo de expediente para acordar la devolución se justifica además, como señala el Sr. Abogado del Estado, por el hecho de que en caso contrario se vaciarían de contenido los artículos citados que establecen que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución...” y se truncaría la finalidad que con ello se persigue», por lo que «la supuesta indefensión que presuntamente aprecia la sentencia de instancia al considerar la prohibición de entrada como una sanción, y en consecuencia, necesariamente sujeta en su adopción a la tramitación de un procedimiento, distinto del de expulsión, pero que garantice el derecho del imputado a ser informado de la acusación, a la audiencia y a la defensa, no puede ser acogida».

Para la STSJ de Andalucía (Málaga) de 28 de marzo de 2011, la devolución se trata de una medida de alejamiento inmediato, añadiendo que «Hay, pues, una explícita calificación de la devolución y de la prohibición de entrada como medidas restrictivas de derechos», añadiendo que: «Sin embargo, lo cierto es que, en cuanto a la devolución, parece evidente que no se trata de medida de naturaleza sancionadora, sino tendente a restablecer la legalidad alterada —mediante restitución del ciudadano extranjero al país de procedencia—, lo que explica la no necesidad de expediente de expulsión, ni en suma de trámite al que deban trasladarse las exigencias del art. 24 CE —EDL 1978/3879— Porque no se trata de procedimiento sancionador, sino del dirigido a constatar el cumplimiento de requisitos que para entrada en España se establecen, o dicho de otra manera, procedimiento de ejercicio de las funciones de policía de fronteras».

La sentencia parece querer llegar más allá, al afirmar en definitiva que: «tampoco es claro que la devolución pueda considerarse como medida restrictiva de derechos».

Este mismo criterio ha sido sostenido por otras Salas. Así, según la STSJ de Murcia de 24 de junio de 2011, concluye que: «Deben rechazarse los defectos formales aducidos por la parte actora teniendo en cuenta que no se trata de un expediente sancionador sino de un expediente de devolución inmediata de un extranjero a su país de origen cuando se encuentra en España. Procede por tanto rechazar como defecto la falta de identificación del instructor y secretario del expediente, y ello porque no hay propiamente un expediente administrativo sancionador...».

Por el contrario existen sentencias que conceden tal carácter a la prohibición de entrada, que la medida de devolución lleva aparejada, en los dos supuestos recogidos en el art. 58.7 LOEX.

Tal y como establece la STSJ Andalucía (Málaga) Sala de 29 de abril de 2011 «Distinta solución ha de alcanzarse con el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada impuesto igualmente en la resolución. Basta citar para ello la Sentencia de esta misma Sala, sección 3.^a, de 26 de febrero de 2010, dictada en rollo de apelación 1945/07, que establece lo siguiente: “Sin embargo, no puede decirse lo mismo en cuanto al reinicio

del cómputo de la prohibición de entrada que pesaba sobre el apelante. Como es sabido, el artículo 58.6 de la Ley Orgánica 4/2000 establece desde su redacción original (en la que figuraba como artículo 54.4) que la devolución (o el retorno) acordada por contravención de la prohibición de entrada, conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada.

Al igual que viene significándose para la prohibición de entrada que tras la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, se asigna a la devolución acordada por el intento de entrada ilegal en el país, el reinicio del cómputo de la prohibición para aquel otro supuesto es también, a criterio de esta Sala, una medida punitiva, ya que no comparte con la devolución el designio y naturaleza referentes a restablecimiento de legalidad alterada. No devuelve las cosas a un status quo anterior a la ilegalidad, sino que va más allá y con una finalidad disuasoria, impide que el ciudadano extranjero, que ha intentado entrar de manera ilegal, pueda ni siquiera instar, en un futuro próximo —durante el plazo que con el reinicio se añade al originariamente establecido—, nada que propicie su entrada legal y/o regularización de estancia en nuestro país.

Desde tal óptica, la prohibición de entrada, y por lo tanto también el reinicio de la ya acordada, es una medida restrictiva de derechos y de carácter sancionador, que justifica un rasero procedimental diverso. Así lo declaró el Tribunal Supremo para la prohibición de entrada en su Sentencia de 25 de mayo de 2004 (recurso 4567/2000), al decir —FJ 5.º— que «...una prohibición de entrada en territorio español, tiene una evidente naturaleza sancionadora, donde la audiencia del interesado alcanza el valor de trámite esencial...». Ese distinto tratamiento debe ser, a juicio de la Sala, y de acuerdo por demás con los artículos 20.2 LO 4/2000 y 105.c) CE, el de la inexcusable audiencia del interesado, antes de acordarse dicha consecuencia desfavorable, hermenéutica ésta que no se opone al artículo 58.2 LO 4/2000, al decir lo visto de que «... no será preciso expediente de expulsión para la devolución», toda vez que el precepto se refiere, textualmente, a los supuestos de devolución que se contemplan, mientras que el artículo 58.6, en cuanto aquí interesa, lo que dispone es que «... toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada», y «... conllevará» o «... llevará consigo...», lo que no significa necesariamente que se tenga que compartir el mismo procedimiento, en sentido de excluirse también o no ser preciso el susodicho trámite de audiencia.

En lo que respecta más concretamente al supuesto del reinicio del cómputo de la prohibición, es claro que con esta medida se incrementa la que supone la originaria prohibición de entrada. Podría pensarse que, en realidad, el supuesto se extendería a aquellos casos en los que el ciudadano extranjero afectado por la prohibición no ha llegado siquiera a iniciar su cumplimiento por no haber salido del territorio nacional, por lo que el reinicio del cómputo de aquella prohibición no supondría modificación del castigo inicialmente impuesto, que no habría empezado a cumplirse. Sin embargo, esta hipótesis es realmente impensable si se considera que la medida de devolución en estos casos se impone a quienes «... habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España» [artículo 58.2.) LO 4/2000] y, por tanto, no a quienes hayan incumplido la orden de expulsión, sino a aquellos ciudadanos que hayan desconocido «... la prohibición de entrada», es decir, que hayan salido del territorio nacional y hayan vuelto a entrar en contra de la prohibición. Por ello, en todo caso la prohibición ha empezado a cumplirse y, por lo tanto, el reinicio de su

cómputo incrementa el castigo inicial. Por lo demás, la propia palabra «... reinicio» que la norma emplea significa volver a iniciar lo que, por tanto, «ya se inició».

Este criterio, resulta ser conforme con la opinión del Informe del Defensor del Pueblo que sostenía que «En todo caso, asumiendo lo establecido en el Reglamento de extranjería, resulta criticable que una medida con efectos tan intensos en la esfera jurídica de los extranjeros como lo es el reinicio del cómputo del plazo, se lleve a cabo sin establecer, al mismo tiempo, un procedimiento que asegure la posibilidad de que el extranjero sea oído y se realice un expediente que respete el principio de contradicción. Sería deseable, en este sentido, establecer unas pautas normadas para garantizar la efectividad del procedimiento administrativo por el que se acuerda esta medida».

V. LA STS DE 12 DE MARZO DE 2013

A) La naturaleza jurídica de la devolución

La sentencia que vamos a analizar, se dicta en el seno de un proceso iniciado por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo contra determinados preceptos del Real Decreto número 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.

En el presente comentario nos vamos a ceñir al estudio de la impugnación dirigida contra el artículo 23 del Reglamento que regula detalladamente el régimen jurídico de las «devoluciones» tanto de los extranjeros que, habiendo sido previamente expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España como de los extranjeros que, sin haber sido objeto de una expulsión previa, pretendan entrar irregularmente en nuestro país, no por ello dejar de resaltar la importancia de esta sentencia en cuanto analiza la conformidad al ordenamiento jurídico del art. 71, apartado segundo, art. 88.5 párrafo 4, art. 128.4, art. 241.2, art. 258.6 y parte del contenido de la Disposición Adicional Primera en relación con el art. 106.3.

La impugnación en materia de devolución se dirige contra la regulación de la prescripción. Según el precepto cuestionado «El plazo de prescripción de la resolución de devolución será

- a) de cinco años si se hubiera acordado a los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España
- b) de dos años si se hubiera acordado a los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

La prescripción se aplicará de oficio por los órganos competentes.

El plazo de prescripción en el primer caso, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado y en el segundo supuesto, no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución».

Los demandantes no discuten la legalidad de dichos plazos de «prescripción» (cinco y dos años) sino, exclusivamente, el día en que ambos comienzan a correr.

La posición de los demandantes se resume en la tesis siguiente: la «devolución» de los extranjeros tiene un carácter sancionador, difiere de la «expulsión» y, dado que la Ley Orgánica 4/2000 no regula el comienzo del plazo de prescripción de aquélla, deberían aplicarse las normas subsidiarias de la Ley 30/1992 sobre la prescripción de las sanciones. En concreto, las entidades actoras propugnan que se aplique el artículo 132.3 de la Ley 30/1992, de modo que el plazo de prescripción de la «sanción» de devolución comience a correr desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución que ordena «devolver» al extranjero, lo que convertiría en ilegal una disposición reglamentaria que se aparta de la Ley 30/1992.

La clave se encuentra, por tanto en la determinación de la naturaleza jurídica de la figura de la devolución. Para los demandantes, su carácter sancionador viene avalado por un triple argumento: a) que «en toda Devolución pueda solicitarse Medida Cautelar de Internamiento, es decir, una de esas medidas cautelares que el artículo 61 LOEX permite adoptar en los procedimientos sancionadores»; b) que «toda Devolución lleva aparejada una Prohibición de Entrada»; y c) que el establecimiento de plazos de prescripción para este género de medidas «refuerza el carácter sancionador de la devolución». Según los recurrentes, «aunque la devolución no tuviera naturaleza sancionadora en su origen», sí lo adquiere desde la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2003 tras la cual las «notas distintivas entre Expulsión y Devolución se difuminan y llegan a diluirse».

Para la sentencia que estamos comentando, la devolución, difiere tanto de la expulsión de los extranjeros como del rechazo o denegación de entrada en nuestro país (artículo 26 de la Ley 4/2000). Por el contrario y esta cuestión va a alcanzar importante relevancia en el razonamiento de la sentencia, la devolución se enmarca en el más amplio concepto de «retorno» de los extranjeros en situación irregular que emplea la Directiva 2008/115/CE.

Según se recoge en el Fundamento Tercero, las dos hipótesis del artículo 58.3 de la Ley Orgánica 4/2000 responden a dos realidades diferenciadas, con perfiles propios cada una.

A) Cuando se ordena la «devolución» del extranjero que fue expulsado y ha vuelto a nuestro país contraviniendo la prohibición, para él vigente, de entrar en España, dicha «devolución» no es sino un acto de ejecución material de aquella prohibición y carece de sustantividad sancionadora autónoma.

En definitiva, la naturaleza jurídica de este primer tipo de órdenes de devolución es la correspondiente a una medida que se limita a ejecutar en sus propios términos un acto administrativo previo y aún vigente, aquel que impedía a su destinatario entrar en España. No se trata, pues, de una «sanción» adicional, autónoma, sino del mero cumplimiento de una orden preexistente cuya eficacia permanece inalterada.

B) Las órdenes de devolución contra los extranjeros «que pretendan entrar ilegalmente en el país» se aproximan más, sin embargo, a las medidas administrativas de rechazo o denegación de entrada que adoptan —pueden adoptar— los funcionarios encargados del control en los puestos fronterizos.

Este segundo género de órdenes de «devolución» tampoco tienen carácter sancionador. En sí mismas consideradas no son sino medidas impeditivas de la entrada ilegal en España frente a quienes «pretendan» eludir la preceptiva entrada por los puestos de control fronterizos.

En cualquier caso, la naturaleza no sancionadora de la devolución, ya había sido puesta de relieve por la reciente sentencia del Tribunal Constitucional número 17/2013, de 31 de enero, al pronunciarse sobre el recurso de inconstitucionalidad número 1024-2004, interpuesto por el Letrado del Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

El recurso consideraba que la regulación impugnada había modificado la naturaleza de la devolución para transformarla en una sanción similar a la expulsión con sus mismas consecuencias jurídicas y materiales, ya que la misma lleva aparejada, sin la previa instrucción del correspondiente expediente, la imposición de una prohibición de entrada por un período máximo de tres años para aquellas personas que hubieran pretendido entrar ilegalmente en España [art. 58.2.b) LOEX], lo que conlleva la vulneración de los arts. 24 y 105 CE en tanto que se trataría de una sanción impuesta de plano.

El Tribunal Constitucional responde que: «A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la “función represiva, retributiva o de castigo”».

B) La problemática naturaleza de la prohibición de entrada

Como señala la sentencia que estamos analizando «Más problemas presenta el régimen jurídico aplicable a una determinada consecuencia jurídica (la prohibición de entrada en España durante cierto tiempo, o la eventual reanudación de la ya impuesta) que incorporan las órdenes de devolución emitidas en ambos casos».

La STC 17/2013, de 31 de enero, antes citada, señaló que «la inmediatez del supuesto de hecho que origina el procedimiento de devolución y de su consecuencia, la prohibición de entrada no significan que ésta última pueda adoptarse de plano o en ausencia de todo procedimiento administrativo, pues, tal como acabamos de exponer, nada hay en la normativa aplicable que permita llegar a esa conclusión. No obstante lo anterior también es claro que la medida de prohibición de entrada que lleva aparejada toda devolución carece, en su condición de sanción, de la apertura y tramitación de un procedimiento contradictorio con las garantías que, conforme a nuestra doctrina, han de reconocerse en toda actividad sancionadora de la Administración».

Y en consecuencia declara inconstitucional el inciso que atribuye a la devolución la prohibición de entrada en el territorio por tres años.

La sentencia constitucional deja indemne, por lo demás, el inciso inicial del mismo artículo y apartado (58.7 de la vigente Ley) a tenor del cual «la devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada».

El Tribunal Supremo es perfecto conocedor de esta doctrina, pero sin embargo introduce en el debate un nuevo dato normativo, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

A partir de su contenido y en una interpretación de la propia doctrina constitucional, señala que «las órdenes de prohibición de entrada en nuestro país de quienes pretendan entrar en él de modo ilegal, aun cuando tengan el carácter sancionador que el Tribunal Constitucional les ha reconocido, sólo resultan inconstitucionales, según la tesis aceptada por dicho Tribunal, si su adopción no viene precedida del procedimiento adecuado, Quiérese decir que, en sí mismas, subsisten como medidas válidas de reacción del Estado frente al intento de entrada ilegal de los extranjeros. Que dicha reacción puede no limitarse al “retorno” —en este caso devolución— del extranjero, sino también al establecimiento de una prohibición adicional de entrada durante un período temporal determinado (con las garantías que sean precisas, repetimos) es algo que, además, se deriva no ya de la legislación española sino del hecho, que hemos calificado de relevante, de la incorporación a ella de las disposiciones normativas que tienden a implantar un sistema armonizado europeo de lucha contra la emigración irregular».

Sin embargo el Tribunal Supremo va más allá, cuando siguiendo la interpretación que de la citada Directiva ha realizado el TJUE, afirma que «La Directiva 2008/115/CE ha sido, además, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en términos que refuerzan de modo considerable el deber de los Estados de proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular, eficacia que implica para los Estados miembros “la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias” (sentencias de 28 de abril de 2011, asunto C-61/11 PPU; de 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11 y de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11). Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, por lo demás, posiblemente obligará a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos “elegir” entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular.

La apelación a la Directiva 2008/115/CE y a la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal de Justicia permite extraer de su contenido y de los términos en que se expresa su artículo 11 conclusiones que, a los efectos que aquí interesan, más bien corroboran que contradicen el carácter no necesariamente sancionador, desde la perspectiva armonizada, de las prohibiciones de entrada en el territorio de la Unión Europea (esto es, en el territorio del Estado miembro correspondiente y, por extensión, del espacio europeo). Es más, a tenor de aquel precepto la prohibición de entrada del extranjero contra el que se haya dictado una “decisión de retorno” debe necesariamente acompañar a ésta si la propia obligación de retorno no se ha cumplido o si no se ha concedido un plazo para la salida voluntaria. Y la decisión de prohibir la entrada puede (ya no debe necesariamente) acompañar a las órdenes de retorno en los demás supuestos».

Si bien la doctrina que establece la sentencia resulta diáfana, no puedo dejar de comentar la «inquietud» que despierta el *obiter dicta* que en la misma se contiene, cuando señala que la interpretación que de la citada Directiva ha realizado el TJUE, «posiblemente obligará a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos “elegir” entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular», esto es, de nuevo parece que podría reabrirse el debate, que parecía medianamente encauzado, respecto de la posibilidad de elección por la Administración, en los supuestos de extranjeros en situación irregular, entre la expulsión y la multa, si bien parece adivinarse claramente la opción que subyace en la propia sentencia a favor de la expulsión.

La lectura de las sentencias que se citan, esencialmente la sentencia 6 de diciembre de 2011, asunto C-329/11, no permiten a mi juicio obtener una respuesta tan rotunda, limitándose a afirmar que «De todo ello se desprende que, al margen de la cuestión de si la situación del demandante en el litigio principal debe considerarse la de una persona que no ha cumplido una obligación de retorno en el plazo acordado para una salida voluntaria o la de una persona sujeta a una decisión de retorno sin fijación de plazo para una salida voluntaria, dicha situación se subsume, en todo caso, en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y, por tanto, genera la obligación que este artículo impone al Estado miembro interesado de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión, esto es, como dispone expresamente el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, el transporte físico del interesado fuera del Estado miembro».

Por su parte en la sentencia de de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, se limita a declarar que: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera y segunda que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que:

1. No se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y

2. se opone a una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro».

Ha de reconocerse que las sentencias comunitarias por su forma y contenido, esencialmente cuando se trata de dar respuesta a cuestiones prejudiciales, suelen ser en ocasiones de difícil traslado al ámbito del derecho interno, sin embargo y salvo una reforma legislativa que por el momento no se intuye, creo que las referidas sentencias, carecen de contenido claro para modificar la actual doctrina acerca de la proporcionalidad y la motivación de las posibles consecuencias jurídicas en los casos de estancia irregular.

Por lo demás y en cuanto a los plazos de prescripción, concluye la sentencia del Tribunal Supremo, que «Dado que el precepto impugnado (apartado séptimo del artículo 23) del Reglamento se limita a fijar el “plazo de prescripción de la resolución de devolución” y que estas últimas resoluciones no constituyen una modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no cabe aplicarles el sistema “común” de la Ley 30/1992 sobre el inicio de los plazos de prescripción fijados para las sanciones administrativas en general».

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

- Resolución de 12 de abril de 2013, de la Oficina del Censo Electoral, por la que se establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones al Parlamento Europeo de los ciudadanos nacionales de otros países de la Unión Europea residentes en España (BOE de 27 de mayo de 2013).
- Resolución de 3 de junio de 2013, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de mayo de 2013, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2013» (BOE del 4).
- Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León (BOCYL de 5 de junio).
- Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE del 29): **modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:**
 - introduce un nuevo apartado 3 bis y una nueva letra e) en el apartado 5 del artículo 32.
 - introduce un nuevo apartado 11 en el artículo 57.
- Instrucción de 5 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE del 9).

FUENTES INTERNACIONALES

- Convenio entre el Reino de España y la República de Kazajstán relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Astaná el 17 de junio de 2011 (BOE de 10 de abril de 2013).
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 14 de julio de 2011 (BOE de 8 de mayo de 2013).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Montenegro 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 10 de mayo de 2013).
- Acuerdo de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Reino de España y la República de Azerbaiyán, hecho en Madrid el 28 de noviembre de 2012 (BOE de 13 de junio de 2013).

- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre supresión recíproca de visados en pasaportes de servicio, hecho en Rabat el 3 de octubre de 2012 (BOE de 19 de junio de 2013).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Hachemita de Jordania sobre la exención recíproca de los visados para los titulares de pasaportes diplomáticos, hecho en Ammán el 20 de abril de 2013. (BOE de 21 de junio de 2013).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Gobierno español y el Gobierno macedonio sobre reconocimiento recíproco y canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Skopje el 6 de octubre de 2011 (BOE de 5 de julio de 2013).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Montenegro 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 10 de mayo de 2013).
- Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneada es el euro (BOE de 16 de mayo de 2013).
- Decisión de Ejecución de la Comisión, de 5 de junio de 2013, por la que se fija la fecha de entrada en funcionamiento del Sistema de Información de Visados (VIS) en una sexta y una séptima región (DOUE L 154, de 6 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) N.º 517/2013 del Consejo de 13 de mayo de 2013 por el que se adaptan determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de competencia, la agricultura, la seguridad alimentaria, la política veterinaria y fitosanitaria, la política de transportes, la energía, la fiscalidad, las estadísticas, las redes transeuropeas, el poder judicial y los derechos fundamentales, la justicia, la libertad y la seguridad, el medio ambiente, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior, de seguridad y defensa y las instituciones, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 158, de 10 de junio de 2013).
- Directiva 2013/22/UE del Consejo de 13 de mayo de 2013 por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la política de transportes, con motivo de la adhesión de la República de Croacia (DOUE L 158, de 10 de junio de 2013).
- Decisión del Consejo, de 13 de mayo de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldova por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 168, de 20 de junio de 2013).
- Decisión del Consejo, de 13 de mayo de 2013, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Ucrania por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 168, de 20 de junio de 2013).

- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) no 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) no 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) no 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia//Nota de referencia (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Reglamento (UE) n.º 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, los Reglamentos del Consejo (CE) n.º 1683/95 y (CE) n.º 539/2001 y los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) n.º 767/2008 y (CE) n.º 810/2009 (DOUE L 180, de 29 de junio de 2013).
- Declaraciones de España al Convenio celebrado por el Consejo de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE de 5 de julio de 2013).
- Real Decreto 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE del 8).

EUROPA EN BREVE



INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS^(*) (Selección)

EL NÚMERO DE VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS CRECE EN LA UE

La Comisión Europea ha presentado el primer informe sobre la trata de seres humanos en la UE, en el que se abordan cifras de 2008 a 2010, con un incremento de este tráfico en 23.632 víctimas. Igualmente, el informe aborda el número de víctimas de trata provenientes de terceros Estados, fuera de la UE, e indica que esta cifra ha aumentado un 18% durante el período referenciado, aunque el número de condenas por tráfico de seres humanos ha bajado un 13%. A pesar de esta situación preocupante, únicamente 6 Estados miembros han implementado completamente la Directiva sobre la lucha contra la trata de seres humanos, y sólo 3 Estados miembros han notificado una transposición parcial, pese a que el plazo de incorporación a las normativas nacionales expiró el pasado 6 de abril de 2013. La Comisión Europea también ha mostrado una panorámica de los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos destinada a proporcionar una información clara y accesible sobre los derechos laborales, sociales, de residencia y de compensación que la legislación de la UE reconoce a las víctimas. Esa panorámica de los derechos será utilizada por las víctimas y los profesionales (ONGs, cuerpos de policía, autoridades de inmigración, inspectores de trabajo, guardias de fronteras, trabajadores sanitarios y sociales, etc.) que operan en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos. Contribuirá a la materialización efectiva de estos derechos ayudando a las autoridades de los Estados miembros de la UE a prestar toda la ayuda y protección que las víctimas necesitan y merecen.

(15 de abril 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*.

LA CE PROPONE SUPRIMIR APOSTILLAS Y LEGALIZACIONES
PARA NUMEROSOS TRÁMITES EN LA UE

La Comisión Europea ha propuesto un Reglamento para reducir las diligencias administrativas a cargo de ciudadanos y empresas, suprimiendo los sellos burocráticos actualmente exigidos para el reconocimiento de documentos públicos en otro Estado miembro de la UE. Las nuevas normas simplificarán los trámites mediante, entre otras, las siguientes medidas: — suprimir los trámites de legalización y «Apostilla»; — eliminar la necesidad de presentar una copia certificada junto con el documento público original, permitiendo la presentación de copias no certificadas junto con los originales; — garantizar la aceptación de traducciones no juradas de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otros Estados miembros; — facilitar impresos estándar multilingües de la UE facultativos; — mejorar la cooperación administrativa entre Estados miembros para contribuir a la lucha contra el fraude. La propuesta incluye 12 categorías de documentos públicos que quedarían automáticamente exentas de trámites. Según la CE, la abolición de estos requisitos supondrá para los ciudadanos y las empresas de la UE un ahorro de hasta 330 millones de euros. La propuesta contiene también un mecanismo de salvaguardia frente al fraude: cuando una autoridad nacional albergue dudas razonables sobre un documento concreto, los Estados miembros podrán comprobar su autenticidad ante las autoridades expedidoras mediante el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), ya existente. La propuesta de Reglamento debe ahora ser adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el procedimiento legislativo ordinario (codecisión).

(28 de abril de 2013)

PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS
EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos concedidos a los trabajadores en el marco de la libre circulación de trabajadores. La propuesta tiene como objetivo reforzar la forma en que el artículo 45 del TFUE y el Reglamento 492/2011 se aplican en la práctica en el territorio de la UE, estableciendo un marco común general de disposiciones y medidas adecuadas para facilitar una aplicación mejor y más uniforme de los derechos concedidos por la legislación de la UE a los trabajadores y los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación. En particular, la propuesta de Directiva introduce obligaciones jurídicas a fin de: garantizar que los trabajadores migrantes de la UE dispongan de medios de recurso adecuados a nivel nacional; ofrecer una mayor protección a los trabajadores velando por que las asociaciones, las organizaciones u otras personas jurídicas con un interés legítimo en la promoción de los derechos de libre circulación de los trabajadores puedan participar en todo procedimiento administrativo o judicial en representación o apoyo de los trabajadores migrantes de la UE en caso de violación de los derechos de estos últimos; crear estructuras u organismos a nivel nacional que promuevan el ejercicio del derecho a la libre circulación mediante el suministro de información, apoyo y asistencia a los trabajadores migrantes de la UE que sufran discriminación basada en la nacionalidad; aumentar la sensibilización de los empleadores, los trabajadores, y cualquier otra parte interesada

mediante el suministro de información pertinente fácilmente accesible; promover el diálogo con las organizaciones no gubernamentales adecuadas y con los interlocutores sociales. La libre circulación de los trabajadores es una de las cuatro libertades fundamentales en que se basa el mercado único. Constituye uno de los valores centrales de la Unión Europea y es un elemento fundamental de la ciudadanía de la UE.

(28 de abril de 2013)

9 DE MAYO, DÍA DE EUROPA

La Unión Europea celebra este jueves 9 de mayo el Día de Europa, que conmemora el aniversario de la declaración Robert Schuman que dio lugar a las primeras instituciones supranacionales entorno al carbón y al acero, y que se convertirían en lo que hoy es la Unión Europea. Un año más, la Comisión, junto con las demás instituciones de la UE, ha abierto sus puertas a los ciudadanos que deseaban conocer su funcionamiento desde dentro. Por primera vez, la Comisión Europea ha colaborado con la Fiesta del Iris, festividad local de Bruselas, con motivo de la cual las calles de la capital europea han estado llenas de animación con conciertos y espectáculos al aire libre. Además, el pasado 4 de mayo, la vicepresidenta Viviane Reding, responsable de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, y el vicepresidente Maroš Šefčovič, responsable de relaciones interinstitucionales y Administración, han inaugurado la obra de modernización del Centro de Visitantes de la Comisión Europea, que ha cambiado de emplazamiento para situarse más cerca de la sede de las instituciones. En este marco, Viviane Reding ha mantenido un nuevo encuentro de diálogo con cerca de 300 ciudadanos. Según va cobrando impulso el debate sobre el futuro de Europa y las consecuencias de la crisis económica, la Comisión Europea acude a diferentes ciudades europeas para escuchar a los ciudadanos y conversar sobre sus preocupaciones y esperanzas de cara al futuro.

(6 de mayo de 2013)

PRESTADOR DE SERVICIOS PARA LA RED EUROPEA DE MIGRACIÓN

La Dirección General de Interior de la Comisión Europea ha lanzado una convocatoria de propuestas para la contratación de un prestador de servicios para la Red Europea de Migración (Ref.: 2013/S 088-148822). El prestador de servicios ayudará a la Comisión en la organización del trabajo de la Red Europea de Migración (REM). Esto exigirá una cooperación proactiva con la Comisión, con un contratista responsable del sistema de intercambio de información de la REM y con los puntos de contacto nacionales (PCN) de la REM. El prestador de servicios prestará asistencia a la Comisión Europea, entre otros, en lo siguiente: a) organización del funcionamiento diario de la REM; b) coordinación de la aportación de los puntos de contacto nacionales; c) preparación de las reuniones; d) preparación de las recopilaciones y las síntesis de los informes y estudios. El prestador de servicios será una entidad independiente de uno o varios puntos de contacto nacionales de la REM, y deberá actuar como un miembro completo y efectivo de la Red, manteniendo una colaboración y una cooperación eficaces y profesionales con todos los miembros de la REM con el propósito de producir resultados de gran calidad y otra información rele-

vante para los responsables de las políticas. La fecha límite para la recepción de ofertas y solicitudes de participación finaliza el 01.07.2013.

(6 de mayo de 2013)

EVALUACIÓN DEL MARCO JURÍDICO PARA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ABOGADOS EN LA UE

La Comisión Europea, dentro de la revisión a la que está sometiendo la normativa europea para abogados, encargó un estudio al consorcio Instituto PANTEIA (Holanda), que ha analizado al detalle las Directivas sectoriales de la profesión, la 77/249/CEE relativa libre circulación de abogados en el territorio UE y la 98/5/CE relativa a la libre establecimiento de abogados en la UE. Los resultados que arroja el estudio son favorables a la opinión mantenida por la Abogacía Europea y por la Abogacía española: las Directivas sectoriales de la profesión deben continuar en vigor porque constituyen una vía útil y complementaria para el ejercicio transfronterizo de la profesión. La inclusión plena en el régimen general acarrearía la obstaculización del ejercicio de la profesión en la UE, y la consiguiente merma en los servicios al ciudadano europeo. Señala, igualmente, algunos problemas que en su opinión pueden mejorarse como los relativos a la «doble deontología» o los regímenes de seguridad social, la aplicación de las normas para los denominados «abogados de empresa» o la necesidad de una simplificación en la inscripción y registro en otros organismos de otros países. Asimismo, realiza una serie de recomendaciones, como incluir en el ámbito de aplicación de las directivas a los despachos profesionales.

(13 de mayo de 2013)

50 AÑOS DE EFECTO DIRECTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN

El TJUE ha celebrado esta semana los 50 años de la sentencia Van Gend & Loos, gracias a la que los particulares pueden invocar directamente el Derecho de la Unión ante las autoridades y los tribunales nacionales. El 5 de febrero de 1963 el TJUE dictó la sentencia Van Gend & Loos, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal holandés, la *Tariefcommissie*. Dicho tribunal debía resolver un litigio entre la empresa de transportes neerlandesa Van Gend & Loos y la Administración tributaria holandesa, relativo a los derechos de aduana que la empresa debía abonar por la importación en los Países Bajos de ciertas mercancías procedentes de Alemania. La empresa de transportes alegaba que el tipo arancelario aplicado no respetaba la norma del Tratado CEE que prohibía que los Estados miembros aumentaran los derechos de aduana en sus relaciones comerciales mutuas. La Administración Tributaria sostenía, en cambio, que la empresa no podía invocar esa norma, ya que ésta se limitaba a establecer una obligación para con los demás Estados miembros. En su sentencia, el TJUE estableció uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, el principio de efecto directo. Según este principio, el Derecho de la Unión no sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados miembros, sino que produce efectos inmediatos en beneficio de los ciudadanos y de las empresas, atribuyéndoles derechos individuales que deben ser protegidos por las autoridades y los tribunales nacionales.

(13 de mayo de 2013)

12 NUEVAS ACCIONES PARA REFORZAR LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

La Comisión Europea ha dado a conocer una nueva iniciativa para reforzar los derechos de los ciudadanos de la UE mediante una serie de acciones que pretenden eliminar los obstáculos a los que siguen enfrentándose los ciudadanos en su vida cotidiana. El informe sobre la ciudadanía de la UE de 2013 expone 12 maneras concretas de ayudar a los europeos a hacer un mejor uso de sus derechos en la UE, desde buscar empleo en otro país de la UE hasta garantizar una mayor participación en la vida democrática de la Unión. Entre las propuestas principales figuran facilitar a la gente trabajo y formación en otro país de la UE; reducir el papeleo excesivo a los ciudadanos de la UE que viven y viajan por la UE y eliminar los obstáculos a las compras transfronterizas. En el Año Europeo de los Ciudadanos, el informe sobre la ciudadanía de la UE es la respuesta de la Comisión a las reiteradas reclamaciones de ciudadanos que han señalado problemas comunes al viajar, trasladarse o realizar compras en otro país de la UE.

(13 de mayo de 2013)

TERCER INFORME DE APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE

La Comisión Europea ha presentado el tercer informe anual de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 3 años después de haber adquirido carácter jurídicamente vinculante. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE tiene unas repercusiones cada vez más patentes. Dicho instrumento se está convirtiendo en un texto de referencia, no solo para las Instituciones de la UE en su labor legislativa, sino también para el TJUE y los tribunales nacionales de los Estados miembros, haciendo con ello de los derechos fundamentales una realidad para los ciudadanos europeos. El informe ilustra, con una variada muestra de casos sobre derechos fundamentales, que la UE sigue construyendo un sistema más coherente de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, va acompañado de un nuevo informe intermedio sobre la igualdad entre hombres y mujeres en 2012, y coincide con una serie de nuevas medidas destinadas a ampliar los derechos de los ciudadanos, incluidas por la Comisión en su informe sobre la Ciudadanía de la UE 2013.

(13 de mayo de 2013)

LA COMISIÓN EUROPEA AVANZA EN SU ESTRATEGIA DE INTEGRACIÓN DE LA ETNIA ROMANÍ

La Vicepresidenta de la Comisión Europea, responsable de Justicia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales, Viviane Reding, y el Comisario de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, László Andor, mantuvieron recientemente un encuentro con organizaciones de la sociedad civil sobre la integración de los romaníes en Europa. Este encuentro contó con representantes de la Oficina Europea de Información Romaní, la Fundación Europea

para la Educación Romaní, Amnistía Internacional y la Red Romaní de Organizaciones de base, entre otros. La reunión se produce antes de la publicación del nuevo informe de la Comisión Europea sobre el progreso en la implementación de las estrategias nacionales para la integración de los romanís, que está previsto que se adopte a lo largo de 2013.

(20 de mayo de 2013)

MAYOR PROTECCIÓN EN TODA LA UE A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

El Parlamento Europeo ha aprobado la propuesta de la Comisión Europea para una orden europea que proteja a las víctimas de violencia, en particular, de la violencia doméstica. La orden se reflejará en un Reglamento, en el que los ciudadanos que hayan sufrido violencia (en la mayoría de casos, mujeres), podrán confiar en obtener una orden restrictiva en su país de origen que sea efectiva en el resto de Estados miembros de la UE: la protección otorgada por la orden viajará con la víctima. En la práctica, la norma europea beneficiará particularmente a las mujeres, ya que 1 de cada 5 mujeres en la UE ha sufrido violencia doméstica, según recientes estadísticas. El voto favorable del Parlamento Europeo ha sido el siguiente paso tras el acuerdo político alcanzado por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros en el triálogo de febrero de este año. Se espera que los Ministros de Justicia de los Estados miembros adopten la propuesta de Reglamento en su próxima reunión, prevista los días 6 y 7 de junio. Tras su adopción, se publicará en el DOUE, entrando en vigor a los 20 días de su publicación. A partir de ese momento, los esfuerzos se centrarán en la implementación de la norma y en que los Estados miembros la apliquen, así como la Directiva 2012/29/UE, sobre los derechos de las víctimas.

(27 de mayo de 2013)

COBERTURA DE SEGURO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO

La Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, ha lanzado una consulta pública con el fin de recabar opiniones sobre la cobertura de seguro para la prestación de servicios transfronterizos. Los profesionales y las empresas deben ser capaces de prestar servicios en otro Estado miembro de la UE, libres de gravámenes. Es importante por tanto determinar cuáles son los requisitos de los seguros en dicho Estado miembro con el fin de que los profesionales y las empresas puedan obtener una cobertura de seguro adecuada en ese otro Estado miembro. El objetivo de esta consulta es por tanto determinar los riesgos y obstáculos a los que se enfrentan los profesionales y las empresas al tratar de obtener una cobertura de seguro para la prestación de servicios transfronterizos. Las contribuciones deben ser enviadas a través del cuestionario en línea. El plazo para la presentación de contribuciones finalizará el 16.08.2013.

(27 de mayo de 2013)

ESTADO DE DESARROLLO DEL SIS II

La Comisión Europea ha enviado al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE el informe sobre el Estado de desarrollo del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), correspondiente al período julio-diciembre 2012. Gracias al enfoque basado en los objetivos adoptado por todos los participantes, los retos surgidos durante el período de referencia se abordaron con éxito, lo que permitió al proyecto SIS II mantener el rumbo adecuado para la puesta en marcha programada para el primer trimestre de 2013. La realización prevista del ensayo completo, a principios de 2013, marcará el final de la serie de campañas de ensayo orientadas a lograr la madurez de la totalidad del sistema. Por lo tanto, el proyecto SIS II está actualmente a punto de alcanzar su fase final, es decir, la migración efectiva de datos entre el SIS 1+ y el SIS II. La transición final y a su debido tiempo al SIS II, incluida la adopción de una decisión sobre la fecha de conversión, constituye la prioridad máxima del siguiente periodo de referencia (enero-junio 2013).

(27 de mayo de 2013)

HACER DE LA MIGRACIÓN UN MOTOR DEL DESARROLLO

La Comisión Europea va a presentar su visión de la contribución que la migración y la movilidad pueden hacer a un desarrollo social, económico e integrador y de cómo reforzar la cooperación mundial en este ámbito. La Comunicación de la Comisión «Maximizar la repercusión de la migración en el desarrollo» constituirá la base de la posición común de la UE y sus Estados miembros en el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo, organizado por la Asamblea General de las Naciones Unidas para los días 3 y 4 de octubre de 2013. Este acontecimiento constituye una oportunidad única para que los responsables políticos y los profesionales reflexionen sobre el modo de trabajar en pos de una agenda mundial de la gobernanza de la migración que sea efectiva, integradora y respetuosa de los derechos, e identifiquen medidas para la promoción del papel de los migrantes como agentes de la innovación y el desarrollo.

(27 de mayo de 2013)

AVANCE SIGNIFICATIVO EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE ACCESO A UN ABOGADO

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea para garantizar el derecho de todos los ciudadanos a ser asesorados por un abogado en procesos penales se encuentra más cerca de su aprobación, tras el logro de las negociaciones entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE. La propuesta de Directiva incluirá a todo tipo de sospechosos y se les garantizará el derecho a ser atendidos por un abogado desde el principio del procedimiento hasta su conclusión. Cuando se arreste a un sospechoso, las nuevas normas asegurarán que la persona ha tenido la oportunidad de comunicarse con su familia. Si se encuentra fuera de su país de origen, tendrán derecho a estar en contacto con el consulado correspondiente.

(3 de junio de 2013)

ADOPCIÓN FORMAL DEL REGLAMENTO SOBRE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, reunido la pasada semana en Luxemburgo, ha adoptado formalmente el Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, tras su votación en el Parlamento Europeo el pasado 22 de mayo. La Comisión propuso el Reglamento dentro del paquete de medidas dirigidas a mejorar los derechos de las víctimas. La Directiva sobre las víctimas, que establece los derechos mínimos de las víctimas de delitos en toda la UE, ya figura en el repertorio legislativo europeo. Ambos instrumentos también complementarán la orden europea de protección de 13 de diciembre de 2011, que garantiza la libre circulación en toda Europa de las medidas de protección en materia de Derecho penal. La votación de hoy constituye un paso importante a la hora de colmar las lagunas en la protección de las víctimas de la violencia doméstica que deseen ejercer su derecho a la libre circulación en la UE. El Reglamento debe publicarse ahora en el Diario Oficial de la Unión Europea (el repertorio legislativo de la UE) y se aplicará desde el 11 de enero de 2015, sin la participación de Dinamarca.

(10 de junio de 2013)

NUEVAS Y AMBICIOSAS POLÍTICAS EN MATERIA DE MIGRACIÓN

La Comisión Europea ha publicado un informe sobre los avances experimentados en materia de inmigración y asilo durante 2012 y comienzos de 2013 que reclama una respuesta más coherente por parte de la UE. Esta demanda requiere, por un lado, reforzar y mejorar la gestión y las políticas de integración e inmigración legal y, por otro, modernizar y hacer más eficaz la gestión de los flujos de viajeros en las fronteras exteriores de la Unión. Esto exige, además, intensificar la lucha contra la trata de seres humanos y abordar mejor la migración ilegal sin dejar de velar, en todo momento, por el respeto de los derechos fundamentales tanto de los inmigrantes como de los solicitantes de asilo. La Comisión también espera que avance rápido su propuesta de establecer normas más claras y coherentes para los ciudadanos de terceros países que acuden a la UE a realizar estudios, investigaciones científicas u otro tipo de intercambios. Los Estados miembros deben velar sobre todo porque se adopten medidas eficaces que fomenten la integración. Los inmigrantes deben poder desarrollar todo su potencial en un entorno en que se respeten sus derechos fundamentales y que les permita ser partícipes de la prosperidad de nuestras sociedades. Resulta fundamental que los Estados miembros apliquen correctamente la Directiva relativa al permiso único que garantiza a los trabajadores procedentes de terceros países la igualdad de derechos en determinados ámbitos.

(17 de junio de 2013)

LUZ VERDE AL SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

El Parlamento Europeo ha apoyado la propuesta de la Comisión Europea sobre la creación de un sistema europeo común de asilo. El objetivo del SECA es que los Estados miembros

implementen el sistema, asegurando así un trata justo y humano a los demandantes de asilo en la UE. LA Comisaria de Asuntos de Interior, Cecilia Malmström, se ha congratulado por este logro, ya que ha venido siendo su principal objetivo desde su inicio de mandato. El SECA facilitará el acceso al procedimiento de asilo para los que busquen protección; contribuirá a unas decisiones en materia de asilo mejores, más justas y más rápidas; garantizará que las personas que tengan miedo a ser perseguidas no sean devueltas a una situación de peligro, y proporcionará unas condiciones dignas y decentes, tanto para los solicitantes de asilo como para las personas a las que se concede protección internacional en la UE.

(17 de junio de 2013)

DECLARACIÓN CONJUNTA SOBRE EL DÍA MUNDIAL DE LOS REFUGIADOS

Catherine Ashton, Alta Representante y Vicepresidenta de la Comisión; Cecilia Malmström, comisaria de Asuntos de Interior; Andris Piebalgs, comisario de Desarrollo, y Kristalina Georgieva, comisaria de Cooperación Internacional, Ayuda Humanitaria y Respuesta a las Crisis han publicado una declaración conjunta en el Día Mundial de los Refugiados en el que reconocen que *«La Unión Europea es una Unión basada en valores. El más valioso de ellos es la solidaridad con los menos afortunados y con los necesitados de nuestra ayuda para sobrevivir y vivir con dignidad. Por ello, la UE seguirá liderando a la comunidad internacional en la ayuda a las personas desplazadas de todo el mundo y en la acogida a los que buscan asilo contra la persecución y la guerra. Debe ofrecerse a los solicitantes de asilo con derecho a protección unas perspectivas de vida decentes y una oportunidad de contribuir a nuestras sociedades. Confiamos en que nuestra política europea común de asilo, que acaba de ser acordada, ayude a hacer realidad esa aspiración».*

(24 de junio de 2013)

CROACIA, 28º ESTADO MIEMBRO DE LA UE

Croacia se ha convertido en el 28.º Estado miembro de la UE desde el 1 de julio. Croacia es el primer país de los Balcanes Occidentales que se adhiere a la Unión Europea. Su adhesión es el resultado de un proceso de negociación que ha durado una década. Desde la solicitud formal de adhesión a la UE en 2003, Croacia ha llevado a cabo esfuerzos considerables y ha cumplido con todos los criterios de adhesión necesarios para ponerse en consonancia con las leyes y normas de la UE. Se han logrado importantes progresos en ámbitos tales como el Estado de Derecho, la lucha contra la corrupción, los derechos humanos y la protección de las minorías.

(1 de julio de 2013)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

POLÍTICA MIGRATORIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL MEDITERRÁNEO ESPAÑOL. EL IMPACTO DEL CONTROL MIGRATORIO EN LOS TRÁNSITOS DE LA MIGRACIÓN AFRICANA HACIA EUROPA (*)

TANIA GONZÁLEZ

*Doctoranda en Antropología Social, Universidad
de Estocolmo-Early Stage Researcher, CoHaB Marie Curie ITN
tania.gonzalez@socant.su.se*

SANDRA GIL ARAUJO

*Investigadora CONICET, Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG),
Facultad de Ciencias Sociales, Universidad d Buenos Aires. Integrante
del Grupo Interdisciplinario de Investigadoras Migrantes (GIIM)
sandragilaraujo@yahoo.es*

VIRGINIA MONTAÑÉS SÁNCHEZ

*Investigadora independiente
virginia.montanes@yahoo.es*

RESUMEN

Política migratoria y derechos humanos en el Mediterráneo español. El impacto del control migratorio en los tránsitos de la migración africana hacia Europa

Con el ingreso de España a la UE, el Mediterráneo se convirtió en la frontera sur de Europa y devino punto focal de la presión migratoria de África hacia Europa. Desde entonces, la lucha contra la inmigración irregular, el incremento de la vigilancia y el control migratorio y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración se han convertido en elementos centrales de la política migratoria española. La imposición de visados a los países africanos, el control fronterizo, el reforzamiento de la frontera de Ceuta y Melilla, el despliegue de Frontex, SIVE, Proyecto Seahorse, EUROSUR, los acuerdos de retorno, los patrullajes conjuntos del Atlántico y del Mediterráneo y la inclusión de la migración en las relaciones exteriores españolas con los países de emigración son

ABSTRACT

Migration policy and human rights in the Spanish Mediterranean. The impact of migration control in the transits of African migration to Europe

With the entrance of Spain into the EU, the Mediterranean became the southern border of Europe and a focal point of the migratory pressure from Africa to Europe. Since then, the fight against irregular immigration, the increased surveillance and migration control, and the cooperation with countries of migration transit and origin have become core elements of the Spanish migration policy. The imposition of visas to African countries, the border control, the reinforcement of the fence in Ceuta and Melilla, the Frontex development, EUROSUR, SIVE, the Seahorse Project, the return agreements, the joint surveillance patrols at the Atlantic and the Mediterranean, and the inclusion of migration as a theme in Spanish external relations with emigration countries are instruments of exter-

(*) Este artículo ha sido elaborado en base a la ponencia «Política migratoria, migración irregular y derechos humanos en el Mediterráneo español. El impacto del control migratorio en los tránsitos de la migración africana hacia Europa», presentada en el VII Congreso Migraciones Internacionales en España: Movilidad Humana y Diversidad Social, celebrado entre el 11 y 13 de abril de 2012 en Bilbao.

instrumentos de externalización y europeización de la política migratoria española.

En este artículo centraremos nuestra atención en los efectos que el control migratorio de la frontera marítima española tiene en los tránsitos de migrantes procedentes de África. Se tomará como caso de estudio las experiencias de personas migrantes llegadas de manera irregular a las costas andaluzas en el periodo 2010-2011. En particular, nos interesa explorar la vulneración de los derechos fundamentales a lo largo de las distintas etapas que componen el proceso migratorio: desde la salida de su lugar de origen y las experiencias del viaje por tierra, la situación de las personas migrantes en el mar, la interceptación de las embarcaciones, el desembarco y la retención. Analizaremos con mayor detenimiento los procesos de identificación, tratamiento y protección de grupos especialmente vulnerables, y las relaciones de género que atraviesan estas prácticas.

Palabras clave: control migratorio, externalización, migración irregular, fronteras marítimas, grupos vulnerables, Mar Mediterráneo, África, UE, España, Andalucía.

nalization and Europeanization of Spanish migration policy.

In this article, we focus our attention on the effects of migration control on the Spanish maritime border on the transit of migrants coming from Africa. The experiences of migrants who arrived irregularly in the Andalusian coast between 2010 and 2011 are taken as a case study. In particular, we are interested in exploring the violation of fundamental rights throughout the different stages that make up the migration process: starting at the place of origin and the journey experience on land, the situation of migrants at sea, the interception of vessels, landing and retention. We will discuss in more detail the processes of identification, treatment, and protection of particularly vulnerable groups, as well as the gender relations that are embedded within these practices.

Keywords: migration control, externalization, irregular migration, maritime borders, vulnerable groups, Mediterranean Sea, Africa, UE, Spain, Andalusia.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN FRONTERIZO DE LA UE: DESLOCALIZACIÓN Y EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO.
 - II. REFORZAMIENTO Y EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO EN EL MEDITERRÁNEO. EL CASO DE ESPAÑA.
 - A. Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE).
 - B. Proyecto Seahorse (Caballo de Mar).
 - III. EL IMPACTO DEL CONTROL MIGRATORIO EN LOS TRÁNSITOS DE LA MIGRACIÓN AFRICANA. RESULTADOS DE UN ESTUDIO EXPLORATORIO DESDE LAS COSTAS DE ANDALUCÍA.
 - A. Cambios en los perfiles de las personas llegadas a la costa.
 - B. Experiencias del viaje por tierra.
 - C. Principales vulneraciones de derechos en España.
 - IV. NOTAS FINALES.
- AGRADECIMIENTOS.
-

**I. INTRODUCCIÓN. EL RÉGIMEN FRONTERIZO DE LA UE:
DESLOCALIZACIÓN Y EXTERNALIZACIÓN
DEL CONTROL MIGRATORIO**

Malcom Anderson⁽¹⁾ define como regímenes fronterizos a los acuerdos bilaterales o multilaterales acerca de las fronteras con estados vecinos, las prácticas en torno a ellos, la administración y la gestión de los controles, los sistemas de policía, los acuerdos e instituciones para la cooperación transfronteriza. En estos regímenes están implícitas las distintas concepciones de las funciones que deben tener las fronteras, así como el significado y sentido que se les otorga. Los cambios en los regímenes fronterizos expresan también transformaciones en el sistema internacional. La desaparición de la confrontación Este-Oeste modificó profundamente las nociones de seguridad vigentes hasta entonces, dando lugar a la emergencia de un nuevo discurso que define la criminalidad como la principal fuente de amenazas al espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia. Mafias, narcotraficantes, «inmigrantes ilegales», tráfico de seres humanos, comercio ilegal de armas y de diamantes, crimen organizado y terrorismo, son algunos de los peligros que acechan a la UE y han reemplazado la confrontación con potencias o bloques extranjeros militarizados. Las medidas tomadas por los gobiernos de la UE tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 no han hecho más que radicalizar la visión y el tratamiento securitario de la migración Sur-Norte, Este-Oeste.

Uno de los indicadores más claros de la paulatina cristalización de un régimen fronterizo comunitario es la creciente externalización de los controles. La extensión de los visados, el desarrollo de redes de oficiales de enlace, la imposición de las normativas Schengen a los (hasta hace poco) candidatos a la ampliación, los acuerdos de readmisión con los países de origen o de tránsito de la inmigración y las sanciones a las compañías de transporte para que implementen los controles en las regiones de embarque, son algunas de las formas que adquiere el ejercicio de este *gobierno a distancia*⁽²⁾. Al mismo tiempo, una cantidad creciente de nuevos actores —empleados, servicios sociales locales, alcaldes, grupos policiales multinacionales, empresas, ONG, terceros estados— se van adhiriendo, como una especie de tentáculos artificiales, al cuerpo del Estado.⁽³⁾ Actualmente el control remoto se ha convertido en una característica intrínseca de la forma en que los estados y otros organismos internacionales imaginan y llevan a cabo el control fronterizo. Está escrito en la arquitectura conceptual del Acuerdo de Schengen de Europa y en la concepción sobre seguridad nacional de EE UU⁽⁴⁾.

(1) ANDERSON, MALCOM (2000), «The transformation of border controls: A European precedent?», en Andreas, Peter y Snider, Timothy (eds.), *The wall around the west. State border and immigration controls in North America and Europe*, Rowman and Littlefield Publishers.

(2) MILLER, PETER Y ROSE, NIKOLAS (1990), «Governing economic life», *Economy and Society*, vol. 19, n.º 1; GIL ARAUJO, SANDRA (2011), «Reinventing Europe's Borders. Delocalization and Externalization of the EU Migration Control through the involvement of Third Countries», Mechthild Bauman, Astrid Lorenz, Kerstin Rosenow (eds.), *Crossing and Controlling Borders. Immigration Policies and their Impact on Migrants' Journeys*, Budrich University Press, Leverkusen, Opladen.

(3) GUIRAUDON, VIRGINIE (2001), «De-Nationalizing Control: Analyzing State Responses to Constraints on Migration Control», en Guiraudon, Virginie y Joppke Christian (eds.) *Controlling a New Migration World*, Routledge, Londres.

(4) WALTERS, WILLIAM (2006), «Border/Control», *European Journal of Social Theory*, vol. 9, n.º 2.

Este paradigma de desplazamiento y externalización post años setenta ha reforzado viejos instrumentos que hacen uso de terceras partes (terceros estados, compañías privadas, autoridades locales) para el control de población inmigrante.⁽⁵⁾ Su incorporación ha tomado tres formas: un desplazamiento vertical, hacia arriba y hacia bajo de la administración estatal; un desplazamiento geográfico hacia otros territorios y una transferencia de responsabilidades hacia el sector privado y los Gobiernos de terceros países. Estas iniciativas pueden ser entendidas como la aplicación de tecnologías de gobierno neoliberales, que posibilita el ejercicio de un *gobierno a distancia*. Desde la perspectiva de los *Governmentality Studies*, o estudios de la gubernamentalidad, gobernar del modo liberal avanzado significa crear una distancia entre las decisiones de las instituciones políticas formales y otros actores sociales, concebir a esos actores como sujetos de responsabilidad y elección e intentar actuar sobre ellos a través de su libertad. Es importante no interpretar esta transferencia del ejercicio de ciertas funciones por parte del Estado como el abandono de actividades en otras épocas bajo su jurisdicción. Delegación no significa pérdida del control. Por el contrario, el cambio en el entramado de funciones estatales y una mayor complejidad público/privado son rasgos de la forma de gobierno liberal avanzado. Ciertas funciones anteriormente en manos estatales se transfieren a otros agentes y actores políticos y sociales, que pueden ser empresas, ONG, administraciones públicas, instancias supranacionales o terceros estados. Lo que se manifiesta no es una retirada del Estado, sino un despliegue del arte de gobierno a lo largo de una red conformada por diversos actores y espacios, que encadenan obligaciones, lealtades y responsabilidades. De esta manera, el gobierno de la inmigración se ejerce, más que desde un aparato centralizado del Estado, a través de múltiples actores y agencias, de diversos ámbitos y niveles, que permiten la optimización, racionalización y economización de los recursos y la superación de ciertas tensiones. Estas formas de gobierno a distancia están menos expuestas al escrutinio, porque no todos los actores tienen la misma capacidad de acción desterritorializada. Si los derechos de las personas extranjeras pueden ser defendidos mejor en el marco nacional, la proliferación de medidas de *no llegada*, *desviación* y *disuasión* apuntarían a evitar la instalación de esas personas en el territorio, ya que una vez asentados es mucho más difícil desandar el camino. En este marco, cobran sentido los arbitrarios rechazos en frontera y esas *tierras de nadie* que pretenden ser las zonas internacionales de retención/detención de los aeropuertos, donde la asistencia jurídica y el contacto con ONG se tornan muy difíciles. De esta manera parece resolverse uno de los mayores dilemas de los Gobiernos europeos: la tensión entre las obligaciones humanitarias y el imperio de la *realpolitik*.

Con este telón de fondo, nuestro artículo explora las formas concretas que adquiere el proceso de externalización del control migratorio europeo, tomando a España como caso de estudio. A continuación se detallan los distintos instrumentos de control y sistemas de vigilancia implantados por el Estado español para el control migratorio del mediterráneo, que en muchos casos incluyen a los países africanos. Posteriormente se presentan los resultados de un estudio exploratorio llevado a cabo en Andalucía sobre el impacto de

(5) GIL ARAUJO, *op. cit.* Sobre la inclusión de compañías de seguridad privadas en el control migratorio europeo ver LEMBERG-PEDERSEN, MARTIN (2012), «Private security companies and the European borderspaces», Gammeltoft-Hansen, Thomas y Sorensen, Ninna (eds.) *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration*, Londres, Routledge.

estas iniciativas en los tránsitos de la migración africana hacia Europa. En particular nos interesa destacar la vulneración de los derechos fundamentales a lo largo de las distintas etapas que componen el proceso migratorio. Analizaremos con mayor detenimiento los procesos de identificación, tratamiento y protección de grupos especialmente vulnerables y las relaciones de género que atraviesan estas prácticas.

II. REFORZAMIENTO Y EXTERNALIZACIÓN DEL CONTROL MIGRATORIO EN EL MEDITERRÁNEO. EL CASO DE ESPAÑA

La construcción de la política migratoria española se ha visto condicionada por su relación con la UE. En 1986 su entrada en la Comunidad Económica Europea redefinió el tema migratorio: el control de las fronteras españolas se convirtió en una cuestión de interés europeo. En consecuencia, en los años ochenta el «problema de la migración» pasó a ser un asunto de Estado. Aunque el número de inmigrantes que ingresaban en ese momento al territorio español era poco significativo, en 1984 España ratificó una ley de asilo y en 1985 la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros.⁽⁶⁾ La política y prácticas gubernamentales en el tema de la inmigración estuvieron directamente relacionadas con la definición del país como la puerta sur de la «Fortaleza Europea».⁽⁷⁾ Hace una década el gobierno español comenzó a firmar acuerdos bilaterales de readmisión que suponen la plasmación local de las directrices establecidas y desarrolladas por la Unión Europea. En este marco, España ha reorientado su política exterior articulándola con su política migratoria hacia países africanos, muy especialmente la política de cooperación al desarrollo, tal como recomendaba un documento de la Presidencia Austríaca de la UE en el año 1998.⁽⁸⁾ Entre los países de mayor interés para los objetivos del gobierno español se encuentran Mauritania, Senegal, Cabo Verde, Gambia y Níger. Entre los instrumentos de esta nueva faceta de la política exterior española hacia los países del África subsahariana, cabe destacar los Planes de Acción para África Sub-Sahariana, más comúnmente conocidos como Plan África.⁽⁹⁾

España ha firmado dos tipos de acuerdos bilaterales con los países africanos en lo referente a la readmisión de inmigrantes no europeos en situación irregular. Por un lado los acuerdos específicos de readmisión, con Marruecos, Argelia, Guinea-Bissau y Mauritania. Por otra parte los Acuerdos Marco de cooperación sobre migraciones, más recientes y más acordes con los objetivos de la política exterior española y europea, con Gambia, República de Guinea y Cabo Verde.⁽¹⁰⁾

(6) COLECTIVO IOE (2001), «Política migratoria española en el marco europeo», 4.º Meeting internazionale di Loreto. Europa: dialogo tra le culture, una sfida. Europa ed immigrazione: politiche europee di integrazione, disponible en: <<http://www.colectivoioe.org/uploads/8cc46c7a8fa7d16010b725f89eaf3126d390c0f3.PDF>>.

(7) Para un análisis pormenorizado de la política migratoria española en el marco de la UE ver Colectivo IOE, *op. Cit.*

(8) GIL ARAUJO, *op. Cit.*

(9) *Plan Africa 2006-2008 y Plan Africa 2009-2012*. Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Relaciones Internacionales. Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

(10) ASÍN, M. ASUNCIÓN; GIL, SANDRA; GODENAU, DIRK; LEÓN, JUAN S.; LÓPEZ-REILLO, PALOMA; MONTAÑÉS, VIRGINIA; ZAPATA, VICENTE, M. (2011) *Treatment of Third Country Nationals at the EU's External Borders. Background report Spain*, ICMPD. Inédito.

Además hay que añadir otros acuerdos menos formales, pero no menos importantes en la práctica, que disponen los métodos de cooperación internacional para la readmisión. En particular los Memorandos de Entendimiento con Ghana (2005), Senegal (2006), y Malí (2007). El principal problema que plantean estos instrumentos es el acceso a su contenido, ya que no se publican en el Boletín Oficial del Estado de España y sólo están disponibles extraoficialmente, por ejemplo a través de la prensa.⁽¹¹⁾

La red Migreurop⁽¹²⁾ ha declarado que la firma de estos acuerdos —que implican la implantación de sistemas de seguridad y control en los territorios africanos, como las patrullas de FRONTEX o de la Guardia Civil de la frontera sur de Europa, y más recientemente la implementación de EUROSUR⁽¹³⁾— se han extendido a Marruecos, Mauritania, Senegal, Gambia, Guinea Bissau y Malí.⁽¹⁴⁾ Avanzando en el proceso de externalización de la política migratoria de la UE, en el denominado marco de Cooperación con países de África, España ha financiado la construcción de un Centro de Detención de Inmigrantes en Nuadibú (Mauritania), que fue denunciado por Amnistía Internacional⁽¹⁵⁾ como *Guantanamo*. Administrado por la Media Luna Roja de Mauritania, con el apoyo de la Cruz Roja Española, el principal objetivo oficial del centro es «acoger» a las personas migrantes interceptadas o expulsadas de España, en espera de su transferencia a las fronteras de Senegal o Malí.⁽¹⁶⁾

En cuanto a los acuerdos bilaterales sobre menores extranjeros no acompañados (MENA), hasta la fecha España ha firmado acuerdos con Rumanía (2005)⁽¹⁷⁾, Senegal (2006)⁽¹⁸⁾ y Marruecos (firmado en 2007 pero sin entrar en vigor aún).⁽¹⁹⁾ La naturaleza de estos «acuerdos» no es normativa, y no están, por tanto, sujetos al Derecho Internacional, su objetivo no es otro que impedir la circulación irregular de este grupo de inmigrantes en España.⁽²⁰⁾

(11) *Ibidem*.

(12) Migreurop (2010) *En las fronteras de Europa. Controles, confinamientos, expulsiones. Informe 2009-2010*, Donostia/San Sebastián: Gakoa Liburuak, disponible en:

http://www.apdha.org/media/Informe_Migreurop_2010.pdf

(13) EUROSUR (European External Borders Surveillance System) es un sistema integrado para la gestión conjunta de las fronteras exteriores de la UE a través de centros de coordinación nacional que ha comenzado a implementarse durante 2012 y 2013. Para LEMBERG-PEDERSEN (*op. cit.*, 156) la creación de la base de datos de EUROSUR es un ejemplo de la tercerización de la investigación y el desarrollo de sistemas de control fronterizo, que involucra una importante cantidad de sub-contrataciones.

(14) España colabora con Marruecos en patrullas navales conjuntas en el Mar Mediterráneo y el Océano Atlántico desde el 2003, y con Mauritania desde el año 2006. Migreurop, *op. Cit.*

(15) AMNISTÍA INTERNACIONAL (2008), «Mauritania's Guantanamo», *The Wire*, Vol. 38, n.º 4.

(16) Más información en CEAR (2008), *Informe Evaluación Centro de Detención de Inmigrantes en Naouadhibou (Mauritania)* Madrid: CEAR, disponible en: <<http://www.pear.es/files/Informe%20CEAR%20Nouadhibou%202009%20.pdf>>.

(17) BOE n. 195, 16 agosto 2006.

(18) BOE n. 173, 18 julio 2008.

(19) Boletín Oficial de las Cortes Generales, n. 420, 14 septiembre 2007.

(20) ASÍN et al. *op. cit.* El contenido de estos acuerdos podrían incluir el apoyo financiero para la creación de unidades de protección de menores, especialmente en las zonas de origen (construcción de centros de acogida), las acciones que implican la formación profesional, programas para instruir a los maestros sobre el bienestar infantil, con especial énfasis en menores no acompañados, o actividades dirigidas a informar a los menores de los riesgos involucrados en la migración irregular.

A. Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE)

Aunque el control de las fronteras y vigilancia marítima se implementan en colaboración con la Agencia europea FRONTEX, desde el final de la década de 1990 el gobierno español ha invertido fuertemente en el control fronterizo marítimo y ha desarrollado un sistema, el SIVE, que se ha convertido en un modelo para los países de la UE. El Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE) es operado por la Guardia Civil. Combina radar de largo alcance, cámaras térmicas, equipos de visión nocturna, rayos infrarrojos, helicópteros, etc., con el fin de identificar a una pequeña embarcación y estimar el número de personas a bordo a 5-10 km de la costa. La información se envía a un comando central, desde donde los barcos, helicópteros y coches están coordinados.⁽²¹⁾

El SIVE fue implementado por primera vez en la costa norte del Estrecho de Gibraltar, en Algeciras en 2002 y en Málaga en 2003. En 2004 se extendió a Cádiz, Granada y Ceuta. El Partido Socialista, opuesto al SIVE cuando el Partido Popular estaba en el gobierno, ha desarrollado el sistema durante su último gobierno. Desde el año 2007 cubre toda la costa andaluza. En 2009, el sistema se extendió a Murcia, Alicante, Valencia, Castellón y Baleares. Entre 2006 y 2008 el SIVE también se ha desarrollado en las Islas Canarias. En los próximos años, cubrirá todas las fronteras españolas del Mediterráneo y el Atlántico, entre ellos Tarragona, Barcelona, Girona (Cataluña), Pontevedra y A Coruña (Galicia).

Gráfico 01. SISTEMA INTEGRADO DE VIGILANCIA EXTERIOR (SIVE)



Fuente: Ministerio de Interior, 2011

(21) CARLING, JØRGEN (2007) «Migration control and migrant fatalities at the Spanish-African borders», *IMR*, vol. 41, n. 2; KREIENBRINK, AXEL (2011) «Regularizations as part of policies against irregular migration and their impact on migrants: the case of Spain», en Mechthild Bauman, Astrid Lorenz, Kerstin Rosenow (eds.) *Crossing and Controlling Borders - Immigration Policies and their Impact on Migrants' Journeys*, Budrich University Press, Leverkusen, Opladen.

La puesta en marcha del SIVE ha generado discursos enfrentados. Por el lado oficial, se defiende que evitan tragedias y frenan a las redes criminales. En este sentido es clave el concepto de riesgo (*risk*) que actúa de engranaje entre el discurso humanitario y el de la lucha contra el crimen organizado en tanto «proporciona el lenguaje despolitizado necesario para convertir las embarcaciones de migrantes en una amenaza abstracta para la frontera externa». ⁽²²⁾ Por otro lado, las ONG humanitarias, la Iglesia y muchos políticos locales de las zonas afectadas argumentan que se trata de una medida represiva y que el dinero se emplearía mejor en ayuda al desarrollo en los países de origen. ⁽²³⁾

Amnistía Internacional (AI) sostiene que la externalización de los controles fronterizos puede impedir que los solicitantes de asilo ejerzan su derecho a buscar y disfrutar del asilo, así como aumentar el riesgo de exposición a malos tratos en los países de tránsito. El aumento de las interceptaciones de migrantes y solicitantes de asilo en el mar suscita preocupación con respecto a la efectividad del derecho a solicitar asilo o reclamar otros derechos, ya que en tales circunstancias la supervisión judicial y pública de la situación es muy limitada. ⁽²⁴⁾ Al mismo tiempo, AI ha denunciado que las medidas adoptadas para impedir el ingreso de personas indocumentadas en España (sobre todo por la frontera sur, Islas Canarias, Ceuta y Melilla, la costa de Andalucía y Baleares) están violando la prohibición de devolución del artículo 3 de la Convención contra la Tortura. ⁽²⁵⁾

B. Proyecto *Seahorse* (Caballo de Mar)

El Proyecto *Seahorse* fue presentado en 2005 con el apoyo financiero del Programa AENEAS de la Comisión Europea. Está liderado por España a través del Ministerio del Interior y gestionado operativamente por el Fiscal General y el servicio de Fronteras de la Guardia Civil. El objetivo principal es controlar la inmigración ilegal por mar. Posteriormente, la Comisión Europea aprobó el Proyecto «Red *Seahorse*», que estableció una red segura vía satélite destinada a intercambiar información relacionada con la «lucha contra la inmigración ilegal». El sistema de satélites da seguimiento a los movimientos de las embarcaciones de migrantes de la costa norte de África. Para ello, el proyecto estableció y proporcionó equipos a los puntos de contacto locales en Mauritania, Cabo Verde, Senegal y Portugal, así como al Centro de Cooperación Fronteriza del Atlántico Sur, en Las Palmas de Gran Canaria. Este proyecto fue reemplazado por el «*Seahorse Cooperation Centres*», el cual transformó los puntos de contacto locales en Centros de Coordinación, similares al Centro de Coordinación Regional de Canarias (CCRC).

(22) ANDERSSON, RUBEN (2012a) «A game of risk: Boat migration and the business of bordering Europe», *Anthropology Today*, vol. 28 n.º 6, p. 9.

(23) CARLING, 2007, *op. cit.*

(24) AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009) *España. Información para el Examen Periódico Universal de la ONU*, EUR 41/013/2009, p. 39, disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR41/013/2009/en/11ef8c03-e52e-4816-9183-391cda1af990/eur410132009es.pdf>>.

(25) *Ibidem.*

Gráfico 02. RED SEAHORSE DEL ATLÁNTICO



Fuente: Ministerio del Interior, 2011.

Según el Ministerio del Interior español, uno de los logros más importantes de estos proyectos ha sido la red *Seahorse* del Atlántico, que hace posible la coordinación y el intercambio de información entre los países involucrados.⁽²⁶⁾ Esta red está compuesta por diez centros establecidos en Mauritania (2), Marruecos (1), Senegal (1), Gambia (1), Guinea-Bissau (1), Cabo Verde (1), Portugal (1) y España (2, gestionados por la Guardia Civil). Se espera la futura creación de otras agencias dentro de la Red Seahorse Atlántico.

Tanto el proyecto *Seahorse* como el SIVE y los acuerdos bilaterales con terceros países ejemplifican los alcances e implicaciones de la configuración de un régimen fronterizo de externalización del control migratorio que, como se verá a continuación, mediante el ejercicio de un *gobierno a distancia* de la inmigración, aumenta los riesgos a los que se enfrentan las personas migrantes.

(26) <<http://www.la-moncloa.es/IDIOMAS/9/Gobierno/News/2011/19012011Immigrants2010.htm>>.

III. EL IMPACTO DEL CONTROL MIGRATORIO EN LOS TRÁNSITOS DE LA MIGRACIÓN AFRICANA. RESULTADOS DE UN ESTUDIO EXPLORATORIO DESDE LAS COSTAS DE ANDALUCÍA⁽²⁷⁾

La expansión y la proliferación de diferentes instrumentos de vigilancia y control han impulsado el desplazamiento geográfico de las rutas de migración. En primer lugar, desde el Estrecho de Gibraltar a los lados del Atlántico, y más tarde a Granada y Almería. Como consecuencia de los controles de España y Marruecos, a partir de 1994 los puntos de partida para los cruces marítimos se trasladaron más al sur, y comenzaron a efectuarse desde las costas de Sahara Occidental, Mauritania, y Senegal hacia las Islas Canarias. El aumento de la vigilancia ha generado cambios técnicos y organizativos en los sistemas de transporte y también en la composición del flujo migratorio, en términos de regiones de origen, edad y género. Algunas ONG han denunciado que el mayor control no es un obstáculo para la migración, pero pone a quien migra en una situación muy vulnerable. Tienen que tomar rutas más largas con más riesgos para sus vidas (APDHA, SOS Racismo, Migragroup, Red Acoge).

En la década de 1980 la mayoría de las personas migrantes eran marroquíes, y su destino final no era España, sino Francia y otros países europeos. Desde principios de 1990, sin embargo, España se ha convertido cada vez más en un país de destino. A pesar de eso, según la Encuesta Nacional de Inmigrantes, la proporción de personas que llegan por vías irregulares (pateras, cayucos) era sólo del 1% en 2007 en relación al total de inmigrantes llegados a España por otros medios.⁽²⁸⁾ Sin embargo, las personas que han llegado bien por Ceuta o Melilla o por embarcaciones irregulares representan en torno al 35% de las retenidas en centros de internamiento, según un informe de CEAR.⁽²⁹⁾

Al mismo tiempo, un creciente número de migrantes no son originarios de Marruecos sino de África subsahariana. La Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA) ha señalado que en la actualidad este es el grupo más numeroso de personas llegadas a las costas españolas, si bien los países de origen parecen estar cambiando: están disminuyendo las procedentes de Senegal, mientras aumentan las llegadas de Malí y Guinea.

La tendencia actual en el norte de África se orienta a la migración de tránsito más que a la emigración de origen. Marruecos se ha visto transformado en un país de paso para los flujos migratorios hacia Europa, y a su vez en un Estado-tapón en la gestión de las fronteras exteriores de la UE en base a acuerdos políticos e institucionales muy sensibles a las relaciones diplomáticas entre España y Marruecos.⁽³⁰⁾

(27) Trabajo basado en resultados obtenidos en el marco de la primera fase del proyecto europeo «*Treatment of Third Country Nationals at the EU's External Borders*» financiado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) y coordinado por el International Centre for Migration Policy Development (ICMPD). El informe final de esta fase se puede descargar en: <<http://fra.europa.eu/en/publication/2013/fundamental-rights-europes-southern-sea-borders>>.

(28) REHER SULLIVAN, DAVID Y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M. ISABEL (coord.) (2009) *La inmigración en Andalucía: principales resultados de la Encuesta Nacional de inmigrantes 2007*, Sevilla: Consejería de Economía y Hacienda, Instituto de Estadística de Andalucía, disponible en: <<http://www.juntadeandalucia.es:9002/eni/2007/eniInforme2007.pdf>>.

(29) CEAR (2009) *Informe técnico sobre la situación de los centros de internamiento para extranjeros en España*, disponible en: <http://www.icam.es/docs/ficheros/200912110006_6_1.pdf>.

(30) LÓPEZ SALA, ANA MARÍA (2012) «Donde el Sur confluye con el Norte: Movimientos migratorios, dinámica económica y seguridad en las relaciones bilaterales entre España y Marruecos», en *Documentos CIDOB Migraciones 24*.

Al ser tan difícil y costoso completar el tramo final del viaje hacia Europa, muchos emigrantes subsaharianos se han convertido *de facto* en inmigrantes del norte de África, al carecer de fondos para llegar a Europa o para regresar a sus países de origen, viviendo en pésimas condiciones en distintos puntos de Marruecos.⁽³¹⁾ Médicos Sin Fronteras, a través de un censo realizado en 2010, estimaba que había 4.500 migrantes subsaharianos en Marruecos. El 39% de las personas entrevistadas reconoció haber sufrido algún tipo de violencia, la cifra se eleva hasta el 45% en el caso de las mujeres.⁽³²⁾ Una encuesta realizada por la misma organización en 2012 reveló que más del 50% de las personas entrevistadas llevaban en Marruecos más de 6 meses; por encima de un 25% llevaban de seis meses a un año; casi una cuarta parte entre uno y cinco años; y un 7% más de cinco años.⁽³³⁾ En este período la cifra de personas que afirmaban haber sufrido algún tipo de violencia en Marruecos alcanza un 63%. MSF asegura que cuanto más tiempo pasan estas personas en Marruecos más se incrementa su vulnerabilidad al verse expuestas a políticas y prácticas que les discriminan, además de padecer precarias condiciones de vida con un fuerte impacto en su salud física y mental, y también violencia criminal e institucional. Según el último informe de 2013 la violencia ejercida por la fuerzas de seguridad (principalmente marroquíes pero también la Guardia Civil española) se ha disparado a partir de diciembre de 2011, y muy especialmente durante el verano de 2012.

Estos *viajes fragmentados* descritos por Michael Collyer son cada vez más frecuentes, largos y peligrosos, poniendo de manifiesto el error de asumir la migración como una transición rápida, predefinida y directa entre un punto de salida y otro de llegada. Para comprender la complejidad de estos procesos es necesaria una perspectiva de más largo recorrido que abarque la totalidad del trayecto migratorio en vez de limitarse a analizar la situación más reciente. Como apunta Collyer, el desarrollo de la migración fragmentada y la situación resultante de migrantes desamparados demanda una mayor atención al significado del viaje en el trabajo académico y político sobre las migraciones.⁽³⁴⁾

Según cifras del Ministerio del Interior en el año 2012 hubo una disminución significativa en el número de personas que llegaron a las costas españolas, si se compara con años anteriores: 5.441 en 2011 frente a 3.804 en 2012, lo que supone una disminución del 30% de las llegadas. Si durante la década 2001-2005 el porcentaje de inmigrantes que llegaron a las costas españolas creció un 12%, en el período 2006-2012 se registró un descenso del 90.3%.

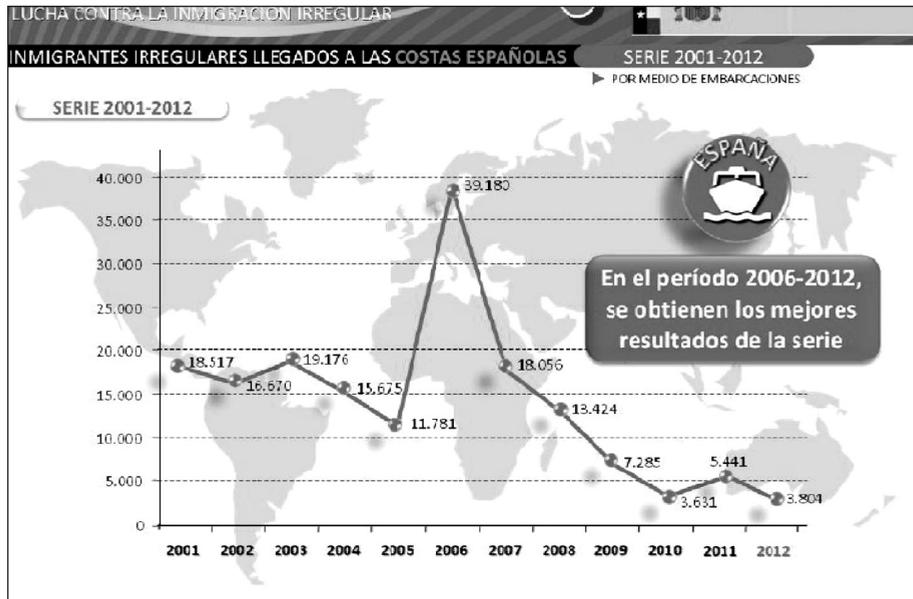
(31) CARLING (2007), *op. cit.*, p. 317; HAAS, HEIN DE (2007), *The myth of invasion. Irregular migration from West Africa to the Maghreb and the European Union*, Oxford: IMI, p. 21

(32) Médicos Sin Fronteras (2010) *Violencia sexual y migración: la realidad oculta de las mujeres subsaharianas atrapadas en Marruecos de camino a Europa*, disponible en: <<http://www.atrapadosenmarruecos.org/doc/violencia-sexual-y-migracion-2010.pdf>>.

(33) Médicos Sin Fronteras (2013) *Violencia, vulnerabilidad y migración: atrapados a las puertas de Europa*, disponible en: <http://www.atrapadosenmarruecos.org/doc/informemarruecos2013_cast.pdf>.

(34) COLLYER, MICHAEL (2010) «Stranded migrants and the fragmented journey», en *Journal of Refugee Studies*, Vol. 23, No. 3.

Gráfico 03. INMIGRANTES IRREGULARES LLEGADOS A COSTA 2001-2012



Fuente: Ministerio de Interior, 2013.

Es muy difícil determinar el número de personas que cruzan la franja de mar que separa Marruecos de Andalucía, las cifras varían dependiendo de la fuente de consulta. Según APDHA en Andalucía el volumen global es muy similar entre 2011 con 3.357 llegadas y 2012 con 3.318, pero se incrementa notablemente la llegada de inmigrantes a la provincia de Cádiz, mientras que descienden las llegadas a las provincias de Granada y Málaga. La asociación considera muy probable que este cambio de ruta se deba a la creciente dificultad de encontrar en el norte de Marruecos lanchas neumáticas o pateras al margen de los pasadores o las mafias organizadas, mientras que en la zona de Tánger les puede resultar más accesible adquirir una balsa hinchable casi de juguete a pesar de la mayor peligrosidad y de tener que pagar un precio desproporcionado que en ocasiones supera seis veces su precio original.⁽³⁵⁾

La zona de Levante también está experimentando cierto aumento de las embarcaciones que llegan a sus aguas, el número de detenciones de inmigrantes en estas costas se ha incrementado a lo largo de los últimos años, en contraste con la disminución de capturas en las Islas Canarias.⁽³⁶⁾

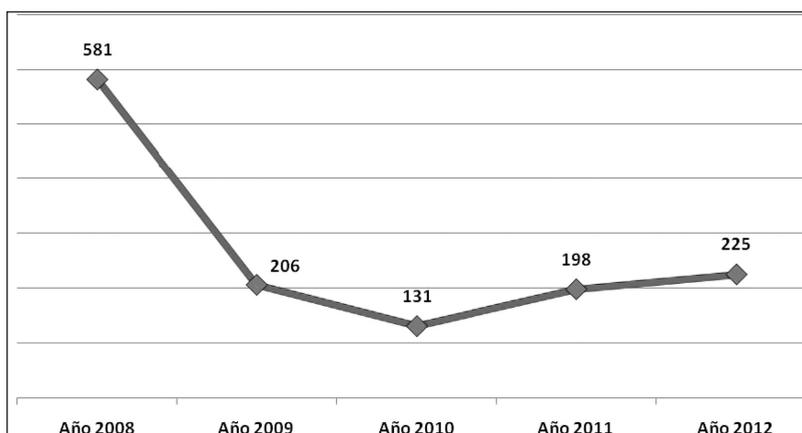
(35) APDHA (2013). *Derechos humanos en la Frontera Sur 2013*, Sevilla: Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, disponible en: <http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf>.

(36) PICUM (2010) *Preocupaciones principales de PICUM sobre los derechos fundamentales de los migrantes indocumentados en Europa*, Bruselas: Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados, p. 72, disponible en: <<http://www.picum.org/sites/default/files/data/Publications/Annual%20Concerns%202010%20ES.pdf>>; APDHA (2010) *Derechos humanos en la Frontera Sur 2009*, Sevilla: Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, p. 10, disponible en: <http://www.apdha.org/media/informeFS2009.pdf>; y MIGREUROP, *op. cit.* p. 22.

El aumento de detenciones en las costas andaluzas podría estar indicando el resurgimiento de esta ruta. Según APDHA, las personas procedentes de Argelia no van a Marruecos para viajar a España, sino que van directamente de las costas argelinas a las costas levantinas, aunque el viaje es más largo y peligroso; 1.355 de las personas detenidas en 2009 eran de Argelia.⁽³⁷⁾ Otro dato a destacar es el aumento de sistemas cada vez más precarios para intentar arribar a las costas españolas, como pequeñas embarcaciones hinchables. En otro informe, APDHA apunta que es sorprendente que esta nueva situación no haya producido más víctimas mortales, o que tal vez se desconozca su trágico alcance.⁽³⁸⁾

Las declaraciones oficiales afirman que estos datos demuestran la eficacia de las medidas adoptadas para contrarrestar la migración irregular, como el aumento de la policía en las fronteras, las barreras marítimas financiadas por España y la UE, la participación de FRONTEX, así como los acuerdos de cooperación mencionados.⁽³⁹⁾ Sin embargo, todas estas «*securitising practices*»⁽⁴⁰⁾ y los millones de euros gastados en la creciente industrialización del trabajo fronterizo o *technobusiness*⁽⁴¹⁾ lejos de reducir las muertes de personas que intentan cruzar la frontera sudoeste de Europa han sido testigos directos de su incremento en los dos últimos años: 225 en 2012, según APDHA (gráfico 04).

Gráfico 04. N.º VÍCTIMAS DE INMIGRACIÓN CLANDESTINA



Fuente: APDHA, 2013.

(37) APDHA, 2010, *op. cit.* p. 14.

(38) APDHA (2013), «Derechos humanos en la Frontera Sur 2013, Sevilla: Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía», disponible en: <http://www.apdha.org/media/fronterasur_2013_web.pdf>.

(39) MINISTERIO DEL INTERIOR (2011), *Lucha contra la inmigración ilegal. Balance 2010*, disponible en: <http://www.mir.es/DGRIS/Balances/Balance_2010/pdf/bal_inm_ilegal_2010_mir.pdf>;

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2009a) *Spain: Briefing to Committee against Torture*, Londres: Amnesty International Publications, p. 39, disponible en: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR41/011/2009/en/632db7f4-3cec-4551-a3d2-8c26752245e4/eur410112009en.pdf>>.

(40) LÉONARD, SARAH (2010), «EU border security and migration into the European Union: FRONTEX and the securitisation through practices», *European Security*, 19:2, 233.

(41) ANDERSSON, RUBEN (2012), «FRONTEX y la creación de la frontera euroafricana: golpeando la valla ilusoria», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 28.

A continuación presentamos los datos de un estudio de caso, recopilados durante el trabajo de campo desarrollado en el marco de un proyecto europeo entre los meses de abril y septiembre del 2011, principalmente en Andalucía, entre las provincias de Granada, Málaga y Cádiz. Se realizaron un total de 44 entrevistas en profundidad agrupadas en tres tipologías de informantes: (1) varones, mujeres y menores no acompañados llegados por vía irregular a algún punto de la costa andaluza y retenidos en CIE o residentes en Centros de Acogida; (2) autoridades que intervienen directa o indirectamente en las operaciones de rescate y la atención socio-sanitaria de las personas migrantes interceptadas en el mar; y (3) otros actores sociales como ONGs, asociaciones de migrantes o redes informales de apoyo.

A. Cambios en los perfiles de las personas llegadas a la costa

En nuestro trabajo de campo, las y los migrantes entrevistados provienen de Camerún, Nigeria, Ghana, Costa de Marfil y Argelia.⁽⁴²⁾ La mayoría tiene menos de 30 años. En todos los casos llegaron a las costas andaluzas entre 2010 y 2011 y habían iniciado su viaje por mar en Marruecos (Alhucemas, Nador, Oujda), excepto un joven argelino que partió de su país hacia Almería. El tiempo de viaje desde Marruecos varía entre 15 y 24 horas. Por el relato de las personas entrevistadas, la mayoría de las embarcaciones utilizadas fueron zodiac con entre 35-45 personas a bordo. Los principales motivos de la migración son: vínculos familiares en Europa (Argelia), subsistencia de la familia (Ghana, Nigeria) y los hijos (Nigeria), persecución política (Costa de Marfil), conflicto armado (Costa de Marfil), conflictos religiosos (Ghana), violencia política (Ghana), violencia contra mujeres y niñas (Camerún).

Motril (Granada) es la zona que registraba mayor número de llegadas en este periodo, aunque hubo un descenso a partir de 2007-2008 continuaban produciéndose de media 3-4 llegadas al mes. También desde el año 2007 se han ido reduciendo los arribos de nacionales de Marruecos y aumentando el número de personas de origen subsahariano, al tiempo que las rutas variaban y se desviaban hacia el Este (Almería, Murcia, Valencia, Baleares...). Estos cambios han estado acompañados por un incremento en la llegada de mujeres (entre un 10 y un 15%), especialmente mujeres en avanzado estado de gestación, y menores de 0-6 años. En la zona de Algeciras-Tarifa este cambio se produjo con anterioridad, entre los años 2000-2003, aunque la primera llegada registrada de una mujer fue en 1992.

El caso es que, por ejemplo, ha aumentado el flujo de mujeres que llegan embarazadas, con niños. Ha disminuido el número de llegadas de menores en patera...si, porque...porque también ha disminuido la inmigración de marroquíes, y aumentaron de subsaharianos, o sea ha habido como una transformación, pero no llega nunca a equipararse a la llegada masiva que venía de hace ya tiempo, en los años desde el 2003, 2004 hasta el 2007, 2008

(42) De las personas entrevistadas, 6 varones y 11 mujeres. De los varones, 1 de Argelia, 1 de Costa de Marfil, 2 de Ghana, 2 de Senegal. De las mujeres, 4 eran de Nigeria, 2 de Ghana, 2 de Camerún y 3 de Costa de Marfil. De las mujeres procedentes de Nigeria dos llegaron embarazadas, una dio a luz en la patera, otra viajó con un niño de un año y su marido, que fue deportado. Una de las mujeres de Camerún viajó embarazada, con dos hijos pequeños, una hija de 14 años y su nieto (hijo de su hija). Un varón y una mujer de Ghana son un matrimonio, viajaron juntos y dejaron dos hijos en su país de origen.

si no me equivoco, había una barbaridad, o sea, era prácticamente todos los días y, a lo mejor, incluso en algunas ocasiones, dos. [Policía Nacional]

Gran parte de las mujeres entrevistadas llegaron embarazadas o con niños pequeños, y en la travesía marítima se encontraron con otras mujeres en su misma situación:

P: Entonces, ¿cuántas mujeres había en la embarcación?

R: Éramos varias, la mayor parte de nosotras estábamos embarazadas, sólo tres estaban solas, el resto estábamos embarazadas.

P: ¿Y había bebés?

R: Sí, había uno. No, dos bebés.

P: ¿Pero cuántas mujeres érais en total? ¿Como unas 10?

R: Había más mujeres, más de 10. [Mujer nigeriana, 23 años]⁽⁴³⁾

En las entrevistas con mujeres nigerianas encontramos relatos de travesías, viaje y vínculos familiares organizados en torno a un mismo patrón. Han viajado con sus maridos desde Nigeria a Marruecos, ellos han pagado el coste de su viaje en patera hasta España (por lo cual ellas desconocen el precio) pero se han quedado en Marruecos porque el dinero no les alcanzaba para los dos. De las mujeres procedentes de Nigeria dos llegaron embarazadas, una dio a luz en la patera, otra viajó con un niño de un año y su marido, que fue deportado. Para algunas organizaciones sociales el aumento de llegadas de mujeres embarazadas de Nigeria con el mismo relato indica que estas mujeres vienen a través de redes de trata con fines de explotación sexual.

A través de esas entrevistas que nosotros les hacemos a ellas, nos vamos dando cuenta una y otra vez que muchas de las historias que transmiten las mujeres son muy similares, muy similares y empezamos a trabajar mucho con los centros de acogida para contrastar esa información (...) Por lo que podemos tener a día de hoy yo creo que muchísimos indicios de que muchas de las mujeres que están llegando son posibles víctimas de trata (...) Con los hombres tenemos menos ese *feedback* porque todos casi normalmente son ingresados en un CIE. [Representante Cruz Roja]

Si bien desde el año 2006 se ha reducido el número de llegadas, los cambios en los perfiles y países de origen han conllevado a que se detecte, según ACNUR, un aumento de solicitantes de protección internacional llegados por esta vía:

El caso es que las llegadas por mar son muy escasas. Es muy interesante ver que se han aumentado las llegadas desde Marruecos directamente a la zona de Motril, en proporción. Y que si bien en el año 2006 que las llegadas fueron mucho más imponentes por supuesto, pero que a lo mejor la proporción de personas en necesidad de protección internacional

(43) Estaba embarazada cuando llegó a Motril en diciembre de 2010. En el momento de la entrevista residía con su bebé en un centro de acogida.

era mucho más pequeña, ahora siendo menor el número de llegadas quizá ha aumentado considerablemente la proporción, por los perfiles de las personas que llegan. [ACNUR]

B. Experiencias del viaje por tierra

Muchas de las personas migrantes de África subsahariana sufren tratos inhumanos y degradantes como raptos, abusos y violaciones a lo largo del viaje que realizan por tierra desde sus países de origen antes de llegar a Marruecos, muy especialmente las mujeres y menores. La mayoría de mujeres entraron por Argelia, lo que supone atravesar el desierto. Una de las entrevistadas partió de Camerún y paso por Nigeria-Níger-Mali y Argelia hasta llegar a Marruecos. Otras han ingresado a Marruecos desde Mauritania. Para quienes viajan con independencia de las redes de tráfico el periplo puede durar varios años durante los que se realizan trabajos puntuales en los distintos lugares de paso como vía de financiación del viaje y supervivencia.

P: ¿Y cómo es el viaje por tierra?

R: Mali no hay problema, donde hemos visto que... Argelia, y... Argelia y Morocco.

P: ¿Ahí es donde hay problema?

R: Sí, porque ellos no querer gente va a pasar ahí, ¿sabes? Entonces hemos hacer este viaje por la noche, por la noche, estamos pasando por la noche. [Varón de Ghana, 18 años]⁽⁴⁴⁾

Salí de Benin, Benin-Burkina Faso, Burkina Faso-Mali, Mali-Mauritania, Mauritania-Marruecos. Cuando yo llegar a Marruecos, cuatro años allí en Marruecos, esperando, no tenía nada, no podía hacer nada porque si la gente te llama que te va a mandar un sitio yo no puedo ir hoy para decir mañana mándame allí, no... era un amigo de mi padre, sólo amigo de mi padre. Si tiene algo él me va a llamar pero yo tengo que esperar, cuatro años allí (...) Me ha traído a Alhucema, cuando yo llegué a Alhucema yo encontrar muchísimas personas allí. Me ha cogido allí para me trae al campo donde la gente vive, estar cuatro meses, tres meses esperando para la mar que se calma un poco. Tu sabes que la mar en la frontera es muy...no puedes ir cuando la mar no está bien, la patera no puede ir. [Varón de Costa de Marfil, 20 años]⁽⁴⁵⁾

En los precarios campamentos en los bosques marroquíes, en los que los períodos de espera para poder embarcarse hacia España van desde los 30 días hasta todo un año, la policía marroquí suele irrumpir de manera violenta, quemar sus pertenencias, y someterlos a tratos degradantes. De los discursos de las personas entrevistadas se desprende que es precisamente en este último país donde la situación es más problemática con las autoridades⁽⁴⁶⁾.

(44) En 2009 llegó a las costas de Málaga siendo menor. Viajaba sólo. Hasta cumplir la mayoría de edad estuvo bajo la tutela de la Junta de Andalucía en un centro de menores. Actualmente reside en Málaga, con permiso de residencia, pero aun sin permiso de trabajo.

(45) Solicitante de asilo con resolución aprobada. Llegó a Motril en mayo de 2010. A los 16 años salió de su país huyendo del conflicto armado tras presenciar el asesinato de su padre.

(46) Para más información ver el informe de Médicos Sin Fronteras, 2013, *op. cit.*

R: Pero nosotros tuvimos problemas en Marruecos, problemas con la policía.

P: ¿Os golpearon o algo?

R: No. Mis cosas, mi ropa, las cosas de mi bebé (...) lo quemaron todo. Y mi teléfono, mi dinero, y el saldo de mi teléfono, que es una tarjeta recargable. Ellos lo quemaron todo. Ahí es donde yo tuve problemas, problemas con la policía. [Mujer nigeriana, 22 años]⁽⁴⁷⁾

En Marruecos hemos sufrido por la policía. Porque cuando te ven, te mandan a Oujda, hay una frontera Argelia-Marruecos, cuando los marroquíes te cogen y no les das la nacionalidad te llevan hasta la frontera y te dejan allí. Cuando ves un policía corres. Yo estuve en Nador en el bosque un mes sin papeles. Cada día corres para que la policía no te coja. Es duro. [Mujer de Costa de Marfil]⁽⁴⁸⁾

Tanto en los campamentos en Marruecos como en la travesía por el interior del continente las mujeres están siempre en riesgo de ser sometidas a abusos y violaciones sexuales, viajen solas o acompañadas de sus familias⁽⁴⁹⁾.

En la frontera Argelia-Marruecos fue donde yo verdaderamente tuve problemas (...) Nos pararon porque no conocíamos la ruta, nos han hecho pagar, nos han secuestrado, nos han secuestrado tres noches, han hecho que violaban a mi hija pero, gracias a dios, nos han pedido el dinero, bueno nos han pedido dinero y han dicho que si no queremos que la violen mi marido tiene que darles el dinero. (...)

Hay gente... que viene por la noche y te dice me vas a dar sexo, tú me das sexo y así te voy a cruzar. (...) Yo caí víctima. Mi hija también, mi hija que tiene un niño. (...) Te ordena tocar su sexo, si tú no les tocas su sexo te puede poner en problemas. Y encima, tú eres inmigrante, es su país, es su territorio, entonces tú no puedes hacer nada, lo que te mandan hacer. (...) la emigración no es fácil, la emigración sobre todo para una mujer. Pagamos caro, aparte del dinero que pagamos, pagamos con nuestro cuerpo también. [Mujer camerunesa, 27 años, solicitante de asilo]⁽⁵⁰⁾

Sí. En el desierto yo fui violada. Yo fui violada durante el viaje. Yo atravesé momentos difíciles, me han violado en la ruta. [Mujer camerunesa, 25 años]⁽⁵¹⁾

C. Principales vulneraciones de derechos en España

Mecanismos de identificación para grupos en riesgo. Es de destacar que no existe ningún tipo de tratamiento específico hacia las mujeres que hayan sido víctimas de abusos y

(47) Llegó a las costas de Almería en octubre de 2010 con su hijo de un año. Fue liberada por razones humanitarias.

(48) Llegó en marzo de 2011 pero desconoce si a las costas de Málaga o Granada.

(49) Para más información ver el Informe de Médicos Sin Fronteras, 2010, *op. cit.* y WOMEN'S LINK (2009), *Los derechos de las mujeres migrantes: una realidad invisible*, disponible en: <http://www.womenslinkworldwide.org/pub_migrantwomen.html>.

(50) Llegó a las costas de Almería en octubre de 2010. Viajó embarazada, con dos hijos pequeños, una hija de 14 años y su nieto (hijo de su hija). Su marido permaneció en Marruecos junto al hijo mayor por la imposibilidad de costear todos los pasajes.

(51) Solicitante de asilo internada en un CIE, su solicitud fue desestimada. Llegó a las costas de Motril en mayo de 2011.

violaciones a lo largo de su travesía migratoria, una situación vivida por la gran mayoría de las mujeres subsaharianas que llegan desde Marruecos. Otro de los grandes desafíos en materia de derechos humanos está relacionado con la detección y protección de las mujeres víctimas de trata, en gran parte debido a la falta de fondos económicos dedicados a tal fin. Esto se traduce en que muchas de estas mujeres terminan en los centros de internamiento, una prueba inequívoca de la brecha entre los derechos reconocidos en las normas y su aplicación práctica, así como de la ineficacia de las medidas de detección que deberían de implementarse previo al internamiento de tal modo que este nunca llegara a producirse.⁽⁵²⁾ En esta línea Women's Link Worldwide presentó en 2012 un informe de la situación en España de las mujeres internadas en los CIE.⁽⁵³⁾ Se trata de un análisis con perspectiva de género de la realidad en estos centros con el objetivo de visibilizar y comprender el impacto diferenciado que tiene la medida de internamiento. En sus páginas se documentan y denuncian diversas situaciones discriminatorias hacia las mujeres como por ejemplo disfrutar de un menor tiempo de recreo en el patio; menos y más deficientes espacios en los módulos de mujeres; el hecho de que ellas mismas tienen que encargarse de la limpieza de sus módulos; o el internamiento de mujeres lactantes o embarazadas que no reciben una atención médica especializada ni tampoco información acerca de los supuestos en los que pueden acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

Por otro lado, numerosos actores sociales reconocen la poca fiabilidad de la prueba oseométrica, especialmente para personas de origen subsahariano, así como irregularidades en su aplicación: debería de establecerse la edad siempre con una horquilla de más o menos 2 años, hay menores a los que no se les realizó en el momento de su llegada, y ante casos dudosos debería de complementarse con otras pruebas como la radiografía del paladar o una entrevista con un psicólogo evolutivo que, según Algeciras Acoge, rara vez se realizan.

Otro problema para Accem es la falta de jerarquización de validez de las pruebas, a pesar de que según la legislación la documentación prevalece sobre la prueba oseométrica. Esto ha provocado que en algunos casos esta prueba prevaleciese sobre documentos expedidos en origen, como el pasaporte, y también que al ser un asunto competencia de las Comunidades Autónomas las prácticas pueden ser muy distintas con resultados en ocasiones contradictorios. Desde ACNUR también se alerta de la existencia de una falta en la identificación adecuada de menores que pudiesen estar en necesidad de protección internacional:

Todo el mecanismo de protección de menores está pensando para proteger a los menores digamos desde el punto de vista de techo, comida, educación..., entonces ya se les considera protegidos, y no se valora el mecanismo de la protección internacional como un mecanismo que puede aplicarse a determinados menores en determinada situación (...)
En los centros siguen muy centrados en atender al niño, asegurarse que se escolariza, que tiene formación, que aprende el idioma, se contacta con las familias o con las autoridades

(52) MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA (2013), *Mujeres en el CIE. Género, inmigración e internamiento*. Informe Técnico. Tercera prensa-Hirugarren Prentsa S.L., Donostia.

(53) WOMEN'S LINK WORLDWIDE (2012) *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE): realidades entre rejas*, disponible en: <<http://www.womenslinkworldwide.org>>.

del país de origen, pero sin hacer un trabajo previo de ver cuál es el interés superior del menor. [ACNUR]

Una de las mayores preocupaciones manifestadas por Cruz Roja es la situación de menores que llegan con sus supuestas madres, puesto que no se realiza ninguna prueba para comprobar ese vínculo familiar. La Policía tampoco filia ni registra de ningún modo a estos menores, sólo a la persona adulta que viaja con ellos, casi siempre una mujer. Se sospecha que en algunos casos los menores son meros instrumentos de paso y que incluso están siendo víctimas de tráfico.

El problema es el tema de los menores. Cada vez se están detectando más casos de que las madres no son las madres de los menores (...) Primer problema, los niños no son...no sé cómo se dice, no se les coge las huella dactilares, y en muchos casos ni siquiera el nombre o la fecha de nacimiento que dice ser, aunque luego sea real o no sea real, entonces en muchas ocasiones cuando son liberados la persona que está filiada es la madre (...) Que esto es una barbaridad, porque aquí ahora llegan seis mujeres con seis bebés y tú no sabes de quién es cada uno. Y además no hay ninguna prueba, la policía tampoco lo tiene, de que esas madres sean las madres de los menores. Cada vez estamos detectando más casos de que los menores no sólo son un instrumento para quedarse en España, sino que son un valor en sí mismo, que están traficando con los menores ya sea para órganos, para sexo o para barbaridades variadas. [Cruz Roja]

Solicitud de asilo y otras formas de protección. Durante la estancia en las instalaciones policiales ninguna de las personas entrevistadas supo que podía solicitar asilo porque no le informaron, porque sólo le hablaron en español, o porque le dieron información únicamente por escrito sin tener en cuenta que en algunos casos son analfabetas. Tampoco se ofrece información sobre asilo a los menores no acompañados. Lo mismo es aplicable en relación a las mujeres y la posibilidad de denunciar ser víctima de trata. Ninguna de las mujeres entrevistadas era concedora de que podía acogerse a esa vía de denuncia.

De algunas entrevistas se desprende que el personal de los CIE (Centros de Internamiento para Extranjeros) da información sobre el derecho de asilo sólo a los migrantes que tienen más posibilidad de conseguirlo, según la nacionalidad. Esto supone violar el derecho individual a la solicitud de asilo, al que tienen derecho todas las personas, y gestionarlo como si fuera un derecho sólo para ciertos grupos, en este caso ciertas nacionalidades. En los CIE se ha suprimido la asistencia especializada, por lo que es frecuente que no se mantenga la misma persona prestando asistencia jurídica durante todo el proceso de solicitud, aumentando las posibilidades de no obtener una resolución positiva.

En los hechos, las personas migrantes tendrán mayor o menor posibilidad de acceder a la solicitud de asilo según dónde sean derivados después de la entrevista policial: a los centros de acogida o a los CIE. La mayoría de las personas entrevistadas que han solicitado asilo lo han hecho una vez llegadas a los Centros de Cruz Roja.

Menores extranjeros no acompañados. A pesar de que los menores que lleguen a costa deben ser acogidos en el sistema de protección automáticamente, existen testimonios que afirman que algunos centros de menores están emitiendo propuestas de devolución de menores marroquíes a la fiscalía. Según la persona entrevistada, en muchos casos dichas

propuestas de devolución eran firmadas por los menores sin haber sido informados de lo que estaban firmando.

Se estaban emitiendo informes con propuestas de repatriación firmadas por los propios menores, cuando a los menores se les estaba negando el derecho a ser oídos, porque ellos no sabían lo que estaban firmando. [Ex directora de un Centro de Menores]

También se han identificado diversos problemas relacionados con la documentación de los menores extranjeros no acompañados. Uno de ellos es el escaso cumplimiento en los plazos de identificación, lo que retrasa su entrada en el sistema de protección y se traduce en la imposibilidad de acceder a servicios como instalaciones deportivas, centros educativos, etc. Además, muchos de estos menores quedan en la calle sin documentación al cumplir los 18 años por no haberse realizado los trámites de regularización a tiempo.

Derecho a la vida en familia. Si llega alguna pareja con menores se les separa ante la ausencia de documentos que puedan certificar ese vínculo familiar o matrimonial. La medida generalizada es que mientras los hombres son enviados a un CIE a la espera de deportación, las mujeres embarazadas o con bebés sean liberadas por razones humanitarias, Cruz Roja suele encargarse de su acogida. Esta decisión, además de no respetar el derecho a la vida en familia, puede aumentar su situación de vulnerabilidad como, en algunos casos, ellas mismas manifiestan.

Las mujeres que vinimos muchas estábamos embarazadas, si vienen con el marido la policía los deporta, los lleva de vuelta a Nigeria. (...) Ellos deportan a nuestros maridos, (...) y nosotras estamos con nuestros hijos, y no es fácil cuidar a tu hijo sola, no es fácil, es muy difícil. La policía debería de dejar quedarse a los hombres que tienen bebés, los que tienen bebés, por lo menos. (...) Si dudan de que a lo mejor ese hombre no es el padre, pueden hacer un análisis de sangre con el bebé, entonces pueden creerlo. Porque no es fácil para las mujeres. [Mujer nigeriana, 23 años]⁽⁵⁴⁾

Procesos de devolución. Los actores sociales entrevistados denuncian falta de información (se desconocen los protocolos) y diversas irregularidades de las que han tenido conocimiento en los últimos tiempos en los procesos de devolución. Tampoco parece haber seguimiento por parte de las autoridades de lo que acontece tras una denegación de asilo en frontera o CIE. Existe una información escasa acerca del lugar al que se devuelve la persona denegada y si efectivamente es aceptada en el destino final.

Nosotros hemos recomendado en distintos informes a comités de observadores de convenios que han tenido lugar este año respecto a España, el Comité para la Eliminación Racial y el de Derechos Culturales, sobre todo el tema de qué pasa después de la denegación de asilo con el tema de las devoluciones. Pues por ejemplo, a nivel de aeropuertos estamos

(54) Llegó en avanzado estado de gestión a las costas de Motril en diciembre de 2010. En el momento de la entrevista residía con su bebé en un centro de acogida.

viendo que hay situaciones de devolución, de rebote de personas, deportadas a lugares que no son lugar de origen, y tenemos escasa información. Si la persona consigue llamar o consigue ponerse en contacto, bien, pero hay veces que no. [ACNUR]

Por otro lado está la situación de *limbo jurídico* en la que se encuentran las personas migrantes una vez fuera de los centros de acogida, de los CIES si no han podido ser devueltas o de los centros de menores cumplidos los 18 años. En algunos casos, dependiendo de la Comunidad Autónoma, la falta de documentación está suponiendo la pérdida de acceso a servicios tan básicos como la sanidad (en algunas regiones sólo son atendidos de urgencia) o la escolarización de sus hijos e hijas.

El vacío legal. Si dejas a una mujer pasar porque entiendes que por razones humanitarias debe quedarse en España, habría que facilitarles de alguna manera la subsistencia, porque las dejas aquí y luego ellas siguen con el temor de ser deportadas (...) Y además hay un vacío en el que no pueden buscar trabajo, no residen, no... y tienes tres niños. [Cruz Roja]

Estas personas se ven en la mayor parte de los casos condenadas por la administración a la categoría de ni expulsables ni regularizables perpetuando así su situación de ilegalidad: «De este modo, el *limbo jurídico* cristaliza el papel del Estado como productor de ilegalidad a través de la ambigüedad en la elaboración y aplicación de la ley y de los procedimientos administrativos de control de la migración».⁽⁵⁵⁾ Esta producción de ilegalidad por parte del Estado va acompañada de un incremento en las medidas de control policial en la frontera pero también dentro del propio territorio nacional,⁽⁵⁶⁾ controlando y persiguiendo así personas paradójicamente atrapadas en una irregularidad que el propio sistema genera y alimenta.

IV. NOTAS FINALES

Si bien en los últimos años la Comisión, el Parlamento y el Consejo Europeo han producido una serie de documentos en los que (cada uno a su manera) han defendido la necesidad de una perspectiva global e integrada —que enfatiza el vínculo entre desarrollo, comercio y cooperación como herramientas para reducir los factores de expulsión de poblaciones— lo que prevalece es la perspectiva instrumental y unilateral. Por el momento, en los hechos el énfasis sigue puesto en la firma de los acuerdos de readmisión, en asistir técnica y financieramente a los países terceros en la mejora de los controles con el objetivo de detener la migración hacia Europa y en la *lucha contra* la inmigración irregular. La estrategia general apunta a asegurar la cooperación de estos Estados en el control migra-

(55) JARRÍN MORÁN, ADRIANA; RODRÍGUEZ GARCÍA, DAN; DE LUCAS, JAVIER (2012), «Los centros de internamiento para extranjeros en España: una evaluación crítica», *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.º 99, p. 209.

(56) FASSIN, DIDIER (2011), «Policing borders, producing boundaries. The Governmentality of immigration in dark times», *Annual Review of Anthropology*, 40.

torio y garantizar la devolución de las personas migrantes que llegan a la UE atravesando estos territorios. El desplazamiento y externalización del control migratorio desplegado por el Estado español es un claro ejemplo de estas dinámicas.

Organizaciones como la APDHA, SOS Racismo, Migragroup, Red Acoge llevan años denunciado que los controles migratorios no impiden las migraciones sino que colocan a las personas migrantes en una situación de completa vulnerabilidad. Durante el último año se han lanzado dos campañas a nivel europeo para exigir transparencia en los centros de internamiento, *Open Access Now*⁽⁵⁷⁾, y en el funcionamiento de la agencia FRONTEX, *FRONTEXIT*⁽⁵⁸⁾. La ausencia total de vías regulares para la migración desde África hacia Europa alimenta los caudales de la migración irregular. El férreo control fronterizo y el creciente involucramiento de los países de origen y tránsito de la migración en el control migratorio de la UE empujan a las personas migrantes a travesías cada vez más duras y peligrosas. El hecho de que gran parte de las vulneraciones de derechos sufrida por las poblaciones migrantes ocurran fuera de las fronteras de la UE no debe hacernos perder el rastro de la conexión entre esas violaciones y las políticas migratorias españolas y comunitarias.

Pero hay un dato fundamental, generalmente ignorado, para entender estas derivas: el orden jerárquico internacional que hace posible estas prácticas y que es a su vez reforzado por ellas. Las migraciones Sur-Norte son componente estructural de las relaciones de poder colonial aún vigentes, que impulsan las migraciones de trabajadores periféricos para proveer fuerza de trabajo barata en los centros metropolitanos. Todo y toda migrante portan el peso de las históricas relaciones de dominación, tanto materiales como simbólicas, entre el país de origen (dominado) y el de destino (dominante), herencia de pasados encuentros entre la metrópolis y sus antiguas colonias. La historia de la colonización ha dado forma a la historia de la emigración/inmigración entre Europa y sus periferias. Las derivas de la política migratoria comunitaria confirman la persistente existencia del vínculo iluminado por el análisis de Abdelamlek Sayad entre orden colonial y orden migratorio⁽⁵⁹⁾.

(57) *Open Access Now* es una campaña organizada por las redes Migreurop y Alternatives Européennes para promover la transparencia en los centros de internamiento que ha sido presentada en el Parlamento Europeo el 24 de mayo del 2013. Demandan el acceso de periodistas y sociedad civil a los centros de internamiento para garantizar el derecho a la información de los ciudadanos europeos a conocer las consecuencias de las políticas implementadas en su nombre dentro de la UE y también en terceros países donde la política migratoria se ha externalizado. Según esta plataforma alrededor de 600.000 personas, incluidos menores, son detenidos cada año en estos centros y en algunos casos la retención se prolonga hasta los 18 meses en espera de poder ejecutar la expulsión. <www.openaccessnow.eu>.

(58) *FRONTEXIT* es una campaña a iniciativa de Migreurop, llevada por numerosas asociaciones del Sur y del Norte del Mediterráneo, para reclamar la transparencia en el funcionamiento de FRONTEX y el respeto de los derechos de los migrantes en las fronteras. Fue presentada el 20 de marzo de 2013 en rueda de prensa en Bruselas. Las asociaciones que la conforman son: ABCDS Oujda (Marruecos), AMDH (Marruecos), AMDH (Mauritania), AME (Malí), ARACEM (Malí), ARCI (Italia), CIRE (Bélgica), CNCD 11.11.11. (Bélgica), FASTI (Francia), GADEM (Marruecos), GISTI (Francia), GRAMI AC (Cameroun), Justice sans frontières migrants (red euro africana), La Cimade (Francia), Ligue des droits de l'Homme (Bélgica), Migreurop (red euro africana), Progress Lawyer Network (Bélgica). <www.frontexit.org>.

(59) SAYAD, ABDELMALEK (1996), «Entrevista colonialismo e migrações», en *Mana. Estudos de Antropologia Social*, Vol. 2, n.º 1.

AGRADECIMIENTOS

Las autoras agradecen profundamente a las mujeres y varones entrevistados su generosidad al compartir historias dolorosas que les hicieron recordar los duros momentos vividos durante el viaje y la llegada a España. También agradecemos a todas las personas y organizaciones que han compartido sus contactos, información y conocimientos sobre un tema tan desconocido como malinterpretado.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

**NOTAS BIBLIGRÁFICAS,
APUNTES Y CONVOCATORIAS**

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE-CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel de Droit Européen en matière de d'asile, des frontières et d'immigration*, Luxemburgo, 2013, 283 pp.
- ALONSO GARCÍA, B., *Extranjería y trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2012, 230 pp.
- ARRESE IRIONDO, N., *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Lete argitaletxea, Bilbao, 2012, 240 pp.
- BARES BONILLA, P., *Protocolos sobre extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 429 pp.
- CARRASCO CARPIO, C., y GARCÍA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013, 176 pp.
- COUNCIL OF EUROPE-CONSEIL DE L'EUROPE, *The intercultural city step by step. Practical guide for applying the urban model of intercultural integration*, Estrasburgo, 2013, 114 pp.
- GARCÍA AÑÓN, J., y otros, *Discriminación racial y étnica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 519 pp.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., y ARMENDÁRIZ ECHÁNIZ, E., *El derecho humano al desarrollo*, Tecnos, Madrid, 2013, 320 pp.
- KIRKPATRICK DE LA VEGA, A., *Los visados en el Derecho español y comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid 2012, 444 pp.
- MARTÍN PÉREZ, S., *Representación social de la emigración española a Europa 1956-1975*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid 2013, 318 pp.
- MORANO-FOADI, S., y MALENA, M. (eds.), *Integration for Third-Country Nationals in the European Union: The Equality Challenge*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (Reino Unido), 2012, 432 pp.
- PEDONE, C., y GIL ARAUJO, S. (eds.), *Políticas públicas, migración familiar y retorno de la población migrante latinoamericana en Cataluña: Una perspectiva transnacional*, Consorci Institut d'Infància y Món Urbà, Barcelona, 2013, 45 pp.
- RAMO CERVERA, C., e MELÉNDEZ ORTEGA, I., *Adolescentes inmigrantes: Del relato a la singularidad*, Mira Editores, Zaragoza, 2012, 304 pp.
- SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.; VAQUER I FANÉS, J., y VILUP, E. (eds.), *La política de visados para el siglo XXI. Más allá de la cola del visado*, Cidob, Barcelona, 2012, 289 pp.
- SARMIENTO, D. (coord.), *El derecho de la Unión Europea visto por el Abogado General (Homenaje a Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER a través de sus Conclusiones)*, Iustel, Madrid, 2013, 624 pp.
- SIMAL DURÁN, J. L., *Emigrados. España y el exilio internacional 1814-1834*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, 545 pp.
- VVAA, *Recycling Hatred: Racism(s) in Europe Today*, European Network against Racism (ENAR), Bruselas, 2013, 188 pp.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista de *Derecho Migratorio y Extranjería* publica, con una periodicidad cuatrimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho de Extranjería. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

- 1. Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para revisiones 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: *gloriasanchez@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
- 2. Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
- 3. Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
- 4. Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
- 5. Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a. LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b. ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c. RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Jurisprudencia:** Los trabajos destinados a la Sección «Comentarios de Jurisprudencia», además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los 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.