

**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 31

# Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2012

**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

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

**Dirección General**  
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. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://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 no invocación de la información contenida en esta publicación.

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

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

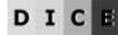


CARHUS Plus



CSIC

Dialnet



IN-REJ



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 ON LINE 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

	<u>Página</u>
EDITORIAL .....	7

### ARTÍCULOS

I. LOS «REGLONES TORCIDOS» DE LA POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO INMIGRANTE <i>José Antonio Fernández Avilés</i> .....	11
II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DE- RECHOS»? <i>Ermanno Vitale</i> .....	35
III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ES- PAÑOL <i>Javier Nistal Burón</i> .....	49
IV. INTEGRACIÓN DE INMIGRANTES <i>Georgy Kuznetsov</i> .....	73
V. LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS <i>Juana Goizueta Vértiz</i> .....	93

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
<b>Asilo</b> .....	117
<b>Expulsión</b> .....	139
<b>Derecho al trabajo</b> .....	151
<b>Permiso de trabajo</b> .....	154
<b>Derecho Penal</b> .....	157
<b>Homologación de títulos</b> .....	171
<b>Nacionalidad</b> .....	183
<b>Régimen Unión Europea</b> .....	192
<b>Tribunal Constitucional</b> .....	204

## CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA .....	209
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS .....	213

## ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. LOS PROCEDIMIENTOS DE VALIDACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A LA APOSTILLA ELECTRÓNICA <i>María Font i Mas</i> .....	223
II. LA COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA CON LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS <i>Carmen Pérez González</i> .....	247
III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES: RECOMENDACIONES Y POLÍTICAS <i>Daríá Terrádez Salom</i> .....	273
IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS: HACIA UNA ALTERNATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE EJECUCIÓN <i>Josefa Fernández Nieto</i> .....	287

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS .....	303
-------------------------------	-----

## COMPLETE INDEX

	<u>Página</u>
EDITORIAL .....	7

### ARTICLES

I. THE «TWISTED LINES» OF LEGAL POLICY FOR UNEMPLOYMENT PROTECTION OF INMIGRANT FOREIGN WORKER <i>José Antonio Fernández Avilés</i> .....	11
II. MIGRATION RIGHT: THE «RIGHTS AGE» ACCOMPLISHMENT? <i>Ermanno Vitale</i> .....	35
III. FOREIGNERS RIGHTS IN TERMS OF SPANISH PENITENCIARY LAW <i>Javier Nistal Burón</i> .....	49
IV. THE INTEGRATION OF INMIGRANTS <i>Georgy Kuznetsov</i> .....	73
V. THE INTEGRATION POLICIES IN SPAIN: SOME REFLECTIONS IN RELATION TO THE INTERVENTION OF THE PUBLIC ADMINISTRATIONS <i>Juana Goizueta Vértiz</i> .....	93

### REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
<b>Asylum</b> .....	117
<b>Expulsion</b> .....	139
<b>Right to work</b> .....	151
<b>Working license</b> .....	154
<b>Criminal Law</b> .....	157
<b>Recognition of qualifications</b> .....	171
<b>Nationality</b> .....	183
<b>European Union Regime</b> .....	192
<b>Constitutional Court</b> .....	204

## LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT .....	209
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS .....	213

## RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. VALIDATION PROCEEDINGS OF FOREIGN PUBLIC DOCUMENTS IN IMMIGRATION LAW: E-APOSTILLE <i>María Font i Mas</i> .....	223
II. THE COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW OBLIGATIONS OF MEASURES TAKEN BY THE EUROPEAN UNION TO PROTECT UNACCOMPANIED MINORS ARRIVING TO ITS TERRITORY <i>Carmen Pérez González</i> .....	247
III. THE COUNCIL OF EUROPE AND THE INTEGRATION OF MIGRANTS: RECOMMENDATIONS AND POLICIES <i>Daríá Terrádez Salom</i> .....	273
IV. DIPLOMATIC IMMUNITY: TOWARDS AN ALTERNATIVE IN INTERNATIONAL LAW ENFORCEMENT <i>Josefa Fernández Nieto</i> .....	287

## BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES .....	303
-------------------------------	-----

## EDITORIAL

El pasado 22 de noviembre se celebró en la sede del Consejo General de la Abogacía Española el acto «20 años de defensa de las personas extranjeras: luces y sombras». Entre otras conmemoraciones se destacaron los diez años de vida de la REDMEX. Este número 31 se cerró precisamente el mismo día. Al coincidir con el final del año 2012 resulta un buen momento para repasar las principales novedades ocurridas a lo largo de este período anual.

En primer lugar, debemos destacar las novedades operadas en el ámbito de la **administración electrónica**. El nuevo Reglamento de extranjería introduce la regulación de nuevos mecanismos y herramientas electrónicos que podrán posibilitar el acceso normalizado de los extranjeros a la administración a través de estos medios. La presentación de solicitudes y la notificación por medios electrónicos creará una relación con la administración de extranjería que exigirá examinar con un mayor detalle los aspectos positivos y negativos de esta nueva forma de relación administrativa. El Tablón Edictal de Extranjería (TEREX) fue regulado por Orden TIN/3126/2011, de 15 de noviembre (BOE de 18 de noviembre) y entró en vigor el 18 de enero de 2012. La otra novedad importante introducida en esta materia es la posibilidad de tramitar por vía telemática las solicitudes de Residencia de larga duración nacional y la renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena o propia con continuidad laboral.

En segundo lugar es de destacar el tema de la nueva regulación de la residencia de más de tres meses de los ciudadanos de la Unión y sus familiares. Los nuevos requisitos se incorporan a través del RDL 16/2012, de 20 de abril, que introdujo la modificación del art. 7 del RD 240/2007, de 16 de febrero. La Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, dicta las normas para su aplicación.

Otros temas destacables del año que finaliza habrían sido: la Instrucción policial sobre el NIE; la Instrucción de Fiscalía General sobre menores no acompañados; la Circular sobre detención de extranjeros en situación irregular; la nueva Instrucción para cartas de invitación; la Instrucción en materia de nacionalidad que regula la tramitación por los Registradores de la Propiedad; la derogación de la Instrucción sobre esfuerzo de integración y la polémica privación del derecho a la asistencia sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular —todas estas noticias pueden seguirse en la web de Extranjería Intermigra (<<http://www.intermigra.info>>).

El próximo período, además de la realización del consiguiente balance en la aplicación de las anteriores novedades, deberemos estar atentos a la materialización de varias de las reformas anunciadas de la normativa migratoria: el controvertido permiso de residencia para inversionistas inmobiliarios; el nuevo Reglamento de los CIES, ahora denominados Centros de estancia controlada de extranjeros, y la problemática renovación de las autorizaciones de arraigo familiar, entre otras cuestiones.

La REDMEX, en este último número del año, además de recoger las habituales secciones de legislación, jurisprudencia y bibliografía, dedica, como no podía ser de otra manera, el grueso de sus artículos al tema de la integración de los inmigrantes desde una perspectiva eminentemente jurídica. Esperamos que su lectura, como siempre, nos ayudará a la realización de nuestro mejor hacer profesional.

Nuestros mejores deseos para el año 2013 y ánimos reforzados para afrontar los retos del nuevo curso, y mucha suerte.

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**ARTÍCULOS**

---



# I. LOS «RENGLONES TORCIDOS» DE LA POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL TRABAJADOR EXTRANJERO INMIGRANTE<sup>(\*)</sup>

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

*Profesor Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Instituto de Migraciones. Universidad de Granada*

## RESUMEN

### **Los «renglones torcidos» de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante**

El presente trabajo tiene por finalidad realizar una breve reflexión teórico-jurídica sobre el sentido político-jurídico, el alcance, las técnicas jurídicas y las implicaciones práctico-jurídicas de los cambios normativos y jurisprudenciales relativos a la protección del trabajador extranjero inmigrante en situación de desempleo en España, dentro de lo que podríamos denominar la política de protección por desempleo del trabajador inmigrante como elemento integrante de la más genérica «política migratoria». Por las limitaciones intrínsecas de este trabajo, nos referiremos exclusivamente a la situación de los trabajadores extranjeros extracomunitarios.

Se trata de un análisis de «derecho vivo», más allá de las declaraciones formales de los textos normativos, que refleja la operatividad de esta vertiente de la protección social pública —por desempleo— cuando se trata de trabajadores inmigrantes. La metodología empleada en el trabajo se basa en el método jurídico, pero complementado con el dato sociológico y económico, en una perspectiva integrada que aborde también la perspectiva de política jurídica perseguida por cada una de las instituciones y los operadores jurídicos que han contribuido a conformar el marco jurídico de la protección por desempleo del trabajador inmigrante tal como existe en la actualidad.

## ABSTRACT

### **The «twisted lines» of legal policy for unemployment protection of immigrant foreign worker**

The purpose of this study is to carry out a brief theoretical reflection in the political and legal sense of the scope, the legal techniques and the practical and legal implications of policy changes and case law relating to the protection of unemployed foreign workers in Spain, in what might be called the politics of unemployment protection of migrant workers as a component of the more generic «immigration policy». For the intrinsic limitations of this study, we refer exclusively to the situation of foreign workers from outside European Union.

This is an analysis of «living law», beyond the formal statements of legal texts, reflecting the operation of this aspect of public social protection —unemployment— in the case of migrant workers. The methodology used in the study is based on legal methods, but complemented with sociological and economic data, in an integrated approach to address also the prospect of legal policy pursued by each of the institutions and the legal practitioners who have helped shape the legal framework for the protection of migrant worker unemployment as it exists today.

---

(\*) El presente trabajo es resultado de la labor investigadora y de las actividades científicas que se desarrollan en el marco del Proyecto de I+D+i *Políticas jurídicas de integración social de la inmigración* (DER2010-20068), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y ello dentro del seno más amplio de actividades científicas y divulgativas del Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada.

En este sentido, se hará hincapié en ciertos aspectos tan relevantes como los siguientes: el análisis de los requisitos de acceso a las prestaciones que *de facto* impiden al trabajador extranjero acceder a algunos niveles de protección; el repaso las doctrinas judiciales «formalistas» que impedían al extranjero irregular acceder a una protección para la que —con generalidad— se prevé el principio de automaticidad y su corrección legislativa posterior, junto con los debates judiciales y científicos a los que dio lugar; el análisis crítico de la jurisprudencia restrictiva excluyente de esta tutela para el trabajador inmigrante en situación irregular, que ahora se plasma en la propia legislación de extranjería; el empleo más preclaro de medidas normativas relativas a la protección por desempleo específicamente orientadas al retorno de los trabajadores inmigrantes desempleados a sus países de origen.

**Palabras clave:** Política jurídica migratoria; protección por desempleo; trabajadores inmigrantes.

In this sense, we will emphasize certain aspects such as the following: an analysis of the requirements to access the benefits that prevent the foreign worker from obtaining certain levels of protection; the review of judicial «formal» doctrine that prevent the illegal immigrant access to protection that is usually expected with the principle of automaticity and subsequent legislative correction, along with legal and scientific debates to which it gave rise; the critical analysis of the restrictive law case of this exclusionary guardianship for illegal immigrant workers, now found in the immigration legislation; the most illustrative of employment policy measures on unemployment protection specifically geared to the return of unemployed migrant workers to their home countries.

**Key words:** Illegal immigration policy; unemployment protection; immigrant workers.

---

## SUMARIO

- I. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES (PLANTEAMIENTOS GENERALES).
- II. EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LA POBLACIÓN TRABAJADORA INMIGRANTE Y POLÍTICAS JURÍDICAS CORRELATIVAS (LA APLICACIÓN DE UNA VISIÓN ECONÓMICA NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS DE TRABAJO).
- III. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN REGULAR.
  1. El principio de igualdad.
  2. Modalidad específica de pago único de la prestación contributiva por desempleo para inmigrantes extranjeros retornados.
- IV. LOS PLANES DE RETORNO VOLUNTARIO COMO POLÍTICA DE EMPLEO.
- V. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR.
- VI. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

---

### I. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO EN NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES (PLANTEAMIENTOS GENERALES)

La protección por desempleo es un eje central de la acción protectora del derecho a la Seguridad Social, tutela que también se refleja en otros sistemas de protección social como la Asistencia Social, conjunto normativo que conforma una vertiente ineludible de acción pública vinculada con los objetivos constitucionales del pleno empleo (art. 40.1 CE) y de atención a los ciudadanos en situaciones de necesidad («especialmente en situaciones de desempleo», reza el art. 41 CE) y que se sitúa también en el eje de los derechos sociales propios de un Estado social y de la ciudadanía social correlativa al *status* de trabajador (incluso con independencia de la nacionalidad o de su concreta situación administrativa).

Resulta ineluctable la dimensión político-social «incluyente» de esta política social, que atiende a uno de los factores primordiales de la inclusión social (la inclusión «por el empleo» y la tutela de las personas en situación de desempleo), que trata de potenciarse en los últimos tiempos con el desarrollo —multinivel— de las políticas activas de empleo y los elementos de pro-activación de las más tradicionales políticas pasivas por desempleo (consistentes en el reconocimiento del derecho a prestaciones o subsidios por desempleo).

La conformación del derecho a la protección por desempleo del trabajador inmigrante, en sus diversos niveles de protección, ha sido especialmente problemática, tanto en el plano político como en la instrumentación normativa de tales políticas y su aplicación judicial. Este es un elemento común con el resto de derechos sociales subjetivos públicos de carácter prestacional, que son los que plasman una cierta idea de justicia distributiva canalizada por la acción pública.

En todo el problema del reconocimiento de derechos humanos (entre los que se encuentra el derecho a la Seguridad Social) a los trabajadores extranjeros, late el problema la dialéctica entre la *concepción* «universalista» (vinculada a la mera existencia como ser humano) o «ciudadana» (vinculada a la nacionalidad como derechos a garantizar por el Estado) de los derechos humanos. Se trata de una dialéctica que debiera ser resoluble en la medida que tales derechos apelan directamente al conjunto de valores que las sociedades occidentales han hecho propios y que afecta a la propia legitimación de los sistemas políticos (¿cómo negarlos a un ser humano por el mero hecho de no ser nacional o no encontrarse «regularmente» en el país de destino?). No parece que ni la CE (a pesar del art. 13.1 CE) ni los textos internacionales puedan acoger o legitimar una limitación —infraconstitucional— del estatuto de ciudadanía laboral y de protección social de los trabajadores extranjeros por razón de la nacionalidad.

El objeto de este trabajo es ofrecer un análisis jurídico-crítico de los elementos de la acción institucional, de la instrumentación normativa y de la *praxis* judicial de la protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes. Haciendo especial hincapié en aquellos elementos que presentan los aspectos más disfuncionales de cara a los objetivos de inclusión e inserción social que se proclama de la acción protectora por desempleo en su conjunto, tratando de desvelar cómo la misma se orienta también a los objetivos de política de empleo ínsitos en la propia política migratoria.

II. EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA SOBRE LA POBLACIÓN TRABAJADORA INMIGRANTE Y POLÍTICAS JURÍDICAS CORRELATIVAS (LA APLICACIÓN DE UNA VISIÓN ECONÓMICA NEOCLÁSICA DE LOS MERCADOS DE TRABAJO)

La inmigración ha constituido una pieza fundamental de la última expansión económica en España. La presencia de ciudadanos extranjeros es una característica ya estructural en nuestro país (por dar una cifra: del 12,2% en 2009, lo que dobla el porcentaje medio en Europa).

La dinámica migratoria no se ha detenido, aunque es cierto que se ha ralentizado con intensidad, lo que pone en cuestión la aplicación de las políticas restrictivas de acceso a nuestros mercados de trabajo. Ello se explica por la existencia de diferentes tipos de factores: factores de expulsión presentes en los países de origen (la propia caída de las remesas actúa como un elemento expulsivo); el reagrupamiento familiar; o bien la necesidad estructural de inmigrantes que rejuvenezcan la población activa (tan importante para el sostenimiento del sistema de Seguridad Social). La disminución del fenómeno de la inmigración no ha sido el esperado, dada la grave crisis de empleo, incluso en los momentos iniciales de la crisis las familias de inmigrantes desarrollaron la estrategia de aumentar el número de miembros de la unidad familiar en activo. La presencia femenina inmigrante en el mercado de trabajo se había visto incrementada (aunque también haya aumentado el número de desempleadas extranjeras), en parte a causa de su necesidad de compensar las pérdidas de ingresos de los hombres en sus familias.

No obstante, según los datos estadísticos, ya se empiezan a ver con intensidad las consecuencias del freno a la política migratoria que supone la crisis, pues los «factores de atracción» de la inmigración han disminuido drásticamente: se ha producido un notable cambio en las expectativas económico-laborales esperables; el elevado número de desempleados nacionales actúa también como freno; así como el debilitamiento de las redes de compatriotas y del reagrupamiento familiar.

La crisis ha trasladado sus efectos más duros sobre la población trabajadora inmigrante, en gran medida empleados en sectores de utilización intensiva de mano de obra, poniendo de manifiesto su mayor vulnerabilidad en el mercado de trabajo y su mayor riesgo de exclusión social. Son múltiples los factores que han determinado esta situación: trabajan preferentemente en los sectores productivos más sensibles al ciclo económico, como la construcción y ciertos servicios (hostelería, turismo); a nivel intersectorial, hay mayor presencia de los trabajadores inmigrantes en las ocupaciones de baja cualificación, lo que ha influido negativamente en su capacidad para resistir a la crisis; la mayor incidencia de la temporalidad laboral (supera en veinte puntos porcentuales a la población trabajadora española) y del trabajo a tiempo parcial; la menor antigüedad en la empresa, de manera que las indemnizaciones por despido son menos costosas, y les hace ser trabajadores más propensos a ser objeto de este tipo de medida empresarial.

Todo ello también refleja, en realidad, una escasa movilidad socio-profesional ascendente de los extranjeros, las dificultades de acceso de mano de obra cualificada extranjera a nuestro mercado de trabajo y la existencia de nichos laborales —de baja cualificación— reservados a trabajadores extranjeros. Por su parte, para los autónomos se presenta también

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

una mayor exposición al descenso del consumo, junto con una mayor dificultad de acceso al crédito.

En su conjunto, la tasa de paro de la población extranjera es del 34,82%, lo que arroja como resultado un diferencial cercano al 14% en las tasas de desempleo respecto de los trabajadores nacionales (22,85%)<sup>(1)</sup>.

Como resultado de la crisis económica, y como medida pública de respuesta, la actual política de empleo migratoria se ha re-convertido en una «política de retorno» o más duramente «expulsiva», para la que se ha modalizado también el régimen jurídico de protección por desempleo. Entre tales medidas, destacan especialmente algunas como: la modalización de la prestación por desempleo en su modalidad de pago anticipado para inmigrantes retornados, con una finalidad claramente expulsiva y no integradora, y total desvirtuación de la proclamada vertiente «activa» (o de reinserción) de la política de protección por desempleo; aunque tiene un alcance más general, y no está integrado formalmente en la protección por desempleo, sino más ampliamente en la política migratoria, el Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España (PREVIE), dirigido a inmigrantes en situación de dificultad y que deseen retornar a sus países de origen, y que también ha sido diseñado como un elemento más para el «drenaje» de nuestro mercado de trabajo.

Los escasos resultados de estas medidas (en términos de fomento del retorno voluntario) demuestran que la opción predominante de los trabajadores inmigrantes no es el retorno a sus países de origen sino la disminución en la intensidad del flujo de nuevos entrantes. Los incentivos para el retorno no compensan los intereses de los trabajadores inmigrantes (la prohibición de volver a España durante un tiempo, las posibles inversiones en vivienda que han realizado, etc.). Es decir, los incentivos al retorno no contrarrestan suficientemente los desincentivos a la permanencia causados por la crisis económica.

Se desvirtúa así el falso «mito» de la migración circular, a la que en realidad subyace una concepción «mercantilizada» de la población trabajadora. Esta visión está implícita en algunos documentos de organizaciones internacionales. Por ejemplo, la OIT, con respecto a los programas de migración circular y temporal, ha constatado que se promueven para permitir a los países de destino satisfacer la escasez de mano de obra, evitando las dificultades derivadas de la migración permanente como puede ser la integración, y además estos programas son percibidos como más propensos a ser tolerados por los ciudadanos en los países de destino. Se argumenta también que los países de origen pueden beneficiarse de las remesas de trabajadores migrantes temporales y de los conocimientos y habilidades que pueden traer de vuelta a su regreso. Las migraciones circulares y temporales también han sido a menudo descritas como más favorables para el desarrollo, ya que no dan lugar a una pérdida permanente de las competencias<sup>(2)</sup>. Sin embargo, otros documentos internacionales tienen una visión más realista, al considerar que, con respecto al impacto de la crisis sobre el posible retorno de los inmigrantes a sus países de origen, no se cree que ello se produzca para una gran número de personas, ya que la mayor parte de migrantes están establecidos de forma regular y permanente en sus países de destino o acogida, con los

---

(1) Datos extraídos de la EPA, cuarto trimestre de 2011.

(2) *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos*, Ginebra, 2011.

mismos derechos y obligaciones que los nacionales, y de ahí que, salvo casos aislados, «no se han documentado hasta el momento aumentos importantes en la migración de regreso de los países desarrollados»<sup>(3)</sup>.

Así pues, los factores y necesidades estructurales que explican los movimientos migratorios permanecen, y ello implica especialmente a la política de empleo (políticas activas de empleo, formación y recualificación profesional, etc.). La paradoja de las políticas sociales surge de manera más cruda en tiempos de crisis, pues cuando más necesarias son, menos recursos hay disponibles para atender situaciones de necesidad o de exclusión. El carácter prolongado de la crisis plantea serios dilemas. En todo caso, es innegable el papel «estabilizador» social que está desempeñando el sistema de protección social por desempleo durante la difícil situación de crisis económica por la que atraviesa nuestro país.

En relación con los trabajadores inmigrantes, la experiencia reciente arroja también algunas enseñanzas. La migración de corte económico no puede contemplarse en términos de una mano de obra «pendular» o «circular» (o temporal), plenamente plegada a las exigencias del sistema productivo y de la coyuntura económica. Al contrario, la población inmigrante ha alcanzado un elevado nivel de arraigo, de ahí la inadecuación de cualquier política «cortoplacista» en la materia<sup>(4)</sup>. Ello explica suficientemente el fracaso de las medidas coyunturales puestas en marcha para aliviar la situación de desempleo en nuestro país a través del fomento del retorno de los trabajadores inmigrantes.

Por otra parte, en un sentido más amplio, la situación actual demuestra las debilidades de la teoría económica neoclásica aplicada a los mercados de trabajo. Se olvida la naturaleza singular del «mercado laboral» que no funciona como un «simple mercado económico». Mientras que la lógica economicista afecta en gran medida a la asignación óptima de los «recursos» (podría obviarse aquí el sustantivo) humanos, el mercado de trabajo es el medio más generalizado de fuente de rentas para la mayoría de la sociedad. Pero el mercado de trabajo tiene una particularidad mucho más profunda que lo diferencia de forma relevante de los simples mercados de mercancías. Hay una gran complejidad de factores —económicos, culturales y socio-políticos— que integradamente intervienen en la evolución de los mercados de trabajo. Algunos economistas han hablado así de que el mercado de trabajo es una «institución social»<sup>(5)</sup>, como algo más que un mero hecho económico, objeto de meros imperativos económicos. Quizá lo más relevante de ese «mercado de trabajo» es el ser la institución social mediante la cual la mayor parte de la población adquiere el «derecho a la participación en el producto social»<sup>(6)</sup>. La lógica mercantil ha tenido siempre una explicación en la interpretación del mecanismo que rige el funcionamiento de los mercados de trabajo, y por tanto, también en la evolución de los flujos migratorios laborales. No se

---

(3) Se trata de la ONU, en el Informe del Secretario General: *Migración internacional y desarrollo*, 2010.

(4) Otra transformación importante que deberá afrontarse es que, de persistir la situación de crisis económica y las elevadas tasas de desempleo (especialmente del juvenil), la acción de poderes públicos deberá (re)orientarse hacia la política «emigratoria», para la que —dado el contexto socio-económico en que se elabora— no parece diseñada la norma fundamental en la materia: la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (cfr. especialmente de los derechos sociales y prestaciones contempladas en su Capítulo II —arts. 17-22—).

(5) Vid. SOLOW, R. M.: *El mercado de trabajo como institución social*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

(6) ANISI, D.: «El mercado de trabajo: ¿Quiénes somos, de dónde venimos, a dónde vamos?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 5, 1994, p. 18.

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

puede ignorar el hecho de que, en el concreto funcionamiento de los mercados del trabajo, se ofrecen y se demandan específicos valores técnico-profesionales, los cuales, aunque se incardinan en específicas subjetividades humanas, asumen, en el proceso de asignación, un significado objetivamente económico en relación a sus objetivos contenidos cualitativos. Tal mecanismo, organizado en formas «socialmente aceptables» por las modernas legislaciones (con muchas contradicciones en lo relativo al trabajo de los extranjeros en nuestro país), sin embargo ha conservado, y no solamente en su terminología simbólica, la configuración de especial mercado de valores técnico-profesionales, que se sujetan en buena medida a una lógica de asignación mercantil, sea por vía de intermediación (pública o privada), sea por una vía de oferta directa del portador de tales valores.

Pero reducir a esto el análisis del mercado de trabajo supone una profunda falta comprensión de fondo de la naturaleza tan especial del mercado de trabajo como sistema de asignación del factor humano. Es el elemento «subjetivo» lo que cualifica al mercado de trabajo, y las personas generan lazos sociales en el territorio donde se han integrado en el mercado de trabajo. La aplicación exclusiva de criterios de eficiencia económica al mercado de trabajo no conduce sino a consecuencias aberrantes (frente a otros criterios como la libertad y la igualdad), pues se trata de un planteamiento aquejado de la incurable tendencia a convertir en objeto de mercancía a todo y a todos, mientras que externamente produce una neutralización del conflicto ideológico asociado a una relegitimación del cálculo mercantil como regulador apriorístico y universal de todos los ámbitos de acción de la realidad social. Ello hace que el propio entendimiento del trabajo humano rompa el tradicional paradigma de la eficiencia (como «cosa» manipulada y controlada del mismo modo que cualquier otro *input* productivo), ya que hace que esta cambie su contenido humano y social. Esta percepción plantea dificultades insalvables para una «mercantilización absoluta» de la persona humana. De todos modos, semejante planteamiento ha establecido una pesada hipoteca que todavía grava sobre los estudios, no sólo económicos, sino también sociológicos, antropológicos y jurídicos<sup>(7)</sup>.

En tal sentido, se han pretendido instrumentalizar las reglas jurídicas para dar respuesta a la paradoja —a los ojos de la teoría económica neoclásica— de la permanencia de la población inmigrante en nuestro país en un contexto de elevadísimo desempleo.

Frente a esa equivocada orientación político-jurídica, las medidas de protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes habrán de orientarse hacia los cauces de la «normalización», es decir, la búsqueda de la integración de los inmigrantes en los sistemas generales de prestación de servicios, y especialmente en los mecanismos (formativos, de recualificación y de asesoramiento en la búsqueda de empleo) que integran las políticas «activas» de empleo para la población en general (sin renunciar a las medidas específicas para éstos que sean necesarias en función del objetivo de la reinserción laboral y la inclusión social). No debe perderse de vista que el propio art. 2 ter 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), intitulado «Integración de los inmigrantes» e introducido por LO 2/2009, establece las líneas maestras de lo que debe ser la acción política en materia de

---

(7) TARELLO, G.: «El Derecho y la función de distribución de los bienes», en *Cultura jurídica y política del derecho*, FCE, México, 1995, p. 192.

integración, señalando que los poderes públicos «promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española»; así como que las Administraciones Públicas «incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás Leyes, en condiciones de igualdad de trato».

En este sentido, el Informe del Secretario General de la ONU<sup>(8)</sup> subraya la necesidad de adoptar un enfoque a largo plazo para la gestión de la migración internacional y no responder únicamente con medidas a corto plazo, a fin y efecto de poder conseguir que sea beneficiosa tanto para los países de origen (incremento de remesas, mejora de la actividad económica, etc.) como de acogida (inmigración cualificada, compensación al proceso de envejecimiento de la población autóctona, etc.), desde la asunción de la necesidad de poner en marcha estrategias «que hagan de la migración internacional un elemento integral de las estrategias nacionales de desarrollo, incluidas las encaminadas a reducir la pobreza».

### III. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN REGULAR

#### 1. El principio de igualdad

El art. 10 LOEX, referido al derecho al trabajo y a la Seguridad Social (profesional o contributiva), señala que los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en la LOEX 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»; por su parte, el art. 14.1 LOEX (más en el plano de la Seguridad Social universalista o asistencial) establece que los «extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles». En consecuencia, si la LOEX solamente entiende por «residentes» a «los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir» (art. 30 bis LOEX), la equiparación no podría operar respecto de los que se encuentren en situación irregular, que solo podrán beneficiarse de las prestaciones contempladas en el art. 14.3 LOEX («servicios y prestaciones sociales básicas»).

El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social para los extranjeros en situación regular (arts. 10 y 14 LOEX) lo es sin perjuicio de determinadas medidas peculiares, como la percepción anticipada y de forma acumulada de la prestación por desempleo de los extranjeros no comunitarios que acepten abandonar España, en los términos establecidos en el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre. Como también conviene tener presente que hay colectivos de trabajadores inmigrantes que están excluidos expresamente de la protección de desempleo al estar descartada su cotización por esta contingencia, como son extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de

---

(8) *Migración internacional y desarrollo, cit.*

duración determinada y para estudiantes no se cotizará por la contingencia de desempleo (Disposición adicional 16ª Reglamento de la LOEX).

### 2. Modalidad específica de pago único de la prestación contributiva por desempleo para inmigrantes extranjeros retornados

Esta medida se introduce por el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (desarrollado por el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre). Supone una modalización de la prestación por desempleo para inmigrantes retornados, con una finalidad claramente expulsiva y no integradora, en contradicción nítida con la vertiente activa —de reinserción laboral del desempleado— que inspira con carácter general los objetivos de la política de protección por desempleo. Por tanto, la misma se asienta en la búsqueda de efectos «expulsivos» del mercado de trabajo nacional.

La medida, de carácter voluntario, se ha calificado de «retro-inmigración»<sup>(9)</sup>, o de «compra del retorno» a los países de origen mediante el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo, al contemplar que no pueden regresar durante un tiempo considerable. Formalmente —en la Exposición de Motivos de la norma— se ha defendido como una medida de protección de las personas extranjeras ante su situación de desempleo y el hecho de hallarse en un país y sociedad distinta a la suya de origen con los riesgos de desarraigo y exclusión que puede acarrearles.

En todo caso, la verdadera finalidad pretendida por el Gobierno con esta medida no es otra que hacer disminuir en la medida de lo posible la totalidad del número de desempleados existentes. Y, en conexión, rebajar la presión sobre el mercado nacional de trabajo con unas cuantas personas trabajadoras menos, en relación al total<sup>(10)</sup>.

Se trata de una nueva modalidad de la capitalización de la prestación por desempleo, que supone el derecho de los trabajadores extranjeros a cobrar anticipadamente y de forma acumulada la prestación por desempleo. Con carácter ordinario, esta modalidad de la prestación está regulada con mucho detalle, y con exigencias para garantizar la inversión de la cuantía económica capitalizada en territorio español (cuando tenga como destino la economía social y el trabajo autónomo), continuando el trabajador su aporte a la riqueza y progreso de la economía española [*cfr.* art. 228.3 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, trLGSS); Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento de empleo]. Resalta que el trLGSS condiciona —con carácter general— la capitalización de la prestación por desempleo a que esté prevista en un «programa de fomento del empleo». Sin embargo, aquí se está ante una nueva

---

(9) DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: «Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, p. 3.

(10) CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Derecho Social ante la crisis», *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009, p. 23.

forma de capitalización de la prestación contributiva por desempleo, con grandes particularidades que la alejan de la concepción clásica que sigue teniendo aquella, especialmente alejada de sus objetivos de fomento del empleo, y funcionalizada exclusivamente al objetivo del retorno de los extranjeros (pues, *v. gr.*, no se establecen mecanismos de control que garanticen la inversión del capital en el inicio de una actividad económica o profesional, sino solamente para garantizar que efectivamente se produce el retorno del trabajador extranjero). Es decir, no se aprecian en la medida siquiera elementos proclives al marco de una política codesarrollo, en coordinación con los Servicios de Empleo de los países de origen. En este sentido, se conforma como una excepción en el «entorno» del Derecho de la Seguridad Social. La medida además supone una excepción la regla general de que la prestación por desempleo es inexportable, siendo causa de extinción el traslado de residencia al extranjero [art. 213.1.g) trLGSS].

De su régimen jurídico destaca especialmente la obligatoriedad de asumir el compromiso de retorno al país de origen (del que es nacional el inmigrante —*ex art. 1 in fine RD 1800/2008*—) en un plazo de 30 días a contar desde la realización del primer pago de la prestación y de no regresar a España para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena en tres años [art. único Real Decreto-ley 4/2008; art. 2.d) RD 1800/2008; *cfr.* art. 36.7 LOEX y art. 6.2 RD 1800/2008, preceptos según los cuales no se concederán autorizaciones de trabajo y residencia a aquellos extranjeros que, acogidos a un plan de retorno voluntario, se hubieran comprometido a no retornar a nuestro país durante un plazo concreto, en tanto que no hubiera transcurrido este]. La regla supone un impedimento legal, temporal y específicamente contemplado para la persona extranjera inmigrante que se acoge al Programa, basado claramente en una lógica «contractualista». Pero la renuncia que conlleva la medida afecta a otras cuestiones de mayor alcance, porque si deciden retornar voluntariamente, implícitamente, están renunciando también a recibir la ayuda económica del subsidio por desempleo [que presenta también elementos contributivos; art. 4.3.b) RD 1800/2008], a la renta mínima de inserción, o la posibilidad de acceder a otros mecanismos protectores de corte más asistencialista, como los programas de rentas mínimas puestos en marcha en las distintas Comunidades Autónomas; asimismo, quedan extinguidas las autorizaciones de residencia transcurridos 30 días naturales contados desde la fecha en la que se realice el primer pago (art. 6.1 RD 1800/2008).

Como contrapartida, tan sólo se establecen unas excepciones a modo de derechos preferenciales en relación a la residencia y trabajo que tendrá el trabajador extranjero en situación legal de desempleo retornado una vez que regrese a España, como mínimo, tras los tres años (*cfr.* art. 3 apartados 2, 3 y 4 RD 1800/2008: derecho preferente en el acceso a la gestión colectiva de contrataciones en origen, recuperación del cómputo del tiempo de residencia temporal anterior a los efectos del cómputo de años necesarios para obtener la condición de residente de larga duración, y si ostentaba dicha condición antes del retorno, se conservará a su regreso). De especial interés es el privilegio de la exención de la situación nacional de empleo, introducida por la LO 2/2009 en la LOEX [art. 24 apartado 1)].

En esta dirección, se hace un pago inicial del 40% (art. 4 RD 1800/2008) y el restante 60% de la prestación se le abona en el país de origen mediante cheque nominativo o transferencia bancaria (art. 5 RD 1800/2008); no se mantiene la obligación de cotizar, con la correlativa ruptura de la carrera de seguro del trabajador inmigrante; se trata de cuantías de las que se no se realizará deducción por la aportación del trabajador en concepto de

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

cotización; se calculan en función de lo que le correspondería en su totalidad o de lo que le reste por percibir, transcurridos treinta días —y con un límite máximo de noventa— tras comparecencia personal en la representación diplomática o consular española en dicho país entregando la tarjeta de identidad de extranjero de la que es titular.

Tratando de fomentar y ayudar a cubrir los gastos que tiene el retorno para aquellas personas trabajadoras extranjeras inmigrantes —o de su familia— que lo han decidido ejercer voluntariamente, una medida socioeconómica de especial interés es la establecida en la disp. adic. 1.<sup>a</sup> del Real Decreto 1800/2008 de desarrollo de la disp. adic. única del Real Decreto-ley 4/2008. En ella, complementaria y compatiblemente junto a las ya analizadas, son fijadas un conjunto de ayudas y acciones por parte del Gobierno que tratan de facilitar en la medida de lo posible el retorno, pero que no tienen ninguna concreción precisa (son ayudas financiadas genéricamente por los programas de retorno voluntario). Se trata de ayudas directas que faciliten el traslado voluntario de los trabajadores extranjeros no comunitarios a sus países de origen, así como acciones preparatorias del retorno, en materia de información, orientación y formación para el emprendimiento de una actividad económica.

La magnitud de los inmigrantes acogida a esta medida es poco significativa en el conjunto de la población inmigrante susceptible de acogerse a ella. Las estadísticas disponibles sobre el volumen de trabajadores inmigrantes desempleados acogidos a la medida muestran su escasa efectividad en términos de alivio a la presión del mercado de trabajo nacional, mientras que suponen un régimen excepcional dentro del marco general de la protección por desempleo (no orientada al fomento del empleo), llevando implícita, también, aunque sea en una lógica contractualista, una renuncia de derechos del trabajador extranjero que se acoge a esta medida.

## IV. LOS PLANES DE RETORNO VOLUNTARIO COMO POLÍTICA DE EMPLEO

Los programas de retorno voluntario asistido (fomentados desde la UE; *cfr.* La Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo de 2007, por la que se establece el Fondo Europeo para el Retorno respecto del período 2008-2013 integrado en el Programa General «Solidaridad y Gestión de Flujos Migratorios») consisten en la concesión de ayudas para aquellos inmigrantes que voluntariamente deciden retornar a sus países de origen.

Gestionado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en nuestro país a nivel estatal se ha desarrollado el Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde España (PREVIE), en marcha desde 2003, y dirigido a inmigrantes en situación de dificultad que deseen retornar a sus países de origen. A este programa, dirigido a todos los inmigrantes que residen en territorio español, y financiado básicamente por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, hay que sumar el PREVICAT (Programa de Retorno Voluntario de Inmigrantes desde Cataluña) y el PREVICAM (Programa Voluntario de Inmigrantes de la Comunidad de Madrid).

En el año 2005, la OIM incorpora a su Programa un componente de reintegración para la puesta en marcha de proyectos productivos viables en los países de origen. El Programa

consiste en otorgar ayudas económicas que serán destinadas a la instalación de proyectos productivos sostenibles, aunque podrán ser también utilizadas para la educación pública de los hijos o de cualquier adulto beneficiario.

Desde diciembre de 2008, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 4/2008, que permite el abono anticipado y acumulado de la prestación contributiva por desempleo, la OIM también lleva a cabo el retorno voluntario de inmigrantes acogidos al Programa de Abono Anticipado de prestación a Extranjeros. La ayuda consiste en billetes de retorno y ayuda monetaria de viaje.

Aunque se observa un importante crecimiento del número de extranjeros que se acogen a este Programa —en marcha desde el año 2003—, lo cierto es que no presenta un volumen significativo como para que pueda considerarse un instrumento efectivo para actuar como un elemento decisivo en el drenaje y el reequilibrio de nuestro mercado de trabajo.

Junto a estos programas públicos, sobre la base de la disp. adic. 8.<sup>a</sup> LOEX sobre ayudas al retorno voluntario, se prevé la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que planteen proyectos que supongan un reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad. Para ello se destinan subvenciones dirigidas a inmigrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad por estar en riesgo de exclusión social, por tener necesidades específicas, por pertenecer a un colectivo de riesgo o por sus condiciones especiales. La Resolución de 24 de agosto de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, convoca la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para el desarrollo de programas de retorno voluntario de inmigrantes. Las entidades u organizaciones no gubernamentales que concurren a la convocatoria deberán reunir los requisitos establecidos en el art. 3 de la Orden TAS/1043/2002, de 18 de abril. Lo que abría un espacio —ciertamente inestable y sujeto a las contingentes disponibilidades financieras— a las iniciativas de ayuda al retorno voluntario desarrolladas por ONGs vía subvenciones públicas.

## V. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

La situación en que se encuentra el trabajador en situación irregular, a efectos de su cobertura por la contingencia de desempleo en el sistema de Seguridad Social, ha sufrido importantes cambios en un corto espacio de tiempo, en un movimiento «pendular», siendo ésta una materia muy afectada por algunos importantes pronunciamientos judiciales (que luego han sido asumidos por el legislador), y que a través del mecanismo de la interpretación jurídica ha tenido que suplir un marco legal muy poco preciso.

Los primeros pronunciamientos proclives al reconocimiento de esta protección para los trabajadores inmigrantes irregulares tenían como base jurídica la conocida figura del «alta presunta» o «de pleno derecho» [art. 125.3 trLGSS; art. 29.2 RD 84/1996]. Conforme al art. 125.3 trLGSS, los «trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral». Para evitar que el trabajador vea menoscabados sus derechos de Seguridad Social se presume que está dado de alta de cara a prestaciones por contingencias profesionales, desempleo, asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo, y lactancia y accidente no laboral («principio de automaticidad» de las prestaciones). Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad —sancionadora y por prestaciones— que recae sobre el empresario incumplidor.

La versión inicial de la LO 4/2000 no regulaba las cuestiones relativas a la protección de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación irregular, simplemente se limitaba a declarar que la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador no invalidaría el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar (antiguo art. 33.3 LOEX; luego art. 36.3 tras la reforma por LO 8/2000). En base a la interpretación previa, la reforma introducida por LO 14/2003 (y el consiguiente desarrollo reglamentario introducido por el RD 1041/2005) incorporan en el plano normativo la doctrina jurisprudencial sentada en esta materia por el TS. Esa reforma añade en el art. 36.3 LOEX una mención expresa las responsabilidades del empleador incumplidor «en materia de Seguridad Social»; indicándose que la «carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario..., no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle».

El problema aplicativo del precepto era determinar cuáles podían ser tales prestaciones. Una lectura amplia del precepto permitía entender que la norma atribuye al trabajador extranjero sin autorización todos los derechos prestacionales del Sistema de Seguridad Social que deriven del desarrollo efectivo de una prestación de servicios por cuenta ajena. En cuanto a las prestaciones por desempleo, a pesar del obstáculo representado por la exigencia de «poder» y querer trabajar para la condición legal de desempleado *ex art.* 203.1 trLGSS<sup>(11)</sup>, lo cierto es que, si se aceptaba la tesis de la validez del contrato de trabajo con un inmigrante sin autorización, en caso de producirse una situación legal de desempleo el inmigrante debería tener derecho a reclamar la prestación con responsabilidad empresarial, pero también con anticipo de la Entidad Gestora por el principio de automaticidad, también predicable de la prestaciones por desempleo, al tratarse de una situación de alta de pleno derecho conforme al art. 125.3 trLGSS<sup>(12)</sup>. Lo lógico es que la norma debería haber tenido una interpretación omnicompreensiva como se desprende de su dicción literal, en una línea tuitiva del trabajador *de facto* propia del Derecho laboral y de la Seguridad Social.

Una línea de la doctrina de suplicación<sup>(13)</sup> era proclive al reconocimiento de este derecho (la cobertura por desempleo contributivo) a los trabajadores extranjeros en situación

---

(11) Vid. una crítica a este impedimento en TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (2009): «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008», *Revista Aranzadi Social*, núm. 21, 2009, pp. 93-94.

(12) Vid. MARÍN MARÍN, J., GALLEGU MOLLA, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 80.

(13) V. gr. vid. SSTSJ Cantabria de 26 de octubre de 2004 (JUR 2004, 291543), Castilla y León de 17 y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3384 y 3387), y Cataluña de 4 de marzo de 2008 (Rec. núm. 978/07).

irregular utilizando —entre otros— los siguientes argumentos: el contrato de trabajo del extranjero en situación irregular no es nulo y de él puede derivar el derecho de los extranjeros en situación irregular a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a las que pudiera tener derecho; si la Ley no matizaba, no había posibilidad de excluir determinadas prestaciones de carácter contributivo; no se puede hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias de que el empresario no cumpla la obligación de solicitar y obtener la autorización de trabajo; de no ser así, se añade, se estaría fomentando indirectamente el empleo de trabajadores extranjeros irregulares, cuya contratación tendría un coste inferior al de los trabajadores nacionales también sin afiliación y/o alta (eludiendo así su responsabilidad en el abono de las prestaciones).

Pero la interpretación del inciso del art. 36.3 LOEX (versión 2003) tuvo una interpretación «correctiva» —por decirlo de un modo suave— por parte del Tribunal Supremo, según la cual debía conducir a conclusiones distintas, en función de cuál fuese la situación del trabajador extranjero [STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2065)]. Para nuestro TS las consecuencias son diferentes dependiendo de las situaciones: a) en caso de que cuente con autorización de residencia (*irregularidad mínima*), la falta de la autorización para trabajar, dado que ya no invalida el contrato, no puede ser obstáculo para la obtención de las prestaciones de Seguridad Social, a las que el extranjero residente tiene derecho, en base al art. 14.1 LOEX, en pie de igualdad con los trabajadores españoles [así como a los servicios y prestaciones sociales —tanto generales y básicos como específicos—]; b) si, por el contrario, el extranjero tampoco cuenta con la autorización de residencia (*irregularidad máxima*), el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener «las prestaciones que pudieran corresponderle». Pero tales prestaciones, de acuerdo con el art. 14.3 LOEX 2000, ya no serían las que reconoce en sus núms. 1 y 2 tan solo a los extranjeros «residentes», sino los «servicios y prestaciones sociales básicas»; entendiéndose por tales tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 trLGSS como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia que el art. 12 LOEX reconoce a todos los extranjeros sin distinción; y también las prestaciones que la STS de 26 de mayo de 2004 (RJ 2004\5418) calificó de asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (artículo 149.1.17.<sup>a</sup> CE), sino en el artículo 148 CE, como competencia, que puede ser exclusiva, de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, la protección por desempleo —conforme a esta doctrina jurisprudencial— no alcanza al extranjero que se encuentre en España en situación irregular (sin autorización administrativa de residencia y sin permiso de trabajo). El error lógico es no conectar el art. 36.3 LOEX (versión 2003) con la Seguridad Social contributiva del art. 10 y no con la asistencial del art. 14 LOEX.

Así pues, el penúltimo episodio de esta «involución» en materia de derechos del trabajador extranjero en situación irregular, y que es el origen de una novedad de mucha importancia introducida en la Reforma operada en esta materia por la LO 2/2009, viene constituido por la STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2065) [seguida por la de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5970)]. En dicho pronunciamiento, se niega a los extranjeros en situación irregular el derecho a disfrutar de la protección por desempleo; además, se indica que la concesión de prestaciones distintas a las derivadas de una contingencia profesional

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

(o sanitaria por urgencia) significaría una regularización indirecta a través de decisiones judiciales —pues la percepción de la prestación por desempleo conlleva la suspensión de la expulsión *ex art. 57.5 d*) de la LOEX— y en contra del espíritu de la legislación vigente. Además, el TS asienta su razonamiento en la idea de que, de conformidad con lo previsto en el art. 209.1 trLGSS, se establece que solo pueden solicitar la prestación por desempleo las personas que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 207 trLGSS acreditando la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través del compromiso de actividad contemplado en el art. 231 trLGSS. Quizá el TS se olvida de que precisamente el empleo es una fórmula de integración social, y que éste es uno de los principios basilares de la propia LOEX.

En base a esta doctrina jurisprudencial, la LO 2/2009 ha dado una nueva redacción al anterior art. 36.3 LOEX (ahora art. 36.5 del texto legal); en ella se mantiene que la carencia de la autorización de residencia y trabajo «no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones...»; pero en el nuevo art. 36.5 LOEX también se dispone de forma contundente que, «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo». Ello parece ratificar la tesis de que quien esté trabajando de forma irregular y disponga de autorización de residencia sí podría tener derecho a percibir tales prestaciones, pero no en caso contrario.

Se incorpora así una quiebra al tradicional principio de automaticidad de las prestaciones por desempleo, precisamente frente a un colectivo de entre los más necesitados de protección. Todo ello abunda en el tratamiento desigualitario del trabajador extranjero *de facto*, falto de la garantía social de la protección por desempleo, a pesar de haber realizado de hecho una actividad productiva que, no debe olvidarse, es un factor de inclusión social. Se cercena la posibilidad de que el trabajo en estas situaciones pueda ser la vía de acceso a prestaciones contributivas debilitando el *status* de ciudadanía social de estos trabajadores en el ámbito de la Seguridad Social. La regla supone un apartamiento de la tradicional concepción de los derechos de protección social vinculados a una prestación efectiva de servicios laborales, con independencia de las posibles irregularidades administrativas presentes en ella.

Un elemento importante a tener presente es el juego de las cotizaciones sociales en esta problemática. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales negaron su viabilidad y eficacia, doctrina que inducía al *dumping social*, favoreciendo a los empleadores que contrataban con inmigrantes en situación irregular, que se veían exonerados injustificadamente de este coste social (situación de «enriquecimiento injusto» en perjuicio del sistema de Seguridad Social y de las expectativas de orden prestacional para el trabajador en situación irregular). No obstante, las SSTS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 28 de mayo de 1991 (RJ 1991\4215) y 2 de diciembre de 1998 (RJ 9978/1992) declararon que existía obligación de cotizar respecto del trabajador extranjero irregular, argumentando que, desde el primer día en que se inicia la prestación de trabajo surge en nuestro ordenamiento la obligación de dar de alta al trabajador y cotizar por él, desligando con ello la (ausencia) de validez del contrato de trabajo de las consecuencias que, en el ámbito de la cotización, debe tener el desarrollo efectivo de una prestación material de servicios por cuenta ajena. Bajo esta concepción, resultaría incongruente que no se originara el derecho a prestaciones, pues sería del todo paradójico que, tras haber venido recibiendo la Entidad Gestora las cuotas, ésta no responda del even-

to o siniestro una vez producido<sup>(14)</sup>, esto es, sería un enriquecimiento injusto —con ánimo meramente recaudatorio— de las Entidades Gestoras que reciben una cotización relativa a unas prestaciones que nunca tendrán posibilidad de ser reconocidas. Pero frente a la doctrina del TS que establecía la obligación de cotizar de los empresarios que contraten a inmigrantes sin permiso de trabajo que hemos reseñado, y seguramente como reforma encaminada a neutralizarla<sup>(15)</sup>, el art. 48 Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (que añade la disp. adicional 37.<sup>a</sup> al trLGSS), establece que cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la LOEX se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios.

En esta situación, ya no estamos ante una cotización normal con recargo, que se ingresa a la TGSS a través de un procedimiento de recaudación forzosa, sino ante una sanción administrativa, y el efecto pretendido no es otro que conseguir que la cotización recaudada por la TGSS no comporte ni la afiliación ni el alta del extranjero irregular, ni tampoco supone su derecho correlativo a lucrar a través de dicha cotización (que técnicamente ya dejaría de serlo) el derecho a prestaciones contributivas del sistema derivadas de contingencias comunes. En cualquier caso, la nueva situación evidencia que el Estado ingresa, en principio, las cantidades que permitirían, en su caso, un reconocimiento contributivo de prestaciones<sup>(16)</sup>.

El efecto excluyente de la protección del «subsistema» contributivo para estos trabajadores *de facto* no puede ser más evidente, así como el debilitamiento de su *status* de ciudadanía social. Por otra parte, en la medida que esta *cotización-sanción* no despliega efectos de cara a beneficiar al trabajador sin autorización de cara a la obtención de prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social, sino que simplemente despliega efectos punitivos, ¿no conculcaría el principio de *non bis in idem*? Lo paradójico es que el Sistema de Seguridad Social recaude cotizaciones en concepto de «sanción» (transformación de la cuota en una «sanción pecuniaria»), cuando de ordinario no se contempla en el trLGSS como una sanción, sino que se procede a regular un régimen específico para su recaudación en período voluntario o en período ejecutivo (pero fuera del ámbito del derecho sancionador). Esta maniobra —transformación de una cotización debida por el empleador que ha contratado extranjeros en situación irregular en una sanción— favorece la desvinculación entre el esfuerzo contributivo y las prestaciones del Sistema, es decir, favorece la operación de recorte de los derechos de Seguridad Social del «trabajador» extranjero en situación

---

(14) MERCADER UGUINA, J. R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTSS, Santander, 2003, p. 31.

(15) En este sentido, MORENO PUEYO, M.: «Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española», *Estudios Financieros. RTSS*, núm. 257-258, 2004, p. 145; MARÍN MARÍN, J., GALLEGO MOLLA, F.: *El trabajo de los inmigrantes irregulares...*, cit., p. 64.

(16) ALFONSO MELLADO, C. L.: «La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, p. 189.

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

irregular. Son derechos sociales que se eliminan del *status* jurídico de tales trabajadores, lo que abunda en su tratamiento desigualitario y coadyuva al desvanecimiento del intento de integración social por el empleo para tales colectivos.

Además, la exclusión de prestaciones del nivel profesional para los trabajadores extranjeros en situación irregular supone atenuar la propia responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en orden a las prestaciones pues, de ordinario, el empresario es responsable de las prestaciones de la Seguridad Social a que tuviera derecho el trabajador extranjero sin autorización de trabajo, como si de una falta de alta se tratase. Este «subsistema» de Seguridad Social, que se diseña para el trabajador extranjero en situación irregular, no permite el juego de tales responsabilidades en relación a las prestaciones que se excluyen de su tutela, ahora expresamente las prestaciones por desempleo. ¿No supone ello un debilitamiento del efecto disuasorio frente a empresarios que contraten extranjeros sin cumplir los requisitos de inmatriculación en el sistema de Seguridad Social? La responsabilidad empresarial se ha abandonado aquí como acicate al cumplimiento de las obligaciones para con el Sistema de Seguridad Social. Paradójicamente, los empresarios que opten por mantenerse al margen de la legalidad se encuentran con que, si el trabajador es extranjero con estancia irregular, su responsabilidad por falta de alta del trabajador es más barata que si se contratara a un nacional o extranjero regularizado<sup>(17)</sup>. Todas las prestaciones de las que se excluya al trabajador inmigrante irregular «suavizan» la responsabilidad empresarial contemplada en el art. 126.2 trLGSS (en relación con los arts. 94-96 LSS/1996): «El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva». Y ello en relación a un empleador que se ha beneficiado de la prestación de servicios del inmigrante irregular. Tratándose de una «responsabilidad de Seguridad Social», la situación generada no puede ser más incongruente con la redacción del art. 36.5 LOEX, que se refiere expresamente a la imposición de tales responsabilidades al empleador que, no debe olvidarse, es el obligado a solicitar la autorización de residencia y trabajo como, *a posteriori*, dar de alta al inmigrante en el sistema de Seguridad Social.

Por todo ello, nada debiera impedir que la imposibilidad de acceso a las prestaciones (y la valoración pecuniaria de estas) pueda ser reclamada por el trabajador a través de la vía de la responsabilidad civil por daños, derivada de la falta de cobertura por desempleo —o cualquier otra contingencia común— que hubiera conseguido de estar autorizado para trabajar y debidamente dado de alta en el sistema de Seguridad Social<sup>(18)</sup>. Sobre esta cuestión, la doctrina de la STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2065) admite que el inmigrante

---

(17) CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (TS 18.3.2008, Rec. 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008)», en AA.VV., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2009, p. 148.

(18) CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2008, p. 272; CARRASCOSA BERMEJO, D., CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18, 2008, p. 254.

irregular afectado pueda ejercer las acciones legales pertinentes por la responsabilidad en que haya incurrido el empleador por incumplimiento de la normativa legal. Pero el pronunciamiento arroja importantes sombras de duda al respecto, pues parece restringir fuertemente dicha responsabilidad al entender que no procedería cuando «la situación de irregularidad por ausencia de autorización de residencia, es previa a la contratación y solo responsabilidad del propio extranjero no residente, que decidió entrar y permanecer ilegalmente en España» y que sólo debería pagarla el empresario si formara parte de las «redes organizadas para la inmigración ilegal o el tráfico ilícito de mano de obra» a las que se refiere el art. 59 LOEX. En mi opinión, esta argumentación jurisprudencial excede de los límites de la aplicación judicial del Derecho y condiciona en extremo —sin la existencia de un fundamento legal expreso— el acceso a una indemnización por parte del trabajador extranjero en situación irregular y en beneficio del empleador incumplidor.

La nueva situación generada tras la Reforma producida por la LO 2/2009 tiene también una consecuencia colateral, se trata de que evita la operatividad de la causa excluyente de la imposición de la sanción de expulsión a los extranjeros beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo [art. 57.5.d) LOEX], relativa a «los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral». Esta situación conduce a cercenar la perspectiva que se atisbaba para la regularización por la vía de la renovación de la autorización de trabajo en los supuestos contemplados por el art. 38.6 apartados b) y c) LOEX, esto es, cuando se perciban prestaciones contributivas o asistenciales por desempleo o para la integración social<sup>(19)</sup>.

En definitiva, toda esta evolución se muestra en contradicción con el principio de la política inmigratoria del art. 2 bis apartado i) LOEX: «*la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social*»), habiendo supuesto un serio revés para la protección social del trabajador extranjero en situación de estancia irregular. Ello en una línea restrictiva frente al tradicional reconocimiento de derechos sociales al trabajador *de facto*. Cambios jurisprudenciales y normativos que no dejan de integrarse en el marco amplio de una política migratoria de corte nítidamente regresivo en materia de derechos sociales, tan directamente imbricados con la propia dignidad de la persona.

## VI. CONCLUSIONES

Todos los elementos descritos, integrantes de la política jurídica de protección por desempleo en el marco de la Seguridad Social, han determinado una política legislativa y judicial marcadamente excluyente —y «expulsiva»— del trabajador extranjero. En una perspectiva global, y analizados en su conjunto todos ellos, se desvela —empleando como ejemplo significativo el de las orientaciones de la política de protección por desempleo—

---

(19) Cfr. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008», *Revista Aranzadi Social*, núm. 21, 2009.

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

la conformación de un «debilitado» status de «ciudadanía social» del trabajador extranjero (especialmente de aquellos en mayor riesgo de exclusión social, como son los trabajadores extranjeros en situación irregular), así como su «extrema funcionalización» a los objetivos de política de empleo y de equilibrio de los mercados de trabajo, que se encuentran subyacentes a la política migratoria desplegada en nuestro país.

Se ha producido así un plegamiento jurídico del Derecho social a la protección en situaciones de desempleo, en línea con los objetivos político-jurídicos de contención del flujo migratorio y de fomento del retorno a sus países de origen, con la correlativa erosión de este ámbito de la acción protectora para este colectivo y del propio derecho a la Seguridad Social. Se desvirtúa —en este ámbito específico— el elemento claramente «integrador» y de «reinserción laboral» que —con carácter general— se proclama de la protección de las personas en situación de desempleo, y ello a través de los elementos de «activación» de la protección orientada hacia el reingreso en el mercado de trabajo.

La situación presenta un debilitamiento del derecho a la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes, derecho que, conviene no olvidarlo, está claramente interconectado con los valores de solidaridad e igualdad consustanciales a la propia dignidad humana, concebida ésta en cuanto valor esencial. La evolución jurídica que en nuestro país se ha producido en esta materia muestra además con claridad un debilitamiento de la concepción «realista» de la persona trabajadora (como situación *de facto* que el derecho debe reconocer y proteger) y de los derechos sociales prestacionales (de Protección Social) que le son inherentes, con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa. También se observa un debilitamiento de los efectos integradores e incluyentes que presentan los instrumentos de protección social del trabajo, tanto en situaciones de empleo como de desempleo.

### BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E. (2009): «El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 310.
- ALFONSO MELLADO, C. L. (2008): «La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008». *Revista de Derecho Social*, núm. 43.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., PLAZA ANGULO, J. J. (2008): «Prestaciones de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular». *Temas Laborales*, núm. 97.
- ANISI, D. (1994): «El mercado de trabajo: ¿Quiénes somos, de dónde venimos, a dónde vamos?», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 5.
- BARCELÓN COBEDO, S. (2011): «Derechos socio-laborales de los extranjeros: el nuevo contenido de los artículos 10 y 14.1». En AA.VV., Boza Martínez, D., Donaire Villa, F. J., Moya Malapeira, D. (coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2008): «El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139.
- CABEZA PEREIRO, J. (2008): «El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas». *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21.
- (2008): «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras». *Actualidad Laboral*, núm. 3.
- CARRASCOSA BERMEJO, D. (2009): «Extranjeros en situación irregular y prestaciones contributivas de desempleo: reconocimiento del derecho (TS 18.3.2008, Rec. 800/07) y cobro anticipado en supuestos de retorno voluntario (RD Ley 4/2008)». En AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*. Murcia: Laborum.
- CARRASCOSA BERMEJO, D., CHARRO BAENA, P. (2008): «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 18.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2009): «El Derecho Social ante la crisis». *Aranzadi Social*, núm. 19.
- CEINÓS SUÁREZ, A. (2006): *El trabajo de los extranjeros en España*. Madrid: La Ley.
- CHARRO BAENA, P. (2009): «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo». *Aranzadi Social*, núm. 4.
- CHARRO BAENA, P. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (2011): «Artículo 36. Autorización de residencia y trabajo». En F. Cavas Martínez (dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento* (pp. 641-655): Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- DE LA CASA QUESADA, S. (2008): *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*. Granada: Comares.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, D. (2008): «Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18.
- DE LA VILLA GIL, L. E. (2006): «La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de Seguridad Social». *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Justel, núm. 10.
- DESDENTADO BONETE, A. (2008): «El desempleo del extranjero “sin papeles”». *Diario La Ley*, núm. 3689.
- DÍAZ AZNARTE, M. T. (2010): «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», en AA.VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2003): «Lógica de mercado y trabajo». *Relaciones Laborales*, núm. 1.
- (2010): «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la Seguridad Social para la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial». En J. L. Monereo Pérez (dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000* (pp. 583-613): Madrid: La Ley.

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

- (2011): «La protección de seguridad social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma)». En J. A. Fernández Avilés y M.<sup>a</sup> N. Moreno Vida (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, B. (2003): «Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo». *Aranzadi Social*, núm. 10.
- (2007): «Más doctrina judicial sobre los derechos de los extranjeros irregulares ante el nivel contributivo de la Seguridad Social. Comentario a las SSTSJ de Cataluña 15-11-2006 y del País Vasco 13-2-2007». *Aranzadi Social*, núm. 11.
- (2008): *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. Murcia: Laborum.
- GARCÍA NINET, J. I. (2008): «¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008». *Revista Tribuna Social*, núm. 214.
- GARCÍA VALVERDE, M. D. (2008): «La contratación ilegal de extranjeros». *Revista de Derecho social*, núm. 43.
- GARCÍA VIÑA, J. (2009): «La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008». En Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia: Laborum.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. (2003): «Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales». *Justicia Laboral*, núm. 16.
- JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S. (2010): *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*. Valladolid: Lex Nova.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2006): «La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros». *Tribuna Social*, núm. 187.
- LUJÁN ALCARAZ, J. (2008): «El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros». *Revista Aranzadi Social*, núm. 16.
- MALDONADO MOLINA, J. A. (2010): «El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros». En J. L. Monereo Pérez (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*. Granada: Comares.
- (2011): «Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿fomento de empleo o del retorno?». En J. A. Fernández Avilés y M. N. Moreno Vida (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*. Granada: Comares.
- MARÍN MARÍN, J. y GALLEGO MOLLA, F. (2005): *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (2008): «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena». En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.<sup>a</sup> N. Moreno Vida (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada: Comares.
- MERCADER UGUINA, J. R. (2003): «La protección social de los trabajadores extranjeros». En AA.VV., *Derechos y Libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santander.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2002): «El derecho a la Seguridad Social». En J. L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M. N. Moreno Vida (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2001): «Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales». En J. L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*. Granada: Comares.
- MONTOYA MEDINA, D. (2009): «Reflexiones en torno al alcance de la protección de seguridad social del trabajador extranjero no autorizado». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144.
- MONTOYA MELGAR, A. (2007): *El empleo ilegal de inmigrantes*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MORENO PUEYO, M. (2004): «Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española». *Estudios Financieros. RTSS*, núm. 257-258.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A. (2008): «El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2008». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 764, 2008.
- PÉREZ YÁÑEZ, R. M. (2009): «A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo». *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10.
- QUINTERO LIMA (2010): «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes». En AA.VV., González Ortega, S. (dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAMOS QUINTANA, M. I. (2009): «El derecho al trabajo y los derechos en materia de Seguridad Social». En AA.VV., Aja, E. (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010): «La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo». En J. L. Monereo Pérez (dir.) y L. A. Triguero Martínez (coord.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*. Madrid: La Ley.
- ROJO TORRECILLA, E. (2011): «La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas». En J. A. Fernández Avilés y M. N. Moreno Vida (dirs.): *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*. Granada: Comares.
- RUBIO DE MEDINA, M. D. (2009): «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo». En AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*. Murcia: Laborum.
- (2009): «La protección asistencial por desempleo de los trabajadores “ilegales” en España». En AA.VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*. Murcia: Laborum.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J. (2011): *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*. Granada: Comares.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. (2010): «El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias». En J. L. Monereo Pérez (dir.), *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*. Madrid: La Ley.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (2009): «Efectos jurídicos de la contratación de inmigrantes “ilegales”: una aproximación desde el Derecho Comparado». En AA.VV., Sánchez-Rodas

## I. POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL INMIGRANTE

---

- Navarro, C. (coord.), *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*. Murcia: Laborum.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2006): «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63.
- SOLOW, R. M. (1992): *El mercado de trabajo como institución social*. Madrid: Alianza Editorial.
- TARABINI-CASTELLANIAZUAR, M. (2002): *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*: Valencia: Tirant lo Blanch.
- TARELLO, G. (1995): «El Derecho y la función de distribución de los bienes». En *Cultura jurídica y política del derecho*, México: FCE.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (2007): «La Seguridad Social y la protección por desempleo de los extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del País Vasco de 13.2.2007, Sala de lo Social Sección 1 (AS 2007/900)». *Aranzadi Social*, núm. 13.
- (2009): «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008». *Revista Aranzadi Social*, núm. 21.
- (2010): «La regulación jurídica del nuevo modo de capitalización de la prestación por desempleo: análisis jurídico-político del Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre. La mercantilización de los trabajadores extranjeros inmigrantes». En Monereo Pérez, J. L. y Sánchez Montoya (dirs.): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada: Comares.



## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»? (\*)

ERMANNIO VITALE

*Profesor Titular de Filosofía Política e Historia de las Doctrinas Políticas  
Università della Valle d'Aosta/Université de la Vallée d'Aoste (Italia)*

### RESUMEN

#### **Derecho a migrar: ¿El cumplimiento de la «edad de los derechos»?**

¿Cuál es el lugar del *ius migrandi* —del derecho a migrar como facultad de cada uno de los individuos de atravesar las fronteras de los estados y de elegir libremente su residencia, temporal o definitiva— en aquella que Bobbio ha definido como «la edad de los derechos»?

Es muy probable que la edad de los derechos, que presupone el individualismo y el universalismo, se vaya cerrando, sofocada ya sea por la robusta espiral del mercado global o bien por otras fuerzas igualmente poderosas como los nacionalismos y los particularismos de cualquier color. Sin embargo, este ensayo nos sitúa en un mundo de nobles ideales, o apenas un paso más abajo, fingiendo que cuanto se ha escrito en las constituciones de los Estados democráticos de derecho y en las cartas internacionales de derechos es una realidad, o está muy próximo a convertirse en realidad, en lugar de ubicarse cada día más lejos de ésta.

Y bien, ¿qué lugar ocupa el derecho a migrar en estos documentos? ¿Y qué importancia tiene, podemos ahora preguntarnos, en los escritos de los filósofos que, al igual que Bobbio, han advertido abiertamente que lo preferible, la meta a alcanzar plenamente, es una sociedad planetaria fundada sobre el *ethos* de los derechos humanos? La respuesta más objetiva es la siguiente: El derecho a migrar ocupa un puesto marginal y, en todo caso, tiene una protección parcial y ambigua en la lista de los derechos fundamentales reconocidos en la expresión positiva del constitucionalismo moderno.

**Palabras clave:** Derecho a migrar, Derechos Humanos, Constitucionalismo, racismo.

### ABSTRACT

#### **Migration Right: The «Rights Age» Accomplishment?**

Which role plays the «*ius migrandi*» – the migration right as faculty of each individual to cross the country borders and to take up freely his residence – in the time defined by Bobbio as «the rights age»? It is very probable that the rights age, founded on individualism and universalism, is very close to the end, smothered by economic globalization as well as by any kind of nationalisms and particularisms. Nevertheless, this essay wants to focus the theme as though we live in a world of noble ideals, where every article of the national constitutions and the international Declarations is really and totally enforced.

So, which place does the migration right take in this documents? And in the writings of the philosophers who, as such as Bobbio, pointed out the importance of a planetary society founded in the *ethos* of the human rights? The most reasonable answer is the following: The Migration's right takes a very little and ambiguous place in the theory and practice of modern constitutionalism.

**Key words:** Migration right, human rights, constitutionalism, racism.

---

(\*) Traducción de Pamela Rodríguez Padilla con la colaboración de Paula Sofía Vázquez Sánchez y Pedro Salazar Ugarte.

-----

SUMARIO

- I. ¿CUÁL ES EL LUGAR DEL *IUS MIGRANDI* EN «LA EDAD DE LOS DERECHOS»?
  - II. ¿QUÉ IMPORTANCIA TIENE EL DERECHO A MIGRAR EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO?
  - III. EL DERECHO A MIGRAR EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EN LA POLÍTICA DE ORIENTACIÓN LIBERAL.
  - IV. LAS CONDICIONES CONCRETAS DEL DISFRUTE DEL DERECHO A MIGRAR.
  - V. CONCLUYENDO: DERECHO A MIGRAR, UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y RACISMO.
- 

I. ¿CUÁL ES EL LUGAR DEL *IUS MIGRANDI* EN «LA EDAD DE LOS DERECHOS»?

¿Cuál es el lugar del *ius migrandi* —del derecho a migrar como facultad de cada uno de los individuos de atravesar las fronteras de los Estados y de elegir libremente su residencia, temporal o definitiva— en aquella que BOBBIO ha definido como «la edad de los derechos», recuperando con cautela la fórmula del obispo Walter KASPER, de acuerdo a la cual los derechos son el nuevo *ethos* mundial de la humanidad? Cualquiera podría hacerme notar enseguida que la edad de los derechos, como se la imaginaban Bobbio y Kasper, ya ha culminado, y alguien más podría añadir que estamos ante el enésimo «post»: la postedad de los derechos, o la edad de los post-derechos (aunque nunca sabemos bien a qué cosa se refiere, hoy el prefijo «post» está muy de moda, como ustedes saben: postmodernidad, postdemocracia, etcétera).

De acuerdo. Soy consciente de que, incluso como idea regulativa, la edad de los derechos, que presupone al individualismo y al universalismo, se está probablemente cerrando, sofocada ya sea por la robusta espiral del mercado global, o bien por otras fuerzas igualmente poderosas como los nacionalismos y los particularismos de cualquier color. Que esto se materialice es bastante probable, pero este hecho no es muy interesante bajo el perfil teórico. O por lo menos quien les habla —o, sea yo— está fastidiado de inventariar los fracasos y de medir, de nueva cuenta, la distancia, en constante aumento, entre los nobles ideales y la burda materia. Permanecemos, entonces, por una vez, en las nubes de los nobles ideales, o apenas un paso más abajo, fingiendo que cuanto se ha escrito en las constituciones de los Estados democráticos de derecho y en las cartas internacionales de Derechos es una realidad, o está muy próximo a convertirse en realidad, en lugar de ubicarse cada día más lejos de ésta.

Y bien, ¿qué lugar ocupa el derecho a migrar en estos documentos? ¿Y qué importancia tiene, podemos ahora preguntarnos, en los escritos de los filósofos que, al igual que Bobbio, han advertido abiertamente que lo preferible, la meta a alcanzar plenamente es una sociedad planetaria fundada sobre el *ethos* de los derechos? Anticipo, reservándome de documentarla y argumentarla más adelante, la respuesta que me parece la más objetiva y correcta: el derecho a migrar ocupa un puesto marginal y, en todo caso, tiene una

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

protección parcial y ambigua en la lista de los derechos fundamentales reconocidos en la expresión positiva del constitucionalismo moderno. Para decirlo con un lenguaje un poco más especializado: la cuestión del derecho a migrar, de nueva cuenta y por muchas razones, debe afrontarse al mismo nivel que el problema de la titularidad del mismo por parte de cada individuo, mientras que para los otros derechos de libertad la discusión gira hoy, en la mayoría de los casos, en torno al problema de las condiciones de ejercicio real de tales derechos (de sus garantías primarias y secundarias y de su efectivo disfrute).

Añado que, en el pensamiento liberal y constitucionalista contemporáneo, el tema del «derecho a migrar» suele estar ausente o evadirse, con un escaso desarrollo teórico, mientras que en la tradición marxista *lato sensu* aparece desarrollada ideológica e instrumentalmente (los migrantes como factores de transformación revolucionaria del mundo). En este cuadro un poco desolador existe una sola excepción significativa, por lo menos a mi juicio: aquella representada por el pensamiento de Luigi FERRAJOLI, que retoma al *ius migrandi* en su obra *Principia iuris* sin reticencia, como una especie del derecho fundamental de libertad de movimiento de las personas<sup>(1)</sup>.

He anticipado sintéticamente esta respuesta porque me permite proponer desde ahora, y confiriendo sentido, las otras dos cuestiones que orientan la segunda mitad de este estudio. La primera cuestión —que deriva de la falta o reconocimiento parcial del derecho a migrar— es la siguiente: el derecho a migrar, ¿es un derecho originario de la persona, en el sentido de que el mismo debe pertenecer a la primera generación de derechos, pero ha sido, por así decirlo, sofocado en su cuna por sus propios hermanos, vale decir, por los otros derechos de la persona y del ciudadano?, o con mayor precisión, ¿por la interpretación de los mismos que ha prevalecido histórica y jurídicamente? Al contrario, ¿el derecho a migrar debe considerarse como un derecho de tercera o inclusive cuarta, quinta o sexta generación? Esto es, como un derecho novísimo, cuya exigencia de reconocimiento y protección depende del fenómeno migratorio de gran envergadura al que estamos asistiendo en estos últimos dos decenios. Y por lo mismo ¿acaso se trata de un derecho que todavía debemos explorar y construir bajo el perfil teórico y jurídico?

El modo en el cual se responde a estas preguntas —*ius migrandi* ¿originario o novísimo?— orienta en otra dirección la respuesta a la segunda cuestión que deseo analizar: ¿cuáles son, al menos en línea de principio, las condiciones económicas, sociales, políticas, culturales y ecológicas que harían exigible, realizable, un «derecho a migrar» tomado en serio? Aparentemente la burda materia, apenas arrojada por la puerta, ya está regresando por la ventana. Pero no es así. Me limitaré, de hecho, a sugerir las condiciones que considero necesarias para tomar en serio al *ius migrandi*, sin preguntarme cuán distantes están de la burda materia del mundo en que vivimos.

### II. ¿QUÉ IMPORTANCIA TIENE EL DERECHO A MIGRAR EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO?

¿Qué importancia tiene, entonces, el derecho a migrar en las constituciones y en el constitucionalismo moderno? Se puede responder, parafraseando a SIEYÈS: ¿qué es, en el cons-

---

(1) L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della demorazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

titucionalismo moderno, la afirmación del derecho a migrar? Es la expresión más coherente y completa de la libertad personal, esto es, de la primera de las cuatro grandes libertades de los modernos (personal, de expresión, de reunión, de asociación). ¿Qué ha sido hasta ahora el derecho a migrar en las cartas y en las constituciones positivas? Casi nada. ¿Qué exige este derecho? Que sea tomado en cuenta.

Y, sin embargo, la misma Francia revolucionaria, heredera directa del pensamiento ilustrado más riguroso, había comenzado bien. En el artículo 4.º de la Constitución del 24 de junio de 1793 —que jamás entró en vigor—, se establecía que

Todo extranjero con veintiún años de edad, domiciliado en Francia desde hace un año, que viva aquí de su trabajo, o adquiera una propiedad, o despose una francesa, o adopte un niño, o alimente a un viejo; todo extranjero, en fin, que el cuerpo legislativo considere que ha merecido bien la humanidad, será admitido al ejercicio de los derechos de ciudadano francés<sup>(2)</sup>.

Vale la pena resaltar que los títulos de adquisición de la ciudadanía de residencia estaban bien especificados y no se dejaban a la determinación de sucesivas leyes ordinarias o al poder de reglamentación administrativa. Esta norma, conectando la ciudadanía a la decisión individual de comprometerse por un periodo superior a un año a contribuir con trabajo o con recursos propios para beneficiar aquella colectividad política denominada «Francia», proclamaba el derecho a migrar en su dimensión seguramente más problemática, aquella que se refiere al acogimiento del extranjero, del migrante de entrada, y no sólo en el aspecto relativo a la migración de salida; esto es, del derecho de abandonar el país de origen —que, como quiera que sea, evidentemente, es el aspecto complementario (y el más evidente)— para realizar con plenitud el derecho a migrar.

Dos siglos antes, en 1539, Francisco DE VITORIA había afirmado —si bien en aras de ofrecer una justificación teórica a la Conquista española, y más en general a las empresas coloniales de las potencias europeas y de sus compañías comerciales— el derecho universal de cualquier individuo a migrar y a establecer su residencia en cualquier lugar de la tierra: derecho a defender, en caso de la oposición de los autóctonos, recurriendo incluso a la guerra, declarada en este caso, sin duda alguna, *bellum iustum*. Y un siglo y medio después LOCKE, en el *Segundo tratado*, había reafirmado la libertad de migrar, por lo menos *in vacuis locis*, como corolario de su teoría del trabajo como título de adquisición originario de la propiedad.

FERRAJOLI no omite hacer notar que, en aquel entonces, dicho derecho era practicable sólo por los europeos: hoy, que el flujo de las migraciones procede en sentido contrario, los hipócritas paladines de los derechos universales de libertad han abandonado los hábitos del universalismo tomado en serio. A decir verdad, ya en 1795 KANT había lamentado, en el comentario al tercer artículo definitivo *Sobre la Paz Perpetua*, relativo al derecho cosmopolita, la violencia y la hipocresía de las potencias coloniales europeas: «la conducta hostil de los Estados civilizados de nuestro continente» y «la injusticia que ellos demues-

---

(2) Cfr. Acta Constitucional del 24 de Junio de 1793 (Francia), disponible en: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/804/9.pdf>>.

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

tran cuando visitan pueblos y territorios extranjeros» llega «hasta el horror». Por tanto, para que la paz se estableciera con permanencia entre los pueblos, Kant esperaba que se entendiera finalmente que, en una época en la que el planeta era cada vez más compartido, «la violencia del derecho realizada en *un* solo punto de la tierra, se percibe en *todos*» y, entonces, cómo la idea del derecho cosmopolita no era «un modo quimérico y extravagante de representar al derecho, sino un complemento del código no escrito tanto del derecho del Estado como del Derecho de Gentes».

Con la afirmación de la idea de nación ya dentro de la misma revolución francesa, idea que después toma forma más o menos virulenta y trágica durante todo el siglo XIX y la primera mitad del XX, las constituciones tienden a perder su anhelo universalista y, en consecuencia, el interés sincero por considerar seriamente la hipótesis de establecer y garantizar un derecho a la migración. Se podría replicar que un derecho de transferirse y residir en cualquier punto del planeta era previsto en la constitución francesa de 1848 y en varias constituciones españolas (incluida la de 1931) y latinoamericanas del siglo XIX. Pero la afirmación de principio podría fácilmente revertirse atribuyendo a las leyes ordinarias y a los reglamentos la facultad de regular la materia. Para ejemplificar esta tendencia general me parece que es interesante hacer referencia a la constitución mexicana de 1917, que retomaba, incluso modificándola en buena medida, la de 1857: en el artículo 11 se establecía que:

Todo hombre tiene derecho para entrar y salir de la República, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro requisito semejante.

Pero, añadía inmediatamente después,

El ejercicio de este derecho no perjudica las legítimas facultades de la autoridad judicial o administrativa, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Y no hay necesidad de indagar en profundidad en los pliegos del ordenamiento jurídico para descubrir que la norma sobre la ciudadanía no corresponde en definitiva a la idea de la ciudadanía cosmopolita, presumida por un ejercicio efectivo del derecho a migrar. Basta leer los artículos del 30 al 33 de la propia constitución, y en particular este último, para comprender que los títulos de adquisición de la ciudadanía mexicana son el nacimiento (sea como *ius soli*, sea como *ius sanguinis*) y la naturalización, que depende, como en cualquier país, de leyes, reglamentos y de la interpretación discrecional de éstos. Finalmente, de acuerdo al artículo 33, el gobierno federal tiene el poder exclusivo de imponer a los extranjeros el abandono del territorio de la Unión «inmediatamente y sin necesidad de juicio previo»; valga decir, a su consideración, del todo discrecional, de su calidad de indeseable. Quisiera subrayar la diferencia respecto a la instauración de la constitución jacobina de 1793: allá se indicaban imperativamente los títulos de adquisición de una ciudadanía fundada sobre la mera residencia estable; acá se afirma, en principio, la misma idea cosmopolita de la ciudadanía, pero delegando en las fuentes inferiores del derecho y, sobre todo, en la discrecionalidad del ejecutivo y de la administración el disfrute concreto

de este derecho fundamental transformado, de esta manera, de un derecho exigible a una graciosa concesión del titular del poder político.

Fascismo y nazismo —y más en general, los totalitarismos— representaron, en el plano de la doctrina, el desarrollo coherente del romanticismo político y del nacionalismo y la completa inversión de las ideas ilustradas que anticipaban al Estado democrático de derecho y la extensión del modelo contractualista en las relaciones internacionales. Escribe BOBBIO:

... lo que hace de la democracia la hija primogénita de la Ilustración es la concepción, que viene atribuida a la teoría democrática, de la sociedad y del Estado individualista, no holista; mecanicista, no orgánica; cuantitativa, no cualitativa; materialista, no espiritual; atomista y atomizadora, no comunitaria<sup>(3)</sup>.

Dicho de otra manera, la edad de los derechos se funda sobre una representación de la sociedad «como *Gesellschaft* y no como *Gemeinschaft*». Con toda evidencia, el pensamiento xenóforo y racista consustancial a la exaltación de la *Gemeinschaft* (del *Bund und Blot*) es el enemigo mortal de los «inmortales principios» del 1789.

Es en el constitucionalismo de la segunda postguerra —en el que se propone, en forma más o menos ingenua, decir un «nunca más» a la voluntad ciega de potencia, a la exaltación de la guerra y a la presunta jerarquía natural entre los individuos y pueblos que condujo al mundo a un paso de la más completa catástrofe, produciendo millones de víctimas y otros tantos de prófugos y refugiados— en donde podríamos esperar encontrar mayor interés a favor del derecho a migrar (derecho que, más que ningún otro, se revela como una elección a favor de representar a la sociedad como *Gesellschaft* en vez de como *Gemeinschaft*). Y, sin embargo, los pronunciamientos en tal sentido son en algunos casos inexistentes y, en otros, muy tímidos y parciales.

Incluso la avanzadísima Constitución italiana simplemente ignora el problema: el artículo 16 se limita a afirmar que cada *ciudadano* puede circular y establecerse libremente en cualquier parte del territorio de la República y que cualquier ciudadano pueda salir o entrar en el mismo, con las excepciones establecidas en las leyes. Ni siquiera aquí se pone el problema del título para adquirir la ciudadanía que, se da por descontado, depende (salvo naturalizaciones), de ser hijo de un ciudadano (*ius sanguinis*). Pero también el artículo 11 de la Constitución alemana se limita a declarar que todos los alemanes gozan de la libertad de circulación en el interior del territorio federal; si bien Alemania reconoce desde 1993 un amplio derecho de asilo a los perseguidos políticos (al que siguieron más recientemente nuevas restricciones) que, en el papel, abre la puerta a naturalizaciones y a la adquisición de la ciudadanía vía *ius soli* (artículo 16a). Y el artículo 19 de la Constitución española reafirma la idea de que la libre circulación depende de la ciudadanía y está limitada a las fronteras del Estado, por más que se diga claramente que los ciudadanos españoles pueden entrar y salir libremente de España en los términos establecidos en las leyes, además de que se reconozca la posibilidad de tener la doble nacionalidad limitadamente a algunos países que tengan vínculos históricos con España (artículo 11).

---

(3) N. BOBBIO, *L'ideologia del fascismo* (1975), en *Dal fascismo alla democrazia* (M. Bovero, ed.), Baldini&Castoldi, Milán, 1997, p. 66.

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

Estando así las cosas, sí es cierto que en materia del derecho a migrar las Constituciones callan o son muy reticentes; por ende, creo que se puede entender bien por qué todas las leyes ordinarias y los reglamentos en materia de inmigración se han convertido, poco a poco, más restrictivos en los países del llamado primer mundo (al agravarse el problema migratorio); pero no sólo en estos países (a menudo olvidamos que el fenómeno migratorio concierne también a desplazamientos entre países pobres o «en vías de desarrollo»). Es como si los Estados soberanos, debilitados en su soberanía al haberse quedado sin medios para regular eficientemente en su territorio la circulación de las mercancías y los flujos financieros globales, se encarnizaran en impedir o limitar fuertemente la circulación de las personas creyendo que, de esta manera, se reapropiarían de una autoridad y de un espacio jurídico que parecen redimensionarse donde fueron efectivos o siempre fueron inalcanzables.

Sin embargo, se puede comprender que las Constituciones nacionales no afrontan, o afrontan sólo en perspectiva nacional, el problema de la ciudadanía y del derecho a migrar. Por ello, es necesario ampliar la mirada a las cartas internacionales o supranacionales de derechos. Pero también en estos documentos el derecho a migrar no encuentra «ciudadanía», sino en forma parcial, fracturada. En el artículo 13 de la *Declaración universal de los Derechos Humanos* de 1948 se lee: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país»<sup>(4)</sup>. Por más que sea importante establecer que todos tienen el derecho de dejar cualquier país, incluso aquél del que se es ciudadano, es del todo evidente que el *ius migrandi* tomado en serio contempla también, como bien sabía VITORIA desde 1539, la afirmación del derecho de cualquier individuo a elegir la propia residencia en cualquier parte del planeta. Y cada derecho efectivo a favor de un sujeto conlleva un deber a cargo de otro: en este caso, el deber que tiene el país elegido por un individuo, como residencia estable, de acogerlo como nuevo ciudadano.

Si damos un vistazo a la más reciente Carta de Niza (2000) o Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que tras el Tratado de Lisboa tiene el mismo valor jurídico que el Tratado de la UE y el Tratado de Funcionamiento de la UE (como expresamente afirma el art. 6 del Tratado de la UE), podemos observar que la libertad de circulación y residencia ni siquiera se menciona (posiblemente, por exceso de obviedad). Para encontrar un indicio fugaz debemos buscar en el Título I de la Carta; pero el título II, intitulado «Libertad», no hace referencia a la libertad de circulación y, al mismo tiempo, no deja de reafirmar en forma incluso redundante y un poco de pasada (o sea, mezclándolos con los derechos sociales) otros «clásicos» derechos de libertad (seguridad, expresión, pensamiento, conciencia, religión, información, instrucción/enseñanza, artes y ciencia, reunión, asociación, trabajo, empresa, propiedad, etcétera), añadiendo derechos «nuevos» (que despiertan alguna perplejidad en cuanto a sistematización teórica) como el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal, el derecho de casarse y de construir una familia.

Si no se dice nada de la libertad de circulación, imagínense qué podemos esperar ahora del derecho a migrar. Los artículos 18 y 19 se limitan a afirmar: 1) que el derecho de asilo está regulado en la Convención de Ginebra; 2) que las expulsiones colectivas están prohibi-

---

(4) ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a13>>.

das; 3) que nadie puede ser expulsado o extraditado a un Estado en el que existe un riesgo serio de ser sometido a la pena de muerte, a la tortura o a tratamientos degradantes. Lo cierto es que la ciudadanía de la Unión se adquiere sólo cuanto ya se es ciudadano de un Estado miembro. Ni siquiera la Directiva más innovadora (relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en vigor desde 2006), que fija la adquisición del derecho subjetivo a residir en el interior de las fronteras de la Unión después de cinco años para los trabajadores «extracomunitarios», afronta el núcleo de la cuestión; es decir no abre las puertas para la adquisición de la ciudadanía fundada en la residencia estable (que es el presupuesto para configurar la titularidad y el ejercicio del *ius migrandi*). Para adquirir la ciudadanía de la Unión se necesita adquirir la ciudadanía de un estado miembro de acuerdo a las leyes nacionales que regulan esta materia. Y el problema de las migraciones es considerado predominantemente, si no exclusivamente, como un problema unido, por una parte, a la esfera económica (cuántos trabajadores se requieren para la producción agrícola e industrial); por el otro, a la esfera de la seguridad entendida como orden público (el contraste con la migración irregular o clandestina), y no como una cuestión referida, antes que nada, a los derechos fundamentales de la persona.

### III. EL DERECHO A MIGRAR EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EN LA POLÍTICA DE ORIENTACIÓN LIBERAL

Si en el derecho positivo interno, internacional y supranacional no encontramos formulaciones satisfactorias del derecho a migrar, se puede pensar en encontrarlo *coherentemente* previsto en los libros de filosofía del derecho y de la política de orientación liberal. Pero tampoco entre ellos el derecho a migrar parece encontrar muchos promotores sinceros. No es éste el lugar para hacer una reseña crítica de las posiciones en el tema, pero me parece que es exacto en general lo que escribe Enrica RIGO a propósito del derecho a migrar en el pensamiento liberal contemporáneo:

«casi ninguno de los autores que pueden adscribirse a la que ha sido individuada como la gran familia liberal propone el reconocimiento de un derecho a la inmigración ilimitado o, cuando menos, simétrico a aquél de la emigración. [...] El derecho a la libre circulación se connota de manera diversa dependiendo de si se considera su ejercicio *al interior y desde el interior* de las fronteras nacionales o, bien, *a través* de estas: sólo en el segundo caso, de hecho, se trata de valorar la admisión de algunos a participar de alguna cosa que no está en su disponibilidad. O bien, de acceder a una esfera jurídico-política reservada como lo es la de la ciudadanía»<sup>(5)</sup>.

Debo reconocer que, si la memoria no me traiciona, tampoco en el pensamiento liberal-socialista de Bobbio se encuentra una reflexión articulada sobre la relación entre libertad de circulación interna dentro de las fronteras estatales y la libertad de circulación a través de esas fronteras. Aunque también es cierto que en la poderosa metáfora de la «revolución copernicana» —o en la clara reivindicación del individualismo *ético* (antes que metodoló-

---

(5) E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell' Europa allargata*, Meltemi, Roma, 2007, p. 41.

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

gico y ontológico) como perspectiva de sentido y límite de los poderes sociales— encontramos el mejor presupuesto para argumentar a favor de la libertad de circulación de las personas también a través de las fronteras del Estado.

Estas reflexiones nos permiten intentar una respuesta a la pregunta inicial sobre el papel marginal que ha ocupado (o mejor, que *no ha* ocupado), en la teoría estándar del derecho, el *ius migrandi*. El derecho a migrar surge como la extensión máxima y más coherente del derecho a la libre circulación, entendido como derecho de la persona y no del ciudadano: es por lo tanto un derecho de primera generación, que sigue (en una hipotética graduación axiológica) al derecho a la vida, al cual está estrechamente vinculado cuando lo entendemos como vida digna de ser vivida y no como simple supervivencia. Es la expresión máxima de la libertad personal. De hecho, la posibilidad de elegir el lugar en el que se quiere vivir es la primera condición para buscar la felicidad; o sea —para decirlo con palabras de KANT— para intentar desarrollar los talentos propios y realizar las legítimas ambiciones de cada quien. Pero los Estados territoriales europeos, en cuyo seno tuvieron lugar las primeras positivizaciones importantes de la doctrina de los derechos del hombre, han vinculado el derecho de la libre circulación a la ciudadanía y lo han limitado al interior de las fronteras nacionales. Y, en el resto del mundo, los estados que surgieron de los procesos de descolonización han reproducido este modelo fundado sobre la superioridad del estatus de ciudadano con respecto al de persona.

Los fenómenos migratorios masivos contemporáneos hacen evidente la contradicción que yace escondida en aquellos lugares en los que (y en la medida en la que) la presencia de extranjeros o migrantes es porcentualmente casi nula o, como quiera que sea, poco significativa. Por ejemplo, hace treinta años en Italia casi todas las personas que habitaban allí eran también ciudadanos: la distinción entre los derechos de la persona y los del ciudadano era quizás una cuestión teórica interesante, pero sin gran relevancia en la práctica social y jurídica. Por eso, a mi juicio, se tiene la impresión de que el derecho a migrar es, por así decirlo, un derecho novísimo y aún por elaborar y me refiero a quien lo toma en serio asumiendo una concepción individualista de la sociedad y no lo refuta en nombre de una visión holística y organicista de la vida colectiva (en nombre de la *Gemeinschaft*). Se trata, por el contrario, al menos en el aspecto conceptual, de un derecho viejísimo, de primera generación, antecedente de los mismos derechos políticos y sociales.

La cuestión relativa a qué generación de derechos pertenece el derecho a migrar podría aparecer absolutamente abstracta, y su resolución en un sentido o en el otro puede parecer carente de consecuencias prácticas. Una cuestión de lógica pura, por decirlo así, más que de estudiosos del derecho y de la política *in corpore vili*. Deseo sostener que es importante argumentar a favor del derecho a migrar como derecho de la persona de primera generación, como realización plena de aquella libertad personal que —según BOBBIO— es la primera gran libertad de los modernos. Para descubrir esa importancia es útil echar mano de la vía alternativa; esto es, verlo como un supuesto «derecho fundamental novísimo», concebido como respuesta a las condiciones fácticas y/o a las presuntas motivaciones «objetivas» de las migraciones contemporáneas. O, mejor aún, en un derecho cuya realización es: (a) medida prioritaria en las exigencias económico-sociales del país de destino o; (b) depende de condiciones de *extrema* necesidad, en las que está en juego la vida de los seres humanos. Esto es, condiciones que *por sí solas* hacen marginal la libre elección: pobreza absoluta, guerra, persecuciones políticas graves, catástrofes ambientales irreversibles.

Puesta en estos términos, la reivindicación del derecho a migrar tiende a subordinarse a las exigencias instrumentales de los países de destino o a confundirse con la justificación moral de lo que se puede definir como el «impulso a la fuga» impuesto por una situación de necesidad que plantea inmediatamente el difícilísimo problema de su verificación empírica. Piensen en las enormes dificultades que supone distinguir empíricamente (y no mediante simples operaciones de nominalismo burocrático) entre los así llamados migrantes económicos, los prófugos de las guerras y los perseguidos políticos (en muchos casos, estas personas son las tres cosas al mismo tiempo). Y el así llamado «derecho de asilo» —un derecho que no es derecho, porque es una concesión que depende de la verificación unilateral, por parte del Estado huésped, de la vigencia de la condición de perseguido político— es el espejo de las dificultades propias de una perspectiva teórica que concibe el traspaso de las fronteras como una fuga necesaria y no como una elección basada en la titularidad —*en cuanto personas y no en tanto ciudadanos*— del derecho de libre circulación y de residencia, y de la posibilidad de ejercerlo, al menos en principio, como mera expresión de la propia autonomía individual.

#### IV. LAS CONDICIONES CONCRETAS DEL DISFRUTE DEL DERECHO A MIGRAR

Paso ahora a la segunda cuestión advertida al inicio, relativa a las condiciones concretas del disfrute del derecho a migrar. En la relativamente breve historia de los derechos que, desde el *Segundo Tratado* de LOCKE, llega hasta Bobbio y Ferrajoli, la distinción analítica entre titularidad y disfrute de un derecho ha ido siempre de la mano con su dimensión histórico-empírica. En otros términos, sí es verdad que la ineficacia del disfrute no perjudica la titularidad; es decir, éste no es un buen argumento para declarar nula o inválida la norma que tal titularidad establece. Al contrario, es un buen argumento para exigir aquellas garantías primarias y secundarias que la hacen eficaz. Y sin embargo es cierto que una norma que predispone un derecho fundamental pero es inaplicada porque está desprovista de sus garantías o porque está muy lejos de la realidad, se vuelve contra su titularidad hasta hacerla desaparecer. Cuando históricamente se pierde la conciencia individual y colectiva de ser titular de un derecho, cesa también la reivindicación de las garantías que lo hacen exigible. Se deja, por decirlo coloquialmente, de luchar por su reconocimiento del que se es formalmente titular.

O peor aún, esa lucha se inicia nunca. La propuesta de reconocer plenamente el derecho a migrar, una vez concluida tanto la Conquista que VITORIA intentó legitimar como el establecimiento de los colonos norteamericanos que estaban en la mente de Locke, ha sido sustancialmente abandonada y dicho derecho de las personas ha terminado por confundirse con un «derecho de fuga» para escapar de los males extremos del mundo o de una vida tan tormentosa que no se considera digna de ser vivida. Que este derecho, que se desprende del núcleo teórico más puro del pensamiento liberal, pueda reivindicarse independientemente de su referencia a condiciones de extremo peligro para la vida de los individuos, nos parece hoy un pensamiento curioso, incluso extravagante. Pero la ausencia de necesidad, opresión u otra forma de condicionamiento radical, es justamente lo que confiere sentido a cualquier elección y, por lo tanto, también al ejercicio de los derechos fundamentales (en particular a los derechos de libertad). Si pensamos en la libre circulación de las personas, ¿cuáles son ahora las condiciones que la vuelven una opción efectiva y no una fuga necesaria?

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

Acotemos el campo y supongamos que un día, no sé si muy lejano o que no llegará nunca, la libertad de circulación de las personas a través de las fronteras —el derecho a migrar— es plenamente reconocida en las Cartas de los derechos internacionales y en las Constituciones de los Estados. Supongamos también que las garantías primarias y secundarias de tales derechos —los tratados, las leyes ordinarias y los reglamentos que establecen los deberes relativos y los órganos encargados de sancionar los eventuales impedimentos del ejercicio de tal derecho— están debidamente elaborados y están vigentes. Para decirlo con Ferrajoli, supongamos que todas las lagunas y las antinomias de los ordenamientos estatales y supraestatales han sido serán colmadas y resueltas (desde del inicio he advertido que deseo ocuparme de nobles ideales...).

Pero también, aun cuando supongamos todo esto, el propio FERRAJOLI subraya que la cuestión de la «materialización concreta» de las garantías, seguiría abierta. Es decir, seguirían pendientes las condiciones que hacen de la migración una elección autónoma del individuo y no una fuga del infierno en la tierra. En este sentido, el derecho a la libre circulación de las personas a través de las fronteras es, desde cierta perspectiva, un derecho *social*, y no sólo uno de libertad, que exige tanto la ausencia de impedimentos, como la satisfacción de obligaciones de prestaciones positivas a nivel planetario. En otro tenor, cada derecho, y no sólo los derechos sociales, conlleva prestaciones positivas por parte de las instituciones públicas (por ejemplo, la libertad personal también está garantizada por las fuerzas del orden y por el ejercicio de la justicia en los tribunales).

La materialización concreta del derecho a la libre circulación de las personas constituiría la verdadera materialización de la revolución copernicana iniciada con HOBBS en el plano de las relaciones entre Estado y ciudadano —las instituciones estatales en función del individuo y no viceversa— y que continuó con la prefiguración kantiana de la cosmópolis. Lo que debemos asumir para lograr este objetivo es un proceso gradual y de largo plazo (a) de reducción de las desigualdades globales producidas por el mercado y (b) de emancipación de la diferenciación basada en la pertenencia a una etnia o a una cultura (en donde un número enorme de individuos encuentra consuelo y causa de vano orgullo, en vez de considerarla como una de las causas que explican su situación de pobreza material).

Discutir analíticamente tales condiciones de materialización concreta supera, como se suele decir, los límites y las intenciones de esta exposición (en realidad supera cualquier esfuerzo individual y debería ser objeto de investigación colectiva y multidisciplinaria). No obstante ello, me arriesgo a esbozar de manera sintética siete puntos que considero precondiciones ineludibles para esquivar a la figura del «derecho» de fuga (o mejor dicho, al «hecho» de la fuga) y poder *pensar* en el derecho a migrar como una libre elección que nos permita elegir dónde queremos vivir; es decir, apostar por la ciudadanía de residencia (*ius domicilii*):

a) La garantía cosmopolita de un núcleo de derechos de libertad y de derechos políticos que permitan la transformación de los muchos regímenes autoritarios y despóticos —que existen todavía (aunque frecuentemente se ocultan tras una fachada de democracia)— en Estados democráticos de derecho, combatiendo desde las raíces las persecuciones políticas y la limpieza étnica.

b) La garantía cosmopolita de un núcleo mínimo de derechos sociales (salud y educación, en principio) que acaben con la pobreza y la ignorancia absolutas, el riesgo de

muerte por hambre, por sed, carestía y enfermedades fácilmente curables que lastiman a millones y millones de personas.

c) Un esfuerzo claro a favor del cuidado del planeta, dado que la progresiva destrucción de sus equilibrios produce, además de muchos otros desastres, condiciones que expulsan a muchas poblaciones de sus ambientes originales; una fuga que parece estar destinada a alcanzar, incluso, *directamente* a los arrogantes y distraídos habitantes del así llamado primer mundo.

d) Una voluntad concreta para ofrecer reglas eficaces al mercado (no basta cerrar, o fingir que se cierran, algunos paraísos fiscales) y para someter a los poderes fácticos de las finanzas globales a límites severos impuestos por un constitucionalismo mundial que tenga como objetivo primario el de proteger la seguridad, la justa retribución y la dignidad social del trabajo de todas las personas (comenzando por los más débiles, donde quiera que se encuentren).

e) Una profunda reflexión sobre el nexo que existe entre las fugas de migrantes y la responsabilidad del modelo de desarrollo capitalista. En particular, de su mito fundacional y subyacente: la competencia desenfadada y el crecimiento económico ilimitado, ligada a la producción de «bienes» *superfluos* (incluso hasta dañinos) y al *desperdicio* conciente de los recursos naturales, así como la idea de que el *consumo* ilimitado de estos bienes es un fin en sí mismo, que los indicadores económicos y sociales definen como el «bienestar», el «estándar de vida» de los Estados (que se resume en el concepto de «producto interior bruto»). En consecuencia, sería oportuna una reflexión seria sobre la conexión rígida (y al final insostenible) entre la riqueza global de una sociedad y la calidad de vida de esta misma. Hemos llegado al extremo de pensar que las exigencias *redistributivas* nacionales y globales son del todo secundarias para la calidad de vida individual y colectiva, y a pensar que su reivindicación es un obstáculo para el desarrollo omnívoro del mercado y la afirmación de sus pulsiones animales (quien plantea el problema es, de inmediato, acusado de estar aquejado de envidia social).

f) La definitiva renuncia a la guerra, en cualquiera de sus formas e incluso cuando se justifica como medio (a todas luces no sólo ineficaz sino también contraproducente) para la resolución de los conflictos que lastiman al planeta. Las guerras —locales, regionales o intestinas que incluyen a las guerras «humanitarias» o guerras contra el terrorismo— son, por decirlo con CANETTI, poderosas invitaciones a la fuga, que generan millones de prófugos y de desheredados que engrosan las filas de los condenados de la tierra.

g) Es necesario, para finalizar, retomar con fuerza el espíritu de lucha del individualismo y del universalismo contra todas las formas de nacionalismo exasperado y de particularismo comunitarista (y, por lo mismo, también apreciado por los condenados de la tierra que encuentran consuelo y motivo de orgullo en la pertenencia, por más vano que este consuelo sea) que descansan en la visión holístico-organicista del mundo, irreconciliable, de acuerdo con Bobbio, con la paz, los derechos y la democracia. Mientras los seres humanos consideremos cualquier tipo de pertenencia particular (a la nación, a la comunidad religiosa, a la tribu, etc.) como *predominante* sobre la pertenencia común a la familia humana, la edad de los derechos seguirá siendo una utopía, y el *ethos* mundial que la sostiene seguirá siendo una frase vacía (o, si se quiere, la madre de todas las promesas incumplidas de la democracia fruto de la Ilustración).

## II. DERECHO A MIGRAR: ¿EL CUMPLIMIENTO DE LA «EDAD DE LOS DERECHOS»?

### V. CONCLUYENDO: DERECHO A MIGRAR, UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y RACISMO

El *derecho a migrar* no por fuerza del hambre, de la guerra, de las persecuciones, de las catástrofes ecológicas, de las decisiones inescrutables y lejanas de las grandes corporaciones, etc., sino como derecho originario de la libertad del individuo, es la vara para medir el grado de realización o, por el contrario, de distanciamiento alarmante de la posibilidad de realización de la edad de los derechos. La imposibilidad de presentarlo en estos términos — incluso como un simple tema de reflexión académica— da cuenta del dramático abismo en el que se desploman las perspectivas de progreso moral y civil de la humanidad. Y, en sentido contrario, del prepotente regreso de lo que VICO llamaba «el retorno de la barbarie».

En otros términos, el derecho a migrar presupone, si no la cosmópolis realizada, la *Weltrepublik* kantiana, al menos la existencia de un espíritu cosmopolita, de una *Weltanschauung* orientada al universalismo y del universalismo, fundada en la convicción de la unidad sustancial del género humano. De un actuar *als ob*, como si las fronteras no existieran, orientado por la estrella polar del constitucionalismo de los derechos fundamentales.

Pero, ¿por qué una visión universalista, que no pretende sacrificar la variedad de las culturas y la peculiaridad de sus contribuciones al propio universalismo, no logra afirmarse en la historia, sino sólo reaparecer ocasionalmente después de inmensas tragedias colectivas (que, además, se olvidan pronto)? Claro que los conflictos materiales, los intereses particulares a corto plazo de los individuos y grupos son palancas poderosas ante la (lejana e incierta) perspectiva cosmopolita de largo aliento. Pero quizás no son explicaciones suficientes, por sí solas convincentes, para explicar este rechazo hasta ahora predominante. Pensemos en la rápida parábola autodestructiva del socialismo —por su naturaleza internacionalista, cosmopolita: ¡trabajadores del mundo, uníos!— que termina por incorporar el veneno del nacionalismo, dando lugar a formas de opresión totalitaria comparables a aquellas del fascismo —histórico y perenne— que son *en su esencia* la negación intelectual y moral —antes que política— de la democracia, de la paz y de los derechos fundamentales.

Me viene a la mente, cuando, busco una (¿mejor?) respuesta a esta pregunta, una idea tan lúcida cuanto conmovedora de BOBBIO, contenida en un ensayo que él mismo definiría como de «filosofía popular», *Racismo hoy*:

Para convencerse de la unidad sustancial del género humano no hay necesidad de esgrimir argumentos filosóficos. Basta con observar el rostro de un niño en cada parte del mundo. Cuando ves un niño, que es un ser cercano a la naturaleza, no moldeado y corrompido por las costumbres del pueblo en el que está destinado a vivir, no notas diferencias, sino en las facciones, entre un pequeño chino o africano o indio o italiano. Cuando veas una madre somalí que llora sobre su hijo muerto o reducido a un esqueleto, ¿ves alguna diferencia entre una madre y otra? ¿No se asemeja aquel llanto al llanto de todas las madres del mundo? No hay mejor prueba de esta igualdad sustancial y originaria que el fenómeno creciente de la adopción de niños que pertenecen a sociedades completamente diferentes a la nuestra, y con los cuales, de adulto a adulto, en determinadas condiciones, podría surgir actitudes de aversión racial.

Creo que frente al llanto de la madre somalí, así como al de todas las madres del mundo y, en general, frente al desesperado sufrimiento de todos los seres humanos, resulta difícil no ser universalistas, no reconocer la unidad sustancial del género humano. Se desata, o

debería, el resorte de la *compasión*, que debe entenderse no como aquella forma de conmiseración que involucra el desprecio, sino literalmente como «sufrir juntos», imaginándose en el lugar de aquella persona que llora desesperada porque no ve ninguna salvación. La compasión es un sentimiento simple pero lúcido, que nace o al menos está acompañado de una consideración racional: el dolor que veo padecer a otro ser humano podría tocarme también a mí. Ahora ¿por qué la compasión no se transforma, ahí en donde la causa del dolor y de la desesperación depende de elecciones humanas, en acciones políticas, en la voluntad de construir a nivel planetario instituciones capaces de eliminar tales causas? ¿Por qué el número de aquellos que sufren de malnutrición o mueren de hambre aumenta en vez de disminuir? ¿Por qué fracasan todos los programas de la FAO? ¿Por qué no se busca un acuerdo adecuado para el problema muy serio del *global warming*? ¿Por qué nunca faltan los recursos para comprar armas cada vez más sofisticadas? Las relaciones de todo esto con el migrar como fuga de un mal extremo (para quien aún tiene las fuerzas) y no como el ejercicio de un derecho de libertad son tan evidentes que me parece inútil insistir en ellas.

Obviamente no desconozco las múltiples razones estratégicas, económicas, geopolíticas, etc., que se argumentan para justificar la imposibilidad, no sólo de la realización de la cosmópolis, sino incluso de su mera configuración. Ya las he mencionado, aunque todos las conocemos muy bien: juntas parecen constituir, en la mejor de las hipótesis, una articulada e impresionante declaración de locura y voluntad autodestructiva del género humano, y en particular de aquella *ruling class* planetaria que se ostenta como iluminada.

Pero quizá, como decía poco antes, la ignorancia y la locura no lo explican todo. Hay una segunda hipótesis, aún, porque se funda en algo que podría llamarse ontología moral del ser humano, o sobre un dato del todo independiente de nuestra elección y, por tanto, incorregible. Es la hipótesis según la cual *no* es la compasión universal (por cuanto inadecuada) *sino* la malignidad, el odio recíproco lo que es estructural en los seres humanos. El resto es superestructura, proceso de justificación ideológica, esto que PARETO llamaría derivaciones. Escribe HOBBS analizando la condición natural (pre-política) de los individuos: «la causa del miedo recíproco en parte consiste en la igualdad natural entre los hombres y *parte en el recíproco deseo de dañarse*». Los seres humanos se temen recíprocamente no sólo porque todos se saben capaces de (dotados de los instrumentos para) darse muerte, sino también porque se reconocen psicológicamente predispuestos a hacerse recíprocamente del mal. De provocarle el mal al prójimo se obtiene, en el fondo, placer y sentido de superioridad.

En verdad no sé cuál de las dos hipótesis, la de la estupidez o la de la malignidad, sea la más plausible. Pero, ahora sí para concluir, me parece oportuno insistir en la respuesta a la pregunta inicial: ¿el derecho a migrar es un derecho viejo o novísimo, aún por elaborar? Creo que el *ius migrandi* es, por un lado, un derecho de libertad de la persona que pertenece a la primera generación de los derechos y, por el otro, un derecho cuya garantía y «realización práctica» tendrán lugar si y sólo si cuando la edad de los derechos alcance su plenitud. El disfrute del derecho a migrar, que no coincide con el hecho de la fuga obligada, presupone de hecho la garantía y la realización práctica a nivel planetario de las sucesivas generaciones de derechos. El derecho a migrar significará que todos los derechos fundamentales se han reconocido efectivamente a todos y que finalmente los habitantes del planeta serán capaces de actuar colectivamente para construir un mundo más civilizado y humano. En este sentido el derecho a migrar será un derecho final; el sello de esta utopía que por el momento es difícil, incluso, proponer en nuestros discursos.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

JAVIER NISTAL BURÓN

*Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias*

#### RESUMEN

##### **La condición de extranjero en el Derecho Penitenciario español**

La constante escalada desde hace años en las cifras de reclusos extranjeros en las prisiones españolas —un 34% de la población penitenciaria— se percibe como un serio problema, tanto por las especiales necesidades que plantean como colectivo como por las dificultades de adaptar ciertos aspectos de la ejecución penal a personas que carecen de los vínculos personales y sociales en España que les puedan posibilitar el objetivo de la reinserción social, que pretende el cumplimiento de la pena privativa de libertad.

**Palabras clave:** Repatriación de inmigrantes irregulares, derechos de los extranjeros en prisión, política de extranjería, política penitenciaria.

#### ABSTRACT

##### **Foreigners rights in terms of spanish Penitentiary Law**

The unstopable increasing in figures related with the amount of foreign prisoners in Spanish prisons —34% of the prison population— is seen as a serious problem for two reason: 1) for the special needs considering as a collective; 2) the difficulties of adapting certain aspects of criminal enforcement for people who lack the personal and social ties in Spain those who can make possible to reach the goal of social reintegration.

**Key words:** Repatriation of illegal immigrants, rights of foreigners in prison, immigration policy, prison policy.

---

#### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REFERENCIA COMPARATIVA ENTRE LA POBLACIÓN RECLUSA ESPAÑOLA Y LA EXTRANJERA.
  1. **En el aspecto material.**
  2. **En el aspecto jurídico.**
    - A) Especificidades regimentales.
    - B) Especificidades tratamentales.
- III. LOS FINES DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA *VERSUS* LOS FINES DE LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA.
  1. **Los fines de la actividad penitenciaria.**
    - A) En cuanto al objetivo de la retención y custodia.
    - B) En cuanto al objetivo de la reeducación y reinserción.

**2. Los fines de la política de extranjería.**

- A) La expulsión.
- B) El traslado de personas condenadas.
- C) La Orden Europea de detención y entrega.
- D) La extradición.
- E) El cumplimiento de la condena en el país de origen del recluso extranjero en virtud de la concesión de la libertad condicional.

**IV. LA ARMONIZACIÓN POSIBLE DE LOS OBJETIVOS DE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: EL PENITENCIARIO Y EL DE EXTRANJERÍA.**

**1. La situación administrativa del ciudadano extranjero.**

- A) Situación de regularidad administrativa.
- B) Situación de irregularidad administrativa.
- C) Situación de regularizable.

**2. Las perspectivas de la inserción social de los reclusos extranjeros en España.**

- A) Los penados extranjeros con posibilidades de permanecer en España al cumplir su condena.
- B) Los penados extranjeros que no tienen posibilidades de permanecer en España legalmente al finalizar la condena.
- C) Los penados extranjeros que obligadamente han de cumplir la pena en España porque no es posible su repatriación.

**3. El devenir de la actuación penitenciaria según las perspectivas de inserción social del recluso extranjero en nuestro país.**

- A) Con los reclusos extranjeros del primer grupo.
- B) Con los reclusos extranjeros del segundo grupo.
- C) Con los reclusos extranjeros del tercer grupo.

**BIBLIOGRAFÍA.**

---

**I. INTRODUCCIÓN**

En España, la preocupación por establecer reglas estrictas de control de la entrada de extranjeros y la instauración de excepciones en relación a la persecución de los delitos que aquellos cometen en nuestro territorio comienza a raíz de la intensificación de la presión de los flujos migratorios en nuestro país. Para el debido control de estos flujos en España, al igual que en los países de nuestro entorno, se establece una línea de actuación que se rige

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

por un postulado general, cual es el de la expulsión de los ciudadanos que se encuentran en situación de irregularidad administrativa<sup>(1)</sup>.

Esta línea de actuación viene a consagrar una política de extranjería cuyo objetivo prioritario es la repatriación del territorio español de aquellas personas que han cometido delitos, a través de alguno de los instrumentos previstos legal y reglamentariamente en nuestro ordenamiento jurídico —expulsión, traslado de personas condenadas, libertad condicional en el país de origen, orden europea de detención y entrega y extradición— incluso, en algunos casos, con preferencia a la exigencia de la posible responsabilidad penal o al cumplimiento íntegro o parcial de la pena impuesta al delincuente extranjero. Es decir, que nuestra política de extranjería mantiene como objetivo general que los extranjeros que cometen delitos en nuestro país no permanezcan en España<sup>(2)</sup>.

Por su parte, los fines de la actividad penitenciaria que son, preferentemente, los de la reeducación y la reinserción social, en los términos que expresa la Constitución española (CE) en su artículo 25.2, cuando dice que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...»<sup>(3)</sup>, determinan que el objetivo de la actividad penitenciaria sea el de servir, preferentemente, como medio de recuperación social de aquellas personas que han incidido en la actividad delictiva, sin diferenciar, en este sentido, a españoles de extranjeros.

Como podemos comprobar, los fines de la actividad penitenciaria y de la política de extranjería, aparentemente, se nos presentarían como enfrentados, lo que podría determinar que la preferencia del uno sobre el otro generara una contraposición insalvable. De tal forma que, si la proyección de la política de extranjería en el ámbito de la actividad penitenciaria fuera preferente, determinaría que los intereses más próximos que persiguiera dicha actividad con los reclusos extranjeros se limitara, única y exclusivamente, a la mera colaboración con las autoridades judiciales y/o gubernativas en la tramitación y ejecución de la repatriación de aquellos para, de esta forma, disminuir la ocupación de los centros penitenciarios, cada vez más concurridos con la población reclusa extranjera. Al contrario, si la proyección de la actividad penitencia fuera preferente sobre la de la política de extranjería, ello determinaría que los reclusos extranjeros no fueran repatriados más allá de algunos casos

---

(1) En este sentido, la LO 2/2009 ha introducido un nuevo artículo en la Ley de Extranjería, —el artículo 2 bis— para definir la política inmigratoria —que corresponde principalmente al Gobierno, conforme al artículo 149 de la CE—, declarando una serie de principios, tales como: la coordinación con las políticas definidas por la UE, la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo, la integración social de los inmigrantes y la garantía del ejercicio de los derechos que la CE, los Tratados internacionales y las leyes reconocen a todas las personas.

(2) Así, la Ley de extranjería 4/200, de 11 de enero (LOEx), lo deja bien claro en varios de sus preceptos, tales como el artículo 31.5, que establece la exigencia de carecer de antecedentes penales como requisito para autorizar la residencia temporal, el artículo 57.2, cuando expresamente señala que es causa de expulsión que el extranjero haya sido condenado por delito doloso con pena privativa de libertad superior a un año, y el artículo 57.7, cuando establece la expulsión, como regla general, de los extranjeros imputados por delito con pena inferior a seis años, previo expediente que requiere, en todo caso, autorización judicial

(3) El Tribunal Constitucional ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (Autos del Tribunal Constitucional 15/84, 486/1985, 303/86 y 780/96, y sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 28/88).

excepcionales admitidos voluntariamente por los propios interesados, lo que determinaría su permanencia en España durante el cumplimiento de la totalidad de sus condenas.

Ante esta posición de enfrentamiento de objetivos, la cuestión se centraría en encontrar un posible ámbito de confluencia en el que fuera posible armonizar los fines de ambos ordenamientos jurídicos —el de extranjería y el penitenciario— para, de esta forma, poder cumplir el objetivo propio de cada uno de ellos sin menoscabo del otro. Es decir, no desvirtuar el objetivo principal de las penas privativas de libertad por primar el objetivo de la política de extranjería —la repatriación obligatoria— ni al contrario, frustrar los fines de la pena privativa de libertad por disminuir la población reclusa y, con ello, los costes del sistema penitenciario, máxime en tiempos de crisis, donde nadie desconoce que el argumento económico cobra un peso cada vez mayor en el diseño de cualquier política criminal. A definir ese posible ámbito de confluencia de los fines de la política de extranjería con los fines de la ejecución penal, vamos a dedicar el presente trabajo.

## II. REFERENCIA COMPARATIVA ENTRE LA POBLACIÓN RECLUSA ESPAÑOLA Y LA EXTRANJERA

En el ámbito penitenciario, utilizamos el término «extranjero» para referirnos a los reclusos que provienen de otros países y que no tienen regularizada de forma permanente su situación administrativa en el nuestro. El marco comparativo de éstos con los reclusos españoles lo haremos desde dos puntos de vista: el puramente material de los datos numéricos y el jurídico, desde el plano de la relación jurídica de sujeción especial, que al igual que los españoles, también los reclusos extranjeros mantienen con la Administración penitenciaria.

### 1. En el aspecto material

El Estado tiene una aspiración legítima de aplicar las consecuencias penales previstas en sus normas y el deber de hacerlo sobre quienes cometen hechos prohibidos en su legislación, reafirmando así la vigencia del derecho frente a su violación y la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico —prevención general positiva y negativa—. La exigencia de responsabilidad penal a los extranjeros que delinquen en España tiene lugar en aplicación del *ius puniendi* como muestra de la soberanía nacional ejercida dentro del territorio del Estado en el que rigen las leyes penales españolas, a cuyo cumplimiento están obligados todos los que se hallen en territorio español, sin distinción de su situación administrativa<sup>(4)</sup>.

Precisamente, la aplicación de estas leyes penales españolas ha llevado a la cárcel a un considerable número de ciudadanos extranjeros, que a lo largo de los últimos diez años ha evolucionado en un constante incremento, habiendo pasado de un número de 8.990 internos, con un porcentaje de 19,93% en el año 2000, a un número de 24.502 internos en el año 2011, lo que supone un porcentaje del 34,78% de internos extranjeros, tal y como se refleja en la siguiente Tabla<sup>(5)</sup>.

---

(4) TORRES FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> Elena, *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*. Edit. La Ley, 2012.

(5) Los datos expuestos, aunque son suficientemente expresivos, no nos deben llevar a concluir una estigmatización delincencial de los extranjeros en España, pues si hacemos una comparación de habitantes en España entre el 1 de

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

Año	Población reclusa total	Extranjeros	Porcentaje
2000	45.104	8.990	19,93%
2001	47.571	11.095	23,32%
2002	51.882	13.443	25,92%
2003	56.096	15.190	27,07%
2004	59.375	17.150	28,88%
2005	61.054	18.566	30,41%
2006	64.021	20.643	32,24%
2007	67.100	22.977	34,24%
2008	73.508	26.201	35,64%
2009	76.079	27.162	35,70%
2010	73.849	26.098	35,30%
2011	70.472	24.502	34,78%

Fuente: Anuario Ministerio del Interior. <<http://www.mir.es>>

Como se puede comprobar el avance de la población reclusa extranjera en nuestro sistema penitenciario ha sido irrefrenable en los últimos años, tanto en términos absolutos como porcentuales. Sin embargo, desde el año 2009 se está produciendo, por vez primera en el último decenio, una reducción de internos en las cárceles españolas<sup>(6)</sup>.

Algunos datos comparativos que podemos utilizar entre la población reclusa extranjera y la nacional pueden ser esclarecedores de las diferencias existentes entre ambos sectores de población penitenciaria.

Así, en cuanto a la situación procesal, es importante señalar que el porcentaje de preventivos es de un 27% del total de internos extranjeros, frente a un 14% de preventivos españoles, y que el 93,2% de los internos extranjeros son hombres, proporción muy similar a la de los autóctonos, que es del 92,6%<sup>(7)</sup>.

Por lo que se refiere a la actividad delictiva, los delitos principales por los cuales se encuentran ingresados en prisión los reclusos extranjeros son los relacionados con el tráfico de drogas (35,7%), seguidos de los delitos contra la propiedad (32,6%), contra las personas (14,3%), otros delitos (11,9%) y por último, contra la libertad sexual (5,5%). Los

---

enero de 2001 y el 1 de enero de 2011, según el INE, podemos observar que la población reclusa extranjera en general ha tenido un crecimiento muy superior al que ha tenido la población reclusa española.

(6) Dicho descenso se asocia sin duda a la reducción de penas del delito contra la salud pública —de gran prevalencia entre ciudadanos extranjeros reclusos— operada por la reforma de la LO 5/2010, así como por el reforzamiento de los mecanismos repatriativos.

(7) El incremento de las cifras de personas encarceladas no es siempre paralelo a la evolución de la delincuencia y que apunta a otras causas como la duración y forma de ejecución de las penas que determinan un mayor periodo de permanencia en prisión

datos más relevantes por porcentaje claramente superior al de los nacionales son los delitos contra la salud pública, cuyo porcentaje es del 38 % —españoles 16%—; delitos contra las personas 22% —españoles 17%— y delitos contra los ciudadanos extranjeros 3,3% —españoles 0,14%—<sup>(8)</sup>. Desde una perspectiva criminológica, en el marco de la actividad delictiva principal de los reclusos extranjeros —la droga— es relevante diferenciar dos grupos: los extranjeros que han venido a España como correos de la droga y los pertenecientes a organizaciones delictivas o grupos organizados<sup>(9)</sup>.

En resumen, de los datos referenciados podemos extraer como imagen que, en lo referente a la población reclusa extranjera en España, se ha producido un incremento sustancial del número de internos extranjeros en la última década —aunque comienza a disminuir—, que dicha población se caracteriza por un amplio número de preventivos y que casi un 40% son acusados o condenados por delitos relativos a las drogas<sup>(10)</sup>.

## 2. En el aspecto jurídico

Según se deriva de lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre (LOGP) y particularmente del artículo 4 del Reglamento penitenciario, Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero (RP), la actividad penitenciaria, en lo que atañe al colectivo de internos extranjeros, debe venir presidida por el principio de interdicción general de la discriminación, con independencia de que proceda de razones de nacionalidad, etnia, raza, religión o de lengua. Es decir, la condición de extranjero no ha de tener, por el sólo hecho de serlo, consecuencias en materia de ejecución penal. Evidentemente, de la nacionalidad se van a derivar diferenciadas justificadas en la ejecución en atención a dicha variable, pero estas diferencias no constituyen, en ningún caso, un «itinerario» desigual de la actividad penitenciaria para unos u otros reclusos —españoles y/o extranjeros—.

Este plano de igualdad en la ejecución penal se proyecta en el hecho de que los ciudadanos extranjeros ostentan el mismo derecho que los españoles a que la actividad penitenciaria se desarrolle con plena observancia de las leyes y reglamentos, tanto en lo que se refiere a los derechos como a los deberes. Sin embargo, y dado que nuestro sistema

---

(8) Como datos significativo, es preciso señalar que en cuanto a los niveles de reincidencia de la población reclusa extranjera, en distintos estudios, se muestran muy inferiores (en torno al 20%) a los de los internos nacionales (sobre un 50%) (aunque pueden haber cometido delitos en otros países y no se conoce).

(9) Alrededor de un 60% de los reclusos que pertenecen a la delincuencia organizada son extranjeros.

(10) Por su parte, los españoles que están reclusos en cárceles extranjeras son un total de 2.426. Las Comunidades Autónomas con más encarcelados en el extranjero son: Andalucía (304), Madrid (244), Cataluña (239), Valencia (119), Galicia (63), Canarias (60). A estas siguen Castilla y León (53), Castilla-La Mancha (45), País Vasco (38), Murcia (30), Baleares (21), Aragón (19), Asturias (17), Ceuta (14), Cantabria (12), Navarra (11) y La Rioja (5). El 83,4%, es decir 2.009, han sido detenidos por asuntos relacionados con las drogas, bien por consumir, por traficar o por comprar. De los españoles que cumplen condena en el extranjero por delitos de drogas, el 29% (581) lo hace en países europeos, siendo Italia con 191 donde más españoles hay presos por delitos de drogas, seguidas de países como Portugal (133), Alemania (122) y Francia (114). El ránking de países donde hay más presos españoles cumpliendo condena por asuntos relacionados con las drogas son: Perú (271), Colombia (192), Italia (191) y Brasil (178). Datos del Ejecutivo proporcionados en la campaña para advertir a los españoles que viajan al extranjero en verano de los **riesgos de consumir o de traficar con drogas** (fecha 3 de julio de 2012).

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

penitenciario es un sistema calificado como de «individualizado» de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 LOGP<sup>(11)</sup>, ello supone que la pena impuesta sea ejecutada adecuándola a las circunstancias personales de cada interno en particular —una de ellas la nacionalidad— pero estas diferencias no son desigualdades, que ello es lo que quiere decir la voz discriminación, sino simples especificidades, que las podemos agrupar en dos ámbitos: las relacionadas con el régimen y las relacionadas con el tratamiento penitenciario.

#### A) *Especificidades regimentales*

Se entiende por régimen penitenciario el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los Centros Penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso en general. La finalidad del régimen de los Establecimientos Penitenciarios es conseguir una convivencia ordenada en ellos, que permita el cumplimiento de los fines previstos en la Leyes procesales para los detenidos y presos, y el tratamiento penitenciario para los penados.

El contenido del régimen penitenciario viene configurado en dos grandes bloques: las normas de organización general, comunes a todos los centros penitenciarios y las normas específicas de cada uno de los regímenes de vida existentes —ordinario, abierto y cerrado—.

Entre las especificidades relacionadas con esta actividad regimental, podemos señalar:

##### a) Las relativas al ingreso en prisión

La normativa penitenciaria establece determinados matices para los reclusos extranjeros a su ingreso en prisión, entre los que destacan la necesidad de proporcionar una información especial a éstos sobre la posibilidad de solicitar la aplicación de Tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes, igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática del país correspondiente acreditada en España. Además, los ciudadanos extranjeros tienen derecho a comunicar el ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas o consulares<sup>(12)</sup>.

##### b) Las relativas a la salida en libertad

El artículo 26 del RP obliga al Director del Centro penitenciario a notificar a la autoridad competente —Subdelegaciones del Gobierno— con tres meses de antelación la fecha de

---

(11) El sistema de «*individualización científica*» es heredero de los denominados sistemas progresivos con los que guarda la semejanza de estar, como aquellos, estructurado en fases o grados, pero de los que se diferencia fundamentalmente en que el sistema de «*individualización*» es un sistema flexible que permite la libertad de elección de fase o grado en el momento clasificatorio inicial sin que se exijan tiempos mínimos ni máximos de estancia o correlación de uno a otro. Este nuevo sistema de «*individualización científica*» se fundamenta en dos elementos básicos, el tratamiento penitenciario y la clasificación en grados.

(12) Tres de cada cuatro extranjeros encarcelados no quieren que su consulado sea informado de su presencia en un centro penitenciario del país (76,4%). Cabe tener muy presente este dato cuando la regularización del extranjero implique —en la mayoría de casos— gestiones previas imprescindibles con el consulado. Toda esta información se les trasladará en el idioma que les sea comprensible.

excarcelación del recluso extranjero incurso en causa de expulsión. El Reglamento que desarrolla la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (RLOEx), generaliza esta obligación a todos los casos, conste o no la existencia de resoluciones gubernativas de expulsión y en general repatriativas. Ello obedece a la finalidad explicitada por el propio precepto reglamentario de que se materialice la expulsión o repatriación decretada, si constara resuelta; pero su realidad va más allá, posibilitando que, en su caso, se incoe expediente gubernativo de expulsión conforme a lo establecido en el artículo 57.2 de la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Ley orgánica 4/2000, de 11 de Enero (LOEx)<sup>(13)</sup>.

c) Las relativas al régimen disciplinario

La garantía del derecho de defensa proclamado en el artículo 24 CE exige como premisa esencial para su adecuado ejercicio el conocer los hechos objeto de imputación, uno de estos requisitos, esencial para los extranjeros que desconocen la lengua castellana, es la posibilidad de contar con intérprete y, a tal fin, el artículo 242.2.j) RP establece que en el pliego de cargos se hará constar la posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano.

d) Las relativas a las comunicaciones y visitas

Las comunicaciones y visitas se organizarán en los Centros penitenciarios de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán, en igualdad de condiciones, con los nacionales. La proyección de esta exigencia reglamentaria se concreta en la posibilidad de admitir horarios especiales diferenciados para las llamadas telefónicas de ciudadanos extranjeros en función de las diferencias horarias correspondientes a su país de origen —caso de que la llamada se efectúe a su país—. Asimismo, los reclusos extranjeros tienen la posibilidad de mantener contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, que tendrán lugar, previa autorización del Director, en locales adecuados conforme a las reglas generales en cuanto a número y requisitos.

*B) Especificidades treatmentales*

El tratamiento penitenciario aparece definido en el artículo 59.1 de la LOGP, que declara que «consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados», añadiendo su punto 2 que «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la motivación y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir a sus necesidades». Este concepto del tratamiento penitenciario, así como sus fines, fueron ampliados por el Reglamento Penitenciario de 1996, que opta por una concepción más amplia consolidando una concepción del mismo más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador, más que en el concepto clínico, donde se incluyen no sólo las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas, deportivas, etc., concibiendo la reinserción del interno

---

(13) A este respecto conviene señalar que esta modalidad de expulsión se ajusta al procedimiento preferente, con las consecuencias lógicas legales de que la expulsión gubernativa acordada tiene en tales procedimientos eficacia ejecutiva inmediata a la notificación, y la potestad de detención inmediata.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

como un proceso de formación integral de su personalidad y dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación. Relacionadas con este concepto amplio de tratamiento penitenciario, podemos referir las siguientes actividades tratamentales:

a) Las relativas a intervención educativa y formativa

Las diferencias culturales, el desconocimiento del idioma y otras carencias formativas pueden dificultar la integración de los reclusos extranjeros en la sociedad y en los propios Centros penitenciarios, de ahí que el Reglamento penitenciario establezca el carácter prioritario que ha de tener la formación básica de los internos extranjeros (arts. 118.2 y 123.1). En consecuencia, la Institución penitenciaria elaboró, en su momento, un «Plan marco de intervención educativa con internos extranjeros», que contiene tres áreas específicas que se desarrollan con una metodología flexible y participativa, y que en concreto son:

- Información jurídica y valores democráticos, que contiene los siguientes bloques temáticos: derechos humanos, valores constitucionales y derechos de los extranjeros en España.
- Grupos de intervención cultural, mediante dinámicas de grupo dirigidas por un educador, donde se debaten aspectos como los roles de los hombres y mujeres, la religión, la educación, las relaciones familiares o las dificultades de integración encontradas al llegar a España.
- Actividades interculturales abiertas, que son actividades puntuales de muy diverso tipo: conferencias, mesas redondas, cine fórum, teatro, música y otras expresiones culturales al objeto de dar a conocer las peculiaridades de las distintas nacionalidades y culturas<sup>(14)</sup>.

La filosofía que orienta este Plan educativo en el ámbito penitenciario es equiparable a los principios enunciados en la reforma de la Ley de Extranjería, llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, que introduce, a estos efectos, un nuevo artículo, el 2 ter, dedicado a la integración de los inmigrantes<sup>(15)</sup>.

b) Las relativas a la actividad laboral retribuida

El artículo 36.1 LOEx establece la obligatoriedad, por parte de los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Tras la entrada en vigor del RLOEx del año 2004, el acceso de los internos extranjeros a los talleres productivos de las Instituciones Penitenciarias quedó, de entrada,

---

(14) En todo caso, los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario art. También, en función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas.

(15) Art. 2 ter LOEx: «Las Administraciones Públicas procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales...».

restringido a los reclusos extranjeros en situación administrativa de residencia permanente y a los de residencia temporal con autorización para trabajar. Ello suscitaba un problema en orden al acceso a los Talleres productivos de Instituciones Penitenciarias de los internos extranjeros que no reunieran una de esas dos condiciones, cuando, precisamente, el artículo 5.1.a) del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados, recogía entre los derechos laborales de los internos trabajadores el de no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de nacionalidad.

Para resolver este problema, y en aplicación de la DA 1.ª 4 RLOEx, el Consejo de Ministros adoptó el 1 de julio de 2005 un Acuerdo por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros en los Talleres productivos de los Centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional. Dicha normativa permanece actualmente vigente, si bien su encaje en la nueva normativa reglamentaria de extranjería —Real Decreto 557/2011, de 20 de abril— no siempre es fácil.

De conformidad con este Acuerdo del Consejo de Ministros, el acceso al trabajo productivo de los reclusos extranjeros es posible, tanto en el interior del Centro, en los denominados Talleres productivos, como en el exterior, cuando éstos accedan al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, pero para ello es necesario «regularizar» su situación en España mientras cumplen condena, a través de la consideración como estancia legal en España la del extranjero que cumple condena por un delito que cometió en situación de irregularidad administrativa, porque precisamente el cumplimiento de la pena supone una situación de legalidad.

De esta forma, el citado Acuerdo del Consejo de Ministros, admite:

En primer lugar, que la orden judicial de internamiento en prisión de un interno extranjero tenga validez de autorización de trabajo para el desarrollo de actividades laborales en los Talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo. La validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, sin que ello pueda erigirse en obstáculo para una eventual posterior medida de expulsión.

En segundo lugar, concede validez de autorización de trabajo a la resolución de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de clasificación en 3.º grado o al auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de la libertad condicional, siempre que el penado extranjero reúna ciertas condiciones, como encontrarse en la situación de estancia por estudios, residencia temporal o en la posibilidad de conseguir la residencia de larga duración, en el momento de producirse la condena, o cuando concurra en el recluso extranjero alguno de los supuestos referidos al arraigo laboral, familiar o social y a otras circunstancias excepcionales, que actualmente se regulan en el RLOEx en varios artículos de su Título V<sup>(16)</sup>.

---

(16) Se trata de los supuestos referidos al arraigo laboral, familiar o social y a otras circunstancias excepcionales.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

El fundamento de estas condiciones restrictivas radica en la pretensión de que sólo se autorice el trabajo a los penados que tengan alguna posibilidad de obtener permiso de residencia en nuestro país, una vez cumplida la condena<sup>(17)</sup>.

#### c) Las relativas a los permisos de salida ordinarios

Si bien la legislación penitenciaria no tiene una regulación concreta sobre los permisos penitenciarios para extranjeros, supuesto que probablemente no superara el filtro de constitucionalidad de los artículos 13 y 14, y aun cuando la extranjería en sí misma no puede considerarse como causa de denegación de permisos, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el artículo 156.2 RP, se establecen como motivos denegatorios de los permisos la probabilidad de comisión de nuevos delitos, la no reincorporación y la repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social. Estas circunstancias en el caso de los reclusos extranjeros pueden concurrir en un índice de probabilidad muy superior a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizabile. Ello se refleja en las estadísticas de los penados que disfrutaban de permiso, donde el porcentaje de los penados extranjeros que no regresan del permiso concedido es cuatro veces superior al de los españoles. Habida cuenta de que la condición de extranjero, por la carencia de arraigo en nuestro país, está considerada como una variable muy elevada para proceder a quebrantar la condena.

### III. LOS FINES DE LA ACTIVIDAD PENITENCIARIA *VERSUS* LOS FINES DE LA POLÍTICA DE EXTRANJERÍA

#### 1. Los fines de la actividad penitenciaria

Los fines de la ejecución de la pena son los que vienen definidos en el artículo 1 de la LOGP y en el artículo 2 del RP que la desarrolla, a saber: reeducación como instrumento resocializador del delincuente, reinserción en el seno social, del que se ha visto apartado temporalmente, retención y custodia, sin los cuales difícilmente podrían darse el cumplimiento del resto de fines, así como una labor asistencial y de ayuda —que la ley fija para internos liberados mientras que, el RP lo amplía a sus familiares—. El objetivo no es otro que la posible rehabilitación del delincuente, la cual descansa sobre la noción de que se debe prevenir una futura comisión de delitos por las personas ya condenadas a través de un cambio en el comportamiento de los individuos.

#### A) *En cuanto al objetivo de la retención y custodia*

Cuando una persona ingresa sea como detenido, como preso, como penado, o como sentenciado sujeto a medida de seguridad de internamiento en un Centro Penitenciario, lo hace en virtud de un orden o mandato, en cuya virtud se encomienda a la Administración Penitenciaria su retención y custodia, lo que conlleva el deber de garantizar y velar por la seguridad

---

(17) FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis y NISTAL BURÓN, Javier: *Manual de Derecho Penitenciario*. Edit. Aranzadi, 2011.

dad y el buen orden regimental del centro penitenciario y el deber de establecer sistemas de control y vigilancia, así como de corregir las infracciones disciplinarias de los reclusos<sup>(18)</sup>.

Este fin de la retención y custodia de las penas privativas de libertad no hace diferenciaciones en cuanto a la nacionalidad ni a la situación penal de los sujetos a quienes van dirigidos, ya que, como es natural, la retención y custodia abarca a toda la población reclusa.

*B) En cuanto al objetivo de la reeducación y reinserción*

Por reeducación ha de entenderse la oferta al sentenciado de los medios necesarios para transformarse en una persona capaz de respetar la ley penal, mediante la superación de los aspectos carenciales de su personalidad. Esto podía hacer referencia tanto a una modificación de la intención como de la capacidad del autor del hecho delictivo.

Las carencias de todo tipo —cultural, educativo, formativo, etc.— que padece una gran parte de la población reclusa, quizás de forma más acentuada la población reclusa extranjera, son paliadas de forma sustancial en el ámbito penitenciario con los medios a su disposición. La reeducación se entendería así como la oferta de una opción para todos aquellos internos que lo demanden, independientemente de la condición de su nacionalidad.

La actuación penitenciaria con los reclusos extranjeros en este marco de la reeducación no difiere mucho del que se realiza con los españoles, pues tiene como horizonte el logro de la integración social de los mismos en España o en su propio país de origen, facilitándoles el ejercicio de sus derechos ante las dificultades específicas que pueden encontrar en nuestro país —desconocimiento del idioma, de la legislación, problemas de documentación, etc.—.

Por su parte, la reinserción puede ser concebida como la oferta al sentenciado de aquellas medidas que posibiliten —desde el momento mismo de un eventual internamiento— el mantenimiento de sus vínculos con la sociedad, de la que el reo continúa formando parte, minimizando en su caso al máximo los efectos desocializadores de ese eventual internamiento en prisión, a través de medidas tales como las comunicaciones con familiares, amigos y profesionales, las visitas, las salidas al exterior, el acceso a los medios de comunicación, etc. El sistema penitenciario español ha apostado por un modelo en el que se entiende, con toda lógica, que es necesario mantener, durante el tiempo penitenciario, la necesaria vinculación familiar y social que facilite la integración del individuo. En este sentido, el papel que deben desempeñar las Instituciones Penitenciarias consiste, prioritariamente, en evitar la ruptura con el medio social del que se proviene.

Este objetivo, si bien encomendado directamente a la Institución penitenciaria, requiere un esfuerzo mayor por parte de la sociedad en general que el que se demanda de la propia Institución penitenciaria. Un recluso no puede reinsertarse en un espacio —dentro de una prisión— que no va a ser su hábitat permanente, por ello cuando el destinatario del objetivo reinsertador es un recluso extranjero, este objetivo resocializador de la pena dista más aún del sujeto tipo para la que parece haber sido diseñado, que es el recluso español<sup>(19)</sup>.

---

(18) SSTC 57/1994, 129/1995, 35/1996 y 119/1996.

(19) GARCÍA VALDÉS, Carlos: *Del presidio a la prisión modular*. Edit. Opera Prima, Madrid, 1997.

#### 2. Los fines de la política de extranjería

Como ya hemos apuntado anteriormente, la política de extranjería mantiene como principio general que los extranjeros que cometen delitos no permanezcan en España. Para el logro de este objetivo existen distintos instrumentos jurídicos como son: la expulsión, el traslado de personas condenadas, la Orden Europea de detención y entrega, la extradición y la libertad condicional en el país de origen.

##### A) *La expulsión*

La expulsión del extranjero en situación irregular pasa a convertirse en el eje del sistema de contención de la inmigración laboral. Los supuestos de expulsión son de dos tipos: administrativos o judiciales. De administrativos se califican todos los supuestos de expulsión del artículo 57 LOEx, como consecuencia prevista para las infracciones graves y muy graves de los artículos 53 y 54 de dicha Ley, cuando sean realizadas por extranjeros.

En cambio, la expulsión judicial de extranjeros será una consecuencia del derecho penal, puesto que su imposición viene establecida en una norma penal, cuya aplicación es de exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales. A esta clase pertenecen la expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad, en su integridad impuesta cuando es inferior a 6 años del artículo 89.1 del Código Penal (CP), la expulsión sustitutiva de la ejecución de la pena restante desde el momento en que el extranjero alcanza la clasificación en tercer grado penitenciario o el cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena del artículo 89.5 del CP y la expulsión sustitutiva de las medidas de seguridad impuestas del artículo 108 del CP, modalidades que requieren, todas ellas, que se trate de un condenado extranjero en situación de no residente legalmente en España.

A pesar de la claridad de este criterio hay supuestos de expulsión donde las fronteras entre lo penal y lo administrativo se difuminan, como es el caso de los supuestos previstos en los artículos 57.2 y 57.7 LOEx<sup>(20)</sup>.

- a) Los supuestos de expulsión administrativa de los artículos 57.2 y 57.7 de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

El legislador ha considerado el Derecho penal como instrumento cualificado para luchar contra la inmigración ilegal, obligando a los que cometen ilícitos penales a ser expulsados una vez que cumplen la condena; para ello el artículo 57.2 LOEx prevé como supuesto de expulsión administrativa, una vez que hayan extinguido la condena en España, a los extranjeros condenados a pena privativa de libertad superior a 1 año.

Asimismo, otro supuesto de expulsión administrativa, pero en este caso con autorización judicial, es el previsto en el artículo 57.7 a) de la citada Ley de extranjería, que la prevé para preventivos en los casos en los que 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 acre-

---

(20) TORRES FERNÁNDEZ, M.ª Elena: *La expulsión de extranjeros en España*. Edit. La Ley, 2012.

ditado en el expediente administrativo de expulsión. En estos casos 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. No será de aplicación esta posibilidad cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal<sup>(21)</sup>.

El apartado b) del citado artículo 57.7 posibilita que el Juez pueda autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina el artículo 765.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), aunque en realidad no es una expulsión como tal, sino simplemente una autorización de salida del territorio español a personas que la tendrían prohibida.

b) Los supuestos de expulsión judicial de los artículos 89 y 108 del Código Penal

En sede penal, la introducción de la expulsión obedece en todo caso al fin de control de los flujos migratorios, pues en los supuestos en los que se incorpora al Código Penal tal institución se prevé como requisito explícito que se trate de extranjeros no residentes legalmente, expresión cuyo sentido es similar a la de la infracción administrativa del art. 53.1.<sup>a</sup> de la LOEx. Podemos referenciar dos supuestos de expulsión judicial: como forma de sustituir la pena impuesta y como medida de seguridad.

La expulsión como una forma de sustituir la pena se regula en el artículo 89 CP. La puede acordar el Juez en cualquier tipo de condena privativa de libertad, independiente de su duración. La nueva redacción del artículo 89 CP, por la Ley orgánica 5/2010, permite que en las penas inferiores a los 6 años el Juez puede acordar la expulsión en su totalidad y en las superiores a seis años de forma parcial cuando el penado acceda al 3.<sup>er</sup> grado o extinga las 3/4 partes<sup>(22)</sup>. El artículo 89.7 CP prohíbe la sustitución de la pena por expulsión de forma expresa en delitos de tráfico de mano de obra, migraciones fraudulentas y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros —artículos 312.1, 313.1 y 318 bis CP—. Además, respecto a otros delitos el Tribunal habrá de ponderar su naturaleza o gravedad al decidir sobre la expulsión<sup>(23)</sup>.

Respecto de los extranjeros nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el acuerdo del espacio económico europeo, hay que señalar aquí, aunque es posible adoptar una decisión de expulsión «cuando así lo impongan razones de orden público o seguridad pública» de acuerdo con el artículo 15.1 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sin embargo, como se establece en el artículo 15.5.d) «la existencia de condenas penales anteriores, no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas

---

(21) Parece oportuno que cuando se trate del castigo de los responsables de delitos relacionados con la inmigración ilegal no puede prescindirse de las finalidades preventivas propias del sistema penal.

(22) La ponderación de la gravedad del delito no debe ser la misma para los supuestos de sustitución íntegra de la pena que para la sustitución una vez cumplida una parte sustancial de la misma. Es decir, es cierto que las finalidades retributivas y preventivas de la pena pueden verse frustradas con la sustitución total de la pena por expulsión, es decir al dictarse sentencia. Sin embargo, ello no quiere decir que dichos fines no quedarían satisfechos tras el cumplimiento de una determinada parte de la pena (mitad, 2/3 o 3/4 partes).

(23) En este sentido el legislador ha considerado al derecho penal como instrumento cualificado para luchar contra la inmigración ilegal, obligando a los que cometen ilícitos relacionados con ella a cumplir íntegramente sus penas y posteriormente a ser expulsados, de acuerdo con el art. 57.8 de la LOEx.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

medidas», sino que una expulsión de tales sujetos «cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberá ser fundada exclusivamente en la conducta personal de la que sea objeto aquella, que en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés de la sociedad, y que será valorada por el órgano competente, para resolver en base de los informes de las autoridades policiales, fiscales, o judiciales que obren en el expediente».

Respecto a la expulsión como medida de seguridad consistente en la expulsión del territorio —artículo 96 CP— de los no residentes legalmente, debe resaltarse que, si bien debe reunir, como todas las medidas de seguridad, el carácter postdelictual y el juicio de prognosis sobre la comisión de futuros delitos, dicha medida sólo se puede aplicar ante la concurrencia de las eximentes reguladas en el artículo 20.1, 20.2 y 20.3 de conformidad con lo preceptuado en los artículos 101 a 103, todos ellos del Código Penal.

#### B) *El traslado de personas condenadas*

El traslado de personas condenadas es un instituto por medio del cual se articula una solución jurídica que permite que un Estado reciba y ejecute una determinada pena impuesta por otro Estado distinto; que implica la transferencia únicamente para la ejecución de penas o medidas privativas de libertad, obviando la competencia del Estado de condena en aras de la vinculación del penado al Estado de residencia o nacionalidad, y previo consentimiento voluntario y expreso del propio penado y responde, básicamente, no a la idea de posibilitar la realización del *ius puniendi* del Estado reclamante, o al intento de evitar lagunas de impunidad, al modo de la extradición, sino básicamente a fundamentos de integración social del condenado<sup>(24)</sup>.

Para conseguir que las personas condenadas en un Estado del que no son nacionales puedan cumplir condena en su Estado de origen y nacionalidad se ha procedido a la celebración de Tratados internacionales entre los Estados, siendo el principal el Tratado multilateral, conocido como el Convenio de Estrasburgo para el traslado de personas condenadas del Consejo de Europa, redactado en Estrasburgo en 1983, ratificado por 45 países miembros y otros 18 no miembros. Este convenio multilateral constituye una manifestación de la cooperación jurídica internacional en materia penal en la que predominan razones humanitarias y fines de prevención especial.

Con arreglo a lo dispuesto en dicho Convenio se reconoce como principio general que una persona condenada en el territorio de una Parte podrá ser trasladada a territorio de otra Parte para cumplir la condena. El traslado podrá llevarse a cabo solamente en las condiciones siguientes: que los actos u omisiones base de la condena deben constituir una infracción penal con arreglo a la Ley del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio; que el condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento; que la sentencia deberá ser firme; que la duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada; el preceptivo consentimiento de la persona, o, en su caso, de su representante; que los Estados de condena y de cumplimiento deban estar de acuerdo en ese traslado.

---

(24) GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel: *Aspectos procesales del traslado de personas condenadas de un país a otro*. Sevilla, marzo de 2000.

Para determinar la pena que debe cumplir el trasladado una vez efectuado éste, es preciso distinguir los Estados que aplican el procedimiento de continuación del cumplimiento y los Estados que aplican el procedimiento de conversión de condenas<sup>(25)</sup>.

Con un ámbito bilateral, España tiene suscritos también varios Convenios o Tratados Bilaterales, que tienen como finalidad la cooperación penal entre Estados en la fase de ejecución de las consecuencias impuestas<sup>(26)</sup>.

La característica común de estos Convenios —tanto multilaterales como bilaterales— es la de abordar las posibilidades del traslado sobre la base del presupuesto del consentimiento del penado, por lo que, en ausencia de éste, no es viable dicho traslado. Ahora bien, la próxima trasposición de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2008, sobre reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal, introduce como novedad en el ámbito de la Unión Europea, en relación con el Convenio de Estrasburgo, dos novedades importantes, que pueden considerarse positivas en orden a la eficacia de este instrumento de cooperación:

La primera, que no será necesario el consentimiento del condenado cuando la sentencia se transmita al Estado de nacionalidad en que viva el condenado (art. 6.2) —en el Convenio de Estrasburgo siempre es requisito el consentimiento del penado—, si bien se dará al condenado la oportunidad de formular su opinión que será tenida en cuenta.

La segunda, que los plazos serán fijos y más cortos. La decisión del Estado de ejecución se tomará en un plazo de 90 días y el traslado, una vez aprobado, se hará en un máximo de 30 días —el expediente y traslado conforme al Convenio vigente tiene una duración entre uno y dos años—.

### C) *La Orden Europea de detención y entrega*

Es una resolución judicial por la que un Estado de la Unión Europea —Estado reclamante— pide a otro —Estado reclamado— miembro también de la Unión Europea la entrega de una persona de la que cuando menos existe la sospecha que pueda encontrarse en el territorio de este último.

Este nuevo instrumento de cooperación judicial se encuentra regulado en España por la Ley 3/2003, de 14 de marzo. Esta Ley, tal y como aparece en su Exposición de Motivos, se enmarca en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, que supone la existencia de una comunidad de derecho y la judicialización del régimen de la entrega de las personas reclamadas por la justicia.

---

(25) Los procedimientos de tramitación para el cumplimiento de dichos Tratados en la práctica no son inferiores a 1 año, ya que es necesario recabar documentos por las administraciones de ambos países y la aprobación de ambas del Traslado. En España la solicitud no requiere formalidades específicas, pudiendo ser la misma realizada ante las autoridades consulares del país de residencia, dirigiéndose la misma ante la Subdirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia. La aprobación se realiza por el Consejo de Ministros.

(26) Entre ellos podemos citar: Perú, Tailandia, Argentina, Colombia, Egipto, El Salvador, Brasil, Nicaragua, Marruecos, República Dominicana, Mauritania, Filipinas, Guatemala, Yemen y Arabia Saudí.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

La orden europea puede emitirse únicamente para conseguir el logro de una de estas dos finalidades: bien para «proceder al ejercicio de acciones penales» cuando los hechos de cuya persecución se trate estén castigados con pena o medida de seguridad no inferior a doce meses, o bien para «proceder al cumplimiento de una condena» que no sea inferior a los cuatro meses de privación de libertad.

#### *D) La extradición*

La extradición constituye una de las manifestaciones más tangibles de solidaridad, que hace que los países se unan en la lucha contra el crimen. Es un acto por el que un Estado hace entrega a otro de una persona inculpada o condenada por la comisión de infracciones de índole criminal, que se encuentra en el territorio del primero, para que el Estado requirente la juzgue o haga cumplir la sentencia impuesta. Implica un acto de asistencia judicial internacional regido por una serie de principios, plasmados en los Tratados internacionales, y a falta de éstos por las leyes internas de los países, como es en el caso de España por la Ley 4/1985, de 21 de marzo.

#### *E) El cumplimiento de la condena en el país de origen del recluso extranjero en virtud de la concesión de la libertad condicional*

La posibilidad de disfrutar el período de libertad condicional en el país de origen del condenado aparece regulada en el artículo 197.1 del RP. El precepto no se ajusta específicamente a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que se extiende igualmente a los españoles residentes legalmente en el extranjero.

La aplicación de este precepto reglamentario ha planteado problemas, siendo objeto de debate en algunas de las reuniones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Algunos de estos Jueces no lo aplican por carecer esta modalidad de libertad condicional de cobertura legal en el Código Penal y, por la ausencia de ratificación por España de Tratados sobre esta materia que permitan un seguimiento y control del liberado<sup>(27)</sup>.

Es cierto que España no firmó el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas en libertad condicional; sin embargo, dicho Convenio ha venido a ser sustituido por una Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, que vendrá a cubrir esta laguna. Se trata de la Decisión Marco 2008/947/JAI,

---

(27) Algunos de los Tratados y Convenios bilaterales en materia de traslado incluyen la libertad condicional como fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad en la que puede acordarse el traslado, ya que los períodos mínimos de pena por cumplir pueden perfectamente venir referidos a la libertad condicional y no necesariamente al cumplimiento en sistema de encarcelamiento, pudiendo pues entenderse que cabe traslado del liberado condicional. En estos casos, el reo podría no quedar bajo el sistema de ejecución y cumplimiento del Estado receptor, sino que en sentido estricto queda bajo la vigilancia de las autoridades del Estado de cumplimiento, que adoptará las medidas de control decididas y solicitadas por el Estado de condena e informará a éste sobre la manera de llevarse a cabo tales medidas, comunicando en su caso a dicho Estado sancionador el incumplimiento de las mismas. Entendemos que la cláusula «en su caso» está pensada para una eventual revocación de la propia libertad condicional y del traslado. (El Salvador, art. 16, Brasil, art. VI.6; Colombia, art. 1.3; Rusia, art. 11.1; Egipto, art. 13 c); Bolivia, art. 2 c); Perú, art. 2.3; Argentina, art. 16; Nicaragua, art. VII.2; Ecuador, art. VII.2; México, art. 2 c); Venezuela, art. 2.3; Cuba, art. 19, y Tailandia, arts. I c) y V.1).

relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas<sup>(28)</sup>.

También se ha utilizado el argumento para la no aplicación del artículo 197 RP de que materialmente se trata de una libertad definitiva anticipada, o de una expulsión encubierta, de tal manera que la imposibilidad de revocación por comisión de nuevo delito significaría un trato desigual más favorable respecto a los liberados condicionales en España. Contra este argumento, consideramos que la no aplicación de este precepto produciría una discriminación mayor sobre los muchos extranjeros que se encontrarían abocados a cumplir de forma íntegra la condena al carecer de apoyo familiar y de permiso de trabajo<sup>(29)</sup>.

A nuestro juicio el artículo 197.1 RP no solamente no es ilegal, sino que en todo caso si de algo se le puede tachar es de restrictivo: una de las condiciones imponibles en las resoluciones de libertad condicional es la obligación de respetar la residencia establecida en el expediente, por lo que no solamente el extranjero no residente legalmente en España, o bien el español residente en el extranjero, pueden acogerse a este precepto, sino que además podrían acogerse a él los extranjeros residentes legalmente en España y los españoles que desearan desplazarse con carácter más o menos fijo en el extranjero. Asistiríamos a una proyección de las facultades que al Juez de Vigilancia se le otorgan en el ámbito de la libertad condicional mediante fijación de reglas de conducta en el artículo 90.2 CP en relación con el artículo 96.3.3.ª CP, que contempla la obligación de residir en un lugar determinado como posible medida de seguridad privativa de derechos e indirectamente como regla de conducta imponible en materia de libertad condicional<sup>(30)</sup>.

En resumen, si a la hora de determinar la pena el legislador ha considerado el derecho penal como instrumento cualificado para luchar contra la inmigración ilegal, posibilitando sustituir la pena en su totalidad o de forma parcial por la expulsión —art. 89 CP—, si la ley de extranjería obliga a los que cometen ilícitos penales a ser expulsados una vez que cumplen la condena —art. 57.2 LOEx—, la Ley penitenciaria no puede poner cortapisas a la repatriación de aquellas personas, cuyo horizonte en nuestro país, al obtener la libertad, no es otro que la posible exclusión social a causa, fundamentalmente, de la imposibilidad de obtener la regularización.

#### IV. LA ARMONIZACIÓN POSIBLE DE LOS OBJETIVOS DE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS: EL PENITENCIARIO Y EL DE EXTRANJERÍA

Para posibilitar la adecuada confluencia de los criterios propios de la política de extranjería, cual es el del control de los flujos migratorios con los fines propios de la actividad penitenciaria, cual es el de la reinserción social del recluso extranjero en nuestro país, hay

---

(28) Esta Decisión Marco está en estos momentos en trámite de trasposición al ordenamiento interno español.

(29) GARCÍA GARCÍA, Julián: «Extranjeros en prisión: Aspectos normativos y de intervención penitenciaria». CONGRÉS PENITENCIARI INTERNACIONAL: *La funció social de la política penitenciària*, Barcelona, 2006.

(30) FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis: «Derecho Penitenciario y extranjería». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 24, año 2010.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

que combinar adecuadamente dos aspectos de la relación jurídica del recluso extranjero: el de su situación administrativa en España y el de la perspectiva de su inserción social. Porque hay que tener bien claro que la situación de los extranjeros en prisión no es homogénea, por lo que se refiere ni a su estancia o permanencia en España ni a sus posibilidades de inserción social después de cumplir la pena impuesta.

#### 1. La situación administrativa del ciudadano extranjero

Se considera extranjero, según la LOEx, a quien carece de nacionalidad española. Según sea la situación administrativa del extranjero en España, podemos hablar de los que se hallan en situación de regularidad administrativa y en situación de irregularidad<sup>(31)</sup>.

##### A) *Situación de regularidad administrativa*

Son ciudadanos extranjeros en situación legal quienes hayan entrado en territorio español cumpliendo los requisitos al efecto del artículo 25 LOEx, y quienes se encuentran en alguno de los supuestos legales mencionados en el artículo 29.1 LOEx, como son la estancia y residencia, pudiendo ser ésta temporal o de larga duración<sup>(32)</sup>.

Estancia es la situación en la que se encuentra un extranjero y que le permite la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días. Por su parte, son residentes los extranjeros que se encuentren en España y son titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o residencia de larga duración.

La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años. Puede concederse con o sin autorización para trabajar. La residencia de larga duración, por otra parte, es la situación que autoriza a permanecer en España a un extranjero indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

Se consideran también ciudadanos en situación de regularidad administrativa: los regímenes especiales de los estudiantes del artículo 33 LOEx, los apátridas, indocumentados y refugiados del artículo 44 LOEx, y por último los menores de edad a cargo de los servicios de protección del artículo 35 LOEx, todos ellos comprendidos en el Capítulo II del Título II dedicado a las situaciones de los extranjeros, y por tanto, sujetos comprendidos en el

---

(31) Teniendo consecuencias tan diferentes la situación de regularidad o irregularidad administrativa de los extranjeros que inciden en la actividad delictiva, sobre el dato de cuántos reclusos extranjeros carecen de autorización de residencia antes de la condena no se disponen de datos fiables. No obstante un muestreo hecho, en su día en un Centro penitenciario, cuyo volumen de población reclusa es alto, daba como datos significativo que en el grupo de los extranjeros no comunitarios tenían residencia alrededor de un 30% (de larga duración 13%), porcentaje al que habría que sumar un 22%, que nos daría en total un 52% y en un porcentaje del 48% carecen de residencia y de vinculación familiar en España cuando son enjuiciados por su actividad delictiva.

(32) Todos los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España, y vendrán obligados a exhibir los documentos referidos en el apartado anterior cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes.

ámbito personal en el que se reconoce en el artículo 5 de la LOEx. A todos estos se deben añadir los extranjeros de diversos países cuyo régimen de entrada y permanencia en España se rigen por lo dispuesto en Tratados internacionales de los que España forma parte, entre los que destaca el régimen especial de los ciudadanos comunitarios desarrollado por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el espacio europeo común; el régimen específico de funcionarios de relaciones internacionales, agentes diplomáticos y consulares, que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LOEx de acuerdo con su artículo segundo, y los nacionales de terceros países con los que exista un tratado, generalmente de carácter bilateral, que establecen regímenes de entrada diferenciados para sus nacionales, normalmente flexibilizando los requisitos del ordinario<sup>(33)</sup>.

*B) Situación de irregularidad administrativa*

Son extranjeros irregulares aquellos ciudadanos extranjeros que se hallen en España en una situación que no sea la de estancia o residencia. Las consecuencias naturales de la situación de irregularidad del extranjero serán la devolución, en caso de estancia irregular originaria, y la sanción por estancia irregular en aquellos supuestos de estancia irregular sobrevenida tipificados en el art. 53.1.a) LOEx, que bajo ciertas condiciones conlleva la sanción de expulsión.

*C) Situación de regularizable*

Para el colectivo de extranjeros en situación de irregularidad administrativa se ha contemplado la posibilidad de legalizar su situación, ya que la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, como son el arraigo, razones de protección internacional y/o razones humanitarias.

El arraigo no es simplemente la permanencia en España prolongada en el tiempo, sino que la asocia a la exigencia del establecimiento de ciertos vínculos; según que éstos sean laborales, sociales o familiares, podrá hablarse de arraigo laboral, social o familiar.

El arraigo laboral permite obtener la residencia temporal por razones excepcionales a los extranjeros con permanencia continuada en España durante un periodo de dos años y que demuestren relaciones laborales de duración no inferior a seis meses.

El arraigo familiar permite obtener la residencia temporal por razones excepcionales: al padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. También, al hijo de padre o madre extranjeros que hubieran sido originariamente españoles.

El arraigo social permite obtener la residencia temporal por razones excepcionales a los extranjeros con permanencia continuada en España durante un periodo de tres años,

---

(33) FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. «Expulsión judicial y reforma de la L.O. 5/2010», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 24, año 2010.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

que tengan vínculos familiares con otros extranjeros residentes, o bien presenten informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

Otras circunstancias excepcionales que permiten la concesión de una autorización de residencia temporal en España son: Razones de protección internacional: desplazados y refugiados —Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo—. Razones humanitarias: víctimas de determinados delitos, enfermedad sobrevenida, peligro para su seguridad o la de su familia si regresan a su país. Colaboración con autoridades públicas, razones de seguridad nacional o interés público. Mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Colaboración contra redes organizadas y Extranjeros víctimas de trata de seres humanos.

#### 2. Las perspectivas de la inserción social de los reclusos extranjeros en España

La posible constatación de las dificultades de integración social de las personas extranjeras encarceladas, una vez cumplida la pena, en el marco del complejo contexto legal que regula la extranjería en nuestro país, nos lleva a identificar tres posibles grupos de reclusos extranjeros que presentan perspectivas de inserción muy diferentes y, que por consiguiente, requieren de diferentes tipos de intervención por parte de la institución penitenciaria.

##### A) *Los penados extranjeros con posibilidades de permanecer en España al cumplir su condena*

Son los que hemos calificado anteriormente como regulares y/o regularizables, se trataría de aquellos que tuvieran autorización residencia en el momento de la condena, incluidos los ciudadanos comunitarios, y aquellos que tengan vinculación familiar directa en España o se encuentren en alguna de las circunstancias excepcionales que determinan la Ley y el Reglamento de Extranjería para acceder a su regularización. Son reclusos que han tenido o tienen documentación regularizada, disponen de capital social en nuestro país y llegaron con un proyecto migratorio claro, por lo que el pronóstico de inserción social es moderadamente optimista, dadas sus posibilidades de restablecer una vida normalizada en nuestro país sin tener que delinquir de nuevo.

En estos supuestos, la condición de extranjero del interno no implicaría, en principio, diferencias respecto a los españoles en el devenir del cumplimiento de su condena. La existencia de raíces sólidas en España hace que las necesidades durante la extinción de la responsabilidad penal de estos reclusos no sean muy diferentes de las de un nacional, sin que, eventualmente, las circunstancias concretas del penado aconsejen su repatriación, como sustitución de la pena o para cumplir parte de la misma en su país, a no ser que esto se haga a demanda del propio penado. El principal problema que tienen que superar estos internos es la renovación de los permisos de residencia y trabajo a causa de sus antecedentes penales.

##### B) *Los penados extranjeros que no tienen posibilidades de permanecer en España legalmente al finalizar la condena*

Son reclusos extranjeros que, representan aproximadamente un 40%, no han tenido nunca ningún tipo de documentación, no disponen de capital social en España y no tienen pro-

yectorio migratorio definido. Cuando salgan de la cárcel no podrán regularizar su situación administrativa hasta que cancelen sus antecedentes penales.

Por otra parte, tampoco cumplen los requisitos normativos para que se les autorice el trabajo en régimen general de contratación y, por tanto, van a tener muchas dificultades para acceder al tercer grado y a la libertad condicional en España. En consecuencia, si no son expulsados, van a cumplir de forma íntegra la condena impuesta, es decir, sin disfrutar de libertad condicional, lo cual puede resultar materialmente injusto y negativo para su reinserción social, puesto que, al cumplimiento definitivo de la condena, probablemente, serán expulsados conforme al artículo 57.2 LOEx<sup>(34)</sup>.

*C) Los penados extranjeros que obligadamente han de cumplir la pena en España porque no es posible su repatriación*

No es infrecuente que concurren circunstancias que impidan ejecutar cualquier instrumento de repatriación, bien porque en el caso de la expulsión se trata de condenas por delitos en que no cabe esta, bien, en el caso de otros mecanismos de repatriación, por desconocer el país de procedencia del condenado, por falta de documentación fiable, o simplemente por negativa del país de origen a aceptarlo. En todos estos casos, procede el cumplimiento de la condena impuesta en España. Sin olvidar las dificultades que se ciernen sobre la puesta en práctica de la expulsión y que pueden convertirla en papel mojado: no son infrecuentes los casos en los que no es posible determinar de qué país es nacional el extranjero, o la ausencia de las mínimas medidas de cooperación internacional para hacer efectivo el retorno del extranjero.

### **3. El devenir de la actuación penitenciaria según las perspectivas de inserción social del recluso extranjero en nuestro país**

A menudo, la realidad que pensamos que se encontrará el recluso extranjero a la salida en libertad entra en conflicto con sus intereses y su voluntad de quedarse o no en nuestro país. Entendemos que las propuestas de solución tendrían que pasar por acercar estos intereses a la viabilidad real de integración en la sociedad española del interno extranjero. A estos efectos, pensamos que las posibles actuaciones a realizar desde la Institución penitenciaria deben ser distintas según las circunstancias concretas de cada caso.

*A) Con los reclusos extranjeros del primer grupo*

Con este grupo se debe trabajar para que consoliden su capital social y sus posibilidades de inclusión social a través de la formación y el trabajo, tanto en los Talleres productivos en el interior de los Centros penitenciarios como en el exterior, si acceden al tercer grado penitenciario y/o a la libertad condicional. En este sentido, la actividad penitenciaria ten-

---

(34) Este precepto no sólo se ha mantenido en la reforma de la Ley de extranjería de diciembre de 2009, sino que expresamente se contempla ahora el procedimiento preferente para este supuesto de expulsión, resultando evidente que la probabilidad de sustraerse a dicha expulsión se reducirá considerablemente.

### III. LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

---

dría que ir encaminada a lograr la normalización social a través de la regularización administrativa de los internos extranjeros integrados en este grupo, que se les facilitaría con la tramitación de la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo.

#### *B) Con los reclusos extranjeros del segundo grupo*

Con los internos que forman parte de este grupo desde el ámbito penitenciario hay que trabajar desde el primer día para que acepten el retorno voluntario a su país, dadas las pocas posibilidades que tienen de quedarse en España con garantías de no encontrarse en situación de exclusión social a causa, fundamentalmente de la imposibilidad de obtener la regularización.

Es preciso trabajar en la necesidad de aplicar algunos de los mecanismos de repatriación estudiados y, especialmente, perseguir de manera más decidida la aplicación de la expulsión cuando hayan cumplido parte de la condena impuesta. Este proceso, que actualmente debe contar con la voluntariedad del interno, no es preciso a partir de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de reforma del CP en los casos de la expulsión del artículo 89 CP<sup>(35)</sup>. No obstante, mientras estos internos sigan en prisión se debe intentar potenciar su participación en todas aquellas actividades que puedan mejorar su reinserción allá donde se tenga que producir.

#### *C) Con los reclusos extranjeros del tercer grupo*

Teniendo en cuenta que desde el momento en que se constata la imposibilidad de ejecutar la expulsión se produce una minoración del riesgo de sustraerse a los mecanismos de control durante la extinción de condena, ello facilitaría el cumplimiento de las penas impuestas a estos internos de la forma más adecuada a su propia evolución personal. Por esta razón, cabe explorar todas las posibilidades de la normativa penitenciaria a favor de articular fórmulas de cumplimiento de la condena fuera del contexto carcelario —en los términos que lo permite el artículo 89.5 CP, que en contraposición al artículo 89.1 CP, deja claro que el cumplimiento del resto de pena no tiene necesariamente que llevarse a efecto en régimen de internamiento— que permitan salvar las dificultades que arrastran este tipo de penados. Sabemos bien que no es fácil continuar una labor reinsertadora fuera del régimen de internamiento con condenados que carecen de arraigo en el exterior, pero no por ello puede renunciarse, al menos, a intentarlo.

En resumen, para posibilitar la adecuada confluencia de los criterios propios de la política de extranjería —control de los flujos migratorios— con los fines de la actividad penitenciaria —la reinserción en la sociedad española del recluso extranjero—, desde el ámbito penitenciario, hay que trabajar para que los reclusos extranjeros que no tienen posibilidades de quedarse en España acepten el retorno a su país. De esta forma, no se desvirtúa el objetivo principal de las penas privativas de libertad por primar el objetivo de la política de extranjería —la repatriación obligatoria— ni, al contrario, se frustran los fines de la pena privativa de libertad por rebajar en número de reclusos en los centros penitenciarios.

---

(35) *Vid.* Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

BIBLIOGRAFÍA

- BONILLA CORREA, J.A.: «Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideraciones político criminales», *La Ley*, núm. 7445, año 2010.
- CORDERO LOZANO, C.: *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Barcelona, 2011.
- GRACIA CASTAÑO, C. y AGUILERA REIJA, M.: «Las resoluciones de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en relación a los permisos de salida, a los terceros grados y a las libertades condicionales de los ciudadanos extranjeros que se encuentran presos en las cárceles de la Comunidad de Madrid», *Cuadernos de Derecho Penitenciario* núm. 16, año 2009.
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión: nuevo régimen jurídico*, Madrid, 2009.
- MARCOS MADRUGA, F. de: «Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión», *La Ley*, núm. 7410, año 2010.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A.L.: «Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles», *Cuadernos de Derechos Penitenciario*, núm. 16, 2009.
- RODRÍGUEZ BALADO, E.: «La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 26, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: «Comentarios al artículo 89», *Comentarios al Código Penal español*. Tomo I. Dir.: G. Quintero Olivares, 6.ª ed. Pamplona, 2011.
- TORRES FERNÁNDEZ, M.ª E.: *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Edit. La Ley, 2012.

## IV. INTEGRACIÓN DE INMIGRANTES

GEORGY KUZNETSOV

*Asesor y Profesor de español para inmigrantes*

### RESUMEN

#### **Integración de inmigrantes**

La inmigración representa en España un fenómeno reciente, en términos históricos. En el presente trabajo se hace un breve análisis de la situación actual y los obstáculos con los que se encuentra el colectivo inmigrante, entre ellos el duelo migratorio, al igual que se repasan algunas propuestas para su integración real en la sociedad. La integración exige adoptar unas medidas eficaces contra la discriminación por razones de nacionalidad en todos los ámbitos. La plena integración de los inmigrantes no puede basarse sólo en la renuncia al asimilacionismo y en la aplicación de políticas multiculturales. Muchas veces las actuales políticas dificultan la integración al condenar a la situación de irregular, al dificultar el acceso a la vivienda, al poner trabas a la reagrupación familiar y al tener en la sociedad el estereotipo negativo de la inmigración.

**Palabras clave:** Inmigración, integración, multiculturalidad, convivencia, políticas.

### ABSTRACT

#### **The integration of immigrants**

The immigration represents in Spain a recent phenomenon, in historical terms. In the present work there is done a brief analysis of the current situation and the obstacles which the immigrant group meets, between them, the migratory duel, as some offers are revised for his royal integration in the society. The integration demands to adopt a few effective measures against the discrimination for reasons of nationality in all the areas. The full integration of the immigrants cannot be based only on the resignation to the assimilation and on the application of multicultural policies. Often the current policies impede the integration on having condemned to the situation of irregularly, on having impeded the access to the housing, on having put hobbles to the familiar regrouping and on having had in the society the negative stereotype of the immigration.

**Key words:** Immigration, integration, multiculturalism, coexistence, policy.

---

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN.

#### 1. Modelos de convivencia entre nativos e inmigrantes.

### II. LA INTEGRACIÓN Y LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA.

### III. PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN. LOS DISTINTOS RACISMOS, LA SOCIEDAD Y LA INTEGRACIÓN.

### IV. INMIGRACIÓN: ASPECTOS PSICOLÓGICOS Y DUELO MIGRATORIO.

### V. LOS ÁMBITOS BÁSICOS DE ACTUACIÓN PARA LA INTEGRACIÓN.

### VI. LA CULTURA COMO BASE DE UNA CONVIVENCIA PACÍFICA.

VII. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ANEXO I. TESTIMONIOS DE LOS INMIGRANTES. LA ADAPTACIÓN Y EL DUELO MIGRATORIO.

---

I. INTRODUCCIÓN

Hablando de inmigración, en muchas ocasiones sencillamente nos encontramos con las ideologías que se siguen manteniendo con respecto a la forma de entender la inmigración, la democracia y los derechos realmente existentes en nuestras sociedades de una forma tradicionalista y paternalista.

Es bien sabido que las grandes migraciones humanas siempre han venido motivadas por el instinto de mejora de la calidad de vida del ser humano, por lo que no nos vamos a detener ahora para analizar los movimientos migratorios del siglo pasado.

La denominada globalización económica de la que se habla mucho, pero pocos se atreven o tienen ganas de analizar en profundidad porque sencillamente no les interesa, parece ser una de las actuales causas de tanta desigualdad. Desde la creación de los organismos de más que dudosa reputación, como el FMI o el Banco Mundial, la principal petición de los países en desarrollo frente a ellos ha sido la posibilidad de obtener unos mejores recursos financieros a un coste más asequible, pero la única respuesta obtenida ha sido la negación constante de préstamos, alegando para ello la desastrosa política de ajustes que se llevaba a cabo por los gobiernos de estos países. Por ello millones de personas se han visto obligados a abandonar sus países en busca de un futuro mejor en el llamado «paraíso occidental». Por otra parte, la inmigración actual ha dejado de ser la inmigración de los más pobres, ya que cada vez es más visible la creciente importancia de las capas medias y cualificadas entre el colectivo inmigrante: «una tendencia sistemática a la salida de los más productivos... que tiene efectos complejos»<sup>(1)</sup>, ya que la huida de «los más productivos» a largo plazo hace descender la calidad de la mano de obra local, por consiguiente, una distorsión en el mercado y, como consecuencia, un estado de subdesarrollo crónico, que al fin y al cabo, aprovechan los grandes imperios multinacionales.

Esta cadena parecía funcionar hasta que apareció en el otro lado una gran turbulencia, llegó la interminable crisis del 2008 (o, quizás, antes, ¿quién lo sabía?), que ha agudizado todas esas complejas relaciones entre el Norte y el Sur, y que tanto azota a la población desplazada. La crisis del bienestar social con la que nos hemos topado conlleva un empeoramiento del estatus jurídico del extranjero, aceptado únicamente desde una perspectiva mercantilista que evidentemente choca con cualquier posibilidad de su reconocimiento no ya como ciudadano, sino como residente de pleno derecho, dada la limitación que ello supondría para las condiciones de trabajo que actualmente desempeñan. La única acepta-

---

(1) Sami NÄIR, *El imperio a la diversidad del mundo*, Areté, 2003.

ción que se hace del extranjero es aquella que entiende a la persona inmigrante como un instrumento que permita maximizar ganancias y actuar como contrapeso frente a la crisis de la base demográfica de los sistemas de seguridad social.

Y aquí se acaba todo: si el inmigrante es una simple herramienta, la herramienta tiene fecha de caducidad, la puedes modificar, la puedes amoldar a las necesidades de cada trabajo y a las leyes de extranjería, sin tener en cuenta las circunstancias personales de cada uno. ¿En qué nos diferenciamos de las sociedades medievales? ¿En las formas?

Ahora bien, últimamente se habla mucho de la interculturalidad e integración de la población inmigrante, pero la maquinaria estatal poco o nada ha hecho al respecto, incluso algunos movimientos sociales tampoco ven «rentable» implicarse de una forma seria en la lucha por los derechos de los inmigrantes. Dada la falta de movimiento asociacionista inmigrante y su poca o nula representatividad en los organismos políticos y sociales apenas se ha hecho un esfuerzo realmente considerable, a pesar de que el porcentaje de la población inmigrante ha llegado a representar un 12% de la población total en España. En el presente trabajo intentaremos analizar de una forma muy breve la situación actual y los obstáculos con los que se encuentra el colectivo inmigrante, entre ellos, el duelo migratorio, al igual que repasaremos algunas propuestas para su integración real en la sociedad. ¿Existe realmente una plena integración? La exclusión institucionalizada de los inmigrantes del espacio público justificada a veces desde el punto de vista de patriotismo constitucional, al igual que los argumentos paternalistas dirigidos a la misma exclusión, representan un bloqueo para que la población inmigrante pueda tener acceso a la esfera pública. El reconocimiento de derechos políticos a quienes residen de modo estable ha de ser en condiciones de igualdad. La ciudadanía debe regresar a sus orígenes y depender del lugar de residencia, por lo que ser vecino para un inmigrante significaría mucho más que ser un simple empadronado. La integración, además, exige adoptar unas medidas eficaces contra la discriminación por razones de nacionalidad en todos los ámbitos de la actividad humana. Todos esos y otros factores, al menos en los próximos años, no tendrán un debido reflejo en la agenda de los políticos, aunque en el presente trabajo final intentaremos analizar, al igual que presentaremos un resumen de los testimonios de los propios inmigrantes para que se nos oiga. Como recoge Silvia MARCU<sup>(2)</sup> las palabras de una bielorrusa, los inmigrantes «podríamos ofrecer mucho más si nos trataran de igual a igual. Porque es bueno creer que lo importante no es solo dinero, sino que nos aprecien como personas».

### 1. Modelos de convivencia entre nativos e inmigrantes

#### *Asimilación:*

Se trata del proceso de adecuación del inmigrante a la sociedad de adopción. El inmigrante adquiere la cultura y costumbres de la comunidad de adopción, desapareciendo su condición de «diferente». En la medida en que el extranjero se adapta a la cultura, ésta le admitirá como uno más. Además el proceso adaptativo es unilateral y busca la homogeneidad cultural de la sociedad.

---

(2) MARCU, Silvia (2010), *Del este al oeste: geopolítica fronteriza e inmigración de la Europa oriental a España*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Este modelo pretende ingenuamente que el inmigrante será aceptado por la sociedad receptora por el solo hecho de adquirir su cultura con independencia de su origen, raza o religión.

En lo que se refiere al asimilacionismo, éste «constituye una propuesta de uniformización cultural: se propone y se supone que los grupos y minorías van a ir adoptando la lengua, los valores, las normas, las señas de identidad, de la cultura dominante y, en paralelo, van a ir abandonando su cultura propia»<sup>(3)</sup>. Según estos autores, está basado en dos definiciones centrales: 1) el interés o convencimiento en la bondad, necesidad y posibilidad de la homogeneidad sociocultural, y 2) el supuesto de que una vez asimilado la minoría o los foráneos, vivirán sin discriminación en igualdad de condiciones que el mayoritario o el autóctono.

En el caso de los inmigrantes en Europa, y a pesar de las llamadas a su integración y no a su asimilación, lo cierto es que se continúa asumiendo como homogénea la sociedad receptora. Parece que la cultura «occidental» y «europea» o sus culturas nacionales fueran algo perfectamente definido, sin fisuras de ningún tipo. Procediendo de esa forma, se enfrenta una y otra vez el «ellos» al «nosotros», como si fueran dos bloques antagónicos y homogéneos. Las propuestas de integración de los inmigrantes no parecen todo lo sensibles que debieran en cuanto a que una vez incorporados de hecho los extranjeros no comunitarios —como incluidos o como excluidos— la sociedad receptora ya no es la misma. Parece también que el único que tiene que adaptarse es el inmigrante que es otro rasgo básico del asimilacionismo.

### ***Melting pot:***

Este modelo implica a todos los miembros de la sociedad (nativos y minorías) en la creación de una nueva sociedad como resultado de la fusión de elementos culturales y raciales. El *Melting pot* busca la combinación de razas y culturas en la que todos son protagonistas.

Lo positivo de este modelo es lograr la plena adhesión y pertenencia de cada uno de los miembros de las culturas participantes en la construcción de la nueva sociedad.

Ha tenido éxito en algunas minorías y en determinados aspectos, pero no cuando hay de por medio un país y una cultura dominante.

«El núcleo argumental de la fusión, o del modelo de crisol, se encuentra en la idea de que la cultura nacional o la identidad cultural de un determinado país o entidad debe configurarse a partir de las contribuciones de todos los sectores o segmentos en él representados o a él incorporados» (Gabriela MALGESINI y Carlos GIMÉNEZ, 2000).

Según los mismos autores, hoy ya prácticamente nadie propone el *melting pot* como «filosofía social, como ideología o como política de gestión u organización de la diversidad cultural interna. El mito que quiso ser modelo fracasó, en primer lugar, porque en Estado Unidos no se ha dado mezcla prevista de las poblaciones de origen europeo»<sup>(4)</sup>.

---

(3) <<http://www.uned-illesbalears.net/esp/asimilacion.pdf>>. Graciela MALGESINI y Carlos GIMÉNEZ, 2000.

(4) <<http://www.fongdcam.org/manuales/educacionintercultural/datos/docs/ArticulyDocumentos/GlobaYMulti/PropudeGestion/FUSION%20CULTURAL.pdf>>. Consulta realizada el 10-9-2011.

Por otra parte, otras comunidades, como las provenientes de Asia o África tampoco se han acogido a esa idea y no se han «fundido». Al *melting pot* se le atribuye el hecho, como al asimilacionismo, de conllevar un abandono o pérdida de la cultura propia. Partiendo de esa ideología, «para que surja una identidad nacional fuerte parece necesario sacrificar las singularidades y las especificidades».

### ***Pluralismo cultural:***

En este modelo tanto nativos como inmigrantes mantienen su identidad. La adaptación se produce mediante la adhesión de todos a unos principios comunes de convivencia; manteniendo la peculiaridad cultural de cada colectivo siempre que no afecten los principios de convivencia y de fragmentación social. El pluralismo cultural es una idea más que una realidad, ya que las diferencias producen conflictos.

El pluralismo cultural acepta la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades grupos o comunidades étnica, cultural, religiosa o lingüísticamente diferentes. A diferencia de otros modelos, el pluralismo cultural valora positivamente la diversidad sociocultural y toma como punto de partida que ningún grupo tiene por qué perder su cultura o identidad propia.

Durante un tiempo (posiblemente desde mediados de los sesenta hasta mediados de los ochenta) la categoría de multiculturalismo se empleó como equivalente a la de pluralismo cultural. Hay, sin embargo quienes como KOTTAK (1996) señalan importantes diferencias entre «pluralismo cultural» y «multiculturalismo»<sup>(5)</sup>. Para Kottak el pluralismo es un concepto político basado en la propuesta de igual poder para los grupos étnicos principales; el multiculturalismo se origina como un concepto cultural que concede un especial valor al entendimiento de todas las culturas de una sociedad, sin una agenda política específica; no obstante, en una democracia en la que se valore el multiculturalismo la estructura política se acabará acomodando a esos grupos.

## II. LA INTEGRACIÓN Y LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

La situación actual en España está caracterizada paradójicamente por dos visiones opuestas: unas políticas de inmigración que han fomentado el rechazo de ésta y la xenofobia entre la población autóctona, y una creciente preocupación por la integración que está llevando a desarrollar medidas cada vez más amplias en este terreno. Hasta el año 2005, el Estado apenas había dedicado recursos para potenciar la integración. Las políticas de integración que aquí se hacían eran las que realizaban los ayuntamientos y las comunidades autónomas, y siempre con pocos recursos.

Por primera vez la materia de integración adquiere rango de ley de orgánica (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>(6)</sup>), pero la

---

(5) KOTTAK, C., *Antropología, una exploración de la diversidad humana*, Madrid, McGraw-Hill.

(6) Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social publicada en el BOE. Consulta 5-9-2011 en <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/12/>>.

misma queda reducida a un artículo que de manera genérica expresa una idea de integración más cercana al Pacto de Inmigración y Asilo que a los Principios Básicos Comunes. Hasta este momento la integración se ha situado en el ámbito de la planificación estratégica a través de diversos Planes de Integración (PECI)<sup>(7)</sup>, el último con una validez hasta 2014.

Pues bien, la idea de integración que contiene este artículo se difumina en obligaciones para el inmigrante relativas a acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales. Para llevar a cabo estas medidas se prevé la aprobación de un Plan estratégico Plurianual que a su vez contendrá programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes.

Sin definirlo como «esfuerzo de integración» encontramos aspectos similares al comentado en el art. 18 cuando señala los requisitos que debe cumplir la reagrupación familiar se dice que las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico». Por otro lado, la Disposición Adicional Quinta modifica la Ley del Registro Civil incluyendo en lo que parece ser un informe potestativo del solicitante de nacionalidad por residencia emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la sociedad española. Por tanto se trata a la población inmigrante como colectivo sospechoso de no cumplir como el resto en sus obligaciones y por otro como colectivo que debe demostrar mucho más que el resto el ser merecedor de derechos.

Podemos deducir que la política de integración se decanta en muchos casos en la imposición de determinadas condiciones a modo de «contratos de adhesión» donde la integración se mezcla con la extranjería para condicionar la permanencia en el país o su entrada en función del cumplimiento de exámenes de lengua historia y supuestos valores comunes. Algunos ejemplos de este tipo de política de integración serían los Programas de Instrucción en Holanda, el Contrato de Acogida e Integración (Contrato d'Accueil et d'Intégration, CAI) de Francia, el Programa de introducción danés o la política unificada de conocimiento lingüístico para inmigrantes (Gesamtsprachkompetenz) en Alemania.

En lo que se refiere al papel de las Comunidades Autónomas y al artículo 2 que estamos comentando, comienza este artículo fijando las competencias que corresponden al estado y las que corresponden a las CC.AA. utilizando una fórmula muy imprecisa. En base al artículo 149.1.2.<sup>a</sup> de la Constitución, que establece la competencia estatal en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, se indica que «corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.<sup>a</sup> de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política migratoria sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales». El artículo en cuestión sigue sin resolver los límites de las competencias de las CC.AA. en una materia como la migratoria caracterizada por la transversalidad y que abarca competencias que forman parte de la extranjería.

---

(7) <[http://extranjeros.mtin.es/es/IntegracionRetorno/Plan\\_estrategico/peci/peci.html](http://extranjeros.mtin.es/es/IntegracionRetorno/Plan_estrategico/peci/peci.html)>. Consulta 5-9-2011.

### III. PROBLEMAS DE ADAPTACIÓN. LOS DISTINTOS RACISMOS, LA SOCIEDAD Y LA INTEGRACIÓN

Lo que conocemos como racismo puede tener varias formas. En primer lugar, el interpersonal, que es un resultado de la acción de individuos o grupos que no disponen de poder estructurado ni se reconocen en una ideología racista. Es un racismo producido en las relaciones cotidianas, en las que un conflicto interpersonal es justificado sobre la base de las características raciales o étnicas de la víctima.

Por otra parte, el racismo o la persecución por abuso de función implica que los autores disponen de un poder formal sobre las víctimas debido a la función que desempeñan y que actúa como factor legitimador de la discriminación, la violencia o la exclusión, especialmente en el ambiente laboral.

El racismo institucional es ejercido por una organización con un alto grado de legitimidad. Proviene del Estado y de sus instituciones constituyendo la mayoría de las veces un ejercicio de discriminación. Su instrumento de acción es la Ley, en nuestro caso, la Ley de Extranjería y su Reglamento. La diferenciación en el acceso a los derechos que establecen las leyes de extranjería para los distintos colectivos de no nacionales es el ejemplo más evidente de este tipo de racismo.

Y, por último, el racismo como doctrina, que se inspira en una ideología racista dirigida (aunque ésta fuera poco representativa), de manera consciente y estratégica, contra unas categorías específicas de víctimas, con el objetivo de crear y mantener un clima ciudadano de prejuicios y discriminación activa sobre esta población.

En la vida real nos encontramos con una combinación explosiva de los distintos tipos de racismo, que influyen en el índice de conflictividad en lo que se refiere a las relaciones interétnicas de las sociedades actuales, tanto en el ámbito de los discursos como en el de las actuaciones concretas.

En la medida que, gracias principalmente a la inmigración, las sociedades se han ido transformando y diversificando étnica y culturalmente, han surgido importantes debates sobre cómo gestionar y organizar esta diversidad. Las políticas de integración se aplican a los migrantes que ya residen en los países de destino, si bien en ocasiones el tipo de residencia (temporal o de larga duración) puede determinar su nivel de participación en la sociedad de acogida y los derechos que tiene garantizados en ella.

A pesar de los debates que existen en torno al concepto, al hablar de modelos de integración se está haciendo referencia a los modelos de incorporación de la inmigración en la sociedad de origen. Se entiende que es un proceso dual y bidireccional, puesto que supone aceptar e implementar cambios tanto para los recién llegados (inmigrantes) como para la sociedad de acogida. De forma resumida, se suele distinguir entre dos modelos tradicionales de integración, el asimilación y el multiculturalismo. Actualmente, estos modelos están sufriendo una profunda revisión, y han aparecido nuevos conceptos para intentar definir los procesos de integración de la inmigración en las sociedades de acogida.

La asimilación ha sido el modelo más frecuente, y se ha entendido como un proceso a través del cual las personas o grupos de origen diverso se incorporan de una forma completa a la sociedad de acogida, perdiendo su identidad y acogiéndose a la de la cultura dominan-

te. Llevada al extremo, en el modelo asimilacionista la integración supondría renunciar a la cultura, usos y costumbres de origen, para adaptarse a la cultura, lengua y costumbres mayoritarias. Francia es el ejemplo paradigmático del modelo asimilacionista.

Por su parte, el multiculturalismo promueve el reconocimiento de las diferencias culturales y garantiza el derecho a la diferencia cultural, entendiendo que la preservación de la diversidad es positiva. Llevado al extremo, el modelo multiculturalista favorece la noción de identidades distintas y alejadas, lo que permite la existencia de guetos (conceptuales y reales) y las desigualdades en base a la diferencia. Los Países Bajos y Reino Unido, de formas distintas, son los principales ejemplos del modelo multiculturalista.

Las políticas de integración han de promover una sociedad cohesionada y que ayude a aquellos que lo necesiten a participar en la vida económica, social, cultural y política del país, siguiendo el modelo que este haya definido como propio.

La participación no debe entenderse siempre desde una perspectiva de acción positiva, puesto que en estados que practican la segregación, por ejemplo, la participación de los inmigrantes puede estar totalmente restringida, así como su acceso a los distintos tipos de derechos.

Podemos distinguir cinco áreas básicas que sirven para medir el éxito de dichas políticas de participación e integración: la integración lingüística, la integración en el sistema educativo, la integración social, la integración económica y la integración política.

Por supuesto, en primer lugar, la integración lingüística es uno de los principales requisitos para alcanzar una integración con garantías, en la medida que el conocimiento de la lengua del país garantiza un acceso mayor y autónomo a los diferentes ámbitos de la sociedad de acogida.

La participación en el sistema educativo se traduce en que los estudiantes de origen inmigrante tiendan a continuar su formación más allá de la educación obligatoria en comparación con los autóctonos, al igual que se deben tener en cuenta la concentración de estudiantes de origen extranjero en determinados centros.

La integración social de los inmigrantes, por otro lado, supone que las políticas públicas deben regular el acceso de los inmigrantes a los servicios sociales básicos, como escuela, sanidad o vivienda entre otros.

La integración económica se refiere a la participación de la inmigración en el mercado de trabajo.

La participación cívico-política de la inmigración es uno de los puntos más sensibles a la hora de hablar de integración. La participación del colectivo inmigrante en asociaciones, sindicatos y partidos políticos es un indicador básico de integración política, mientras que el derecho de voto local de los residentes extranjeros de larga duración se ha convertido en un tema de debate en muchos países occidentales de acogida.

No siempre el complejo proceso de la integración concluye con la naturalización del inmigrante, al igual que la adquisición de la nacionalidad del país de acogida no garantiza su integración en la sociedad de acogida. Es cierto que la obtención de la nacionalidad garantiza a la persona la plena igualdad de derechos con el resto de los ciudadanos nacionales, y le permite la participación en cualquier tipo de proceso electoral.

La actual barrera principal para los inmigrantes que no pueden tener acceso a derechos políticos y sociales en igualdad de condiciones que los nacionales no radica solamente en un problema jurídico sino también en el económico y político. En nuestras sociedades de economía capitalista el trabajo es una mercancía de fácil adquisición por parte de las empresas, precisamente porque los cambios materiales de la existencia constituyen el fundamento del resto de los cambios sociales.

Entonces, hablar de derechos para todos en un mundo que parece gobernado por la irracionalidad requeriría, entre otras cuestiones, poner coto a los desequilibrios y guerras.

### IV. INMIGRACIÓN: ASPECTOS PSICOLÓGICOS Y DUELO MIGRATORIO

Uno de los factores más importantes y más relevantes que influye directamente en el grado de adaptación de una persona migrante y su integración en el nuevo entorno es el factor psicológico. Prácticamente todo lo que rodea en España a la persona inmigrante ha cambiado: desde aspectos tan básicos como la alimentación o las relaciones familiares y sociales hasta el clima, la cultura, y, por supuesto, la lengua... La adquisición de una nueva lengua requiere un gran esfuerzo por parte del inmigrante. Hay que tener en cuenta, además, que no todas las personas poseen grandes habilidades lingüísticas, y en las organizaciones donde se atiende al inmigrante y se imparten clases de español (en muchos casos, estos inmigrantes poseen titulación universitaria) hemos de tener una cosa clara: cualquier persona necesita aprender lo básico de una forma urgente para poder desenvolverse en su nuevo entorno. En la medida en que se integren en esta nueva realidad descubrirán que pueden encontrar apoyos para recuperar su equilibrio psíquico y ganar en calidad de vida. Conviene recordar que para atender a un inmigrante y explicarle los pasos que tiene que seguir para tramitar sus «papeles» no hace falta ser un políglota, basta con hablar claro y despacio buscando un vocabulario más sencillo, sin usar giros fraseológicos.

Por otra parte, el proceso de adaptación de un inmigrante conlleva la pérdida de elementos básicos en la vida de cualquier persona, lo que hace que el inmigrante se vea sometido a una serie de factores de estrés difíciles de superar en la mayoría de los casos<sup>(8)</sup>.

Podemos afirmar que la mayoría de los inmigrantes viven intensamente la separación con la tierra en la que habían crecido, echan de menos los cambios de paisaje, temperatura, colores, olores, etc. Y esta carga emotiva ligada a su tierra natal hace que especialmente los adultos la idealicen precisamente estando fuera de sus fronteras.

El inmigrante necesita conservar elementos de su cultura. Toda persona que se encuentra en otro país se ve sometida a una serie de procesos de duelo por experimentar la pérdida de su pasado, lo que conocemos como duelo migratorio. Este proceso de adaptación está condicionado por varios factores: en primer lugar, la semejanza de las culturas, que reduce el choque cultural; el grado de xenofobia y la receptividad de la sociedad de acogida; un papel importante lo realiza la propia personalidad del individuo; y, por último, la edad del inmigrante también es importante, ya que dentro de las familias, los miembros se adaptan

---

(8) En el Anexo I se presentan algunas opiniones de los propios inmigrantes en referencia a esos cambios.

a diferente ritmo, los niños lo hacen rápidamente, por su facilidad para adquirir el idioma y la cultura. Por el contrario, el resto de la familia, habitualmente los padres o los abuelos, intentan conservar las tradiciones de su país como una forma de identidad personal. Una vez instalados en el país receptor, los inmigrantes pueden seguir varias pautas de comportamiento:

En primer lugar, la integración, de la estamos hablando y a la que se aspira llegar, que es la pauta más favorable que consiste en adquirir la cultura del país de acogida sin perder la propia; el individuo se maneja de forma adecuada en ambas culturas. Exige un esfuerzo enorme y es difícil de conseguir; pero cuando lo hace es muy enriquecedor, tanto para el inmigrante que se integra como para las personas que le rodean en el nuevo país. Por otra parte, está la asimilación, de la que estamos hablando en el presente trabajo, cuando una persona renuncia a su propia cultura; adquiere usos y costumbres de la sociedad que le acepta e incluso los hipertrofia.

Tenemos otra forma de comportamiento que es coexistencia: es su «pequeño país», una especie de «gueto cultural» (basta con recordar los barrios italianos o de los rusos de Nueva York<sup>(9)</sup>, donde la gente apenas habla inglés); la gente mantiene su cultura y costumbres, su red social reconstruida a base de contactar con personal de su mismo país de origen y se mantiene como aislado, dentro del país que le recibe, a veces sin ni siquiera aprender la lengua, manteniendo una red social interna entre ellos. Es más frecuente entre los inmigrantes de origen chino, por ejemplo. En el caso de los inmigrantes de la órbita exsoviética esta situación es palpable con las personas mayores, que se relacionan entre ellas y apenas dominan el idioma español, y, también, de los recién llegados. Incluso el periodo de la «coexistencia» puede durar un tiempo indefinido, dependiendo de la situación sociolaboral de cada persona inmigrante (casos de las empleadas de hogar en régimen interno, que apenas tienen tiempo para descansar y salen de sus lugares de trabajo para comunicarse con sus compatriotas, ir al locutorio o hacer alguna compra, se reúnen entre ellos, celebran sus fiestas, hablan de sus necesidades, pero apenas contactan con la gente española). La coexistencia contiene otro peligro, ya que las relaciones entre los propios compatriotas, a veces con carácter puramente lucrativo, pueden traducirse en la dependencia tanto laboral como económica, como en los casos de la venta de los puestos de trabajo (algunos cobran dinero por dejar su puesto de trabajo cuando se van), alquileres de vivienda en unas condiciones infrahumanas, jornadas de trabajo abusivas sin contrato en las empresas creadas por los propios compatriotas, etc. Por eso, en el caso de que el inmigrante no domine suficientemente el idioma, no es capaz de defender sus derechos, no puede denunciar su situación, por consiguiente está fuera de la realidad que le rodea y no conoce las pautas de comportamiento del país de acogida.

En lo que se refiere a las dos peores formas de la adaptación, mejor dicho, la no adaptación, rechazo y marginación, hemos de subrayar lo siguiente: la marginación se produce cuando el inmigrante no capta, no comprende la nueva cultura, rechaza o no es capaz de integrarse, de entender, de participar de la cultura que le recibe, sin ser capaz de mantener sus raíces. Es, a veces, la consecuencia de la etapa anterior, de la coexistencia «no pací-

---

(9) <[http://world.lib.ru/z/zudilow\\_e/lway2.shtml](http://world.lib.ru/z/zudilow_e/lway2.shtml)>, *Memorias de un inmigrante ruso de Brighton*. Consulta 9-8-2011.

fica», es decir, el inmigrante se siente marginado e impotente debido a la incomprensión absoluta por parte de la sociedad de acogida, ya que apenas tiene contacto con ella, ni tampoco es capaz de mantener su propia identidad. De ahí vemos casos de alcoholismo u otra drogodependencia producida por este fenómeno. En el caso de alcoholismo representa un especial interés el estudio titulado «Los procesos de integración de los inmigrantes. Pautas de consumo de alcohol y modelos culturales de referencia» de la Fundación CREFAT, que trata varios colectivos de inmigrantes<sup>(10)</sup>.

Y, el rechazo, quizás, es el más peligroso, en muchos casos consecuencia de una evolución natural de la marginación. Se produce por dos partes: la del propio inmigrante, que utiliza una crítica activa hacia todo lo que le ofrece la nueva cultura, «rechaza lo que no entiende»; y la de la nueva cultura y el entorno social del país que le recibe.

#### V. LOS ÁMBITOS BÁSICOS DE ACTUACIÓN PARA LA INTEGRACIÓN

Durante las primeras décadas de la inmigración en Europa, desde los años 50 tras la Segunda Guerra Mundial, dominó la idea de la temporalidad de las migraciones, y ello conllevó la ausencia de políticas sociales para la integración de los inmigrantes. Esto tuvo gran trascendencia porque trajo consigo unos procesos de «guetización» que se convirtieron en las principales ciudades receptoras de inmigración. Con ello crecieron también las actitudes racistas en la sociedad receptora que en los ochenta se hicieron ya brutalmente presentes, así como importantes conflictos de convivencia entre población inmigrada y autóctona.

A la vista de tales situaciones apareció la necesidad de plantear políticas dirigidas a favorecer la integración social de la población inmigrada, y esto empezó a traducirse en actuaciones concretas de las instituciones públicas. El desarrollo de estas políticas sociales de integración no es simultáneo en toda la Europa Occidental, hay países en los que se inicia ya a mediados de los setenta, mientras en otros no se ha hecho hasta los noventa. Holanda es uno de los países pioneros y sus políticas de integración comienzan en algunos ayuntamientos a mediados de los setenta, cuando ya se empieza a ver que el retorno a los países de origen es escaso, aunque no será hasta mediados de los ochenta cuando la integración se convierte en el objetivo principal de la política de inmigración en ese país.

El fenómeno de la inmigración afecta a todos los países de la Unión Europea, pero la historia y las particularidades del mismo difieren de un país al otro. Algunos países pioneros en inmigración como Francia, Alemania, Holanda, Bélgica y Gran Bretaña empezaron a importar mano de obra a partir de la década de los cincuenta, e incluso antes, teniendo en cuenta las primeras olas de inmigración tras la primera guerra mundial. Otros como Portugal, Grecia, España e Italia viven recientemente, aunque de manera intensa, el fenómeno de la inmigración. En estas tablas vemos la evolución de dicho fenómeno, donde podríamos subrayar que España sufrió una metamorfosis en poco tiempo, pero los países con mayor número de inmigrantes siguen siendo EE.UU. y Rusia, aunque por causas diferentes.

---

(10) <<http://www.msps.es/alcoholJovenes/docs/ProcesosIntegracInmigrantes.pdf>>. Consulta realizada el 10-9-2011.

España pasó de ser país de emigración a ser receptor de inmigración en un periodo muy breve de tiempo debido, esencialmente, a los cambios políticos y económicos, a la entrada en la Unión Europea y al crecimiento económico en la década de los 80.

La primera regulación del derecho de extranjería mediante la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España resultó ser una norma restrictiva (entrada, permiso de trabajo y residencia, nada de reagrupación familiar, a veces negación de las prestaciones sociales), que no se ajustaba a los criterios imperantes en el marco comunitario e ineficaz, ya que no conseguía frenar el flujo de inmigrantes ni tampoco se hablaba de la integración.

Siguieron una serie de reformas de esta Ley (Ley Orgánica 4/2000, Ley 8/2000 y Ley 14/2003) que pretendían, en el papel, reforzar los derechos y libertades de los inmigrantes y su integración social y laboral. Entre otros objetivos también había que reforzar el control de los flujos migratorios en adecuación con las directivas europeas en materia migratoria y establecer vías de expulsión de los «sin papeles», luchar contra las mafias y el tráfico ilegal de personas, reforzar la seguridad ciudadana y luchar contra la violencia doméstica, habilitar el acceso a la información de las administraciones por parte de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para luchar contra la inmigración ilegal, modificar las condiciones de la reagrupación familiar y recortar los derechos de los inmigrantes establecidos ilegalmente en España. En realidad, se trataba únicamente de represión y control de los inmigrantes ilegales, no de integración de los extranjeros, como decía su título.

En lo que se refiere al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, su finalidad es la de servir a la participación y la integración de los inmigrantes legalmente establecidos en España. El Foro es la consecuencia de lo establecido en las leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 respectivamente sobre derechos y libertades y sobre la integración social.

Partiendo de allí, podemos afirmar que un buen número de la población inmigrante en España podría tener todos los rasgos de una integración posible y eficaz, aunque con matices, cuyas características generales se enfocarían en los siguientes puntos:

1. **Educación:** en términos de integración socio-cultural no existen problemas mayores. Los hijos de los inmigrantes están incorporados a los colegios públicos. Las distintas comunidades extranjeras han creado redes de solidaridad que asisten al recién llegado. Sin embargo, hay diferencias importantes según los colectivos de procedencia. He aquí la importancia de los mediadores.

2. **Empleo:** el inmigrante, con o sin «papeles», se integra en un segmento del mercado laboral caracterizado por la inestabilidad, la desregulación, los bajos salarios, la falta de calificación y la dureza del trabajo.

3. **Vivienda:** es un factor relevante de discriminación: Los altos precios de alquiler, el fenómeno de pisos patera, los celos xenófobos de muchos propietarios de pisos.

4. **Salud:** los trabajadores extranjeros que residen legalmente en España, con permiso de trabajo y en situación de alta en Seguridad Social, son los únicos que se benefician de la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los españoles. El resto de extranjeros, aún en situación regular, tienen acceso al sistema público de salud de forma muy desigual y dependiendo en gran medida de su nivel de educación, el tipo de atención médica que requieran y el lugar de residencia.

5. **Idioma:** la importancia de poder hablar el idioma del lugar de acogida es una necesidad básica para la participación social y la autonomía personal. Aunque una parte importante de los inmigrantes en España son latinoamericanos, es importante financiar e incentivar la participación en programas de aprendizaje del idioma para los inmigrantes de otros lugares.

Por otra parte, el conocimiento y desarrollo de la lengua materna (L1) no solo ayuda a los estudiantes a comunicarse con sus padres y abuelos y aumenta la competencia lingüística colectiva de toda la sociedad, sino que mejora también los recursos intelectuales y académicos de los estudiantes bilingües. Por lo tanto, según la perspectiva de la interdependencia lingüística, un aumento en el nivel de la lengua materna beneficia el desarrollo en la lengua de la escuela o L2.

Por consiguiente, las lenguas de origen de los alumnos inmigrantes son merecedoras de una actitud de respeto, para empezar, y por otra parte deben ser consideradas como valiosas a la hora de avanzar en el desarrollo del currículum escolar. Por poner un ejemplo, aprender a leer y escribir en la lengua materna no parece tener efectos negativos sobre la capacidad de lectura y escritura en la lengua de la escuela.

Por su parte, en el Informe del Defensor del Pueblo (2003) se indica que los padres y madres inmigrantes son partidarios por una casi unánime mayoría (97,3%) de que sus hijos e hijas conserven la lengua y costumbres familiares, pero que aprendan también la lengua y la cultura española, lo que sin lugar a dudas refleja una opinión generalizada a favor de una integración social y educativa respetuosa con la diversidad lingüística y cultural.

6. **Promoción de medidas que potencien el asociacionismo de los inmigrantes y fortalezcan sus medios de expresión social:** para facilitar el asentamiento de las personas inmigrantes es de gran utilidad el fomento y ayuda a su capacidad asociativa. Esto permite fortalecer redes de apoyo formal e informal, y una mayor capacidad de expresión hacia el resto de la sociedad sobre su realidad, sus necesidades y su aportación a la comunidad. La capacidad de los inmigrantes para poder hacer oír su voz tiene la virtud de poder ayudar a derribar estereotipos, favorece el aumento de su autoconfianza y les permite articular y hacer saber cómo ven ellos los problemas que les afectan y las formas de enfrentarlos. En la prensa española apenas vemos ejemplos de una integración «positiva», no sin añadir en muchos casos los tópicos y los estereotipos más comunes.

7. **Potenciación de las medidas para que los inmigrantes trabajen en distintos ámbitos de la Administración.** Los diversos tipos de mediadores en algunas ramas de la Administración han favorecido la comunicación y, en consecuencia, la calidad del servicio que reciben las personas inmigrantes, así como en la resolución de problemas que podrían haber supuesto situaciones de mayor conflictividad. Aunque, sin lugar a dudas, existen barreras importantes para que los inmigrantes puedan optar a muchos empleos de la Administración. Sin embargo, sería muy útil su presencia para favorecer el acceso y la calidad del servicio que reciben los inmigrantes en estas instituciones, y aumentaría la confianza de ellos en las mismas.

8. **Medidas para detectar y prevenir la discriminación y racismo.** La existencia y la importancia de estereotipos negativos en relación con los inmigrantes es una de las grandes barreras para la integración. Por otra parte se trata de la puesta en marcha de ins-

tuciones para ayudar y defender a las víctimas de discriminación, llevar a cabo estudios para descubrir y medir la existencia de prácticas discriminatorias en diferentes ámbitos de la sociedad, difusión y educación de la sociedad sobre la igualdad de trato. También incluye medidas para fortalecer las herramientas legales que combatan la discriminación.

Para afrontar el futuro de las políticas migratorias europeas y españolas resulta esencial asumir que los beneficios de las migraciones no sólo se dan en los países exportadores de mano de obra. El pasado reciente de los países europeos así lo demuestra. Deberíamos plantear las migraciones como un intercambio de beneficio mutuo para ambos bloques, que es inevitable, pero a la vez genera progreso y estabilidad. Ahora bien, debemos entender que la recompensa no es la misma para unos y otros.

### VI. LA CULTURA COMO BASE DE UNA CONVIVENCIA PACÍFICA

Gran parte de las discusiones sobre el multiculturalismo omiten definir el concepto clave que subyace al mismo: cultura. Incluso buena parte de las controversias que giran en torno a la cultura evitan pronunciarse acerca de su significado. En este sentido, las discusiones, en ocasiones incluso viscerales, acerca de la bondad o maldad de los proyectos multicultural o intercultural tendrán una controversia. Serán meros artefactos retóricos o políticos, al servicio de unos fines determinados, pero entorpecerán cualquier resolución racional del debate. En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de ENZENSBERGER: «La sociedad multicultural seguirá siendo un lema confuso mientras las dificultades que el concepto plantea sigan considerándose tabú en lugar de ser esclarecidas. La enconada disputa que ello ha desencadenado no conduce a nada mientras nadie sepa ni quiera saber qué significa el concepto de cultura»<sup>(11)</sup>.

Hay distintas definiciones de cultura según los diferentes autores. TYLOR construye una definición aditiva en la que enfatiza el aprendizaje («ese todo complejo» = sistema); mientras que KOTTAK enfatiza el aspecto más «mental» de la cultura, el carácter aprendido de la misma. Por su parte, HARRIS hace explícito que también los comportamientos son parte de la cultura; mientras que GEERTZ define la cultura como ideas basadas en el aprendizaje cultural y en símbolos. Es resumen, todos enfatizan el aprendizaje en la cultura.

TYLOR: «Cultura... es ese todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, la costumbre, y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre como miembro de la sociedad»<sup>(12)</sup>.

HARRIS: «el conjunto aprendido de tradiciones y estilos de vida, socialmente adquiridos, de los miembros de una sociedad, incluyendo sus modos pautados de pensar, sentir y actuar».

---

(11) ENZENSBERGER, Hans Magnus, *La gran migración*. Anagrama, 1992.

(12) Edward B. TYLOR, *Primitive Culture*; traducción al ruso en <[http://kulturoznanie.ru/?work=pervoby\\_t\\_culture](http://kulturoznanie.ru/?work=pervoby_t_culture)>, consulta realizada el 10-9-2011.

KOTTAK: «tradiciones y costumbres, transmitidas mediante el aprendizaje, que rigen las creencias y el comportamiento de las personas expuestas a ellas. Los niños aprende estas tradiciones creciendo dentro de una sociedad particular» (Kottak, *Antropología cultural*)<sup>(13)</sup>.

GEERTZ: «mecanismos de control: planos, recetas, reglas, construcciones, lo que los técnicos en ordenadores llaman programas para regir el comportamiento»<sup>(14)</sup>.

¿Cómo juzgar la legitimidad o ilegitimidad de prácticas ajenas a la cultura de la sociedad de recepción? ¿Qué criterios aplicar para ello? Si se aplicaran dichos criterios con la misma rigidez a la cultura propia, ¿acaso no se revelarían como ilegítimas ciertas pautas culturales? ¿Cómo debe afrontar una sociedad democrática las demandas de algunos de sus miembros o colectividades? ¿Existen valores y principios absolutos que trascienden toda cultura, que son propiamente universales? ¿O, por el contrario, es imposible juzgar cada práctica cultural independientemente de la cultura en la que tiene lugar y es dotada de sentido?

¿No supone la exhibición del hiyab una inferiorización de las mujeres? ¿O se trata de una libre elección individual, una manifestación voluntaria de la propia identidad cultural? ¿Supone la prohibición de esta prenda tradicional una muestra de islamofobia tan presente en los últimos años?

Es una de las muchas preguntas que estamos haciendo ahora, pero nos olvidamos de que nuestra propia sociedad está llena de exhibiciones de inferiorización de la mujer; mientras existan prostíbulos legales o se publiquen anuncios de servicios sexuales en esta nuestra democracia, ¿cómo podemos prohibir algo que ni siquiera somos capaces de analizar y dar una valoración objetiva desde nuestra cómoda butaca del llamado primer mundo? Todo ello es una de las tantas y tan complejas cuestiones que han de resolverse paulatinamente en los próximos años. Hay alternativas al dogma del cierre de fronteras que no deben ser despachadas como demagógicas, mientras cerramos los ojos a la extensión de la precariedad en nuestras propias sociedades.

## VII. CONCLUSIONES

1. La inmigración representa en España un fenómeno nuevo y reciente, en términos históricos. Sin embargo, constituye ya un fenómeno con un conjunto de características estructurales que va a hacer de la inmigración un fenómeno social de presencia constante en España durante las próximas décadas. La inmigración está significando ya, y va a significarlo más en el futuro, un importante elemento de cambio social en España que va a incidir en todos y cada uno de los planos de la vida social, cultural y política de este país.
2. Una de las primeras cuestiones que conviene subrayar es la pluralidad y diversidad de los colectivos de inmigrantes presentes en España. La inmigración representa una riqueza de perfiles y una complejidad de situaciones que están muy lejos de poder ser reducidas al

---

(13) KOTTAK, Conrad, *Antropología Cultural*. Madrid: McGraw-Hill, 2002.

(14) GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa, 1992.

tópico del «inmigrante» en busca de trabajo, en el mejor de los casos, o del «inmigrante» cercano a la delincuencia, en el peor de los casos, con que habitualmente es abordado este fenómeno en los medios de comunicación.

3. Dimensión estructural de la cuestión de la inmigración, que debería conllevar una reflexión sobre el conjunto de políticas migratorias desarrolladas hasta el momento de cara a favorecer una mayor integración en la sociedad española de unos y otros colectivos de inmigrantes.

4. La integración en España podría ser entendida como el encuentro positivo y mutuamente enriquecedor entre las citadas estrategias y proyectos migratorios de unos y otros inmigrantes y el conjunto de disposiciones sociales, entendidas en un sentido amplio, desplegadas por la sociedad española ante los inmigrantes. Conjunto de reacciones entre las que destaca la política institucional desarrollada hasta este momento como un elemento clave de la integración. Elemento clave que, hasta ahora, parece haber tenido más efectos negativos que positivos para facilitar la integración.

5. El espacio de la integración social de los inmigrantes podría ser entendido como un espacio multidimensional configurado a partir de dos ejes básicos:

Trabajo – tiempo libre. Dimensión relacionada directamente con lo que podríamos llamar las condiciones materiales de la integración.

Conjunto de prácticas sociales desarrolladas por los inmigrantes. Prácticas que van desde la incorporación progresiva a la sociedad de acogida a otras que tienen una relación más estrecha con la comunidad de origen.

De una forma muy general, el proceso de integración podría ser entendido como un terreno de negociación permanente en dicho espacio de encuentro en el que el inmigrante desarrolla toda una serie de roles y de distintas facetas de su identidad como el de ser un «ciudadano» con derechos, el de ser un «individuo consumidor», el de ser un «inmigrante» percibido como «diferente» o el «trabajador irregular» más cercano a la zona de la exclusión social. Conjunto de roles y de facetas de identidad asociadas que, en su adecuada combinación, producen o que, por el contrario, en su desencuentro favorecen la quiebra, el fracaso de los procesos de integración.

De hecho, una de las cuestiones más negativas de las actuales políticas de inmigración es el desarrollo de la citada fragmentación de los roles e identidades de los inmigrantes y su asociación con los roles más negativos que se acaban configurando como elementos que refuerzan la vulnerabilidad social de los mismos y los acercan a las situaciones de mayor riesgo de exclusión social.

6. En el juego de la negociación, del desarrollo de la integración hemos de subrayar algunos elementos más importantes que otros a la hora de desarrollarse con éxito dicho proceso: unas buenas prácticas sociales de acogida y recepción de los inmigrantes en el terreno de la convivencia social; la existencia de un trabajo estable y legal; la posibilidad de tener acceso a la vivienda digna; poder realizar la reagrupación familiar.

Sin embargo, los propios inmigrantes señalan cómo la actual política española dificulta la integración al condenar a la situación de irregular a un gran número de inmigrantes, al dificultar el acceso a la vivienda, al poner trabas a la reagrupación familiar y al tener en la sociedad el estereotipo negativo de la inmigración.

En definitiva, hay que llevar a cabo políticas activas tendentes a lograr la integración socioeconómica y cultural de todos los ciudadanos, y todos los ciudadanos quiere decir todas las personas. Si es necesario, el estatus de ciudadanía tendrá que ser ampliado, flexibilizado, para dar cabida rápidamente a todos. El criterio de residencia, y no el de nacionalidad, deberá prevalecer. Estas tendrán que ser las características básicas de las democracias multiculturales: una adecuada combinación de un Estado del Bienestar fuerte con la aplicación de políticas multiculturales, todo ello bajo un marco ético jurídico mínimo común basado en el respeto a los derechos humanos.

La aplicación de políticas multiculturales incrementa el compromiso de los inmigrantes y de las minorías étnicas para con la sociedad de recepción. Lejos de encerrarlos en guetos, dichas políticas los estimulan a participar en la vida política, social y cultural general al percibir que son respetados y serán escuchados. Las políticas basadas en el mito liberal de la ceguera a las diferencias (todos somos iguales en derechos, deberes y oportunidades independientemente de nuestras identidades particulares) tienen tendencia a ser efectivamente ciegas, mas para percibir las injusticias y desigualdades que se construyen sobre la base de las diferencias étnicas, raciales o de género. En países que hacen del ideal asimilacionista un rasgo de identidad nacional, donde la pertenencia étnica se considera un dato irrelevante, pues todos y todas son ciudadanos iguales, al menos, en los discursos políticos, las barriadas periféricas y marginales de las grandes ciudades se nutren de personas claramente identificables y cuyas costumbres culturales suelen ser distintas de las tradicionalmente nacionales. Si el Estado es ciego a las diferencias, la exclusión social las tienen bien presentes.

La plena integración de los inmigrantes no puede basarse sólo en la renuncia al asimilacionismo y en la aplicación de políticas multiculturales. Esto es necesario, pero no es suficiente. Lo que está en juego es la posibilidad de una convivencia más o menos pacífica, basada en la justicia social y en la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, más allá de sus identidades lingüísticas, sociales y culturales.

### BIBLIOGRAFÍA

- Constitución española. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios, Madrid.
- DE LUCAS, Javier, *La inmigración, como res política*. <<http://www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>>. Consulta realizada el 12-8-2011.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus (1992), *La gran migración*. Anagrama.
- FORO DE INTEGRACIÓN, <<http://extranjeros.mtin.es/es/ForoIntegracion>>. Varias consultas en septiembre de 2011.
- GEERTZ, Clifford (1992), *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa.
- GIMÉNEZ, C. (2003), *¿Qué es la inmigración?* Barcelona: RBA Editores.
- MALGESINI, Gabriela y GIMÉNEZ, Carlos, <<http://www.uned-illesbalears.net/esp/asimilacion.pdf>>. Consultado el 12-9-2011.
- <<http://www.fongdcam.org/manuales/educacionintercultural/datos/docs/ArticulyDocumentos/GlobaYMulti/PropuedeGestion/FUSION%20CULTURAL.pdf>>. Consulta realizada el 10-9-2011.

KOTTAK, Conrad (2002), *Antropología Cultural*. Madrid: McGraw-Hill.

Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social publicada en el BOE. Consulta 5-9-2011 en <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/12/>>.

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES. PAUTAS DE CONSUMO DE ALCOHOL Y MODELOS CULTURALES DE REFERENCIA. <<http://www.msps.es/alcohol-Jovenes/docs/ProcesosIntegracInmigrantes.pdf>>. Consulta realizada el 10-9-2011.

MARCU, Silvia (2010), *Del este al oeste: geopolítica fronteriza e inmigración de la Europa oriental a España*. Ediciones Universidad de Salamanca.

MARTÍN, Emma, *Inmigración, Integración y Exclusión Social*. Módulo Introductorio del Máster en Migraciones y Extranjería 2010-2011.

NÄIR, Sami (2003), *El imperio a la diversidad del mundo*, Areté.

TYLOR, Edward B., *Primitive Culture*. Traducción al ruso en [http://kulturoznanie.ru/?work=pervoby\\_t\\_culture](http://kulturoznanie.ru/?work=pervoby_t_culture)>, consulta realizada el 10-9-2011.

Зудилов Евгений, Долгий путь в Америку, <[http://world.lib.ru/z/zudilow\\_e/lway2.shtml](http://world.lib.ru/z/zudilow_e/lway2.shtml)>. *Memoirs de un inmigrante ruso de Brighton*. Consulta 9-8-2011.

## ANEXO I. TESTIMONIOS DE LOS INMIGRANTES. LA ADAPTACIÓN Y EL DUELO MIGRATORIO

«Hace dos años cuando yo vine a España llegué sin saber mucho de este país, no sabía el idioma ni las costumbres. Considero que hay muchas diferencias entre mi país y España, como: la temperatura en mi país, en el invierno hace mucho más frío, la forma de hacer la comida es diferente, también el idioma me costó aprender a hablar, porque no sabía nada de español, pero a lo que no me acostumbro, es a estar lejos de mi familia y de mis amigos, y a que los españoles siempre me considerarán una extranjera. Mi vida ha cambiado mucho y no siempre para bien. Echo mucho de menos mi país y todo lo que viví allí y siempre lo tendré en mi corazón». (Testimonio de una inmigrante rumana. Centro de Adultos J. Sorolla, Comunidad de Madrid).

«En la casa donde yo vivo mi familia es muy cariñosa, tengo muchos amigos y vivo muy contenta. La mejor razón de la vida no es solo vivir, es importante también el respeto a las personas. El respeto no tiene país». (Testimonio de una inmigrante polaca. Centro de Adultos J. Sorolla, Comunidad de Madrid).

«Aunque nos arreglemos los papeles y trabajemos, tendremos siempre una X por delante en la documentación, y una X en matemáticas siempre ha sido el factor desconocido, el intruso». (Testimonio de un inmigrante ucraniano, recogido por Silvia MARCU)<sup>(15)</sup>.

«Me di cuenta enseguida que tenía que aprender mejor el idioma para poder encontrar trabajo. Ahora que llevo casi dos años, no me resulta difícil entender a los españoles. La

---

(15) MARCU, Silvia (2010), *Del este al oeste: geopolítica fronteriza e inmigración de la Europa oriental a España*. Ediciones Universidad de Salamanca.

experiencia de estos años, en general, es positiva, puedo decir que todos estamos hechos del mismo barro, pero no del mismo molde». (Inmigrante moldava, Curso de ELE para inmigrantes en CC.OO. de Cantabria, testimonio recogido por el autor)<sup>(16)</sup>.

«Cuando llegué por primera vez a España, me sorprendió mucho el clima y la gente también, además, no sabía nada de español, ni una sola palabra, salía a comprar algo y no sabía cómo se llamaban las cosas. Además, la gente de Santander es muy fría, no como los de mi país, no te cuentan las cosas». (Inmigrante moldava, Cantabria).

«Me acuerdo que fui a trabajar a una familia para cuidar a una señora mayor, como interna; la señora no me dejaba dormir por la noche y me despertaba sin parar. Al día siguiente me sentía tan cansada que se me caían las cosas, y tenía que limpiar, cocinar y hacer todo de la casa. Cuando trabajas en una casa, no te tienen respeto, siempre tienen prisa y no les importa lo que tienes tú». (Inmigrante ucraniana, Cantabria).

«Cuando llegué hablaba muy poco, así que me resultó difícil relacionarme con los españoles. He tenido una experiencia bastante desagradable cuando estaba trabajando en una obra con mis propios compatriotas, siempre hay que tener mucho cuidado. Por otro lado, creo que los españoles son más sociables, les gusta hablar mucho. En general, me parece muy positivo conocer la cultura de otro país». (Inmigrante moldavo, Cantabria).

«Aquí la mayoría de la gente es cerrada, tienen amigos de la infancia con los que se encuentran a veces, y si se relacionan con la gente nueva, no se fían mucho, no tienen mucha confianza. En mi país estudié en la universidad, pero aquí he trabajado en una casa. A mí me han tratado bien, y en el trabajo se portan bien conmigo. Me sorprendió la naturaleza del país, también la limpieza de las calles. Cuando vine a España, no sabía casi nada de español, pero poco a poco fui aprendiendo, y me gusta mucho el idioma español, pero no pienso quedarme aquí mucho tiempo». (inmigrante rumana, Cantabria).

«Todo me resultó diferente: la ciudad, las casas, la gente. Acabé la universidad, pero aquí trabajo cuidando a personas mayores. Al principio estuve con una anciana que no me respetaba, pero ya casi no me acuerdo de ella. Muchos españoles son individualistas, y a veces parece que quieren demostrar algo que en realidad no tienen: no quieren trabajar en casa aunque no son ricos». (inmigrante moldava, Cantabria).

---

(16) Éste y los siguientes testimonios son recogidos durante las clases de español para inmigrantes en Santander (Cantabria). Elaboración propia.



# V. LAS POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JUANA GOIZUETA VÉRTIZ

*Profesora Agregada de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco  
Facultad de Derecho-Campus de Ibaeta*

## RESUMEN

### **Las políticas de integración en España: algunas reflexiones a propósito de la intervención de las Administraciones públicas**

En el actual escenario caracterizado por el descenso del flujo de inmigrantes a España sigue siendo, también, necesario el diseño e implementación de políticas de integración que fomenten la cohesión social y la convivencia en la sociedad de destino. De modo que las políticas migratorias aparecen asociadas, necesariamente, con las políticas de integración. Partiendo de esta premisa, este trabajo toma como eje central el estudio de los instrumentos de integración. Así, primero se analizan los planes de integración previstos en los diversos niveles de la Administración —estatal, autonómica y local—, posteriormente es la coordinación la que centra nuestro interés y, finalmente, se estudian los fondos como herramientas que prevén la necesaria dotación presupuestaria para la efectiva materialización de las acciones contempladas en los diferentes planes.

**Palabras clave:** Integración, Administraciones públicas, planes de integración, «contratos o test de integración», compromiso de integración, coordinación, fondos.

## ABSTRACT

### **The Integration policies in Spain: some reflections in relation to the intervention of the Public Administrations**

In the current context, characterised by a decrease in the flux of immigrants into Spain, the design and implementation of integration policies that will encourage social cohesion and coexistence in the society of destination is still necessary. Thus, migration policies are necessarily found to be associated with integration policies. Taking this premise as our starting point, the main focus of this work is the study of integration tools. Therefore, we will first analyze the integration plans which are envisaged by the different levels of the Administration —state, regional and local—, we will then turn the focus of our attention to the subject of coordination and, finally, we will study funds as tools that estimate the necessary budgetary resources for the effective execution of the actions contemplated in the different plans.

**Key words:** integration, Public Administration, integration plans, «integration tests or contracts», integration commitment, coordination, funds.

---

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS PLANES DE INTEGRACIÓN.
  1. Los Planes Estatales.
  2. Los Planes Autonómicos.

**3. Los Planes Locales.**

**4. Conclusiones.**

III. LA COORDINACIÓN.

**1. Planteamiento: argumentos a favor de la necesidad de la coordinación.**

**2. Una aproximación a las diversas formas de coordinación. Una eventual clasificación.**

IV. LOS FONDOS.

**1. En particular, algunas consideraciones sobre el «Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes así como al Refuerzo Educativo de los mismos».**

**2. La distribución económica del Fondo.**

---

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio tiene una indudable influencia en nuestra sociedad, puesto que éste acentúa la diversidad ya existente situándonos ante una sociedad heterogénea y plural en la que confluyen y conviven personas de diferentes nacionalidades y culturas. Una realidad que exige que las políticas migratorias se asocien, necesariamente, con las políticas de integración. Máxime si tenemos en cuenta que en muchos casos la inmigración deja de poder ser concebida como un fenómeno caracterizado por la temporalidad. De modo que, es esta inmigración de carácter permanente o estable la que hace que la integración se torne en un elemento central de la política migratoria<sup>(1)</sup>.

Partiendo de este contexto, conviene evidenciar un hecho que aunque resulta conocido no por ello hemos de obviar. A pesar de la previsión constitucional, en concreto, la contenida en el artículo 149.1.2 que califica la competencia en materia de inmigración como exclusiva del Estado, es conocido: por un lado, que las Comunidades Autónomas asumen la titularidad de múltiples competencias sectoriales con especial incidencia en materia de integración de la población inmigrante<sup>(2)</sup>; y por otro lado, que a las Entidades Locales se les reconoce, en base al artículo 25 de la Ley de Bases del Régimen Local, competencias en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y de reinserción social, estableciéndose además en el artículo 26 de la Ley la obligación de que los Municipios con más de 20.000 habitantes procedan a la prestación de servicios sociales. Materias que presentan un claro entronque con la integración de los inmigrantes. Este panorama hace que el análisis de los instrumentos de las políticas de integración exija

---

(1) Viene a corroborar esta afirmación el hecho de que la integración se ha erigido en uno de los ejes principales sobre los que gira la reforma de la Ley de Extranjería (en lo sucesivo, LODYLE) operada por la LO 2/2009, incorporando, a estos efectos un nuevo artículo 2 ter sobre la integración de los inmigrantes.

(2) No olvidemos, asimismo, que a través de las correspondientes reformas estatutarias algunas CC.AA. han asumido expresamente competencias específicas vinculadas con la gestión de la inmigración y la integración. Entre otras, las siguientes: Cataluña, Andalucía, Comunidad Valenciana, Islas Canarias y Aragón.

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

estudiar las diversas actuaciones materializadas, en este sentido, en los diferentes niveles de la Administración<sup>(3)</sup>.

Unas políticas de integración que entroncan con las líneas de actuación perfiladas por las instituciones comunitarias. Instituciones que ya se hacen eco de la necesidad de articular programas específicos de integración a escala nacional, regional y local. Sirva como ejemplo la tantas veces reiterada Comunicación de la Comisión (2000) 757 en la que expresamente se dispone que «el marco jurídico y otras acciones propuestas por la Comisión para luchar contra la discriminación y la xenofobia deberán completarse con programas específicos de integración a escala nacional, regional y local»<sup>(4)</sup>.

A partir de esta contextualización, en las siguientes páginas trataremos de analizar algunos de los instrumentos a través de los cuales se diseñan y articulan las políticas de integración. Y en concreto, centraremos nuestra atención en el estudio de los planes de integración, la coordinación y los Fondos.

### II. LOS PLANES DE INTEGRACIÓN

Con carácter previo a cualquier consideración acerca de los planes como instrumentos de las políticas de integración, creemos oportuno constatar que el Estado español todavía, por lo menos jurídicamente, no ha articulado y puesto en marcha compromisos explícitos de integración. En concreto, nos referimos a los denominados «contratos o test de integración» en los que se formaliza jurídicamente la obligación legal por parte del inmigrante que se instala de integrarse como condición para lograr un acceso igualitario a las prestaciones del Estado de acogida<sup>(5)</sup>. De modo que a través de estos «contratos o test de integración» se articulan toda una serie de medidas —como son el aprendizaje de la lengua, la historia, la cultura o de los derechos y deberes del ciudadano—, en aras a acreditar la voluntad de integración<sup>(6)</sup>. Exigiéndose, así, a los extranjeros determinados deberes que ni tan siquiera son exigidos a los propios nacionales. Estamos pensando en la posibilidad de exigir, por

---

(3) Sobre este particular, téngase en cuenta que el nuevo art. 2 bis de la LODYLE en su apartado primero, expresamente, articula una base competencial para la intervención de los diferentes niveles de la Administración en materia de inmigración.

(4) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Política comunitaria de migración (COM (2000) 757 final de 22 de noviembre de 2000). En el mismo sentido, pueden también consultarse, entre otras, las siguientes iniciativas: la Comunicación de la Comisión sobre «Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos» (COM (2008) 359 final, de 17 de junio de 2008); el Pacto Europeo sobre Inmigración y el Asilo adoptado durante el Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre de 2008; y la Resolución del Parlamento Europeo sobre «Una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos» de 22 de abril de 2009.

(5) «Contratos o test de integración» que sí se han formalizado como instrumentos de integración en diversos países europeos de nuestro entorno. Entre otros, en: Alemania; Austria; Bélgica; Dinamarca; Francia; Holanda; Italia o Reino Unido. Para un estudio más detallado de estos instrumentos puede consultarse R. TUR AUSINA (Dir.), *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Iustel, Madrid, 2009.

(6) Sobre este particular, consúltese el exhaustivo trabajo de la profesora C. VIDAL FUEYO titulado «El proceso de integración de los inmigrantes en Europa: de la convivencia de culturas al contrato de integración», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 58, julio-diciembre, 2011.

ejemplo, un test de conocimiento constitucional que, podemos aventurarnos a afirmar, no todos los nacionales están en condiciones de superar. En suma, tales instrumentos permiten exigir lo que SOLANES CORELLA define como un «plus de lealtad» al inmigrante que, como la propia autora reconoce, se le presupone al nacional<sup>(7)</sup>.

Así pues, la legislación estatal española no contempla el contrato de integración, apostándose por los mencionados planes de integración. Ello nos plantea inmediatamente la pregunta de qué función o papel están llamados a ejercer estos planes. A nuestro entender, los planes son instrumentos de carácter programático y no vinculante que recogen los proyectos de actuación de los poderes públicos en materia de integración para un determinado período de tiempo pudiendo de estos, además, deducirse un concreto modelo de integración. En este orden de cosas, pueden considerarse una especie de hoja de ruta de la política migratoria articulada por los poderes públicos.

Y cuando nos situamos en la esfera de actuación de los poderes públicos en materia migratoria, inevitablemente, hemos de referirnos, tal y como hemos avanzado, a diversos niveles de análisis: en concreto, al nivel estatal, al autonómico y al local. De modo que cada una de estas administraciones cuenta, en su haber, con sus respectivos planes de integración. Sobre estos planes incidiremos en las siguientes páginas.

## 1. Los Planes Estatales

A través de los Planes estatales de integración, que perfilan el diseño general de la política de integración social, puede analizarse el papel desempeñado por el Estado en la mencionada política. Hasta el momento han visto la luz cuatro planes estatales de integración que responden a momentos distintos del ciclo migratorio y en cada uno de los cuales subyace un determinado sustrato ideológico.

En concreto, el Gobierno central adoptó el 2 de diciembre de 1994 el Plan para la Integración Social de los Inmigrantes; el 30 de marzo de 2001 el Programa Global de Regulación y Coordinación de Extranjería; para el período 2007-2010 se ha elaborado el Plan Estratégico de Ciudadanía e Inmigración; y el 23 de septiembre de 2011 se ha aprobado el Plan Estratégico de Ciudadanía e Inmigración, que extenderá su período de vigencia hasta el 2014. Veamos, siquiera brevemente, algunas de las particularidades de cada uno de estos cuatro Planes que vienen, en suma, a diseñar un marco de actuación genérico de las políticas de integración:

El Plan para la Integración Social de los Inmigrantes (PISI), influenciado por el «Primer Plan Interdepartamental de Inmigración» adoptado en Cataluña en el año 1993 al que nos referiremos en las páginas siguientes, constituye el primer plan estatal de integración y, por ende, la primera iniciativa del Gobierno en el ámbito de la integración social de los inmigrantes. El plan además de constituir un marco de referencia para la Administración General del Estado pretende articular una propuesta de acción tanto para las Comunidades Autónomas como para las Corporaciones Locales apostando por incentivar la participación de la sociedad civil en aras a la integración de los inmigrantes. Una integración que, defini-

---

(7) A. SOLANES CORELLA, «La apertura selectiva: nacionalidad y mercado frente a la movilidad humana», en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, J. de Lucas y A. Solanes (Edit.), Dykinson, Madrid, 2009, p. 89.

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

---

da en el Plan de forma vaga y ambigua, queda vinculada al concepto de «asimilación». Al amparo de este primer plan se crearon el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes y el Observatorio Permanente de la Inmigración. Aunque, conviene advertir que nos situamos ante un plan poco ambicioso y que no contempla dotación presupuestaria para su materialización.

Posteriormente, el Gobierno adoptó el Programa Global de Regulación y Coordinación de Extranjería (programa GRECO). Nos situamos ante un Plan dirigido a un concreto grupo de inmigrantes, a saber, los que se encuentran en situación legal y que a través de cuatro ejes principales de actuación<sup>(8)</sup> pretende como objetivo prioritario la erradicación de la inmigración en situación irregular. Tratando de lograr dicho objetivo este Plan, al compás de las estrategias fijadas por la Unión Europea, relega a un segundo plano la consecución de la igualdad y la integración de la población inmigrante<sup>(9)</sup> y apuesta por una política tendente al control de las fronteras y el mantenimiento de la seguridad interior, lo que provocó no pocas críticas. Y desde el punto de vista institucional hay que advertir que al amparo de este Plan se creó el Consejo Superior de Política de Inmigración que, como veremos más adelante, en el año 2009 ha sido sustituido por la Conferencia Sectorial de Inmigración.

En tercer lugar, entre los instrumentos articulados a nivel estatal en relación a la integración hay que traer a colación el llamado Plan Estratégico de Ciudadanía e Inmigración (PECI I) elaborado por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en diciembre del 2006 con la participación, a diferencia de lo que aconteció con sus predecesores, de las Comunidades Autónomas, los ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales. Un Plan que fue aprobado el 16 de febrero de 2007 por el Consejo de Ministros y al que le sucederá el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI II) aprobado para el período 2011-2014.

Nos situamos ante un plan que gira sobre los 3 siguientes principios rectores: el de igualdad y no discriminación; el de ciudadanía; y el de interculturalidad. Y que, estructurado en 10 capítulos, cifra en 10 sus objetivos: primero, establecer medidas que garanticen el pleno ejercicio de los derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos de los inmigrantes; segundo, la adecuación de las políticas públicas a las nuevas necesidades que origina la presencia de inmigrantes; tercero, la garantía del acceso de éstos a los servicios públicos en igualdad de condiciones con la población autóctona; cuarto, el establecimiento de un sistema de acogida a los nuevos inmigrantes y a los que se hallen en situación de especial vulnerabilidad hasta que puedan acceder a los servicios públicos generales; quinto, el fomento del conocimiento y el respeto de los valores comunes de la Unión, de los derechos y las obligaciones de los residentes en nuestro país y de las normas sociales de convivencia de la sociedad española; sexto, la lucha contra las diversas manifestaciones de la discriminación, el racismo y la xenofobia; séptimo, la introducción de la perspectiva

---

(8) En concreto, los siguientes: primero, el diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España en el marco de la Unión Europea; segundo, la integración de los extranjeros residentes y de sus familias que contribuyen de forma activa al desarrollo del país; tercero, la gestión de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad de acogida; y cuarto, el mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y personas desplazadas.

(9) Además hay que tener en cuenta que en el Programa GRECO se apuesta por un planteamiento unidireccional de la integración relacionando este concepto con el de asimilación.

de género en las políticas de integración; octavo, el fomento de políticas y experiencias de codesarrollo; noveno, el favorecer la comprensión por parte de nuestra sociedad del fenómeno migratorio o mejorar la convivencia intercultural; y décimo, el impulso de la adopción de políticas públicas y medidas por parte de distintas Administraciones públicas y de la sociedad civil que fomenten la integración y la cooperación en este campo.

Y cabe valorar positivamente el hecho de que este Plan, siguiendo los ya mencionados Principios Básicos Comunes sobre Integración aprobados por el Consejo de la Unión Europea en el año 2004, entiende la integración como un proceso bidireccional, esto es, como un proceso social dinámico y prolongado en el tiempo que exige un esfuerzo mutuo o bidireccional de adaptación tanto de la población inmigrada como de la sociedad receptora. Evidenciándose, además, que la cooperación entre las diversas Administraciones Públicas es un factor clave en la consecución real de la integración dado el carácter no exclusivo de la competencia en materia migratoria.

Y en cuarto y último lugar, en el 2011 se aprueba el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración o PECEI II. Un Plan que, como su predecesor, entiende la integración como un proceso de adaptación mutua apostando por la convivencia e implicando a toda la ciudadanía. Sobre este particular, cabe resaltar las dos siguientes cuestiones: por una parte, la escasez de novedades que aporta el Plan. Este se limita a mantener los mismos objetivos que el PECEI I, si bien adaptándolos al nuevo escenario caracterizado por la ralentización del flujo migratorio y la situación de crisis económica. Y, por otra parte, la fijación del fortalecimiento de la cohesión social como objetivo central. Para ello apuesta por el protagonismo del municipalismo y fija un marco de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas.

## 2. Los Planes Autonómicos

Junto al Plan estatal cohabitan los diferentes planes autonómicos que permiten a las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.) a través de sus gobiernos planificar las intervenciones a desarrollar desde sus propias instituciones asumiendo la responsabilidad de áreas concretas de actuación con especial trascendencia para la integración de la población inmigrante como la sanitaria, la educativa o la laboral. Nos situamos ante instrumentos organizativos que sirven para concretar las actuaciones que los poderes públicos autonómicos deben materializar para lograr la plena integración de los inmigrantes. Así, cabe afirmar que con estos planes las CC.AA. asumen la responsabilidad de la creación de sus propias políticas de integración.

Cabe advertir que el año 2001 es la fecha a partir de la cual la generalidad de las CC.AA. empiezan a elaborar planes específicos tomando un papel activo en relación a la integración social de la población inmigrante mediante el diseño de su propia política de integración. Siendo las CC.AA. con mayor volumen de población inmigrante las que, lógicamente, han liderado este proceso. La pionera es Cataluña, que a principios de la década de los noventa, y por tanto con anterioridad incluso a la aprobación del primer plan estatal, aprueba su «Primer Plan Interdepartamental de Inmigración (1993-2000)»<sup>(10)</sup>, seguida

---

(10) A este primer Plan le siguió el segundo Plan Interdepartamental de inmigración 2001-2004; el Plan de ciudadanía e inmigración 2005-2008; y el Plan de ciudadanía e inmigración 2009-2012.

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

de Andalucía con su «I Plan Integral para la Inmigración en Andalucía (2000-2004)»<sup>(11)</sup>. Aunque en la actualidad prácticamente todas las CC.AA. han diseñado, ya, políticas de integración en el ámbito de sus competencias articulando planes específicos, de modo que además de las citadas Cataluña y Andalucía vienen a engrosar la lista Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco o Valencia. Aunque hay que advertir que, en la mayoría de los casos, nos encontramos con Planes que siguen operativos en funciones.

Planes sobre los que conviene advertir una doble consideración:

Por un lado, la estructura de estos documentos programáticos es bastante similar, siendo ésta reconducible a los siguientes cinco apartados: primero, «Introducción y presentación del plan», donde junto a los datos estadísticos relativos a la población inmigrante existente en el respectivo territorio se alude al marco normativo en el que se encuadra la materia migratoria; segundo, se articulan los «principios generales u operativos» inspiradores del plan que responden al objetivo de lograr la integración social del inmigrante; tercero, se fijan los «objetivos generales» que habrán de inspirar la estrategia política que se pretende materializar en el respectivo territorio y entre los que cabe resaltar el de favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrante; cuarto, se especifican una serie de medidas de actuación agrupadas en diversas áreas de intervención; y en quinto y último lugar se incluye la referencia a otros elementos complementarios tales como, el calendario de ejecución, los indicadores de evaluación o los recursos económicos previstos para la efectiva ejecución del contenido del plan.

Y, por otro lado, estos planes, por lo general, apuestan por una concepción bidireccional, integral y multidimensional de la integración contemplando actuaciones específicas en materias diversas, a saber: educación, trabajo, formación, sanidad o sensibilización social, entre otras.

Ahora bien, y sin merma de la virtualidad de estos planes autonómicos como instrumentos de integración, puesto que suponen un mayor grado de concreción que los planes estatales, no deben obviarse algunas de las deficiencias de las que adolecen para lograr su objetivo. A título meramente indicativo, podrían señalarse la escasa participación que, en ciertos casos, se da a los propios inmigrantes en el diseño y la formulación de las estrategias de integración desoyendo las directrices que a este respecto se formulan desde la Unión Europea<sup>(12)</sup>. Asimismo el hecho de que algunos planes definan las acciones que habrán de concretarse en las diferentes áreas de intervención de una forma demasiado genérica facilitando su incumplimiento por los poderes públicos. Y, además, muchos de estos planes no incluyen una efectiva dotación presupuestaria, lo que impide materializar muchas de las medidas en ellos propuestas.

En todo caso, en el nivel autonómico, y antes de finalizar, es obligado hacer referencia a dos experiencias pioneras en nuestro país: la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la

---

(11) Además hay que mencionar el «II Plan para el período 2006-2009» y el III Plan Integral para la inmigración en Andalucía (2009-2013).

(12) Véase el Principio núm. 9, Anexo I de los ya mencionados Principios Comunes Básicos sobre integración, aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Bruselas el 19 de noviembre de 2004 (COM (2005) 389 final, de 1 de septiembre de 2005).

Generalitat, de Integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana<sup>(13)</sup>; y la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña<sup>(14)</sup>.

La aprobación de la Ley 15/2008 implica, y al margen de las consideraciones que a continuación se lleven a cabo, que por primera vez en nuestro país se contempla el llamado compromiso de integración a nivel autonómico. Compromiso de integración<sup>(15)</sup> que emerge como un nuevo instrumento de integración y que, básicamente, consiste en el ofrecimiento que la Generalitat realiza a aquellos inmigrantes residentes en la Comunidad a través del cual se les brinda la posibilidad de seguir un programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana que les facilite los conocimientos básicos sobre ella, pudiendo éstos comprometerse a seguir el programa con aprovechamiento.

En concreto, y si atendemos al Decreto 93/2009, de 10 de julio, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 15/2008<sup>(16)</sup>, puede afirmarse que el programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana Escuela de Acogida de una duración mínima de 40 horas lectivas y de carácter gratuito, consta del siguiente contenido: valores y reglas de convivencia democrática; derechos y deberes establecidos en la Constitución y en la Leyes; organización política del Estado y de la Comunitat Valenciana; conocimientos de la lengua valenciana y del castellano; conocimiento suficiente del sistema de relaciones laborales, servicio de empleo y formación profesional; y conocimiento de los datos geográficos, históricos, económicos, sociales y culturales básicos de la Comunidad Valenciana. Programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana que será gestionado por las Agencias de Mediación para la Integración y la Convivencia Social que son oficinas dependientes de la Administración local. De modo que si el inmigrante decide voluntariamente seguir estas sesiones formativas recibirá en contrapartida el correspondiente certificado de aprovechamiento.

Aunque, y desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, este compromiso, por lo menos *a priori*, no resulta equiparable a los contratos o test de integración adoptados en otros países europeos. Sirven para fundamentar esta afirmación los siguientes argumentos:

En primer lugar, este compromiso es de naturaleza voluntaria y se articula con el propósito de favorecer la integración. Y es que no puede ser de otro modo, puesto que la LODYLE en su art. 2 ter apartado segundo apuesta por el carácter no obligatorio de las acciones formativas que sean incorporadas por las Administraciones públicas, especialmente, en materia de aprendizaje de lenguas y de conocimiento y respeto de los valores constitucionales. Por tanto, el compromiso es opcional para el inmigrante. Una afirmación que, no obstante, será objeto de ciertas matizaciones en las siguientes páginas de este trabajo.

---

(13) DOGV núm. 5911, de 11 de diciembre de 2008.

(14) BOE núm. 139, de 8 de junio de 2010.

(15) Véase el Título II de la Ley valenciana.

(16) Decreto 93/2009, de 10 de julio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana (DOCV núm. 6056, de 14 de julio de 2009).

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

En segundo lugar, el compromiso tiene un alcance geográficamente limitado al territorio autonómico.

En tercer lugar, no se contempla ningún tipo de medida sancionatoria para el supuesto de que el inmigrante no complete tal compromiso de integración. Ello no obstante, resulta innegable, y sobre todo al *albur* de las previsiones contenidas en el Real Decreto 557/2011 (en adelante, REDYLE)<sup>(17)</sup>, que tal compromiso está llamado a desplegar efectos jurídicos en ámbitos en modo alguno baladfes. Téngase en cuenta que el REDYLE prevé que las Comunidades Autónomas deberán elaborar informes acreditativos del esfuerzo de integración del extranjero que serán valorados para la renovación de tarjetas de residencia temporal<sup>(18)</sup>, para la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar<sup>(19)</sup> o, por ejemplo, para la autorización de residencia temporal por arraigo social<sup>(20)</sup>.

Y, en cuarto lugar, el compromiso no puede interferir en la competencia estatal relativa a la concreción de las situaciones administrativas en las que puede encontrarse el extranjero en España o determinación de las condiciones de acceso a estas. Esto es, no puede erigirse en un plus que dificulte el acceso a la regularidad administrativa por parte del extranjero aplicable al territorio autonómico.

Y, asimismo dentro del contexto autonómico, resulta de obligada referencia la mencionada Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña aprobada por el Parlament con un apoyo del 88% de la Cámara. Con la aprobación de esta Ley, Cataluña se convierte en la primera Comunidad Autónoma que regula legalmente la acogida de los inmigrantes dotándose, así, a estos de un instrumento para su integración. De modo que este marco legal sitúa a Cataluña como Comunidad de referencia en la acogida de los recién llegados.

Nos situamos ante una Ley que, por lo que ahora interesa, prevé la creación del servicio de primera acogida que será gratuito y voluntario ofreciendo, a través de entes locales y centros de trabajo, el derecho a recibir formación sobre la lengua catalana, el mercado laboral y la sociedad catalana y su marco jurídico<sup>(21)</sup>. Aunque también se contempla la posibilidad de ofrecer el servicio en el país de origen, básicamente, en los supuestos de reagrupación familiar.

No se trata de realizar un estudio exhaustivo de la Ley, pero sí conviene exponer algunos puntos relevantes a los que se refiere la ley. En concreto, los tres siguientes:

En primer lugar, el acceso al servicio de primera acogida se prevé para aquellos inmigrantes empadronados en un municipio catalán. Aunque, la disposición adicional segunda prevé la posibilidad de eximir el requisito del empadronamiento en ciertos supuestos.

---

(17) BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

(18) Así se contempla en el artículo 51.6 del REDYLE.

(19) Véase el tenor literal del artículo 61.7 del REDYLE.

(20) En este supuesto, tal y como se desprende de la literalidad del artículo 124.2.c) del REDYLE, el informe de integración podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual.

(21) Art. 8.2 de la Ley 10/2010.

En segundo lugar, se contempla como lengua común para la gestión de las políticas de acogida e integración el catalán lo que no impide la posibilidad de aprender el castellano. De modo que, una vez adquiridas las competencias en lengua catalana, el servicio también ofrecerá la posibilidad de aprender castellano.

Y, en tercer lugar, el inmigrante, tras cursar el itinerario formativo, tendrá derecho a recibir un certificado que acredite su esfuerzo de integración en la sociedad catalana tras la adquisición de los conocimientos básicos de catalán, sobre el mercado laboral y la realidad social catalana. Una acreditación que servirá para facilitar la inserción laboral y demostrar el arraigo a través del informe previo que expedirá la Generalitat y que permite, por ejemplo, la regulación de los inmigrantes en situación irregular que lleven más de tres años viviendo en España.

Ciertamente, no puede obviarse el carácter innovador de la Ley, pero todavía resulta prematuro realizar algún balance sobre su virtualidad práctica o eficacia integradora puesto que quedan muchas cuestiones relegadas a su desarrollo reglamentario —entre otras, todo lo relacionado con el contenido mínimo y la forma de transmisión de los conocimientos que conforman el servicio de primera acogida—, de modo que deberemos esperar a ver cómo se implementan las previsiones contempladas en la norma en los próximos años habida cuenta que ésta se desplegará progresivamente hasta el año 2016<sup>(22)</sup>.

### 3. Los Planes Locales

Y en el último estadio de intervención de las Administraciones públicas, hay que hacer referencia a los denominados planes municipales<sup>(23)</sup>. Y ello porque, como hemos avanzado, la Administración local, asimismo, incide en las políticas de integración de los inmigrantes en virtud de sus competencias sectoriales.

Ahora, bien hay que evidenciar que la presencia del fenómeno migratorio no resulta lineal en todos los municipios de modo que la demanda de servicios municipales y, en especial, de aquellos relacionados con la acogida e integración de la población inmigrante no es homogénea en todos los municipios. Por ello, y teniendo en cuenta estas coordenadas, resulta destacable el papel que ha de ejercerse desde el municipalismo a la hora de elaborar y aplicar programas de integración<sup>(24)</sup>. Máxime si partimos del hecho de que es en el ámbito local donde los planes de integración alcanzan un mayor grado de concreción puesto que son los ayuntamientos los que perciben con mayor precisión las necesidades de

---

(22) Disposición Adicional Séptima de la Ley 10/2010.

(23) Aunque sea muy telegráficamente creo que conviene apuntar que en el año 2010 se iniciaron en Andalucía los denominados Planes de integración en barrios que conforman proyectos piloto que persiguen fomentar la cohesión social y con ello la integración de la población inmigrante en la sociedad de acogida. Una experiencia que, por ejemplo, en el año 2011 fue implementada, también, en las siguientes cinco ciudades catalanas: Badalona, Terrassa, Salt, El Vendrell y Hospitalet.

(24) Así se prevé en las Conclusiones de la III Conferencia Ministerial celebrada en Vichy los días 3 y 4 de noviembre de 2008 y que son añadidas al Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo aprobado por el Consejo Europeo los días 15 y 16 de octubre de 2008. Y, asimismo, se subraya el papel que están llamados a desempeñar los entes locales en las políticas de integración en el Dictamen del Comité de las Regiones «Una Política Común de Emigración para Europa» (DOC 76/34 de 31 de marzo de 2009).

la población tanto autóctona como inmigrada, a lo que hay que añadir que es este ámbito de la Administración el que se sitúa más próximo al administrado y, por lo que ahora interesa, al inmigrante. Por ello, como afirma APARICIO CHOFRÉ, puede sostenerse que el ámbito local resulta determinante en el desarrollo de las políticas de integración<sup>(25)</sup>.

En este contexto han de encuadrarse los Planes Municipales de integración que han desarrollado ya algunos municipios. Debiendo hacerse notar que cada vez se aprecia una mayor sensibilidad desde el ámbito municipal para elaborar planes que persiguen la integración de la población inmigrante. Planes locales que constituyen la respuesta sistemática, estructurada y organizada de las Corporaciones locales en el ámbito de la acogida e integración de la población inmigrante.

Y junto a estos planes municipales, pero dentro del ámbito de la administración local, igualmente hay que enmarcar el caso de pequeños municipios de una zona o comarca que, ante la dificultad para articular individualmente una eficaz política de integración de las personas inmigrantes, se unen para acometer conjuntamente las políticas de integración. Así nos encontramos con los denominados Planes comarcales que prevén mecanismos de colaboración en una doble dirección: por un lado, colaboración entre distintos municipios; y, por otro lado, colaboración de éstos con la Administración autonómica<sup>(26)</sup>.

#### 4. Conclusiones

Al hilo de lo afirmado son varias las reflexiones que se nos antojan acerca de los denominados planes de integración y, principalmente, las que a continuación se mencionan:

En primer lugar, los planes constituyen instrumentos en los que los gobiernos de los distintos niveles de la Administración plasman sus políticas de integración, alcanzado las actuaciones diseñadas en tales instrumentos un mayor nivel de concreción cuanto más cercana se sitúa la Administración al inmigrante demandante de los servicios sociales.

En segundo lugar, los Planes no han sido capaces de vehicular o materializar la necesaria coordinación entre las diferentes Administraciones puesto que ni existe una adecuación entre los planes en el nivel autonómico ni la ordenación de los diferentes planes responde a una estructura piramidal<sup>(27)</sup>. En este sentido resulta positivo, a mi modo de ver, que la reforma operada por la LO 2/2009 contemple los planes de integración como punto de referencia para la actuación coordinada de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos en materia de integración<sup>(28)</sup>.

---

(25) L. APARICIO CHOFRÉ, «De la política de inmigración a la política de integración en Europa», en *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, R. Tur Ausina (Dir.), Iustel, Madrid, 2009, p. 72.

(26) Simplemente a título ejemplificativo, y por lo que respecta concretamente a la Comunidad Autónoma del País Vasco, pueden citarse las siguientes entidades locales con plan municipal de acogida: Arrasate; Azkoitia; Azpeitia; Basauri; Balmaseda; Barakaldo; Bergara; Bermeo; Bilbao; Donostia; Durango; Eibar; Erandio; Ermua; Hernani; Irún; Pasaia; Portugalete; Santurtzi; y Vitoria-Gasteiz. A lo que cabe añadir los planes comarcales de Busturialdea o de Lea Artibai.

(27) Así lo constata E. ROIG, «Las relaciones intergubernamentales en la inmigración», en E. AJA, J. A. MONTILLA y E. ROIG, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch-IDP, Valencia, 2006, p. 136.

(28) Art. 2 ter.3) LODYLE.

En tercer lugar, la integración en España no se articula como un deber contractual a diferencia de otros países europeos en los que los contratos o test de integración conforman una obligación jurídica incidiendo, especialmente, en la adquisición de competencias lingüísticas y de carácter cívico. En nuestro país, los planes de integración carecen de fuerza vinculante constituyendo meros documentos programáticos u hojas de ruta para los poderes públicos.

En cuarto lugar, cabe resaltar la dificultad de evaluar o determinar la eficiencia y efectividad de estos planes de integración. Esto es, no resulta nada fácil realizar un balance sobre el papel desempeñado por estos instrumentos de integración en aras a la consecución de la cohesión social. Y ello, básicamente, porque: en ocasiones resulta difícil materializar en la práctica las previsiones diseñadas en los Planes tanto por la generalidad de las acciones programadas como por la insuficiencia de recursos económicos para llevarlas a cabo; otras veces se desconoce valoración alguna sobre los resultados de los planes; y, asimismo, porque aún en los casos en los que existe una evaluación de los planes ésta no es, a mi modo de ver, un indicador irrefutable del grado real de integración del inmigrante en la sociedad de acogida.

En quinto lugar, resulta positivo que los Planes de integración articulados en los tres niveles de la Administración no opten con una concepción unilateral de la integración. Estos planes apuestan teóricamente, siguiendo las pautas marcadas por la Unión Europea, por entender la integración como un proceso bidireccional y multidimensional articulando medidas que favorezcan el acceso por parte del colectivo de inmigrantes a derechos tales como la educación, la sanidad, la vivienda o los servicios sociales.

Y en sexto lugar, y en particular, sobre los compromisos autonómicos de integración articulados en la Comunidad Valenciana y catalana puede avanzarse *a priori* que:

Por un lado, resulta positivo que estos compromisos autonómicos de integración no resulten vinculantes jurídicamente para el inmigrante. Carácter voluntario que no contradice los ya mencionados Principios Básicos Comunes sobre Integración articulados por la Unión Europea en 2004. En concreto, el Principio 4.º, si bien prevé que el conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida es indispensable para la integración, apuesta por que las autoridades nacionales permitan dicho conocimiento. Y permitir no es imponer con carácter vinculante. Y naturaleza voluntaria que es la única vía para salvar una posible vulneración del principio de jerarquía normativa habida cuenta que la ley estatal apuesta por la promoción o el favorecimiento de la adquisición de tales conocimientos, pero no por su imposición.

Por otro lado, es positivo que no hagan gravitar el peso de la integración sobre la persona del inmigrante. Puesto que la integración requiere un esfuerzo mutuo de adaptación no solo por parte del inmigrante sino también por parte de la sociedad de acogida.

Aunque, antes de concluir, conviene apuntar que el carácter no obligatorio con el que las leyes autonómicas analizadas revisten estos compromisos de integración no impide que podamos afirmar la existencia de una cierta obligatoriedad *de facto* en virtud de que el REDYLE posibilita que el esfuerzo de integración realizado por el extranjero, que sigue y culmina con éxito tales compromisos de integración, sirva para pasar de una situación de irregularidad administrativa a una de regularidad, por ejemplo. En todo caso, considero

que el informe relativo al esfuerzo de integración que pueden emitir las Administraciones autonómicas tras cumplir el compromiso de integración no puede constituir una *conditio sine qua non* ni para la entrada al país ni para la permanencia regular en él y que, además, tal informe deberá presentarse excepcionalmente, es decir, solo cuando el extranjero no cumpla los otros requisitos exigidos para pasar en cada caso de la irregularidad a la regularidad. Es decir, el esfuerzo de integración realizado por el extranjero siempre ha de irradiar un efecto, en todo caso, positivo favoreciendo la renovación de la tarjeta de residencia temporal, la renovación de las autorizaciones de residencia por reagrupamiento familiar o, entre otros, permitiendo que se otorgue la autorización de residencia temporal por arraigo social. Considerarlo una *conditio sine qua non* equivaldría a reconocer que, por lo menos, implícitamente se regulan los contratos de integración y situarnos en este escenario es tanto como dotar a estos compromisos de una naturaleza que colisiona con las previsiones de la LODYLE.

### III. LA COORDINACIÓN

#### 1. Planteamiento: argumentos a favor de la necesidad de la coordinación

Son varios los argumentos que pueden esgrimirse a favor de la necesidad de la coordinación entendida ésta como un instrumento de integración: en primer lugar, el carácter no exclusivo de la competencia estatal en materia migratoria; en segundo lugar, el carácter transversal de la inmigración; y en tercer lugar, el hecho de que la prestación de servicios sociales por parte de la Administración autonómica, que permite la integración de la población inmigrante, esté íntimamente vinculada con la situación jurídico-administrativa del inmigrante.

Pues bien, esta imbricación de competencias entre los diversos niveles de poder exige articular una red de relaciones de cooperación y colaboración que permita la coordinación entre los diferentes actores que intervienen en este ámbito<sup>(29)</sup>. Todo ello exige la actuación conjunta y ordenada de los distintos entes para lograr una adecuada gestión del fenómeno migratorio y evitar, así, como acertadamente apunta I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, contradicciones, lagunas o solapamientos en la mencionada gestión<sup>(30)</sup> o para evitar, como apunta S. GARCÍA VÁZQUEZ, «la heterogeneidad o las duplicaciones innecesarias e incontrovertiblemente ineficientes»<sup>(31)</sup>. En este sentido, como afirma E. ROIG, en materia migrato-

---

(29) En este sentido en la Conferencia Ministerial Europea sobre integración celebrada en Zaragoza los días 15 y 16 de abril de 2010 se constata que resulta esencial incorporar los temas de integración en todos los ámbitos de actuación pertinentes garantizando la cooperación y coordinación entre los diferentes niveles gubernamentales y de la administración pública (europeo, nacional, regional y local).

(30) I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, «Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea», *REDCE*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, p. 299.

(31) S. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 372.

ria las relaciones interadministrativas resultan cruciales para lograr una política coherente y efectiva en los ámbitos de actuación de las entidades afectadas<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, si bien es cierto que resulta necesaria esta coordinación también lo es que no existe una tradición administrativa de participación. Ante este panorama y, precisamente, para contrarrestar tal ausencia de cultura administrativa de la cooperación resulta pertinente articular legalmente un entramado estructurado de cauces de relación.

En este sentido, y atendiendo a directrices marcadas a nivel europeo<sup>(33)</sup>, la LODYLE dedica su Título IV (arts. 67 a 72) a la regulación del régimen de cooperación y coordinación administrativa articulando algunos mecanismos de participación institucionalizada entre las diversas Administraciones Públicas. Mecanismos cuyo análisis centrará nuestra atención en las siguientes páginas.

## 2. Una aproximación a las diversas formas de coordinación.

### Una eventual clasificación

Resulta complicado realizar una categorización de las diversas formas de coordinación. Así, sin ánimo de exhaustividad y en una primera aproximación, puede diferenciarse entre la coordinación intra-administrativa e inter-administrativa y la vertical.

Pues bien, por un lado, es necesaria la coordinación intra-administrativa entre los distintos departamentos, consejerías y concejalías de cada una de las Administraciones implicadas con el fin de lograr la armonización de las diversas actuaciones. En este sentido, por ejemplo, el artículo 67 de la LODYLE prevé la coordinación de los órganos de la Administración del Estado afirmando que el Gobierno unificará en Oficinas provinciales los servicios existentes dependientes de diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en inmigración al objeto de conseguir una adecuada coordinación de su actuación administrativa<sup>(34)</sup>. Asimismo, y entre otros, hay que mencionar a la Comisión Delegada del Gobierno para política de Inmigración que constituye un órgano de coordinación estatal integrado por miembros de diversos Departamentos Ministeriales y a la Secretaría General de Inmigración y emigración que, adscrita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, es la encargada de desarrollar la política gubernamental en materia migratoria.

Asimismo, y por otro lado, resulta imprescindible la coordinación inter-administrativa que sería la que ha de vehicularse entre las distintas Administraciones implicadas en la integración de la población inmigrante. Y ello porque, como hemos avanzado, resulta esen-

---

(32) E. ROIG, «Las relaciones intergubernamentales en la...», *op. cit.*, p. 82.

(33) Téngase en cuenta que la Comisión considera fundamental que, a nivel nacional, se refuerce la capacidad para coordinar la estrategia de integración nacional en los distintos niveles de la Administración. Véase a este respecto el Principio Común Básico núm. 10 de los ya citados Principios Comunes Básicos sobre integración, aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Bruselas el 19 de noviembre de 2004 [COM (2005) 389 final, de 1 de septiembre de 2005].

(34) Véase el Real Decreto 942/2010, de 23 de julio, de reestructuración de diversas Áreas funcionales integradas en las Delegaciones de Gobierno, por el que se contempla la creación de las Oficinas de Extranjeros (BOE núm. 189, de 5 de agosto de 2010).

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

cial conocer la situación administrativa del extranjero para que las Comunidades Autónomas puedan prestar los servicios sociales correspondientes que permitan su integración en la sociedad. Esto es, porque, en definitiva, la decisión de cada una de estas Administraciones incide en la esfera de interés de la otra. Coordinación que se ha articulado tanto con carácter multilateral como bilateral.

En el ámbito de la coordinación multilateral, la LODYLE prevé, por ejemplo, los siguientes cauces institucionales de coordinación: la Conferencia Sectorial de Inmigración y la Comisión Laboral Tripartita.

La Conferencia Sectorial de Inmigración es el órgano encargado de impulsar la necesaria coordinación que ha de darse entre las Administraciones Públicas en materia de inmigración sirviendo de cauce de comunicación entre ellas. Coordinación que conforma un punto neurálgico a efectos de lograr una efectiva integración, sobre todo si tenemos en cuenta que algunas Comunidades han asumido competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo<sup>(35)</sup>. De modo que el desarrollo de las competencias autonómicas en materia de autorización inicial de trabajo exige la plena coordinación con la política estatal de inmigración. Y precisamente es esta confluencia de dos Administraciones Públicas que han de resolver las solicitudes de las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo la que se sitúa en la base de la necesidad de adaptar la regulación de los procedimientos que resuelven este tipo de autorizaciones lo que ha obligado al Consejo de Ministros a modificar el REDYLE<sup>(36)</sup> para establecer un procedimiento ágil y eficaz.

Este órgano, previsto en el art. 68 LODYLE como un órgano de coordinación, se erige en un órgano de cooperación vertical y conforma el lugar en el que se articulan los procedimientos participados. Este órgano, en tanto que viene a sustituir al Consejo Superior de Política de Inmigración, deberá asumir las funciones asignadas a éste. Así, y aunque todavía resulta prematuro realizar cualquier tipo de balance, el hecho de que su predecesor no haya servido de cauce para articular e impulsar el sistema general de relaciones multilaterales de cooperación relegándose el papel de las Comunidades Autónomas a un mero papel consultivo en la fijación del contingente unido al hecho de que la reforma operada por la LO 2/2009 obvie la participación de los municipios contemplando en el apartado 4 del art. 2 ter que, únicamente, serán el Gobierno y las Comunidades Autónomas las que acordarán en la Conferencia Sectorial programas para reforzar la integración de los inmigrantes no dejan mucho margen para el optimismo.

Y la Comisión Laboral Tripartita<sup>(37)</sup>, prevista en el art. 72, constituye el cauce adecuado para establecer el diálogo entre la Administración estatal y las organizaciones sindicales y

---

(35) Artículo 68.2 de la LODYLE. Téngase en cuenta que, exceptuando el caso de los estudiantes y los solicitantes de asilo, la concesión de la autorización inicial de trabajo aparece inescindiblemente vinculada con la autorización de residencia que será concedida por la Administración central.

(36) Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 177, de 23 de julio de 2009). Téngase en cuenta que el REDYLE, asimismo, ha sido modificado por el Real Decreto 942/2010, de 23 de julio (BOE núm. 189, de 5 de agosto).

(37) Orden TAS/1713/2005, de 3 de junio, por la que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2005).

empresariales más representativas en materia de inmigración. Se trata de un órgano estatal de coordinación con los agentes sociales. Entre sus funciones se incluyen: ser informada sobre los movimientos migratorios en España; ser consultada sobre las propuestas de Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, en concreto, las previstas en el artículo 39 de esta Ley y las de contratación de trabajadores de temporada que se determinen; e informar y presentar propuestas a los órganos competentes de la Administración General del Estado que redunden en una mejora de la integración social y laboral del colectivo de trabajadores inmigrantes.

Y la coordinación bilateral se estructura a través de las Subcomisiones de cooperación que pueden constituirse entre el Estado y cada Comunidad Autónoma para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que afecten directamente a las Comunidades<sup>(38)</sup>. De modo que se organiza un cauce bilateral para la participación o coordinación del Estado con cada Comunidad Autónoma en un segundo nivel. Esto es, los acuerdos multilaterales deben materializarse en el seno de lo que hoy se conoce como Conferencia Sectorial conformando estas subcomisiones un cauce de relación bilateral complementaria a esa general. Aunque lo cierto es que: por un lado, la praxis viene a demostrar que, a excepción del caso de la Subcomisión de cooperación Estado-Canarias que ha funcionado de manera fluida y positiva, no se han aprovechado las potencialidades de este instrumento, entre otras razones por su escaso funcionamiento en la práctica; y por otro, el deficiente funcionamiento del sistema general, como apunta E. ROIG, provoca que estas subcomisiones no puedan cumplir su papel de articulación de una relación bilateral complementaria de una coordinación general que debía de haberse solventado en el seno del predecesor de la actual Conferencia Sectorial<sup>(39)</sup>.

En cualquier caso, la coordinación intra-administrativa e inter-administrativa no agota el catálogo de los diferentes tipos de coordinación que han de articularse entre los diversos agentes implicados, de una u otra forma, en la consecución de la integración de los inmigrantes. En este sentido, igualmente, es necesaria una mayor coordinación entre las políticas de integración nacionales y las adoptadas en este ámbito a nivel de la Unión Europea así como entre los Estados miembros entre sí. Una modalidad, esta última, a la que expresamente se refiere, entre otros, el Programa de La Haya adoptado en el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004<sup>(40)</sup> y que ha servido para la elaboración a nivel europeo de un manual sobre integración destinado a los responsables políticos de cada uno de los niveles de las distintas administraciones implicadas. Diseñándose en el Programa de La Haya el marco en el que a nivel europeo debería adoptarse dicha coordinación.

De modo que, por un lado, resulta necesario garantizar la coherencia entre las iniciativas en materia de integración adoptadas a nivel de la Unión Europea y las aplicadas a nivel nacional. Téngase en cuenta que si bien la responsabilidad principal en la elaboración de

---

(38) Disposición adicional segunda LODYLE. Estas Subcomisiones de cooperación se constituyen en el seno de las Comisiones Bilaterales de cooperación entre el Estado y las CCAA previstas en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(39) E. ROIG, «Las relaciones intergubernamentales en la...», *op. cit.*, pp. 32-33.

(40) El programa de La Haya, titulado «Consolidación de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», fue publicado en DOCE C 53/1, de 3 de marzo de 2005.

## V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

---

políticas de integración sigue incumbiendo a los Estados miembros, es necesario que tales políticas se articulen dentro de un marco comunitario coherente. Así, consideramos conveniente impulsar la cooperación y el intercambio de información a través de la red de puntos de contacto nacionales sobre la integración<sup>(41)</sup>.

Y, por otro lado, se vislumbra como necesaria la interdependencia de los Estados miembros en lo que atañe a la articulación de medidas de integración, puesto que éstas pueden afectar a los intereses del conjunto, por lo que es necesario tener en cuenta tales intereses a la hora de definir y materializar políticas de integración<sup>(42)</sup>. En esta línea, la Comisión en la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos» de junio de 2009 apuesta por la conveniencia de desarrollar un mecanismo conjunto de coordinación que permita apoyar la acción de los Estados miembros a partir de un marco de referencia común que se cifra en las siguientes 4 coordenadas: la definición de prácticas conjuntas y módulos europeos para facilitar el proceso de integración, en particular para los recién llegados que incluyan elementos esenciales como cursos de presentación y cursos de idioma, un fuerte compromiso de la sociedad receptora y la participación activa de los inmigrantes en todos los aspectos de la vida social; el desarrollo de indicadores comunes de evaluación de las políticas de integración; una apertura en relación con políticas como la educación, la formación, la cultura, el empleo, el multilingüismo y la juventud; y una mejor consulta e implicación de la sociedad civil, a partir del portal europeo en Internet sobre integración y del foro europeo sobre la integración<sup>(43)</sup>.

Llegados a este punto, debe destacarse acerca de la coordinación que el marco normativo existente sí articula una red de mecanismos o lugares de encuentro al servicio de las relaciones interadministrativas en materia migratoria, aunque lo cierto es que esto no ha sido suficiente para superar la ausencia de la cultura de la colaboración en nuestro país entre las diversas Administraciones actoras en materia migratoria. Por ello quizás resulte conveniente explorar nuevas fórmulas que fomenten la dinámica participativa entre las Administraciones que favorezcan y estimulen la participación regional, puesto que la praxis viene a corroborar que estos mecanismos de cooperación no han sido capaces de desarrollar una dinámica real y fluida de colaboración que permita una auténtica participación autonómica. Pese a todo, resulta positivo que la LODYLE tras la reforma operada por la LO 2/2009 eleve a previsión legal la necesidad de coordinación y cooperación.

---

(41) Se trata de un foro específico de intercambio y debate entre las administraciones de los Estados miembros cuya actividad principal consiste en organizar foros técnicos sobre integración en los que toman parte expertos en la materia.

(42) En este sentido, en la Comunicación de la Comisión en la que se adopta el «Programa Común para la Integración. Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea» se hace hincapié en la incapacidad de un Estado miembro para desarrollar y materializar políticas de integración de forma aislada por las consecuencias negativas que ello pudiera traer tanto para otros Estados parte como para la propia Unión Europea (COM (2005) 389 final de 1 de septiembre de 2005).

(43) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos» de 10 de junio de 2009 (COM (2009) 262 final).

#### IV. LOS FONDOS

##### **1. En particular, algunas consideraciones sobre el «Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes así como al Refuerzo Educativo de los mismos»**

La implementación de todas las estrategias de actuación diseñadas, como hemos avanzado, en los planes de integración en los diversos niveles de la Administración exige, además de la cooperación entre las diversas Administraciones la necesaria dotación presupuestaria.

Esta dotación presupuestaria para la efectiva materialización de los planes de integración deriva, además de los fondos que destinan a estos efectos las propias Comunidades Autónomas<sup>(44)</sup>, del denominado «Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes así como al Refuerzo Educativo de los mismos». Se trata de un Fondo creado en el año 2005 por el Gobierno central, y que responde al propósito de materializar políticas de integración social entre los distintos niveles de la Administración imbricadas en la gestión del fenómeno migratorio. De modo que a través del mismo se permite la cooperación inter-administrativa y vertical, aunque cooperación limitada prácticamente a la asistencia financiera por parte del Estado a la Administración tanto autonómica como local. Si bien hay que advertir que el hecho de que se contemple que un porcentaje mínimo de la cantidad total del Fondo, que se sitúa en un 40%, será de distribución obligatoria a las corporaciones locales permite avanzar, al margen de las consideraciones que posteriormente realizaremos sobre los criterios que han de regir su reparto, que es la Administración local la que se beneficia en gran medida de dicha aportación estatal. Esto es, se enfatiza el apoyo financiero a las entidades locales lo que parece acertado puesto que son éstas las que han de atender a las demandas de prestación de servicios careciendo en muchas ocasiones de recursos materiales y personales.

El Fondo fue dotado en el año 2005 por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, con un presupuesto de 120 millones de euros, dotación que rondó los 180 millones de euros en el año 2006, llegando a 200 millones de euros para el año 2007<sup>(45)</sup>. Cifra esta última que se mantiene tanto para el año 2008 como para el año 2009<sup>(46)</sup>. Cantidad esta última que, sin embargo, se redujo en el año 2010 por el Gobierno central hasta los 70 millones de euros y en el 2011 hasta los 66,6

---

(44) Téngase en cuenta que los fondos autonómicos a estos efectos se prevén en Decretos dictados por los Gobiernos autonómicos, a través del Departamento competente en materia migratoria, en los que se regulan las líneas básicas de las ayudas que podrán percibir tanto entidades públicas como privadas para la realización de actividades en este ámbito y, por ende, en el de la integración de la población inmigrante y en los que se fijan los proyectos que resultan financiados. Siendo las Órdenes de Consejería el instrumento normativo utilizado para proceder a la convocatoria anual de las ayudas que vendrán a financiar proyectos concretos en desarrollo de los citados Decretos. Ayudas que, por lo general, serán concedidas a través del procedimiento del concurso.

(45) Cantidad esta última que se contempla repartirse del siguiente modo: 98 millones se asignan a acogida e integración; 90 millones a refuerzo educativo; 10 millones de euros se destinarán a la atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde Canarias; y 2 millones de euros serán destinados para apoyar actuaciones que favorezcan la gestión y cohesión de las políticas de integración a nivel interregional.

(46) En el año 2009 la cantidad de 200 millones de euros para el desarrollo del Fondo fue repartida de la siguiente manera: 107,8 millones de euros correspondieron a la partida de acogida e integración; 88,2 millones de euros se destinaron a refuerzo educativo; y 4 millones de euros a la atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde Canarias.

## **V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES**

millones de euros<sup>(47)</sup>, siendo necesario destacar que en el 2012, por decisión del Consejo de Ministros, se ha decidido eliminar la dotación presupuestaria que venía siendo asignada al Fondo.

Decisión que, obviamente, implica una importante traba para materializar el objetivo de la integración de los inmigrantes que, como ya hemos avanzado, conforma, atendiendo a directrices marcadas por la Unión Europea en materia de inmigración<sup>(48)</sup>, uno de los ejes principales sobre los que gira la reforma de la LODYLE operada por la L.O. 9/2009. En este sentido, se incorpora un nuevo artículo 2 ter sobre la integración de los inmigrantes en el que se contempla que los poderes públicos deberán promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española. Si bien, resulta cierto que este nuevo artículo contempla, asimismo, en su apartado cuarto que la financiación de los programas de acción bienales que se adopten para reforzar la integración social de los inmigrantes en la Conferencia Sectorial de Inmigración entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, de conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, se hará con cargo al fondo estatal destinado a la integración de los inmigrantes aunque se prevé expresamente la posibilidad de incluirse fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo.

### **2. La distribución económica del Fondo**

Centrándonos en la distribución económica de la cantidad con la que ha venido a dotarse a este fondo analizaremos a continuación los diferentes modelos de gestión que se han diseñado para efectuar tal distribución. Un reparto que se llevaba a cabo en una doble fase:

En una primera fase, el Gobierno central distribuía la asignación prevista en este Fondo entre las 17 Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla. Y la fórmula utilizada para esta primera asignación era la del convenio de colaboración suscrito por el Ministro competente y el presidente de cada Comunidad Autónoma y que se inscribía dentro del «Marco de Cooperación para la Gestión del Fondo de Apoyo a la Acogida y la Integración de Inmigrantes así como al Refuerzo Educativo de los mismos» adoptado por el Ministerio competente. Marco en el que el Gobierno central, a través del Consejo Superior de Política de Inmigración<sup>(49)</sup>, fijaba las líneas de intervención y los ejes de actuación a los que se destinaría la dotación presupuestaria contenida en el Fondo. Esos ejes de actuación o principales líneas de intervención quedaban enmarcados bajo el paraguas de las «actuaciones de acogida e integración» o las «actuaciones en refuerzo educativo».

---

(47) En el año 2011 la cuantía de 66,6 millones de euros se distribuye en las siguientes tres partidas: 39.637,824 euros se destina para acogida e integración; 26.425,216 euros para refuerzo educativo; y 536.960 euros irá destinado a la atención de menores extranjeros no acompañados desplazados desde Canarias.

(48) Téngase en cuenta que el 16 de octubre de 2008 fue refrendado en el Consejo Europeo por los 27 países miembros de la Unión Europea el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, en el que se establece como uno de sus principales objetivos el de favorecer la integración de los inmigrantes legales.

(49) Téngase en cuenta que el Consejo Superior de Política de Inmigración ha sido sustituido por la Conferencia Sectorial de Inmigración (artículo 68 LODYLE).

Conviene señalar además que en esta primera fase la distribución económica del fondo se ha efectuado, durante los períodos de vigencia, en todos los ejercicios atendiendo a los mismos criterios.

Así, y en concreto, el total de la cantidad del fondo destinado a las actuaciones de acogida e integración se ha realizado siguiendo los siguientes criterios: atendiendo al criterio de solidaridad interterritorial se atribuía una aportación fija correspondiente al 10% para todas las Comunidades Autónomas; en virtud del criterio de la mayor presión migratoria que soportan algunas Comunidades Autónomas se distribuía un 25% que se asignaba de manera ponderada a Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid, Murcia y Comunidad Valenciana; el criterio del número de personas extranjeras extracomunitarias empadronadas en cada Comunidad servía para asignar un 30%; siguiendo el criterio de trabajadores extracomunitarios afiliados a la Seguridad Social, excluido el Régimen Especial Agrario, se repartía un 25%; y el criterio del número de trabajadores extracomunitarios afiliados a la Seguridad Social en el Régimen Especial Agrario permitía la distribución de un 10%. Criterios que venían a ilustrar claramente las necesidades de tratamiento diferenciado entre Comunidades.

Por su parte, los criterios de distribución de la dotación presupuestaria del fondo para las actuaciones a desarrollar en el ámbito del refuerzo educativo eran: el número de alumnado extracomunitario escolarizado en enseñanza no universitaria, que implicaba una dotación del 60%; y el número de alumnado extracomunitario escolarizado en enseñanza no universitaria procedente de países no castellano hablantes, que se traducía en una asignación del 40%.

Y, en una segunda fase, eran los gobiernos autonómicos los que efectuaban la distribución provincial y el reparto municipal. En este caso, la fórmula que se utilizaba para transferir fondos de las Comunidades Autónomas a la Administración local era la de las órdenes de transferencia dictadas por la Consejería competente<sup>(50)</sup>. Órdenes que se dictan en el ámbito de las competencias y gestión de la Consejería competente de la Comunidad Autónoma en relación con el Convenio de Colaboración suscrito por el Ministro competente y el gobierno autonómico.

En concreto, tales órdenes de transferencias fijaban las cantidades que correspondían con cargo al Fondo a cada provincia, cantidades que posteriormente eran distribuidas entre los municipios seleccionados por soportar una mayor presión migratoria atendiendo a una serie de criterios que permitían efectuar una baremación<sup>(51)</sup>. De modo que los fondos eran asignados a los municipios, para la nivelación de los servicios municipales vinculados a la acogida e integración de los inmigrantes, de modo proporcional a la puntuación que cada municipio recibía en la citada baremación. Una cantidad que los municipios debían destinar para financiar actividades encuadrables en los ejes de actuación o líneas de intervención fijados en el ya citado Marco de Cooperación para la Gestión del Fondo.

---

(50) Véase, por ejemplo, la Orden de 15 de septiembre de 2009, por la que se regula la distribución de transferencias a los Ayuntamientos andaluces para la nivelación de servicios municipales vinculados a la inmigración (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 191, de 29 de septiembre de 2009).

(51) Aunque no olvidemos que las entidades locales también pueden recibir fondos a través de órdenes de convocatoria de ayudas públicas.

## **V. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EN ESPAÑA: INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES**

En todo caso, las Comunidades Autónomas debían, atendiendo al criterio de la solidaridad interterritorial, derivar una asignación básica a cada provincia que se cifraba en un 20% de la cantidad asignada a la Administración autonómica siendo, además, necesario que un mínimo del 40% del total del fondo fuera gestionado por los ayuntamientos.

De modo que, y para concluir, puede afirmarse: por un lado, que tales Fondos estatales, siendo un instrumento de coordinación de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas que intervienen en la política de integración de la población inmigrante, han servido, en suma, para subvencionar programas desarrollados o impulsados a nivel autonómico y local de atención a la población extranjera; y por otro, que en el ámbito de la integración el deber de colaboración del Estado se ha visto reducido a la mera aportación de fondos, obviando la participación autonómica en el diseño de la política de integración social.



Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA**

---



# I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

## ASILO

**Asilo político: admisión a trámite de la solicitud de los demandantes de nacionalidad egipcia, por tener competencia la Administración española. Informe favorable del ACNUR al respecto. Evaluación de las concretas circunstancias sobrevenidas en Egipto respecto de los cristianos coptos, así como las circunstancias de salud de los solicitantes.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de marzo de 2012**

Recurso de Apelación: **2/2012**

Ponente: **D. José Luis Requero Ibáñez**

Voz: **Derecho de asilo. Admisión a trámite: nacionales egipcios**

La solicitud de los apelantes se ha inadmitido por la causa e) del artículo 20.1, esto es, por reiterar una solicitud ya denegada en España sin que se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen o de residencia habitual de la persona interesada. En este caso lo litigioso se refiere a la concurrencia de nuevas circunstancias y que se centran en los hechos ocurridos en Egipto desde 2010 así como la evolución de la salud psíquica de su esposa a raíz de la violación sufrida en 2007.

Del expediente administrativo se desprende que el apelante y su familia formularon una primera petición de asilo el 15 de enero de 2008, denegada en 2009. Se trasladaron a Suiza en donde por dos veces intentó que se les concediese el asilo, lo que también se les denegó. Enviados por las autoridades suizas a España, don Jesús Manuel presentó una segunda solicitud en diciembre de 2010, inadmitida el 21 de diciembre de 2010 y el 21 de enero de 2011 presentó una tercera solicitud que es la que da lugar a estos autos.

Como ya se ha dicho, lo determinante de la inadmisión de esta tercera solicitud es que no

se planteen nuevas circunstancias relevantes en cuanto a las condiciones particulares o a la situación del país de origen. Al respecto alega el apelante como nuevas circunstancias desde la anterior solicitud, denegada el 21 de diciembre de 2010, la evolución de la situación de los cristianos coptos en Egipto para lo que alega que en enero de 2011 la policía atacó a unos cristianos que viajaban en un tren, añade también, el ataque a una Iglesia en Alejandría, donde murieron veintitrés cristianos.

Junto a estos hechos se hace hincapié en la situación de su esposa. Agredida y violada en 2007 en Egipto, desde entonces ha tenido dos intentos de suicidio y ya en Suiza estuvo bajo tratamiento médico por las secuelas psíquicas que padece, continuando el tratamiento en España, en la Cruz Roja. A estos efectos aporta traducción de los informes, traducidos, de los médicos que han venido tratándola en Suiza y que desaconsejan su vuelta a Egipto.

Aparte el informe que aporta de la CEAR, hay que significar que el ACNUR informó favorablemente la solicitud de los apelantes, en especial por razón de la situación psíquica de la esposa y madre de los otros apelantes, situa-

ción que —señala el ACNUR— no fue valorada en al anterior inadmisión; además en cuanto a la situación en Egipto se remite a los informes del propio Ministerio de Asuntos Exteriores que desaconseja viajar a Egipto y, además, visitar Iglesias cristianas.

Finalmente, el Informe de la Oficina de Asilo y Refugio (en adelante, OAR) es favorable a la inadmisión por entender que no han cambiado las circunstancias, que los hechos que alega son puntuales, que los atentados a Iglesias y los asesinatos son hechos aislados; en cuanto a la salud de la apelante, alega que el informe de la Cruz Roja si bien reitera anteriores. Aun así, la OAR desaconseja la devolución de los apelantes a Egipto por la situación convulsa de este país.

Lleva razón el apelante al afirmar que la Sentencia de instancia no hace consideración sobre sus alegatos, en especial a los informes aportados. Así el Fundamento Tercero es un resumen del informe de la OAR y en cuanto a la denegación del asilo por razones humanitarias, el Fundamento Cuarto no contiene más que un razonamiento retórico carente de toda relación con el supuesto enjuiciado.

En cuanto a la situación de los cristianos coptos en Egipto, es un hecho notorio a los efectos del artículo 281.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que representan el 10 por ciento de la población, que a lo largo de 2011 sufrieron diversos ataques. Así en el Año

Nuevo cristiano 23 personas fueron asesinadas en una Iglesia en Alejandría; en marzo se prendió fuego a una iglesia en Helwan; en mayo, tres iglesias coptas fueron incendiadas en Imbaba, muriendo 15 personas; en junio los musulmanes atacaron una iglesia en Al Minya y en septiembre otra iglesia fue hostigada en Asuan.

Estos hechos motivaron aquí, en España, que la Conferencia Episcopal Española se solidarizase con esa Iglesia, uniéndose a las declaraciones de la Santa Sede con motivo de los episodios de violencia que se produjeron en El Cairo en 2011, antes citados, y en los que fueron asesinados una veintena de cristianos coptos. A su vez, según informes de la Organización de la Unión Egipcia para los Derechos Humanos, más de 100.000 cristianos han abandonado el Egipto tras la Revolución del 25 de enero, que derrocó a Mubarak, por el aumento de la violencia y las agresiones contra los coptos y sus iglesias.

Frente a estas evidencias el informe de la OAR y la resolución impugnada en primera instancia, más la Sentencia recurrida en apelación, nada dicen más allá de unos razonamientos estereotipados sin que se haya negado la condición de diácono de D. Jesús Manuel; a esto únanse las especiales circunstancias de doña Noelia, esposa y madre de los otros apelantes, objeto de una agresión sexual que la Administración no niega y que motiva el parecer favorable del ACNUR.

**Asilo. Derecho transitorio. Persecución no acreditada: alegación de persecución por su condición sexual. Contradicciones en las declaraciones y procedencia de otros países donde pudo solicitar el asilo: no permiten establecer ni su orientación sexual, ni la existencia de una persecución por motivos de esta condición. Incongruencia omisiva: no consta en el expediente administrativo el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ni la propuesta de resolución de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. No existencia de razones humanitarias. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **27 de marzo de 2012**

Recurso de Casación: **2742/2011**

Ponente: **Dña. Isabel Perello Domenech**

Voz: **Asilo. Nacional de Irán. Alegación de persecución por su condición homosexual**

La demanda formulada dedica su mayor esfuerzo argumental a lo que enuncia como fondo del asunto y consiste en exponer los preceptos más relevantes de la normativa reguladora de asilo, aceptando que si la Ley 5/1984 fuera más beneficiosa para la defensa de sus intereses, fuera ésta la que se aplicara a su solicitud. La Ley aplicable al caso es la Ley 5/1984 porque la resolución administrativa —que tuvo lugar el 19 de noviembre de 2009— es de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 12/2009. Se insiste en la demanda que según la doctrina de la Sala no es necesaria una prueba documental sobre los hechos alegados por el solicitante del asilo y de los motivos que le han llevado a formular su solicitud, bastando la existencia de indicios suficientes para poder deducir que concurren los supuestos en la ley para el reconocimiento de la condición de refugiado.

La resolución denegatoria de la condición de refugiado se sustenta en que no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución, y tampoco el solicitante ha aportado indicios del hostigamiento que dice padecer, resaltando el acuerdo la existencia de contradicciones no sólo en la descripción de los hechos sino en los aspectos esenciales de dicha persecución. El recurrente reitera, al igual que hizo en su tercer motivo del recurso de casación, en que de conformidad con el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 o por aplicación de lo dispuesto en los artículos 4 y 10 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protec-

ción subsidiaria, concurren en su caso razones humanitarias para la autorización de su permanencia en España. Esta afirmación no la sustenta en nuevos indicios o alegatos que pudieran ser valorados frente a la fundamentación de la resolución administrativa y se limita a expresar que el ACNUR ha puesto de manifiesto en varios informes que la orientación sexual sí puede ser pertinente para la solicitud de la condición de refugiado si se teme el daño que pueda producir la persecución por este motivo.

La resolución denegatoria de la condición de refugiado se basa en que no se ha apreciado la existencia de temores fundados de persecución, y tampoco el solicitante ha aportado indicios del hostigamiento que dice padecer, resaltando el acuerdo la existencia de contradicciones no sólo en la descripción de los hechos sino en los aspectos esenciales de dicha persecución.

El recurrente no articula en su demanda alegato alguno que desvirtúe los fundamentos de la resolución impugnada, y tampoco favorecen a su pretensión sus diversos relatos de persecución porque son contradictorios. En el expediente figura una primera declaración efectuada el día 18 de febrero de 2008, fecha de la solicitud de asilo, una traducción de la manifestación realizada por el equipo de traductores del CEAR de fecha 29 de agosto de 2009, y otra declaración efectuada el día de la entrevista, el 29 de septiembre de 2009. Cada una de ellas aporta, en algunos extremos, datos discordantes. De todas estas incoherencias resultan relevantes que en la

primera declaración el recurrente sostuvo que estuvo un mes en Venezuela y entró en aquel país con un pasaporte iraní «que no llevaba visado». En la traducción de 29 de agosto figura que entró en Venezuela con un pasaporte griego y permaneció en ese país entre dos y tres meses, y en la entrevista celebrada un mes después afirma que compró un pasaporte falso con visado de Irán y que vivía bien en Venezuela, pero que decidió venir a Europa a estar más cerca de su familia. También apreciamos contradicciones tanto en relación a las fechas de su salida del país de origen, —en su primera declaración afirmó haber partido de Irán el 11 de marzo de 2008, y en la entrevista posterior indicó que la fecha de salida de Irán fue el 9 de marzo de 2007 (...)— como en orden a los detalles de su salida del país, tipo de pasaporte utilizado, con o sin visado, nacionalidad de quienes le ayudaron y proporcionaron documentación para su salida. También llama la atención que el solicitante hiciera su servicio militar, superándolo, sin dificultades. No obstante, también en este aspecto apreciamos que el demandante ofrece diversas versiones que se exponen en el Informe de la Instrucción que no se ha desvirtuado en autos. En su primera declaración no menciona haber superado su servicio militar. En la entrevista sí lo menciona, afirmando que lo hizo en Teherán, en el servicio religioso, y no refiere ningún problema durante esta etapa que tiene una duración superior a un año, y en un ámbito normalmente controlado y riguroso donde su hipotética orientación sexual tenía más probabilidades de haberle acarreado situaciones si no imposibles sí difi-

ciles de superar, y sin embargo relata que se graduó, y solamente en la traducción efectuada por el equipo de la CEAR relata que el director de la mosalah (donde trabajaba como técnico de sonido mientras hacía el servicio militar) «sospecho algo y con cualquier excusa, me mando al tribunal militar» para finalmente añadir que con muchos problemas terminó la mili. En primer lugar, en un régimen que castiga tan duramente la homosexualidad, no es creíble que —de ser homosexual— no tuviera problemas serios en el ejército, y por tanto haberlos relatado ya en su primera declaración, y ni en su primera narración ni posteriormente en la entrevista menciona nada al respecto el solicitante del asilo. Sólo menciona de forma muy tangencial que tuvo problemas, sin relatar cuales, pero que finalmente se graduó como militar. Por último, llama poderosamente la atención algo tan sorprendente y contradictorio como afirmar que no acudió a las autoridades a denunciar a su tío por las amenazas de que estaba siendo objeto por la gran influencia y poder de este familiar, cuando de haberlo hecho tendría que haber explicado a esas autoridades el porqué de las amenazas y sin embargo no menciona algo tan razonable como achacar su inacción a su condición de homosexual. En fin, sus reiteradas contradicciones en sus declaraciones unido a la circunstancia admitida de que procede de otros países en que bien pudo solicitar el asilo, sin que lo hubiera intentado, no permiten establecer ni su orientación sexual, ni la existencia de una persecución por motivos de esta condición, ni el peligro de sufrirla si regresa a Irán.

**Derecho de asilo: denegación de la solicitud de asilo formulada por nacional cubano tras su llegada a España escondido en un contenedor de un barco como polizón. No se aprecia la existencia de temores fundados de persecución por motivos políticos ni tampoco existen razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España. Ausencia de petición nueva y autónoma sustentada en indicios racionales de persecución en el país de origen. Desestimación del recurso de casación.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **12 de abril de 2012**

Recurso de Casación: **6971/2010**

Ponente: **Dña. Isabel Perello Domenech**

Voz: **Solicitud de asilo. Nacional de Cuba. Falta de acreditación de la persecución alegada**

El solicitante, según se desprende del expediente administrativo, afirma que llegó a España, por primera vez, sin documentación en el año 2000, procedente de Cuba, escondido en un contenedor de barco como polizón. Según consta (...) viajó a Alemania y allí solicitó asilo que fue inadmitido y fue devuelto a España.

En su declaración afirma ser cubano y que tras la huida de uno de sus hermanos a Canadá, la familia sufrió presiones de la policía cubana, lo que motivó que su padre y otro hermano tuvieran que huir también, encontrándose en la actualidad en paradero desconocido. Siguió el hostigamiento con su madre y él y lo desplegaron de forma que le afectó en su vida laboral (a él le requisaron el taxi, que era su medio de vida), les quitaron la casa y les suprimieron el acceso a los víveres y racionamientos. Ambos se trasladaron a vivir a casa de unos amigos y prepararon su huida. Su madre logró embarcarse y vive desde hace siete años en Estados Unidos (Miami). Describe que durante el tiempo que lleva viviendo en España ha sufrido dos accidentes que le han dejado secuelas, y que sigue tratamiento psicológico por problemas de alcoholismo y consumo de marihuana.

Formulada una nueva solicitud de asilo en España en fecha 5 de septiembre de 2007, la delegación de ACNUR, tras su estudio, comunica al Director de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, en fecha 14 de noviembre de 2007 que podría ser inadmitida a trámite. En fecha 16 de noviembre de 2007, el Subdirector General de Asilo inadmite a trámite

la solicitud de asilo formulada por don Aquilino. Esta decisión no pudo ser comunicada al solicitante, por lo que en cumplimiento del art. 17.2 del Reglamento de Asilo, se admitió a trámite la solicitud, que fue informada desfavorablemente por el Órgano Instructor del expediente.

Con fecha 25 de marzo de 2008, (notificada al solicitante el 2 de mayo de 2008) el Subdirector General de Asilo deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a don Aquilino, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero, letra a) del artículo 7 de la Ley de Asilo. En la resolución se expresa —en su segundo fundamento de derecho— haber examinado las manifestaciones expuestas en la solicitud, la documentación aportada, los informes emitidos y demás datos obrantes en el expediente y finalmente resuelve manifestando coincidir con el criterio formulado en su propuesta por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que en su reunión celebrada el día 20 de diciembre de 2007 contó con la asistencia del Alto Comisionado expresando las siguientes consideraciones:

«[...] no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, sobre dicho Estatuto,

Instrumentos Internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo».

(...).

Y en este extremo la queja deducida resulta invariable, por cuanto no se ha justificado por el recurrente que de haberse practicado la prueba del ACNUR el pronunciamiento final recaído hubiera sido diferente. La denegación del reconocimiento del asilo se sustenta en que la solicitud deducida era una mera reiteración de otra anterior ya denegada en España sin que se haya producido ningún cambio sustancial, esto es, por la ausencia de un nuevo relato de persecución distinto al anterior denegado y no recurrido y en suma, en atención a la conducta poco coherente con una situación de persecución, según se expone a lo largo de la sentencia de instancia.

Así las cosas, la prueba interesada, consistente en que el ACNUR informara a la Sala sentenciadora sobre la situación social existente en Cuba así como las eventuales represalias por parte de las autoridades cubanas —información además disponible en la Sala— no resultaba relevante ni suficiente a los efectos de modificar o incidir en el signo del pronunciamiento final emitido.

Siendo ello así, esto es, basándose la desestimación del asilo en la ausencia de una nueva y autónoma petición sustentada en indicios razonables de persecución respecto a la planteada con anterioridad y ya rechazada no queda ya sino concluir en el sentido de que no se ha causado ciertamente indefensión de carácter material al recurrente y en fin, no se ha vulnerado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del art. 24.2 CE que se invoca en el único motivo de casación.

**Asilo. Estado responsable para el estudio de la solicitud de asilo. «Estado miembro responsable»: solicitud presentada en Estado miembro diferente. Examen de la solicitud por un solo Estado miembro. Criterios objetivos y jerárquicamente ordenados para la determinación del Estado responsable. Retirada de la solicitud de asilo antes del momento en que el Estado responsable se haga cargo del solicitante.**

**Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

**Fecha: 3 de mayo de 2012**

**Cuestión Prejudicial: C- 620/10**

**Ponente: Sr. Bay Larsen**

**Voz: Solicitud de asilo presentada en Estado miembro diferente del Estado responsable**

En el año 2004, la Sra. Kastrati conoció en Kosovo al Sr. Kastrati, nacional sueco residente en Suecia desde 1992. Éste no es el padre de los hijos menores de la Sra. Kastrati.

El 20 de septiembre de 2007, la Sra. Kastrati y sus hijos presentaron ante la embajada del Reino de Suecia en Skopje (antigua República Yugoslava de Macedonia), una solicitud de permiso de residencia en Suecia alegando la existencia de un vínculo con el Sr. Kastrati.

El 13 de mayo de 2008, considerando que no existía vínculo de conexión entre la Sra. Kastrati y el Sr. Kastrati que permitiera conceder a ésta y a sus hijos un permiso de residencia,

el Migrationsverket denegó su solicitud. A raíz del recurso interpuesto por la Sra. Kastrati y sus hijos ante el (...) (Tribunal contencioso-administrativo de la provincia de Escania, que conoce en materia de inmigración), éste confirmó la denegación de las solicitudes de permiso de residencia mediante sentencia de 23 de diciembre de 2008.

Entonces, la Sra. Kastrati y sus hijos promovieron un recurso de apelación contra dicha sentencia ante el (...) (Tribunal contencioso-administrativo de apelación de Estocolmo, que conoce en materia de inmigración) antes de desistir en dicha acción. Por consiguiente, el 19

de marzo de 2009, el citado órgano jurisdiccional decidió archivar el asunto.

Solicitud de asilo y nueva solicitud de permiso de residencia presentadas por la Sra. Kastrati y sus hijos después de haber entrado en el territorio de la Unión

El 3 de marzo de 2009, la Sra. Kastrati y sus hijos entraron en Suecia siendo titulares de un visado de estancia vigente expedido por las autoridades francesas.

El 30 de abril de 2009, sin haber presentado solicitudes de asilo en Francia, presentaron tales solicitudes en Suecia, donde se encontraban desde su entrada en el territorio de la Unión.

Al ser la Sra. Kastrati y sus hijos, en cualquier caso, titulares de un visado vigente expedido por las autoridades francesas, el Migrationsverket solicitó el 4 de junio de 2009 a dichas autoridades, en virtud del criterio establecido en el artículo 9, apartado 2, del Reglamento n.º 343/2003, que se hicieran cargo de ellos de conformidad con el artículo 16, apartado 1, letra a), del mismo Reglamento.

El 16 de junio de 2009, la Sra. Kastrati y sus hijos presentaron una nueva solicitud de permiso de residencia en Suecia, alegando nuevamente la existencia de un vínculo de conexión con el Sr. Kastrati.

En cambio, el 22 de junio de 2009 retiraron sus solicitudes de asilo en Suecia que, según explicaron, habían presentado únicamente por consejo del Migrationsverket. Por otra parte, de la resolución impugnada en el litigio principal, presentada junto con el expediente nacional, no se desprende que la Sra. Kastrati y sus hijos hubiesen invocado motivo alguno de persecución con objeto de obtener la condición de refugiado.

El 23 de julio de 2009, las autoridades francesas, que no tenían conocimiento de dicha retirada, aceptaron la solicitud de hacerse cargo de la Sra. Kastrati y de sus hijos.

Mediante resolución de 30 de julio de 2009, el Migrationsverket denegó las solicitudes de permiso de residencia y las solicitudes de asilo. En primer lugar, consideró, por lo que respecta a la nueva solicitud de permiso de residencia, que su resolución de 13 de mayo de 2008, por la que se denegaba la primera solicitud de permiso de

residencia había adquirido firmeza. A continuación denegó las solicitudes de asilo por considerar que la República Francesa era el Estado responsable en la materia. Por último, decidió trasladar a los interesados a Francia sobre la base del artículo 19, apartados 1 y 3, del Reglamento n.º 343/2003.

La Sra. Kastrati y sus hijos impugnaron la referida resolución denegatoria (...).

Mediante sentencia de 15 de septiembre de 2009, dicho órgano jurisdiccional anuló la resolución denegatoria de 30 de julio de 2009 al considerar que, en el momento en que el Migrationsverket adoptó su resolución, no se reunían los requisitos para aplicar el Reglamento n.º 343/2003, puesto que la Sra. Kastrati y sus hijos habían retirado sus solicitudes de asilo. Por consiguiente, devolvió el asunto a la referida Oficina para que las solicitudes de permisos de residencia en Suecia fuesen reexaminadas sobre la base de un análisis del vínculo alegado.

En su sentencia, (...) señaló que las solicitudes de asilo presentadas por la Sra. Kastrati y sus hijos habían sido retiradas después de que la autoridad sueca competente requiriera a las autoridades francesas con vistas a finalizar el proceso de determinación del Estado miembro responsable, pero antes de que éstas aceptaran, el 23 de julio de 2009, hacerse cargo de las personas de que se trata y antes de que el Migrationsverket les notificara su decisión de 30 de julio de 2009 de trasladarlos a la República Francesa.

El Migrationsverket interpuso un recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente sosteniendo, esencialmente, que no se desprendía del Reglamento n.º 343/2003 que la obligación del Estado miembro responsable de hacerse cargo de un solicitante de asilo que haya presentado una solicitud en otro Estado miembro desaparezca en caso de retirada de una solicitud de asilo.

En su resolución, el órgano jurisdiccional remitente explica que es cierto que en una resolución que había dictado el 30 de junio de 2008 (MIG 2008:28) consideró que la retirada de una solicitud de asilo no determinaba la inaplicabilidad del Reglamento n.º 343/2003. Sin embargo,

las circunstancias del asunto que dieron lugar a dicha resolución se diferenciaban de las del litigio pendiente ante él en la medida en que la solicitud de asilo de que se trataba en aquel asunto había sido retirada únicamente después de la notificación al interesado, de conformidad con el artículo 19, apartado 1, de dicho Reglamento, de la decisión de traslado al Estado miembro responsable.

Además, expone los resultados de una investigación administrativa llevada a cabo por el Migrationsverket en varios Estados obligados por el sistema de Dublín sobre la cuestión del alcance que tiene la retirada de una solicitud de asilo sobre la aplicación del Reglamento n.º 343/2003. Han podido deducirse tres posturas diferentes. Según la primera postura, desde que es aplicable el referido Reglamento, únicamente puede ponerse fin al procedimiento de solicitud de asilo por uno de los motivos previstos en su artículo 16, apartados 3 y 4. En cambio, según la segunda postura, este mismo Reglamento deja de ser aplicable si la solicitud de asilo presentada en un solo Estado miembro ha sido retirada. Según la tercera postura, finalmente, la cuestión de si dicho Reglamento continúa o no aplicándose se determina por el momento en que se produce la retirada de una solicitud de asilo en relación con el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable.

En estas circunstancias, (...) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Teniendo en cuenta, en particular, lo establecido en el artículo 5, apartado 2, del

Reglamento n.º 343/2003 y/o que este Reglamento sólo regula la cesación de la responsabilidad del Estado miembro para examinar una solicitud de asilo en los artículos 4, apartado 5, párrafo segundo, y 16, apartados 3 y 4, ¿debe interpretarse dicho Reglamento en el sentido de que la retirada de una solicitud de asilo no influye en la posibilidad de aplicarlo?

2) ¿Tiene alguna relevancia para la respuesta a la anterior cuestión en qué fase de la tramitación se retira la solicitud de asilo?

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

El Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, debe interpretarse en el sentido de que la retirada de una solicitud de asilo en el sentido de su artículo 2, letra c), que se produce antes de que el Estado miembro responsable del examen de dicha solicitud haya aceptado hacerse cargo del solicitante, tiene el efecto de que ya no pueda aplicarse dicho Reglamento. En tal supuesto, corresponde al Estado miembro en cuyo territorio se ha presentado la solicitud adoptar las decisiones necesarias con respecto a dicha retirada y, en particular, suspender el examen de la solicitud dejando constancia de la correspondiente información en el expediente del solicitante.

**Derecho de asilo: denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y concesión de la autorización de permanencia en España. Nacional de Costa de Marfil que sufre persecución en su país de origen por razones étnicas. Autorización de permanencia en España por razones humanitarias. No se requiere constatación de persecución individual. Valoración de la situación del país en el momento en que se dicta la resolución judicial. Informe actualizado de ACNUR que desaconseja el retorno al país de origen. Desestimación del recurso interpuesto por el Abogado del Estado.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **21 de mayo de 2012**

Recurso de Casación: **4102/2011**

Ponente: **Dña. Isabel Perello Domenech**

Voz: **Denegación de solicitud de asilo. Concesión de autorización de permanencia en España. Nacional de Costa de Marfil. Razones humanitarias**

Consta en el expediente administrativo (...) que el hoy recurrido en casación, D. Florentino, nacional de Costa de Marfil, solicitó asilo en España el día 28 de junio de 2007, en la Comisaría Local de Puerto del Rosario (Fuerteventura). El solicitante manifestó haber nacido en Abidjan, (Costa de Marfil) en fecha (...) de 1984, residir en el (...) de Abidjan, pertenecer a la etnia Djoulla, hablar Djoulla como lengua materna y francés, ser de religión islámica, analfabeto, comerciante, haber salido de su país en febrero de 2007, habiendo atravesado Mali, Argelia y Marruecos y haber llegado a España el 18 de junio de 2007 en una patera interceptada a once millas al sur de Lanzarote. Adjuntó a su solicitud de asilo un escrito en el que relataba como motivos de su petición, los siguientes: (...):

Como fundamento de la solicitud de asilo esgrime que ha sido amenazado por la gendarmería en Costa de Marfil. Relata que un día llegaron a su casa (refiriéndose a la gendarmería) y derribaron la puerta, diciéndole que debía abandonar su casa por ser djoulla, por lo que sabiendo que habían matado a un amigo suyo por ser djoulla, su familia se tuvo que trasladar de barrio, y concreta a Coco Die (un barrio multi-racial). Manifiesta que, sin embargo, a pesar de las amenazas, él debía regresar a Komassy para trabajar, donde era amenazado por los sikosse, que le robaban el dinero de vez en cuando por ser djoulla, le amenazaban y pegaban, y ante esta situación decidió abandonar el país, porque su vida corría peligro.

En fecha 12 de febrero de 2008, el Instructor del expediente emitió informe desfavorable a la concesión del asilo (...), argumentando esencialmente que las alegaciones del solicitante eran genéricas e imprecisas, conteniendo elementos tópicos y estereotipados muy comunes entre las solicitudes de asilo de nacionales marfileños.

La Administración denegó la solicitud de asilo mediante resolución de 16 de junio de 2008, por las siguientes razones (...):

«El relato del solicitante resulta genérico, impreciso y contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, y contradice hechos y circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible de su país de origen y la recogida en el expediente, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de tal persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

El solicitante 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 la protección demandada.

El solicitante ha tenido la oportunidad de solicitar asilo en un Estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad a la pre-

sentación 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.

[...] Por lo anterior, no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, sobre dicho Estatuto, Instrumentos Internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo.

[...] Por otra parte, no se desprenden razones humanitarias o de interés público para autorizar la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo».

Tras la notificación de esta resolución, D. Florentino, formuló solicitud de reexamen, el 27 de enero de 2009, en virtud del artículo 9 de la Ley 5/1984, de Asilo, asesorado por la CEAR. Junto a su escrito adjuntó fotocopia del certificado de defunción de su padre, así como del carné de miembro del Rassemblement des Républicains (RDR) de su padre y el suyo como miembro, también, del RDR, alegando que no pudieron ser aportados hasta ese momento y reiterando que la solicitud se fundamenta en motivos étnicos y políticos. El solicitante menciona la muerte de su padre y su pertenencia al RDR, y haber sufrido en primera persona, los ataques de estos grupos. También sostiene que en la actualidad a través de la prensa local y oficinas de Derechos Humanos hay referenciados múltiples ataques, incluso desde el inicio del proceso de paz. Afirma que el primer país donde pudo solicitar asilo era España porque en Marruecos no se garantiza la seguridad ni el principio de devolución (...).

Finalmente, por resolución del Ministerio del Interior de 30 de junio de 2009, se denegó el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a D. Florentino, con las siguientes consideraciones jurídicas:

«[...] Se han examinado las manifestaciones expuestas en la solicitud, la documentación aportada, los informes emitidos y demás datos obrantes en el expediente.

Del examen citado se constata que:

Se considera debe mantenerse la denegación del asilo acordada por persistir los motivos que la justificaron, toda vez que, de las nuevas alegaciones y de los nuevos elementos probatorios aportados en vía de revisión, sigue sin desprenderse una persecución personal y concreta contra el solicitante ni justifican un temor fundado a sufrirla.

Las nuevas alegaciones se refieren a su militancia en el partido político Rassemblement des Republicains (RDR) y a la muerte violenta de su padre por su condición de dioula y militante de ese mismo partido, además presenta fotocopias de carné del partido político antes mencionado, tanto de él como de su padre. A este respecto hay que señalar que ninguna de estas circunstancias fueron señaladas por el solicitante en su solicitud inicial cuando solamente habían pasado dos meses desde la supuesta muerte de su padre y todo ello a pesar de que se preguntó expresamente y tuvo asistencia letrada, en cuanto a la pertenencia al partido RDR no fue nunca causa, por sí solo de persecución en la zona controlada, en su momento, por el ejército gubernamental, y mucho menos ahora cuando dicho partido tiene una vida política normalizada en su país, por lo que estas alegaciones han perdido vigencia».

(...)

Ciertamente al tiempo de la solicitud de asilo por parte del actor en la instancia, esto es, en 2007, la situación de ese país de origen mostraba signos favorables de estabilización que permitían por aquel entonces acordar la devolución a dicho país, habiéndose pronunciado en tal sentido el informe del mismo ACNUR de 2007 al que también se refiere la sentencia de instancia. Ahora bien, no es menos cierto que durante la tramitación procesal de la impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa, esa situación social que mostraba signos positivos se invirtió, derivando de nuevo hacia un empeoramiento significativo, no inhabitual en muchos

países donde, tras un enfrentamiento social generalizado, las instituciones jurídicas y políticas son muy frágiles y los procesos de pacificación presentan constantes avances y retrocesos.

Ello plantea el problema de si a la hora de resolver sobre la autorización de permanencia en España por razones humanitarias debe atenderse exclusivamente a la situación existente al tiempo de la solicitud de asilo (año 2007), conforme al principio *tempus regit actum*, o si también ha de tomarse en consideración la situación realmente existente en el momento en que se dicta la resolución judicial de instancia ahora combatida en casación (año 2011). Pues bien, la respuesta a este interrogante ha de resolverse a favor de la segunda opción.

En efecto, el espíritu y finalidad de la protección humanitaria contemplada en el artículo 17.2 de la Ley es proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguar-

dia frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con posterioridad, hasta el punto de desaconsejar el retorno en el momento preciso en que se resuelve sobre el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria. Ciertamente, si se atendiera únicamente a esa situación inicial, que puede retrotraerse a años atrás, y se prescindiera de la vigente al tiempo de la resolución del recurso, el sistema de la normativa de protección internacional será reducido a una mera apariencia formal deviniendo respuesta jurisdiccional ajena a la realidad.

**Derecho de asilo: nacional de Camerún. Alegación de persecución con motivo de su condición de homosexual. No aporta ningún documento acreditativo de su identidad. Ofrece un relato genérico, impreciso e incongruente. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **22 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **413/2011**

Ponente: **D. José Alberto Fernández Rodera**

Voz: **Derecho de asilo. Nacional de Camerún. Alegada condición de persecución por homosexualidad**

Se recurre en autos resolución del Ministerio del Interior de fecha 15 de febrero de 2011, en la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo en España a Pablo Jesús, según afirma nacional de Camerún, por no aportar ningún documento acreditativo de su identidad, por ofrecer un relato genérico, impreciso e incongruente, por las circunstancias en que se ha encontrado entre su llegada a España y la presentación de la solicitud, y por, finalmente, haber podido solicitar asilo en otro Estado antes de llegar a España.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que su condición homosexual le apa-

rejó persecución en el que dice ser su país de origen, persecución y discriminación que se producía en los ámbitos familiar y social, viéndose obligado a abandonar el país, en la inmotivación del acto administrativo y en la inexistencia en el expediente de la preceptiva propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

(...).

Sobre estos y otros aspectos relevantes para mejor atender el litigio se extiende el Informe de la Instrucción, (...), cuyo tenor comparte la Sala:

«No presenta documento alguno acreditativo de su identidad personal, ni del domicilio que

alega en el país de origen, ni de la nacionalidad que manifiesta poseer, sin que explique o se desprenda del expediente motivo alguno que justifique suficientemente dicha carencia.

En cuanto a las alegaciones basadas en la orientación sexual del solicitante, veamos el contexto en el que debemos situarlas. Así el código penal camerunés castiga con una pena de 6 meses a 5 años y multa de 20.000 á 200.000 francos CFA, a toda persona que tenga relaciones sexuales con otra de su mismo sexo, (...). Igualmente la práctica de actos homosexuales está perseguida legalmente y rechazada socialmente, así se desprende de diferentes fuentes consultadas (...).

No obstante, se debe tener presente que según la Audiencia Nacional, véase entre otras la sentencia de 19 de septiembre de 2007, recurso 97/2007, la fuerte discriminación sufrida por ciertos grupos sociales no puede considerarse una persecución de la entidad suficiente para dar lugar al asilo, por lo tanto el solicitante, además de alegar como motivo para obtener protección internacional su orientación sexual, debe haber sufrido una persecución por motivo de la misma, por ello debemos entrar a analizar los hechos relatados.

Así, la solicitud se fundamenta en unas alegaciones, manifiestamente inverosímiles, ya que el relato 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 desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Alegaciones que, en partes esenciales de los hechos narrados: resultan contradictorias con la información disponible sobre país de origen, como más adelante veremos, por lo que puede dudarse, razonablemente, que el solicitante haya vivido, al menos como lo cuenta, lo alegado.

Así, el solicitante indica, entre otra serie de contradicciones e incoherencias, que todo ocurrió en febrero de 2010, cuando por otro lado manifiesta haber salido de su país en mayo de

2009, por lo que ya no se encontraría en éste cuando sucedieron los hechos narrados.

Por otro lado, cada vez que se trata de acotar, bien en el tiempo, bien en el espacio, los hechos narrados, el solicitante contesta de manera vaga e imprecisa, sin que parezca que realmente haya vivido lo relatado Sin ser capaz de aportar un mínimo de verosimilitud a sus alegaciones.

Por otro lado, cada vez que se trata de acotar, bien en el tiempo, bien en el espacio, los hechos narrados, el solicitante contesta de manera vaga e imprecisa, sin que parezca que realmente haya vivido lo relatado Sin ser capaz de aportar un mínimo de verosimilitud a sus alegaciones.

Mencionando que en marzo, aunque no se acuerda bien, participó en una manifestación en la que acudieron «muchas» personas, para reclamar la libertad de los homosexuales, manifestación que por otro lado no se refleja en las distintas fuentes sobre país de origen obrantes en la red (informes del Home Office, Human Rights Watch, ILGA, AfrolNews, sobre Camerún entre otros), y que la policía irrumpió golpeándoles. Sin embargo describe, esta manifestación de manera vaga e imprecisa, no sabe bien cuando fue y participaron muchas personas, sin que sepamos bien donde fue, cómo transcurrió y quién la convocaba, entre otra serie de aspectos que, una persona que haya participado en un acto de esta naturaleza en un país como Camerún, estaría en condiciones de mencionar. Ni que decir que un acto semejante tendría una repercusión en los medios internacionales que contrasta con la ausencia de noticias al respecto.

Igualmente resulta incoherente la forma en la que el solicitante habla de su pareja, Millán. Por un lado no le menciona en todo el proceso desde que es echado de su casa, los intentos de reconciliación con su familia, la paliza, su ingreso en el hospital, su introducción en un círculo de homosexuales y su participación en la marcha de protesta. Durante todos ese tiempo no le menciona, parece que no existe, incluso al ser echado de casa se va a vivir con otro amigo homosexual, Rafael. Y sin embargo, tras interrogársele acerca de su orientación sexual aparece su pareja Millán, de la que nada sabíamos antes, a la que no nombra durante la serie de hechos mencionados y en los que cabría esperar, de una

u otra forma, la aparición de Millán en ellos. Ni le visita en el hospital, ni parece ir a la marcha, ni nada de nada. Entonces, el solicitante abandona el país y, a pesar de llevar desde el año 2004 con Millán de pareja, se va solo, incoherente. Como incoherente es la razón por la que Millán no se va con él, porque Millán no tenía padres y entonces no tenía problemas con ellos y porque el día que abandonó el país no vio a Millán, incongruente, uno si abandona el país, su vida, su gente, sin que ocurra un hecho determinante y de urgencia, cuando menos esperarí a poder

hablar con la pareja que comparte su vida desde hace más de 5 años y no se va, abandonándola, solo porque no la vio ese día.

En resumen, el solicitante realiza un relato desordenado, incoherente en desarrollo y vago y ambiguo en otros muchos aspectos. Lo cual deviene en un conjunto incongruente del cual se puede razonablemente dudar que haya ocurrido o al menos como el solicitante lo cuenta. Y el fin de alterar hechos o relatarlos cuando no han ocurrido no es otro que dar base a una petición que de otro modo no tendrí fundamento».

**Asilo. Alegación de persecución en El Salvador: presunta extorsión por la organización de pandillas criminales asociadas denominada «Maras». Falta de auxilio de las autoridades salvadoreñas. Falta de acreditación de los hechos alegados. Condiciones para el reconocimiento de la condición de refugiado: necesidad de persecución y temor fundado y racional por el perseguido. No existen indicios de tal persecución. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **325/2011**

Ponente: **D. Jesús Nicolás García Paredes**

Voz: **Denegación de asilo: nacional de El Salvador. Ausencia de la persecución alegada**

Se impugna en el presente recurso la resolución de fecha 24 de agosto de 2011, del Ministerio del Interior PD (Orden INT/3162/2009, de 25 de noviembre), la Subsecretaria de Interior, que deniega el derecho de asilo y la Protección subsidiaria a los recurrentes, nacionales de El Salvador, decisión que se fundamenta en la inexistencia, atendidas las circunstancias personales del solicitante contenidas en su petición de asilo, de la persecución a que se refiere el artículo 1.a) de la Convención de Ginebra.

La Administración concretamente sustenta la resolución denegatoria en la falta de acreditación de los hechos de persecución alegados, pudiendo los recurrentes encontrar, en su caso, protección eficaz en otro lugar de su propio país.

(...)

Los recurrentes fundamentan su solicitud en la persecución política que ha sufrido en El Salvador, así como la extorsión por la organización de pandillas criminales asociadas, llamada

«Maras» con ausencia del auxilio de las autoridades salvadoreñas. Alega tener miedo fundado contra sus vidas e integridad física de la familia.

(...)

Más específicamente aún, el Tribunal Supremo ha establecido una jurisprudencia consolidada respecto de los supuestos en que se recurre en vía contencioso-administrativa la denegación de la solicitud de reconocimiento del derecho de asilo. En este sentido, a título de ejemplo pueden citarse —por aludir sólo a alguna de las más recientes—, las sentencias de 19 de junio y 17 de septiembre de 2003, la última de las cuales señala: «... es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doctrina, que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual si ciertamente no es exigible para la concesión del asilo o de la condición de refugiado el acreditamiento mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta

con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar, según sucede en el supuesto ahora enjuiciado, los aludidos indicios de los que pueda deducirse la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, y que el informe emitido por Amnistía Internacional, sólo se refiere, en términos de generalidad, a la situación general de Angola, sin establecer particulares circunstancias relacionadas con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, más aún cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiere dar lugar a presumir posibles persecuciones».

En la demanda se sostiene la existencia de persecución por parte de grupos, «Maras», con la convivencia de las autoridades salvadoreñas, siendo extorsionados y amenazados por dichas organizaciones criminales.

La tesis del actor no puede ser compartida por este Tribunal a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo. Ni de los autos ni del expediente administrativo se desprende, como hemos visto en el fundamento segundo, una prueba, ni siquiera indiciaria, de la realidad

de los hechos que narra. Sólo existe su propia declaración que no viene corroborada ni por otros testimonios ni por documentos que confirmen alguno de sus extremos esenciales.

Por ello no puede afirmarse que se ha aportado un mínimo de prueba de que el recurrente ha sido objeto de las amenazas y extorsiones denunciadas, de las que no consta una denuncia ante las autoridades salvadoreñas competentes.

Finalmente, la pretensión de permanencia en España por razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Asilo) tampoco guarda relación con el contenido del acto impugnado, pues se centra en la autorización de permanencia en España, aun cuando no concurren las circunstancias que permiten legalmente el reconocimiento del derecho de asilo. Al margen de que tales medidas han de adoptarse en el marco general del derecho de extranjería, el recurrente no expone ni acredita razones especiales que permitan concluir la existencia de tales «motivos humanitarios».

En consecuencia, la Sala estima que en este caso no aparece ni siquiera indiciariamente la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Venezuela, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, en la interpretación que de ésta hace el Tribunal Supremo, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho.

**Asilo. Nacional de Albania. Alegada persecución: ausencia de razonamiento en la demanda sobre la existencia de alguna clase de persecución al interesado por razón de raza, sexo o religión. Derecho de asilo: no puede interpretarse para impedir los efectos de una extradición pasiva. Delincuente común. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **384/2011**

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

Voz: **Ausencia de persecución y relato inverosímil: nacional de Albania solicitante de asilo**

---

Se razona en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo

solicitado, en primer lugar, 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 relatados 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.

Se añade seguidamente, en la resolución, que el relato resulta inverosímil, tal como lo formula el solicitante, y según la información disponible sobre el país de origen, Albania, de forma tal que no puede considerarse que haya establecido suficientemente la veracidad de tal persecución sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que ésta haya existido o justifiquen un temor fundado a sufrirla.

Además de las causas anteriores, se afirma en la resolución que las circunstancias en que se ha encontrado el solicitante entre su llegada a España y la presentación de su solicitud de asilo hacen que pueda razonablemente dudarse de la necesidad de la protección demandada.

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, con remisión al relato de hechos realizado por el recurrente, razonando sobre la concurrencia en él de los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra y por la Ley de Asilo, al existir temor a regresar a su país de origen por las razones alegadas en su solicitud de asilo.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

Debemos hacer necesaria referencia a la denegación de la medida de suspensión cautelar en este proceso, toda vez que en dicha resolución se razona, aun con el valor precautorio que caracteriza tales resoluciones, sobre los principales motivos aducidos por el recurrente y que en la demanda reproduce:

«Primero.—Procede ratificar la denegación de la medida cautelar sobre cuya improcedencia ya en el auto de 21 de octubre último razonamos, si bien centrandó en aquella resolución la denegación de la suspensión en la falta de concurrencia, ni siquiera indiciaria, del requisito de la urgencia, lo que se declaraba en los siguientes términos:

“Tercero.—En el presente caso no cabe apreciar la especial urgencia, en los términos expuestos, pues en el escrito de interposición del recurso se solicita la suspensión sin invocar ninguna razón extraordinaria reveladora de esa especial urgencia, sino circunstancias que, en su caso, podrían ser valoradas a través del cauce de la pieza separada de medidas cautelares del art. 131 y concordantes de la LJ, como el *periculum in mora*, la posible pérdida de finalidad legítima del recurso o la ponderación de intereses en conflicto.

Buena prueba de la falta de urgencia es la fecha en que fue dictada la resolución recurrida, 22 de agosto de 2011, notificada el siguiente día 25 de agosto, y la fecha en que se ha interpuesto el presente recurso jurisdiccional, 20 de octubre de 2011, lo que demuestra que no existe la urgencia legalmente requerida cuando el propio interesado ha dejado transcurrir prácticamente en su totalidad el plazo de dos meses que tiene para la interposición del presente recurso contencioso-administrativo.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que las circunstancias alegadas en torno a un procedimiento penal de extradición, resultan totalmente ajenas al presente recurso”».

«Segundo.—Pues bien, esos mismos motivos son determinantes de la denegación de la suspensión una vez sustanciado el incidente cautelar y oída la Administración demandada al respecto.

Apreciada la falta de urgencia en el caso concreto sometido a examen y que, según el criterio del auto mencionado, se ponía en evidencia mediante el extraordinario transcurso temporal sucedido entre la notificación del acuerdo denegatorio de la solicitud de asilo y la interposición del recurso —casi tres meses—, debe añadirse a esa apreciación que, con arreglo a lo que declara una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo —véase, por todos, el auto del citado Tribunal de 10 de marzo de 2004— “la apreciación de la urgencia por el órgano jurisdiccional debe entenderse condicionada a la existencia de una mínima apariencia de buen derecho que avale la viabilidad de la pretensión de fondo ejercitada o que pueda ejercitarse en el proceso principal”, sin que, como también ha declarado nuestro Alto Tribunal, “la simple pendencia del recurso contencioso no justifica la suspensión, otra cosa llevaría sin más a tener que suspender el acto recurrido en todos los supuestos. Únicamente procede la suspensión en aquellos casos en que la especial situación del país de origen del solicitante de asilo justifique ‘per se’ tal acuerdo por existir un riesgo evidente y grave para la persona del recurrente”.

“En este contexto y partiendo de la regla general de ejecutividad de los actos administrativos, cuando no concurren elementos en que apoyar la prevalencia de los intereses privados del recurrente sobre los públicos, de mayor relevancia en general, de grave urgencia o cuando ello no aparece debidamente acreditado ni resulte deducible de racionales indicios, que es lo que aquí sucede, procede rechazar la medida interesada, pues la parte recurrente se limita a solicitar la adopción de la medida cautelar basándose en la posibilidad de salida del territorio nacional, sin razonar de forma concreta y verosímil la concurrencia de razones de especial riesgo para su vida, integridad física o libertad, o la existencia de otros motivos que puedan justificar la suspensión interesada”.

“En suma, pues, el interés público del mantenimiento del acto recurrido debe prevalecer, en este asunto, sobre el interés del recurrente, ya que en este caso no existen indicios de riesgo para la vida ni la integridad física de éste, ni tampoco para su libertad, lo que impide que se

den las circunstancias previstas en la Ley de esta Jurisdiccional para el otorgamiento de la tutela cautelar”».

«Tercero.—En el caso examinado existe una falta de certeza sobre datos esenciales, incluida la propia identidad personal del actor, cuyo nombre es hipotético —según asevera el notario autorizante de la escritura de poder general para pleitos—, y esa incertidumbre y vaguedad se extiende sobre la totalidad del relato vertido en el escrito de interposición para justificar la adopción de la medida pretendida, pues hay una total y absoluta falta de precisión en cuanto a los hechos del pasado que pudieran servir de indicio de la existencia de un temor fundado por el recurrente a sufrir persecución en su persona, pues la única referencia contenida es a la supuesta animadversión de sus cuñados —a quienes ni siquiera identifica con sus nombres para permitir la más mínima indagación al respecto—, uno de los cuales, según afirma es “Jefe de Policía y en la actualidad, Jefe de las Fuerzas Especiales, y demás personas influyentes (sic)”, alegación que, aun aceptando que fuera cierta, no se relaciona con la persona del recurrente, que ni siquiera sabemos si es la misma persona titular del pasaporte entregado a la Administración».

«Cuarto.—Finalmente, no puede desconocerse el designio del actor de desvirtuar los efectos del procedimiento de extradición que se sigue contra él por “homicidio premeditado y tenencia ilícita de armas”, delitos de suma gravedad y ajenos, salvo alegación al respecto del recurrente, sobre cuyas circunstancias éste guarda absoluto silencio, a toda idea de peligro o temor fundado basado en una persecución política hacia el demandante.

Por lo demás, el artículo 19.2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, conforme a la cual “2. Asimismo, la solicitud de protección suspenderá, hasta la decisión definitiva, la ejecución del fallo de cualquier proceso de extradición de la persona interesada que se halle pendiente. A tal fin, la solicitud será comunicada inmediatamente al órgano judicial o al órgano gubernativo ante el que en ese momento tuviera lugar el correspondiente proceso”, es un

efecto que se dirige a la autoridad gubernativa o judicial que sea competente en cada fase del procedimiento de extradición, pero no altera el régimen procesal de las medidas cautelares establecido en los artículos 130 y siguientes de la LJCA, pues no estamos aquí ante el análisis de qué efectos surte la solicitud de asilo, sino en trance de examinar si la denegación de tal solicitud —que es un acto posterior y contrario al citado— debe ser o no suspendida conforme a los principios y reglas propios de nuestra norma reguladora».

En definitiva, 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. Luis —en el caso de que tal sea su verdadero nombre—, 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 dato objetivo existe de que el solicitante 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, en relación con la persecución a que dice haber sido sometido, al margen de las muy llamativas contradicciones en que incurre y que se ponen de manifiesto en el informe de fin de instrucción, en el que revela, en primer término, que dice estar perseguido por el Partido Democrático, al que afirma, por otro lado, haber pertenecido y en tal sentido formuló su primera exposición de hechos con la petición de asilo.

Por lo demás, no podemos sino coincidir con la resolución recurrida en cuanto a la muy escasa credibilidad, por no decir nula, que presenta el relato del recurrente, dado el extraordinario tiempo transcurrido desde que dejó su país, en 1996, hasta nuestros días, siendo insólito que sólo pasados casi quince años haya sentido de repente la necesidad de solicitar el asilo en nuestro país, iniciativa que no parece ser ajena al intento de paralizar los efectos de la extradición pasiva acordada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por los delitos de homicidio voluntario y tenencia de armas, siendo así que, además, en nuestro país, tiene

una reseña por robo con fuerza en las cosas el 19 de enero de 2001, aunque afirma haber entrado por segunda vez en España en 1998, tras haber transitado por otros países, como Francia e Italia, donde pudo haber solicitado, en su momento, la misma petición que ahora formula.

Es evidente que, tal como señala el informe mencionado, que merece a la Sala toda credibilidad, el interesado no pidió la protección internacional hasta que no se puso en marcha el procedimiento de extradición pasiva para ser juzgado en su país por delitos que no guardan relación alguna, ni remota, con la persecución política, sino que se trata de delitos comunes y, además, gravísimos, siendo así que la resolución de extradición, que la autoriza en fase judicial, razona de forma muy extensa acerca de las garantías que Albania ofrece, entre otras un nuevo juicio, puesto que fue juzgado y condenado *in absentia*, así como, en su caso, que la cadena perpetua, caso de imponerse, sea revisable periódicamente.

Falta, además, toda prueba, aun indiciaria, acerca de la veracidad de la persecución que dice el recurrente haber padecido y que se expone con gran confusión, pues no se sabe bien si procede de forma estricta de las autoridades albanesas, propiamente tales, o se trata de una venganza puramente personal de sus parientes, aun en el caso de que aceptáramos que son ciertos, hipotéticamente, los hechos alegados

(...)

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en la recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho asilo, ni la protección subsidiaria, pues el temor expresado en la demanda se resume en la idea de sufrir algún daño físico, un juicio injusto o cumplir una condena a perpetuidad sin revisión alguna, temores que todo ser humano puede subjetivamente padecer, pero no por ello determinarían la obtención del derecho de asilo sólo con expresar públicamente el temor de que la ley penal se cumpla, pues basta examinar las rigurosas condiciones de la resolución que autoriza la extradición para verificar que esos temores no

son justificados, pues no sólo se supedita dicha extradición a la revisión del juicio inicial con lo que no cabría anticipar ni que en ese segundo juicio recayera condena ni que, en caso afirmativo, ésta fuera de igual sentido que la primera, sino también a la revisión de dicha pena, caso de imponerse por segunda vez en el juicio que debería celebrarse, circunstancias todas ellas que, a falta de la más mínima prueba, no pueden servir de base para enervar los efectos de una extradición acordada por un Tribunal español independiente y sometido al Derecho.

Por lo demás, no hay ni rastro de la supuesta solicitud de asilo que afirma el recurrente que, pretendida en España, prosperó —lo cual haría innecesario, por otra parte, caso de existir, este procedimiento segundo que ahora enjuiciamos

en su legalidad—, ni tampoco lo hay de la resolución que supuestamente lo otorgó, pues la dificultad probatoria de que se hace eco el Tribunal Supremo debe entenderse rectamente referida a los documentos u otras pruebas generados o localizados en el país de origen del que se huye, sin que quepa extenderlos a otros acreditativos de una realidad posterior y de sumamente fácil obtención, siempre que fuera verdad la afirmación sobre su existencia, de la que seriamente dudamos, como del resto de los hechos aducidos, no adverados por el más mínimo indicio probatorio, comenzando por el que constituiría el núcleo central de la persecución, como lo es la identidad y cargo de los cuñados del recurrente y, en especial, del que afirma ser jefe de policía, así como su relación con la alegada como falsa imputación de asesinato.

**Asilo. Nacional de Angola. Protección subsidiaria. Ausencia de razonamiento sobre persecución al interesado por razón de raza, sexo, religión u otras. No se precisa una prueba plena de la persecución o del temor fundado de padecerla: necesidad de «prueba indiciaria». El solicitante afirma ser militar y «haber desobedecido órdenes ilegales para envenenar a un superior». Relato inverosímil y lleno de contradicciones. Desestimación del recurso.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 26 de julio de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 504/2011**

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

**Voz: Nacional de Angola: solicitud de asilo. Relato inverosímil y contradictorio**

Se razona en los fundamentos de dicha resolución administrativa, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en primer lugar, 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. Se añade seguidamente, en la resolución, que el relato en que el recurrente basa su solicitud resulta contradictorio en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y en los aspectos de dicha persecución, de forma tal que no puede considerarse que haya establecido suficientemente la veracidad de tal persecución sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que ésta haya existido o justifiquen un temor fundado a sufrirla.

(...)

En este asunto, en la demanda se ha alterado sensiblemente el objeto procesal, pues la originaria solicitud de reconocimiento del derecho de asilo se ha convertido, visto el muy somero alegato contenido en el fundamento de derecho único, en una petición autónoma de que le sea concedido el derecho a la protección subsidiaria, lo que constituye una grave desviación procesal, pues no se combate el acto administrativo impugnado —cuya parte dispositiva lo que declara es la denegación del derecho al asilo solicitado— por las razones que se expresan ampliamente en él y que llevan a denegar el asilo instado por el propio recurrente, sino que ahora, por primera vez y sin una verdadera y

propia alegación relativa a los hechos realmente sucedidos —es clamoroso y sumamente significativo el informe a que hemos hecho mención, que el recurrente no tiene a bien contradecir en lo más mínimo, pese a que en él se ponen al descubierto las numerosas contradicciones e incoherencias de su relato— se viene a pedir otra cosa distinta a la originariamente instada, lo que únicamente se acepta, a los solos efectos procesales, en la medida en que la protección subsidiaria, dada su naturaleza, podría entrañar una petición a partir del reconocimiento y aceptación de la falta de concurrencia, en el interesado, de causas merecedoras de la protección internacional que el derecho de asilo brinda, aceptación que viene a reconocerse de hecho en su demanda, bien de qué forma ciertamente inmotivada, dada la evidente improcedencia de la obtención de ese derecho.

Ahora bien, partiendo de que lo que ahora se pide, *ex novo* y sin que se hubiera promovido, subsidiariamente, en el expediente administrativo, tampoco procede la protección subsidiaria, pues el recurrente se limita a aseverar, de una forma ciertamente apodíctica, que aunque no concurren razones para el otorgamiento del asilo, sí las hay para que le sea admitida la protección subsidiaria, afirmando al respecto que «ya ha sido víctima de torturas...», afirmación que como hemos visto ha quedado ayuna de toda prueba, ni plena ni indiciaria, así como de cualquier indicio que vaya más allá de las simples interesadas alegaciones de quien ha incurrido en tan patentes y manifiestas contradicciones en su relato que no es posible creerle, pues una cosa es que en materia de asilo se flexibilice la prueba, de suerte que no sea exigible una acabada y completa acreditación de los hechos narrados, y otra bien distinta que sea admisible todo lo que los interesados aleguen, incluso fabulando, sobre supuestos motivos de persecución, cuando no vienen avalados por los menores indicios de acreditación, ni siquiera los más livianos.

(...)

En tal sentido, la protección subsidiaria conecta el artículo 4 con el padecimiento de los graves daños a que se refiere el artículo 10 de la propia Ley, y la expresión «riesgo real» a que alude el precepto excluye los casos, como

el presente, en que la supuesta amenaza temida sólo es conocida a través de un relato que la Administración considera inverosímil —calificación que esta Sala, a la vista de las circunstancias, comparte plenamente— pero que no está amparado en prueba de clase alguna, ni siquiera en débiles indicios, siendo así que, como se informa, es completamente inusual que el recurrente haya obtenido un pasaporte de su país y salido por una frontera adecuada a tal fin sin haber tenido el menor problema para ello, siendo más escasamente convincente aún la alegación de que el pasaporte se lo ofreció su propio agresor, el llamado teniente Gaspar, pese a que dicha entrega, en el propio relato del Sr. Alfonso, constituía una promesa o recompensa para la hipótesis de que el ahora recurrente cumpliera una condición de carácter criminal a cuya ejecución éste, según sus propias palabras, se negó, lo que hace especialmente poco convincente la idea de que el pasaporte fuera obtenido de esa forma, esto es, proporcionada por la propia persona que habría quedado defraudada por la omisión del demandante.

(...)

En el presente caso, sin embargo, el relato de hechos está lejos de haber intentado siquiera la acreditación indiciaria de tales datos y circunstancias, pues carece de la más mínima consistencia que pudiera llevar a la Sala a un convencimiento psicológico que permita considerar que las cosas fueron como se dice que fueron y que el recurrente sufra persecución, o tenga fundados temores a sufrirla, por alguna de las causas contempladas en la Convención de Ginebra, procedente, además, como hemos señalado, de una manera directa o indirecta, de algunos de los agentes de persecución indicados en el artículo 13 de la Ley de Asilo, aun concebidos los conceptos que se encuentran en dicho precepto de un modo amplio.

(...)

No cabe, en consecuencia con todo lo expuesto, apreciar la concurrencia en la recurrente de las condiciones establecidas en la referida Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo para ser beneficiario de la protección internacional derivada del derecho asilo, ni la protección subsidiaria, pues aún en el caso de

que los hechos que relata pudieran considerarse acreditados, siquiera lo fueran indiciariamente, lo cierto es que el agente perseguidor, en este caso, sería ajeno a las autoridades del país de origen, Angola, las cuales no sólo no amparan y toleran tales actos, o nada se ha acreditado en contrario, sino que los prohíben y persiguen, pues nada consta al respecto de que el interesado Sr. Alfonso hubiera acudido a las autoridades de su país a denunciar tan graves hechos como los que dice le sucedieron, y que éstas hubieran hecho caso omiso de tales denuncias, no les

hubieran dado curso o hubieran amparado la pretendida conducta criminal de los dos militares corruptos y delincuentes a los que se refiere la narración del interesado, de suerte que, bien de forma directa, bien por la vía de la pasividad, de la indiferencia o de la impotencia, circunstancias todas ellas que debían haber sido reflejadas en el escrito de demanda, el cual adolece de muy graves carencias argumentativas y probatorias, constase de algún modo que las autoridades angoleñas hubieran negado su protección jurídica al demandante.

**Asilo: nacional de Benin. Persecución: temor fundado de regresar a su país como consecuencia de unas agresiones sufridas por parte de la policía. Ausencia de aporte documental sobre los hechos alegados ni sobre su efectiva nacionalidad. No resulta acreditado que el solicitante de asilo haya sufrido persecución personal e individualizada. Desestimación del recurso.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 26 de julio de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 569/2011**

**Ponente: D. Jesús Cudero Blas**

**Voz: Denegación de asilo: nacional de Benín. Falta de acreditación de la persecución alegada**

En la petición que dio origen al procedimiento que nos ocupa (presentada el 14 de junio de 2011), el demandante adujo que es ciudadano de Benín y que en la zona donde residía toda la población se dedica a la agricultura, contando cada familia con una porción de tierra para cultivar. Señala que en el año 2004 fallece su padre y que su hermano y él mismo continúan trabajando la tierra hasta que el febrero de 2008 el Gobierno les dice que las abandonen pues van a ser expropiadas «a cambio de nada». Describe, además, cómo el 6 de agosto de 2007 la policía aparece en las tierras con utensilios para arrasarlo todo, lo que da lugar a una revuelta popular que se salda con varios agentes apedreados, algunos fallecidos y una contundente y brutal reacción policial posterior. Los que pueden, dice, huyen del país y él se dirige a un pueblo cercano, desde el que llega a Níger, país en el que trabaja como electricista pero en el que también es perseguido por ser cristiano. Después de un largo periplo por Argelia, Malí y Marruecos, consigue llegar a Ceuta.

En el Informe Fin de Instrucción, desfavorable a la concesión de asilo, se expone en primer lugar que el interesado no aporta documento alguno que acredite su identidad o nacionalidad, señalando que los hechos que aduce no se derivan de ninguno de los motivos previstos en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra, añadiendo la resolución recurrida que el actor tuvo la oportunidad de solicitar protección en varios Estados antes de llegar a España, no dando explicaciones convincentes sobre su negativa a hacerlo.

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 (único elemento probatorio interesado) no resulta acreditado, aun de forma indiciaria, que el solicitante de asilo haya sufrido persecución personal e individualizada en el

que dice ser su país por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

Y es que se reitera el relato de hechos que obra en el expediente, el cual gira sobre el supuesto conflicto suscitado entre los habitantes de la localidad de su residencia con la policía por una cuestión de propiedad de sus tierras, sin aportar dato alguno que ponga de manifiesto no ya solo la veracidad de tal relato, sino la circunstancia de que la supuesta persecución haya sido efectuada por las autoridades de su país o sus agentes por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, de modo que —incluso aceptando a efectos dialécticos que tales hechos fueran ciertos— tampoco tendrían los mismos encuadre en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951 ni en la Ley de Asilo.

(...)

Las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón de tipo humanitario, sino que necesariamente tienen que estar vinculadas a un riesgo real de desprotección por razón de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso. Debe apreciarse, pues, si existen razones o circunstancias incompatibles con el disfrute de los derechos inherentes a la

persona, caso de que éstos tuvieran que volver a su país. Las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interprete la expresión ampliamente, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas.

Como ha expresado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 2003, entre otras, «Nos encontramos en este precepto con una previsión del legislador para que la Administración pueda autorizar al extranjero en quien no concurren los requisitos del artículo 3.1 de la Ley a permanecer en España, confiriendo de este modo a la Administración la posibilidad de valorar la situación concreta del solicitante de asilo con un margen de discrecionalidad para resolver».

En nuestro caso, no existen condiciones que permitan considerar que concurren alguna o algunas de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada, para lo cual basta reiterar que las razones esgrimidas por el recurrente no tienen encaje alguno en los supuestos contemplados en la norma.

**Asilo. Nacional de Gambia. Persecución. Motivos religiosos: afirma profesar religión cristiana en un lugar donde el 95% de sus habitantes son «musulmanes radicales». Solicitud de asilo. Entrevista personal: posible indefensión. Conocimiento por el recurrente de los motivos de la desestimación y posibilidad de alegar lo que, en derecho, estimó conveniente. Ausencia de datos sobre la identidad, nacionalidad y la realidad de los hechos. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **26 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **42/2012**

Ponente: **D. Jesús Nicolás García Paredes**

Voz: **Falta de acreditación de la persecución alegada en la solicitud de asilo: nacional de Gambia: motivos religiosos**

La Administración concretamente sustenta la resolución denegatoria en que el relato del solicitante no resulta veraz, al no acreditarse las amenazas que invoca el recurrente por parte de

su padre o familiares por motivos religiosos y por el entorno social de su ciudad, en la que el 95 por ciento de sus habitantes son musulmanes radicales, incluidas las autoridades civiles. El

resto de los elementos probatorios aportados por el solicitante valorados en su conjunto y con el relato del solicitante y en el contexto del país de origen, no resultan suficientes para considerar acreditada, ni aún indiciariamente, la existencia de la persecución alegada.

(...)

El recurrente fundamenta su solicitud en la narración de los siguientes hechos: las amenazas que ha sufrido en su país de origen, Gambia, por parte de su padre o familiares por motivos religiosos y por el entorno social de su ciudad, en la que el 95% de sus habitantes son musulmanes radicales, incluidas las autoridades civiles, por su condición de cristiano.

La defensa del recurrente pone de manifiesto, en primer lugar, las dificultades en la traducción de las preguntas y respuestas practicadas al interesado en inglés, idioma que no domina el recurrente, lo que provoca que no se conozca en sus justos términos la realidad de lo denunciado por el recurrente. Alega que existen indicios suficientes que acreditan lo aseverado por el mismo, además de que existió un vicio procedimental por la omisión de asistencia letrada en la entrevista.

(...)

La tesis del actor no puede ser compartida por este Tribunal a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo. Ni de los autos ni del expediente administrativo se desprende, como hemos visto en el fundamento segundo, una prueba, ni siquiera indiciaria, de la realidad de los hechos que narra. Sólo existe su propia declaración que no viene corroborada ni por otros testimonios ni por documentos que confirmen alguno de sus extremos esenciales.

Por otro lado, la ausencia de datos concretos sobre la identidad del recurrente y su nacionalidad (pues en el expediente consta denuncia interpuesta por pérdida o sustracción de objetos personales, entre ellos, la documentación personal), viene a suponer un obstáculo para considerar fiable la narración de los hechos efectuada por el recurrente. Por ello no puede afirmarse que se ha aportado un mínimo de prueba de que el recurrente ha sido objeto de una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que le sea concedido el asilo solicitado, ni de que padezca un fundado y razonable temor de sufrir persecución en el futuro si regresa a su país de origen.

Finalmente, la pretensión de permanencia en España por razones humanitarias (artículo 17.2 de la Ley Reguladora del Asilo) tampoco guarda relación con el contenido del acto impugnado, pues se centra en la autorización de permanencia en España, aun cuando no concurren las circunstancias que permiten legalmente el reconocimiento del derecho de asilo. Al margen de que tales medidas han de adoptarse en el marco general del derecho de extranjería, el recurrente no expone ni acredita razones especiales que permitan concluir la existencia de tales «motivos humanitarios».

En consecuencia, la Sala estima que en este caso no aparece ni siquiera indiciariamente la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de la existencia de amenazas por motivos religiosos en su país, Gambia, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, en la interpretación que de ésta hace el Tribunal Supremo, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho.

## EXPULSIÓN

**Expulsión de extranjeros. Condena penal por delito doloso: tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud. Pena privativa de libertad inferior a un año: recurrente condenado a un año de prisión. La pena excluye la aplicación del artículo 57 de la LO 4/2000. Estimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (núm. 4) de Zaragoza**

Fecha: **28 de marzo de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **40/2011**

Ponente: **Dña. Concepción Gimeno Gracia**

Voz: **Expulsión de extranjeros. Condena penal inferior a un año de privación de libertad**

Como motivos de impugnación frente a la actuación administrativa impugnada, mantiene el recurrente:

1. Que no concurre el supuesto establecido en el artículo 57.2 de la LO 4/2000, ya que la condena penal que se le ha impuesto no es superior a un año, y
2. En segundo lugar, que el recurrente es residente de larga duración y en el procedimiento se ha omitido considerar sus circunstancias de arraigo, y
3. En tercer lugar, que nos encontramos ante un supuesto de inexistencia de amenaza actual y suficientemente grave, como requisito para la extinción de su residencia permanente o de larga duración.

El art. 57.2, de la LOEx, dice:

«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».

Al recurrente se le ha condenado penalmente, concretamente en fecha 3 de julio de 2006, a la pena de privación de libertad de un año de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

durante el tiempo de la condena, todo ello como autor penalmente responsable de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas de las que no causan grave daño a la salud.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Aragón, dictó Sentencia en fecha 30 de marzo de 2007, en la que, entre otras cosas, mantiene que el precepto de aplicación (57.2 antes expuesto), plantea dudas interpretativas, pero lo cierto es que se refiere al extranjero condenado por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país «delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año», y es lo cierto que la conducta por la que fue condenado el actor en nuestro país —sigue la Sentencia— constituye delito sancionado con pena privativa de libertad de seis meses, y por lo tanto, pena privativa de libertad inferior a un año, lo que excluye la aplicación del precepto que sirve de fundamento a la expulsión y seguía la Sentencia manteniendo que había de atenderse a la pena efectivamente impuesta.

En este mismo sentido este Juzgado ha resuelto en situaciones precedentes a la que aquí nos ocupa, también, según nos consta, el resto de Juzgados de este foro, y por tanto entendemos que debe procederse sin más análisis a la íntegra estimación de la demanda, no discutiéndose por la Administración la condición de residente de larga duración del recurrente, lo que impedía por tanto acordar su expulsión al amparo del artículo 57.2 en las circunstancias expuestas.

**Expulsión del territorio nacional: causas. No disponer de documento alguno que acredite la situación de permanencia o residencia legal en España. Estancia ilegal y falta de arraigo social, económico o familiar. Motivación suficiente. Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **30 de marzo de 2012**

Recurso de Apelación: **715/2010**

Ponente: **Dña. Estrella Blanes Rodríguez**

Voz: **Expulsión. Falta de documentación de la residencia legal**

Se impugna en este recurso de apelación la sentencia citada, que desestimó el recurso formulado por la actora apelante, contra la resolución del Sr. Subdelegado del Gobierno en la Comunidad Valenciana, que impuso a la actora la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada, por un periodo de tres años, por no disponer de documento alguno que acredite la situación de permanencia o residencia legal en España.

Impugnada esta resolución en la vía contencioso-administrativa, el juzgado desestimó la impugnación, razonando, en síntesis primero, que estaba acreditada la permanencia irregular; segundo, que la resolución administrativa estaba debidamente motivada y, tercero, que la sanción de expulsión es proporcionada a las propias circunstancias de la recurrente por carecer de arraigo familiar y/o económico sin haber justificado medios de vida propios, ni voluntad de regularizarse.

Contra esa sentencia ha formulado la parte actora recurso de apelación, en el que alega, en que no consta ninguna circunstancia negativa que justifique la expulsión, y la indebida aplicación del artículo 55 y 57.1 de la Ley Orgánica 8/2000, acerca de la graduación de las sanciones, ya que la sanción ordinaria para la permanencia ilegal es la de multa, al tratarse de una falta grave, y por ello la expulsión debe motivarse específicamente, y la Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, que considera que procede la sanción de multa y no la de expulsión por no constar otra motivación que la mera estancia ilegal.

(...)

Pues bien, esto último no ocurre en el caso de autos, en que a la permanencia ilegal en

España se une la circunstancia de hallarse la actora, sin arraigo suficiente, sin justificar los medios de vida de que dispone y sin que consten ninguna solicitud de regularización.

Por arraigo, se entiende:

el arraigo familiar debe caracterizarse como notas distintiva por la existencia de unos lazos de parentesco cualificados (matrimonio o pareja de hecho, hermanos, padres o hijos), que la relación sea con españoles o extranjeros residente legales y, finalmente, por la existencia de una convivencia que justifique la invocación de tal arraigo, pues incluso la jurisprudencia lo ha venido admitiendo para supuestos de agrupaciones entre hermanos (...), llegando a apreciar la existencia de arraigo familiar en convivencias de uniones de hecho efectivas y continuadas (...)

En cuanto a los medios de vida, el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de julio de 2001, se pronuncia en el siguiente sentido:

Según este precepto incurre en causa de expulsión del territorio español el ciudadano extranjero que carece de medios lícitos de vida, y, por consiguiente, en tal supuesto se encuentra el que careciese de cualquier medio de vida.

Asegura la recurrente que corresponde a la Administración probar la carencia de medios de vida, pero tal afirmación no resulta acorde con la lógica del precepto en cuestión, pues ha de ser aquél a quien se imputa que carece de medios de vida el que debe acreditar los que tenga para su subsistencia, como en cualquier otro supuesto en que un precepto sanciona una conducta por carecer de autorizaciones, permisos o licencias.

Cabe argüir que el régimen de permisos o licencias no tiene analogía con la posesión de medios de vida porque el mero hecho de subsistir los presupone, y será la Administración quien deba destruir esa presunción de tenencia de medios de vida, pero este planteamiento no se corresponde con la finalidad del precepto en cuestión, que tiende a evitar la presencia en territorio español de ciudadanos extranjeros cuya fuente de ingresos no sea lícita, lo que les obliga a justificar, al menos, que tienen un medio de subsistencia, lo que el Tribunal sentenciador declara que no ha conseguido acreditar la recurrente, de manera que no se ha infrin-

gido por aquél los principios invocados en los motivos de casación primero y cuarto.

El ahora apelante no ha justificado ningún tipo de arraigo social, familiar o económico motivo por el cual la Sentencia de instancia debe ser confirmada ya que la permanencia ilegal y los hechos administrativos que constan en la resolución de expulsión son motivación suficiente, para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que la Administración no ha desconocido el principio de proporcionalidad, ni ha dejado de expresar las razones por las que expulsó a la actora del territorio nacional.

**Expulsión de extranjeros: petición de sustitución por multa. Alegación de estar en condiciones de obtener el permiso de trabajo y residencia al contar con una oferta de trabajo. Arraigo: falta de justificación de esta circunstancia. Pendencia de diligencias policiales de investigación por la posible comisión de un delito de receptación. Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **18 de mayo de 2012**

Recurso de Apelación: **343/2011**

Ponente: **Dña. Nerea Juste Díez de Pinos**

Voz: **Expulsión. Falta de arraigo**

Los motivos que arguye la parte apelante para que, con revocación de la sentencia dictada en la instancia se estimen sus pretensiones consistentes en considerar: Que el actor posee una oferta de trabajo en el gremio de la hostelería que será presentada por un empresario con duración anual y 40 horas semanales, con la que pretende obtener el permiso de trabajo y residencia en cuanto le sea concedida la pertinente documentación, además convive con familiares que se encuentran en situación regular. A las pretensiones de la parte apelante se opone la parte apelada.

Sentado lo anterior partiendo de la base de que la conducta del apelante tienen encaje en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de Extranjeros en España y su integración social, (...) por encontrarse irregularmente en territorio español, sin embargo el artículo 57.1 de la indicada Ley 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), c) d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo. Para la aplicación de tal medida, será preciso, tal y como declara el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de marzo de 2007 que concurran en el expediente datos negativos sobre la conducta del que ha sido sometido al mismo o sus circunstancias y esos datos sean de tal índole que justifiquen la expulsión.

Así las cosas el actor, además de no justificar arraigo, por lo que no puede pretender que concurran elementos positivos, no está provisto del correspondiente pasaporte, le consta ordenada una devolución por entrada ilegal en Santa Cruz de Tenerife el 7 de septiembre de 2006, y está incurso en diligencias policiales por un

presunto ilícito penal de receptación, datos negativos de suficiente entidad que justifican la

expulsión acordada. En consecuencia procede la desestimación del recurso de apelación.

**Libre circulación de personas. Expulsión de ciudadano italiano de Alemania. Condena por agresión sexual a menor de edad y orden de expulsión concurrente. Concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública»: amenaza actual, real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Pueden justificar una medida de expulsión.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **22 de mayo de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-348/2009**

Ponente: **Sr. Da Cunha Rodrigues**

Voz: **Expulsión de ciudadanos comunitarios. Condena penal: motivos imperiosos de seguridad**

El Sr. I. nació en Italia el 3 de septiembre de 1965 y vive en Alemania desde 1987. Su primera tarjeta de residencia fue expedida en abril de 1987 y fue renovada posteriormente varias veces. Está soltero y no tiene hijos. No ha completado ninguna formación escolar ni profesional y sólo ha trabajado en Alemania con carácter temporal. El Sr. I. tiene cinco hermanos, de los que unos viven en Alemania y otros en Italia. Desde su privación de libertad en enero de 2006 su madre reside una parte del tiempo en Alemania y otra en Italia.

El Sr. I. fue condenado mediante sentencia del Landgericht Köln (Tribunal Regional de Colonia) de 16 de mayo de 2006, firme desde el 28 de octubre de 2006, por abusos sexuales, agresión sexual y violación de una menor, a una pena privativa de libertad de siete años y seis meses. Los hechos que dieron lugar a su condena ocurrieron entre 1990 y 2001. Desde 1992 el Sr. I. obligaba a su víctima, con frecuencia casi semanal, a mantener relaciones sexuales con él o a realizar otros actos sexuales, haciendo uso de la fuerza y amenazándola con matar a su madre o a su hermano. La víctima de esos hechos punibles era la hija de su pareja en aquella época, que tenía ocho años cuando comenzaron a producirse. El Sr. I. está en la cárcel desde el 10 de enero de 2006 y habrá cumplido su pena de prisión el 9 de julio de 2013.

Mediante resolución de 6 de mayo de 2008, la Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid,

parte demandada en el litigio principal, declaró la pérdida del derecho de entrada y de residencia del Sr. I. en el territorio alemán, ordenó la ejecución inmediata de la resolución y le requirió para que abandonara ese territorio, en defecto de lo cual sería expulsado a Italia.

La demandada en el litigio principal manifiesta que el Sr. I. había actuado con especial energía criminal y había causado un «sufrimiento inmenso» a su víctima al abusar de ella durante largos años. Considera que no cabe excluir que en circunstancias similares reiniciada en actos de igual o semejante naturaleza a los cometidos antes de su detención, debido en especial al dilatado tiempo durante el que se ejecutó el delito y al hecho de que su autor aún no ha desarrollado un sentimiento de culpa. No obstante, se han tomado en consideración los intereses merecedores de protección del Sr. I., quien no está especialmente integrado económica o socialmente en la sociedad alemana.

El 12 de junio de 2008 el Sr. I. interpuso un recurso contra la orden de expulsión de 6 de mayo de 2008 y solicitó la suspensión de su ejecución. El Verwaltungsgericht Düsseldorf (tribunal de lo contencioso-administrativo de Düsseldorf) desestimó el recurso mediante sentencia de 14 de julio de 2008, considerando en particular que los hechos que motivaron la condena revelan un comportamiento personal que permite temer una amenaza actual, real y suficientemente grave para un interés fundamental

de la sociedad, a saber, la protección de las niñas y mujeres frente a las agresiones sexuales y las violaciones. El Sr. I. actuó con especial energía criminal, habida cuenta en particular del largo período durante el que se cometieron los actos, de la edad de la víctima y de las medidas que puso en práctica para evitar que éstos se descubrieran, amenazando permanentemente a su víctima y consiguiendo su aislamiento.

El Sr. I. interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, que, tras restablecer el efecto suspensivo del recurso, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Comprende el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” a que se refiere el artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38/CE solamente los riesgos para la seguridad interior y exterior del Estado, entendida como la permanencia del Estado con sus instituciones y sus servicios públicos fundamentales, la supervivencia de la población, las relaciones exteriores y la convivencia pacífica de los pueblos?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 28, apartado 3, letra a), 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, 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, 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.

Toda medida de expulsión está subordinada 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. Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen.

**Expulsión de extranjeros. Prevalencia del interés particular del recurrente sobre el general. Arraigo. Actos administrativos: Ejecución. Medidas cautelares. Suspensión. Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **25 de mayo de 2012**

Recurso de Apelación: **83/2012**

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

Voz: **Expulsión. Medidas cautelares: suspensión**

El auto apelado, deniega la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido, por el que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional, al considerar, en esencia, al ponderar los intereses que exige la adopción de una medida cautelar, que no se dan motivos para acordarla, al no apreciarse de forma clara y evidente una situación de arraigo que haga prevalecer el interés particular sobre los generales y no cumplirse el necesario presupuesto de la apariencia de buen derecho, en atención a las detenciones y condenas de las que ha sido objeto.

Frente a dicha conclusión, insiste el recurrente en su apelación en las mismas argumentaciones aducidas en la instancia al solicitar la suspensión del acuerdo de expulsión, sin que las mismas hayan desvirtuado los razonamientos del Juzgador, que en lo sustancial se aceptan y dan por reproducidos, lo que determina la desestimación del recurso. Y es que partiendo de que, en efecto, reiterada doctrina jurisprudencial viene a reconocer la prevalencia del interés particular del recurrente, frente al general de que se lleve a cabo la expulsión o la salida de quien carece de permiso o autorización para residir, cuando aquel goza de arraigo en nuestro país en razón a intereses de tipo económico, social o familiar, por lo que la inmediata salida del

país le produciría unos perjuicios de reparación imposible o difícil, es lo cierto que en el presente caso las circunstancias de arraigo alegadas por el recurrente resultan insuficientes frente a las detenciones y condenas que aparecen recogidas en el informe de la Jefatura Superior de Policía de Aragón remitido por fax al Juzgado con fecha 31 de enero de 2012, aún cuando según la copia de la certificación aportada por el recurrente —obtenida directamente del Juzgado de Instrucción núm. 2 de esta ciudad, ante el que se siguen diligencias contra el recurrente por un delito de tráfico de drogas—, no consten a fecha 13 de septiembre de 2011 antecedentes penales. Siendo las detenciones y condenas a que dicho informe se refiere, unidas a otras circunstancias negativas que —según refiere en su demanda el recurrente— se tuvieron en cuenta para decretar la expulsión, tales como el incumplimiento de una salida obligatoria, las que impiden apreciar, a los solos efectos aquí examinados y sin prejuzgar, la apariencia de buen derecho en favor del recurrente y, por el contrario, que haya de considerarse, con el Juzgador, prevalente el interés público o general de ejecutar la resolución administrativa que decide la expulsión del recurrente. Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

**Expulsión de extranjeros: suspensión de la sanción. Ciudadano senegalés. Arraigo: empadronamiento insuficiente. Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **30 de mayo de 2012**

Recurso de Apelación: **599/2011**

Ponente: **D. Pedro José Fernández Dotu**

Voz: **Expulsión de extranjeros. Suspensión de medidas cautelares. Arraigo**

En fecha 29 de septiembre de 2011 y en pieza separada de adopción de medidas cautelares, derivada de los autos de procedimiento abreviado 334/11, seguido ante el juzgado de lo contencioso administrativo n.º 2 de Vigo, por dicho Juzgado y en relación con la solicitud deducida mediante «otrosí» al formular el correspondiente recurso contencioso administrativo por la representación letrada del ciudadano senegalés Mario, relativo a la suspensión de la ejecución de la resolución adoptada en fecha 30 de junio de 2011 por la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, acordando la expulsión del mismo del territorio nacional por un periodo de tres años, se dictó auto, denegando la adopción de dicha medida cautelar.

Contra dicha resolución se alza en apelación la parte actora alegando está suficientemente acreditado el arraigo del recurrente en España.

No puede darse favorable acogida al recurso de apelación interpuesto, pues centrada la motivación de este en la concurrencia de la pretendida circunstancia de arraigo del interesado, cuya existencia podría determinar a la hora de ponderar y calificar como posiblemente irreparable o de muy difícil reparación, el irrogado al hoy recurrente como derivado de la inmediata expulsión del mismo del territorio nacional, lo cierto es que no cabe apreciar que exista dicho arraigo, que no cabe asentar en el mero hecho de llevar más o menos tiempo censado en el Padrón municipal de una concreta localidad, sin que al lado de ello se haya probado la existencia de concretos lazos laborales y/o familiares que puedan razonablemente verse afectados por la ejecución de la sanción acordada. Y en tal sentido esta Sala ha de compartir en su totalidad la fundamentación de la sentencia de instancia, que da a todos los efectos por reproducida, y proceder a la íntegra confirmación del fallo en la misma adoptado.

**Expulsión de extranjeros: ciudadano brasileño. Medidas cautelares: suspensión. Alegación de existencia de pareja de hecho. Carácter excepcional de la suspensión. Arraigo familiar: necesidad de «plasmación documental que constate la realidad» de la pendencia de la situación de pareja de hecho. Acta notarial en la que consta la intención de contraer matrimonio. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Galicia**

Fecha: **11 de julio de 2012**

Recurso de Apelación: **637/2011**

Ponente: **D. Fernando Seoane Pesqueira**

Voz: **Ausencia de arraigo familiar: pareja de hecho. Expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada durante tres años**

Funda su petición el apelante en que la ejecución de la resolución recurrida hace perder la

finalidad legítima al recurso puesto que, alega la existencia de una pareja de hecho, aquella

pérdida ha de valorarse en base al principio de protección social, económica y jurídica de la familia, garantizada en el artículo 39 de la Constitución, así como al derecho a contraer matrimonio regulado en el artículo 32 de la misma norma fundamental, aplicable también al matrimonio de parejas de hecho, cuya relación con el ciudadano español don Urbano estima acreditada por el acta notarial de manifestaciones otorgada ante el notario de Bilbao (...); añade que la denegación de la suspensión privaría al actor de la posibilidad de seguir el tratamiento médico en el centro donde actualmente se realiza el seguimiento de su enfermedad, todo ello al margen de que la sanción de expulsión se reputa desproporcionada por existir arraigo.

El arraigo que ha de concurrir para que pueda fundar la suspensión de la ejecución de la resolución sancionadora exige una intensa vinculación de carácter personal, familiar, económica o social con España, sin que pueda ser suficiente una relación de pareja de hecho que no encuentre una plasmación documental que sirva para contrastar su realidad, como puede ser la inscripción en el registro de parejas de hecho, que para la vinculación con español se ha recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010. En efecto, los daños irreparables, que se identifican con la pérdida de la finalidad legítima del recurso, han de poner de manifiesto que el abandono del territorio español significaría la ruptura de unos estrechos y estables vínculos previamente establecidos familiares o cuasi familiares.

De hecho, el concepto de arraigo figura normativamente recogido en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, restringiéndose el arraigo social o familiar a la vinculación con los cónyuges, lo que coadyuva a aquella exigencia documental para garantizar la demostración

de la seriedad, estabilidad y permanencia de la relación de pareja.

Trasladado al caso presente, por acta notarial de manifestaciones de 20 de julio de 2011 se acredita que don Urbano declara ante el notario que tiene propósito de contraer matrimonio en fechas próximas con don Humberto, con quien manifiesta tener una relación de pareja desde hacía aproximadamente cinco años, conviviendo ambos en el mismo domicilio de Bilbao desde octubre de 2010, concretando como motivo de no haberse celebrado todavía el matrimonio que el señor Humberto había extraviado su pasaporte y toda la documentación necesaria para poder llevar a cabo los trámites para contraer matrimonio.

Sin embargo, tal relación de pareja no ha tenido plasmación documental alguna, ni siquiera a través de la inscripción en el registro de parejas de hecho, sea local o autonómico, que pudiera servir de indicio de estabilidad y cierta permanencia, sin que pueda servir de excusa la próxima celebración del matrimonio, pues precisamente el extravío de la documentación por parte del señor Humberto ha frustrado aquella proximidad y justificaría en mayor medida la inscripción, la cual, no obstante, no se ha llevado a cabo.

En consecuencia, no se estima concurrente el exigido arraigo de cara a que prospere la pretendida medida cautelar postulada.

En definitiva, los perjuicios que se invocan no superan los comunes u ordinarios a la ejecución de cualquier acto administrativo, sin que puedan considerarse irreparables desde el momento en que, en caso de acogerse el recurso contencioso-administrativo, nada le impediría al recurrente regresar a nuestro país, por lo que no se genera ninguna situación irreversible.

**Expulsión de extranjeros: arraigo. Proporcionalidad, culpabilidad y daño producido o riesgo de la infracción y su trascendencia. Entrada irregular en territorio español y otros datos negativos. Ausencia de domicilio conocido y arraigo. Devolución por entrada ilegal y detención por delito de resistencia y desobediencia. Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **13 de julio de 2012**

Recurso de Apelación: **159/2012**

Ponente: **Dña. M.ª Isabel Zarzula Ballester**

Voz: **Expulsión del territorio nacional: ausencia de arraigo. Entrada ilegal y antecedentes penales**

En el presente caso la resolución administrativa recurrida impone al recurrente la sanción de expulsión, deduciéndose del expediente administrativo y de lo actuado, aparte de la estancia ilegal, y de carecer de domicilio conocido en España así como de algún tipo de arraigo —no ha acreditado más arraigo que la mera circunstancia de haber estado empadronado en la ciudad de El Ejido, en enero de 2009 compartiendo vivienda con otros seis senegaleses, sin que conste actualización de la situación—, como datos negativos para justificar la sanción de expulsión impuesta, —y así lo señala la sentencia impugnada—, el hecho de constarle devolución por entrada ilegal ordenada por la Subdelegación del Gobierno de Sta. Cruz de Tenerife; constanding, además, una detención policial por un presunto delito de resistencia y desobediencia, por el que se siguieron diligencias previas en el Juzgado de Instrucción número 9 de Zaragoza recayendo sentencia de 23 de enero de 2011 por la que se condena al recurrente como autor responsable de una falta

de respeto a agentes de la autoridad, a la pena 15 días de multa. Frente a lo expuesto, ninguna prueba ha aportado tendente a desvirtuarlo, en relación con el arraigo que se alega basado en el tiempo transcurrido desde que llegó por primera vez a nuestro país en 2006, ya que ese dato no reviste por sí solo el carácter de prueba suficiente para apreciar la existencia de arraigo económico, laboral o profesional y por supuesto familiar. Y puesto que no se aprecia la existencia del alegado vicio de nulidad de la resolución por prescindir del procedimiento legalmente establecido, puesto que se trata de un simple error material de fechas —según se deduce de la resolución administrativa obrante al folio 25 del expediente administrativo y las comunicaciones al Consulado de Senegal y Ministerio de Asuntos Exteriores, (...)—, que ninguna indefensión ha causado al recurrente, procede la desestimación del recurso al no existir vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción de expulsión acordada, como se concluyó en la sentencia impugnada.

**Expulsión de extranjeros: pretensión de sustitución por multa. Proporcionalidad. Motivación de las resoluciones judiciales. Ausencia de antecedentes penales y buena conducta. Entrada en España por los puestos habilitados al efecto. Hecho negativo agravatorio de la falta de regularidad en la estancia: Falta de documentación. La fotocopia del pasaporte no es documento válido para el cruce de fronteras. Admisión de entrada en España «en patera». Desestimación del recurso.**

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

Fecha: **17 de julio de 2012**

Recurso de Apelación: **151/2012**

Ponente: **D. Julio Luis Gallego Otero**

Voz: **Expulsión de extranjeros: sustitución por multa. Antecedentes penales**

---

La parte recurrente apela la sentencia dictada el 17 de enero de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Oviedo, que desestima el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la resolución de la Delegación de Gobierno en Asturias de fecha 30 de diciembre de 2010, (...), por la por la que se acuerda su expulsión del territorio nacional, declarando la conformidad a derecho de la misma.

Con la formulación del recurso pretende se revoque la resolución impugnada acordando no haber lugar a la expulsión del territorio nacional de don Humberto, imponiéndosele en su caso la sanción de multa por importe de 301 euros. Petición declarativa que se fundamenta en los motivos siguientes: Insuficiente motivación e infracción del principio de proporcionalidad por no tener en cuenta la resolución apelada el hecho que el apelante carece de antecedentes penales y ha observado buena conducta, amén de haber entrado en España de modo irregular con pasaporte original, extraviado con posterioridad sin que este hecho fuera intencionado o buscado a propósito.

Examinados los motivos del recurso y los de oposición del Sr. Abogado del Estado en defensa de la desestimación del recurso al concurrir los hechos negativos de indocumentación, toda vez que la fotocopia del pasaporte presentado no es documento válido para el cruce de fronteras ni acredita la fecha de entrada en España, cuándo y por donde entró, y que tiene órdenes de salidas obligatorias de España sin que desde entonces haya intentado regularizar la situación.

Del análisis anterior resulta que la sentencia de instancia no ha incurrido en las infracciones señaladas respecto de la motivación y la proporcionalidad, sino que está fundada la decisión en hechos negativos que determinan un plus agravatorio en la situación de estancia irregular en España del ciudadano extranjero y que justifican la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la multa prevista para otros supuestos. En efecto, la juzgadora ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes, la falta de pasaporte original del apelante que acredite su identificación, la propia parte admite que entró en España en patera, sin que se pueda admitir como válidas las fotocopias del pasaporte por las consideraciones que hace la sentencia y el Sr. Abogado del Estado, y en segundo lugar, la conducta de permanencia ilegal del apelante sin abandonar España o legalizar su situación, al margen de la naturaleza de la sanción impuesta con anterioridad y que ésta se asocie a la permanencia ilegal como la presente, pues lo transcendente es el hecho y su continuidad para justificar que se imponga una sanción más grave que la multa. Respecto a la documentación que acredite la identificación del extranjero, la simple copia no compulsada ni legalizada del pasaporte o documento de viaje, no es un documento válido para la identificación, y que la permanencia sin antecedentes no determina por sí la vinculación especial con España sí no concurren las demás circunstancias legalmente previstas en la legislación de extranjería, así como tampoco que la ausencia de antecedentes penales se compense con las circunstancias negativas.

Por lo expuesto, no concurre ni el error material por omisión de los hechos ni jurídico por vulneración del principio de proporcionali-

dad en la sentencia de instancia, que debe ser confirmada por sus propios fundamentos.

**Expulsión de extranjeros: condenado por robo con violencia y falta de lesiones. Resolución dictada por el Secretario General la Delegación del Gobierno en sustitución del titular de la competencia: No se acoge la pretensión a pesar de ser dictada por un órgano diferente. La condena penal, por sí misma, no constituye una infracción administrativa, sino que la expulsión es consecuencia de la condena, sin que quepa una alternativa a la expulsión. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León**

Fecha: **27 de julio de 2012**

Recurso de Apelación: **480/2012**

Ponente: **D. Francisco Javier Pardo Muñoz**

Voz: **Condena penal y expulsión del territorio nacional**

La sentencia objeto de apelación desestimó íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Pascual, nacional de Egipto, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid de 11 de julio de 2011, por la que se acordaba, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería, la expulsión del demandante con prohibición de entrada durante el plazo de 3 años, Resolución que se consideró ajustada a Derecho, sin que procediese acordar su anulación ni acceder al resto de las pretensiones ejercitadas, todo ello por entender, en esencia, que la resolución fue dictada por el Secretario General de la Delegación del Gobierno en Castilla y León, como Subdelegado del Gobierno accidental, por suplencia legalmente prevista del Subdelegado del Gobierno, no tratándose pues de un supuesto de delegación de firma; que la expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx no tiene naturaleza de sanción administrativa ni es consecuencia del ejercicio del poder punitivo del Estado, tratándose de una consecuencia automática prevista en la Ley de Extranjería y asociada a la previa condena penal por la comisión de un delito que esté sancionado en España con una pena privativa de libertad superior a un año, constando en el expediente la firmeza de la sentencia por la que fue condenado a una pena de prisión de dos años como responsable de un delito de robo con

violencia y de una falta de lesiones, no cuestionando que los antecedentes penales hayan sido cancelados; que la tramitación del correspondiente expediente administrativo ha permitido al demandante, y lo ha hecho, formular alegaciones y manifestar lo que ha creído conveniente en defensa de sus intereses, no habiéndose pues vulnerado su derecho de defensa; y que la naturaleza de la Resolución impugnada —que no tiene carácter sancionador— impide apreciar la prescripción de la presunta infracción, así como la vulneración de los principios de presunción de inocencia y de intimidad familiar y protección a la familia, siendo compatible dicha medida con la condena penal a efectos de entender que no se vulnera el principio *non bis in idem*.

Don Pascual alega en apelación que la resolución impugnada se ha dictado por el Secretario General de la Delegación del Gobierno, órgano manifiestamente incompetente; que se infringe el artículo 57.2 LOEx ya que no se acredita por la Administración que la condena esté vigente y no cancelada; que se ha infringido el artículo 24 CE en su vertiente de derecho a utilizar todos los medios de prueba admitidos en Derecho en orden a acreditar su arraigo y el peligro real que sufre de decretarse su expulsión; que no cabe apreciar la amenaza actual para el orden público, vulnerándose la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de

2001; y que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad al no haberse justificado la extensión de la prohibición de entrada por tiempo de tres años —no habiendo podido acreditar las circunstancias que hubiesen podido modular la duración de la prohibición—, debiendo subsidiariamente minorarse la duración al mínimo legal.

La Abogacía del Estado se opone a la apelación alegando que la resolución de 8 de julio se dictó por suplicencia del titular; que consta en el expediente que el recurrente se encontraba cumpliendo condena al tiempo de la denuncia de los hechos el 22 de junio de 2011, no cuestionándose que los antecedentes penales hayan sido cancelados; que no se ha vulnerado su derecho de defensa, habiéndose denegado la prueba de unos hechos que no eran relevantes para la aplicación del artículo 57.2 LOEx, recordando que la resolución no tiene carácter sancionador; que no es aplicable la Directiva que se invoca de contrario; y que la prohibición de entrada es acorde con la gravedad de los hechos y la pena impuesta que ponen de manifiesto el total incumplimiento por parte del apelante de las normas de convivencia y de orden público.

(...)

(...) el recurso de apelación ha de correr suerte desestimatoria, ya que:

a) La firmeza y vigencia de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Madrid de 10 de diciembre de 2009 por la que se condena al recurrente a la pena de dos años de prisión por delito de robo con violencia y un mes de multa por una falta de lesiones, así como la no cancelación de los antecedentes penales secuentes a dicha condena, se derivan sin más del hecho mismo de encontrarse cumpliendo el interesado la pena privativa de libertad al tiempo

de iniciarse el expediente administrativo el día 22 de junio de 2011.

b) Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto sobre la naturaleza no sancionadora de la medida de expulsión ex artículo 57.2 LOEx, carecen de relevancia las pruebas propuestas tendentes a acreditar una relación análoga a la matrimonial y las eventuales consecuencias en su país del incumplimiento de sus obligaciones en cuanto al servicio militar, por lo que no es apreciable indefensión material alguna.

c) Es inaplicable al caso la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, habida cuenta su objeto según su artículo 1, en cuya virtud « Sin perjuicio, por un lado, de las obligaciones que se derivan del art. 23 y, por otro, de la aplicación del art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990 en adelante «Convenio de Schengen», la presente Directiva tiene por objeto permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado en lo sucesivo «Estado miembro autor», contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado en lo sucesivo «Estado miembro de ejecución». Y

d) No se estima vulnerada la proporcionalidad en cuanto a la extensión de la prohibición de entrada en territorio español habida cuenta la gravedad de los hechos por los que fue condenado —robo con violencia—, sin perjuicio, y a mayor abundamiento, de los antecedentes policiales por dos detenciones por malos tratos físicos en el ámbito familiar que constan en el expediente.

## DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

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

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Fecha: **13 de junio de 2012**

Recurso: **Recurso de suplicación núm. 1228/2012**

Ponente: **Dña. María del Rosario García Álvarez**

Voz: **No renovación de la autorización de residencia y trabajo. No constituye despido**

**Resumen:** «Esta sección de Sala se ha pronunciado sobre la cuestión ahora planteada (efectos que produce la pérdida de la autorización para trabajar cuando el contrato se suscribió inicialmente en situación regular por el trabajador) habiendo manifestado lo siguiente: en el recurso 5019/11: «En este sentido aun partiendo de que el contrato de trabajo no deba considerarse nulo no lo es menos que no es el empresario el que ha incurrido en incumplimientos sino que ha sido el trabajador el que no ha gestionado de forma diligente la renovación de los permisos que la habilitan para trabajar. A tal efecto, ya hemos manifestado en nuestra sentencia de 15 de junio de 2004 que el art. 36 de la LO 8/2000 no preserva los derechos del trabajador extranjero siempre y en todo caso pues tal salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones pero no preserva el contrato de trabajo frente a la negligencia del trabajador que no da cumplimiento a la normativa que le afecta y a cuya validez se supedita no tanto la validez sino la propia subsistencia del contrato.

En cualquier caso no es lo mismo no tener autorización para trabajar o tenerla suspensa por causas no imputables a la voluntad del trabajador o por incumplimiento empresarial, que no tenerla o tenerla en suspenso por negligencia o actuación propia, esto es, por acto derivado de la propia voluntad del trabajador extranjero. Por otro lado y en relación con lo anterior, tampoco puede estimarse que se trate de una causa de

ineptitud sobrevenida obligando al empresario a acudir a un despido objetivo con obligación de pago de una indemnización cuando es el trabajador el que por negligencia, esto es, mediante su voluntad, no gestiona adecuadamente su situación administrativa y se ha situado o puede querer situarse en esta condición para percibir la referida indemnización de un empleador que ha cumplido debidamente con las obligaciones que la ley le impone».

Criterio que entendemos aplicable al supuesto de autos, incluso aun cuando no hubiese mediado negligencia por parte del trabajador, compartiendo ahora también el criterio manifestado en la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2011, recurso 6343/2010, el cual reproducimos a continuación:

«Sobre la pérdida de la autorización administrativa para trabajar se ha dicho por la doctrina jurisprudencial que es causa de extinción del contrato, como lo reflejan tres sentencias del Tribunal supremo de 23 de febrero y 10 de marzo de 1983 y 8 de junio de 1987, en estas resoluciones, sin se fijó un criterio claro «la no revalidación del permiso de trabajo, aunque fuera después de llevar varios años trabajando sin interrupción, justifica el cese de los trabajadores extranjeros». Pero es más, esta misma Sala, también ha tenido la ocasión de manifestarse sobre este problema, y lo hizo en su sentencia de 25 de julio de 2006, Rec. 4192, aunque, basada en una causa extintiva diferente a la alegada en este procedimiento.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, la causa alegada por la empresa para despedir se asienta en el artículo 49.1.b), es decir, por las causas consignadas válidamente en el contrato, pero concretándose esta, en la falta sobrevenida de autorización administrativa para poder prestar servicios por cuenta ajena. De un examen del contrato, se puede ver que el contrato no hace mención expresa a ninguna cláusula que actúe como condición resolutoria, y que esté vinculada con el mantenimiento de la autorización administrativa, pero que las partes firmantes no previeran que esto podía suceder no quiere decir, que no se puede alegar como causa que justifica su extinción, ya que siendo este un requisito esencial de su validez y eficacia, desaparecido el mismo, el contrato de trabajo pierde su naturaleza, y por tanto deja de producir los efectos para el que fue realizado. La doctrina civilista, a propósito de la irrevocabilidad de los contratos, después de afirmar que solo las partes contratantes pueden por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudiquen a tercero, modificar o resolver el contrato celebrado por ellos, admite la existencia de determinadas excepciones, entre las cuales se incluyen la posibilidad de instar en los contratos de prestaciones periódicas o ejecución sucesiva, la resolución, la suspensión o la revisión del contrato en aquellos casos en que, por virtud de acontecimientos posteriores a la conclusión del mismo y que no se pudiera prever, se vuelva extremadamente oneroso para una de las partes. Se trata de alterar, en definitiva, el principio de la fuerza obligada del contrato, plasmado en la máxima *«pacta sunt servanda»*, cuando el transcurso del tiempo traiga consigo una alteración de las circunstancias de las partes. Esta doctrina se podría explicar, como recoge la Sentencia del TSJ de las Palmas núm. 348/2009, a través de dos teorías:

a) La de la cláusula *«rebus sic stantibus»* (denominada también teoría de la cláusula sobreentendida) se considera sobreentendida siempre en los contratos a largo plazo o de trazo sucesivo, de tal forma que si sobreviene un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podía el obligado resolver el contrato que se le había hecho demasiado oneroso;

b) Y la teoría de la base del negocio, que sostiene que el derecho de resolución por alteración de las circunstancias se funda en la base del negocio. Dentro de lo que se debe entender como base de negocio quedarían comprendidas todas aquellas circunstancias y que al tiempo de la conclusión del contrato no hayan sido conocidas por las partes contratantes o formen parte esencial de la base del contrato, sin cuya concurrencia, no se hubiese celebrado. Ahora bien, sólo formarían parte de la base del negocio las circunstancias que cumplan un triple requisito: 1.º) Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato; 2.º) Que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición; 3.º) Que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder, procediendo la buena fe.

Por otra parte, el artículo 1124 del Código Civil, así como la doctrina civilista sobre la infracción de este precepto, entre otras en la STS-1.ª de 11 de octubre de 2006, ha señalado que para que la acción resolutoria «implícita» en dicho precepto pueda prosperar es necesario que concurren, por lo que a la resolución de este recurso interesas, los siguientes presupuestos: Que haya un incumplimiento grave atribuible a una de las partes contratantes, y que, esta conducta sea imputable a una de ellas de forma indubitada, absoluta, definitiva e irreparable.

A partir de la doctrina que nos precede, se puede afirmar, que la autorización administrativa para poder trabajar, exigida a un extranjero en España, es un requisito esencial para la vigencia del contrato, y por lo tanto forma parte de la base del negocio, lo que viene a significar, que la pérdida de la misma, permite a la otra parte que actuó de buena fe, a partir del momento en que tuvo conocimiento de la misma resolver el contrato de trabajo, pues es evidente, que tanto la trabajadora como la empresa firmaron

el contrato sobre la condición tácita o implícita que la eficacia del mismo dependía de que el trabajador pudiese cumplir durante su vigencia con este requisito. Su incumplimiento como condición resolutoria implícita en el contrato, permite a la empresa, en aplicación del artículo 49.1.b) TRET, que pueda resolver el contrato de trabajo, y no sólo porque la prestación de servicios se vuelve imposible sino porque de esta forma se le permite evitar los posibles perjuicios que se pudieren derivar de tener contratado a un extranjero en situación irregular.

Criterio que no contradice el que recoge el Juzgado en la sentencia impugnada, sino que lo amplía en aquellos aspectos que la doctrina allí citada no alcanza. La sentencia, apoyándose en la letra del artículo 36.3 de la Ley 4/2000 así como la doctrina que lo interpreta, en su redacción actual, llega a la conclusión que si la falta de autorización administrativa no invalida el contrato, la pérdida de la misma tampoco, hasta el punto que equipará al trabajador extranjero en situación irregular sobrevenida a cualquier otro trabajador ya sea extranjero en situación regular o nacional, pero omite, que los efectos que protege dicho precepto, son los derechos que emanan del contrato, y en concreto a los generados, hasta el momento de su extinción, sin posibilidad de extenderlos más allá de la vigencia de este, como un mecanismo de evitar el enriquecimiento injusto, y normalmente, de proteger a aquellos extranjeros frente a empresarios que actúa sin respeto a la Ley, y no para todos los derechos que emanan del contrato. En este sentido, no se extiende a las prestaciones de desempleo de aquellos trabajadores extranjeros en situación irregular, como lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008, RECURSO 800/2007, y la de 12 de noviembre de 2008, RECURSO 3177/2007, dado que nuestro sistema de seguridad social no incluye en su campo de aplicación más que al extranjero en situación de presencia regularizada (art. 7.1 TRLGSS), ni estos pueden suscribir el compromiso de actividad requisito imprescindible para causar el derecho a la prestación conforme al art. 207.c) TRLGSS. Nuestros juzgados y tribunales, partiendo del respeto a la validez del contrato, han diferenciado en materia de despido sus efectos, de tal modo que el

empresario de extranjero no regularizado pierde el derecho de opción entre readmitir el trabajador o extinguir su contrato previa indemnización (Sentencias de esta Sala, de 5 de julio 2006, Rec. 1401/2005, y de 14 de mayo de 2002, Rec. 6085/2001). Y la razón, más allá de la previsión legal, que no existe, es lógica, la falta de autorización administrativa de residencia y de trabajo, hace imposible toda prestación de servicios. Hay otros muchos ejemplos, como el tratamiento diferenciado y los efectos que tienen las cotizaciones que deberá ingresar el empresario incumplidor, pero esta cuestión se excede de los límites de este recurso.

En definitiva, que no pudiéndose discutir la validez del contrato ni los derechos que asisten al trabajador en situación administrativa irregular, lo que no es admisible, que se le obligue a la empresa a mantener a un trabajador en esta situación, cuando, la falta de la autorización sobreviene después de haber suscrito válidamente el contrato. Ni es lícito obligar a una empresa a soportar las consecuencias, por ejemplo, administrativas sancionadoras derivadas de la falta de autorización sobrevenida, ni tampoco, se puede obligar, como pretende la resolución recurrida, que las empresas deban soportar las consecuencias de una institución como la del despido disciplinario por el hecho de que el legislador, no contemplará entre las causas de extinción ajenas a la voluntad del empresario, la que aquí estamos analizando».

TERCERO.—En efecto, el precedente criterio en nuestra opinión debe ser aplicado al presente supuesto sin que en relación al mismo sea relevante que el contrato fuera o no fraudulento por cuanto se aplicaría de la misma forma en contrato nacido como perfectamente regular y de carácter indefinido entre las partes. En este sentido, compartimos también el criterio de la juez de instancia cuando considera que el examen de la regularidad de la contratación temporal resulta indiferente al no haberse producido en definitiva un despido sino una extinción por imposibilidad de la prestación de los servicios por causa no imputable al empresario sin que pueda imponerse al mismo la obligación de continuar con una contratación que sería irregular o a tener que soportar las consecuencias econó-

micas de un despido cuando es el trabajador el que ha provocado la causa que, como ya hemos dicho, no resulta equiparable a una ineptitud sobrevenida.

Se confirma, por lo expuesto, la sentencia previa desestimación del recurso».

#### NOTA

La Sentencia que se acaba de extractar incide sobre los efectos que acarrea la falta de renovación de residencia y trabajo de una trabajadora extranjera.

Dejamos al margen la cuestión de si resulta fraudulenta la contratación sucesiva efectuada a la trabajadora como reponedora de productos en un centro comercial, mediante contratos de obra o servicio determinado, cuando queda acreditado que era indiferente la marca de productos a reponer y que se trataba de una actividad de carácter estable y permanente de la empresa, y que determinaría la consideración de su contratación como indefinida. Lo verdaderamente relevante es determinar si la extinción del contrato de trabajo puede fundamentarse en el artículo 49.1 d) ET, esto es, por las causas consignadas en el contrato de trabajo.

Lo cierto es que en el contrato no se contenía ninguna cláusula resolutoria, que bien podía haberse contemplado como tal la no renovación de la referida autorización. Señala el Tribunal que dicha circunstancia no es óbice para consi-

derar que no se pueda alegar como causa que justifica la extinción contractual, puesto que dicha autorización es un requisito esencial de validez y eficacia del contrato.

Para ello invoca, y ahí radica la novedad de la doctrina contenida en esta Sentencia, la teoría civil de la base del negocio, que aplicada al supuesto enjuiciado permite afirmar que la autorización administrativa para poder trabajar exigida a un extranjero forma parte de la base del negocio. Ello supone que desaparecida dicha autorización, la parte que actúe de buena fe pueda resolver el contrato a partir del momento en que tuvo conocimiento de que la extranjera carecía de la autorización administrativa de trabajo, pues es evidente que tanto la trabajadora como la empresa formalizaron el contrato sometiéndolo a la condición tácita o implícita de que el trabajador estuviese autorizado durante el tiempo de duración del contrato.

Desde luego, esta doctrina supera la poco convincente, y defendida en otros pronunciamientos judiciales, de que en estos supuestos podría invocarse la causa de extinción contenida en el artículo 52. a) ET, esto es, ineptitud sobrevenida, obligando al empresario a acudir a un despido objetivo con obligación de pago de una indemnización, cuando es el trabajador el que, por su negligencia, no gestiona adecuadamente su situación administrativa.

## PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

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

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos)**

Fecha: **13 de abril de 2012**

Procedimiento: **recurso de apelación 24/2012**

Ponente: **D. Eusebio Revilla Revilla**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo. Renovación: no procede por haberse obtenido la autorización de forma fraudulenta**

---

**Resumen:** «Tercero.—Se trata por tanto de resoluciones administrativas impugnadas, y enjuiciar si son conformes o no a derecho las también la sentencia de instancia que las con-

firma, cuando deniegan la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, y ello por aplicación de lo dispuesto en el 75.2.d), del R.D. 2393/2004.

El examen del presente recurso de apelación hace necesario reseñar las siguientes circunstancias que resultan tanto del expediente como del recurso:

1.º) Que el apelante D. Conrado en el mes de septiembre de 2.009 hizo entrega a una persona de 2.500,00 € para que le proporcionara ayuda para solicitar una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, y de este modo obtuvo un certificado de empadronamiento en Azagra (Navarra) expedido el día 23 de septiembre de 2009, en el que se reseñaba que había estado dado de alta en dicho municipio desde el día 18 de abril de 2006 al 7 de noviembre de 2007, cuando la realidad era (y así lo reconoce el apelante en su comparecencia de 27 de diciembre de 2010, obrante al folio 25 del expediente) que dicho empadronamiento no era cierto y que no había estado ni empadronado ni había residido en dicha localidad.

2.º) En todo caso con apoyo en este documento, cuya falsedad o disconformidad con la realidad era conocida por el apelante, y demás documentos presentados el recurrente el día 2 de octubre de 2009 solicitó autorización de residencia por circunstancias excepcionales en Pamplona y que le fue concedida el día 18 de noviembre de 2009 con vigencia hasta el día 17 de noviembre de 2010.

3.º) Caducada dicha autorización, el día 18 de noviembre de 2010 el apelante ha solicitado renovación de la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo, descubriéndose en la tramitación de dicha solicitud que no era cierto que el apelante hubiera estado empadronado en la localidad de Azagra, y que el certificado de empadronamiento expedido al efecto no se ajustaba a la realidad, y que ello era claramente conocido por el anterior y así lo reseñó en el expediente.

4.º) El descubrimiento de tal circunstancia motiva que se expida informe negativo desfavorable y que se dicten las resoluciones administrativas impugnadas en las que se deniega la

autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena solicitada por los motivos ya reseñados.

**Cuarto.**—Por tanto, y con ello entramos en el examen de los motivos de impugnación esgrimidos en el recurso de apelación, a la vista de dicho relato no ofrece ninguna duda que el apelante era plenamente sabedor de que el certificado de empadronamiento en la localidad de Azagra no era verdadero y de que los datos en el reseñados no se ajustaban a la realidad, por cuanto que D. Conrado era plenamente conocedor de que nunca había estado empadronado y nunca había residido en dicha localidad; por tanto, conocía perfectamente que dicho certificado no era verdadero, y ello al margen de las responsabilidades penales que pudieran declararse por la presunta comisión de un delito de falsedad en documento público. Pero no solo conocía la falsedad de su contenido, sino que además no dudó en hacer uso y utilizar el mismo para obtener de forma totalmente irregular e ilegal una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, que sin dicho certificado no hubiera obtenido.

Por otro lado, es verdad que ahora nos encontramos en un expediente en el que se dilucida si procede conceder o no la renovación de la autorización solicitada de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.1 y 3 en relación con el art. 98.2 ambos del RD 2393/2004, y que no estamos ante un expediente en el que se dilucida la extinción de la autorización de residencia y trabajo; pero también es verdad que el descubrimiento de la verdad de la falsedad de dicho empadronamiento, ilegalmente utilizada por el apelante se ha descubierto y puesto de manifiesto una vez ha caducado la autorización de residencia por circunstancias excepcionales y con ocasión de la tramitación del expediente administrativo incoado para resolver sobre la solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, por lo que ya no procedía por vía del art. 75 del RD 2373/2004 dictar resolución motivada que acordara extinguir la autorización otorgada con fecha 18 de noviembre de 2009. Ahora bien, de haber estado en vigor dicha autorización ningún impedimento existía para legalmente revocar dicha autorización según lo dispuesto en el art.

75.2.d) del citado RD por cuanto que se ha comprobado claramente la inexactitud grave de las alegaciones en su momento formuladas por el apelante para obtener dicha autorización de residencia, y dicha inexactitud se ha comprobado con independencia del resultado al que se llegue en las diligencias penales abiertas sobre dicho asunto, y independencia de las responsabilidades penales que pudieran declararse.

Y si el descubrimiento de la falsedad de tales datos de empadronamiento constituyen causa legal suficiente y bastante para declarar extinguida dicha autorización, con mayor motivo mencionada circunstancia debe impedir que pueda otorgarse la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena solicitada, ya que en otro caso no solo estaríamos dando carta de naturaleza a una actuación ilegal, sino que además estaríamos favoreciendo la residencia en España de extranjeros que han utilizado medios ilícitos (cuando no delictivos) para obtener una autorización de residencia, y ello en claro detrimento de los extranjeros que utilizan los cauces legales para obtener dicha autorización. Así, como el apelante D. Conrado en su instancia solicita en aplicación de los arts. 47.1 y 3, y 98.2 en relación con el art. 54, todos del RD 2393/2004 la renovación de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, no procede otorgar dicha renovación por cuanto que dicha autorización se obtuvo de forma fraudulenta, y por cuanto que de haber estado todavía la misma vigente hubiera sido revocado al amparo del art. 75.2.d). Por ello, la Sala considera ajustado a derecho que si el contenido de este último precepto autoriza a revocar dicha autorización lógicamente también autoriza a no poder renovar una autorización obtenida con base en alegaciones de empadronamiento falsas y no ajustadas a la realidad y que de haberse conocido nunca hubieran permitido obtener esa autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

Es verdad que las resoluciones administrativas impugnadas se refieren de forma expresa al art. 75.2.d) del citado R.D. 2393/2004, pero también lo que el supuesto de hecho contemplado en dicho precepto también se recoge en el art. 53.1.g) del mismo Reglamento cuando

señala como causa de denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena la siguiente: «*Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas y medie mala fe*», pudiendo igualmente apreciarse tal causa como motivo para denegar la renovación solicitada según lo dispuesto en el art. 54.9 del citado Real Decreto que remite a las causas de denegación entre otras a las contempladas en el citado art. 53 (por encontrarse en la misma sección que el art. 54). Por tanto, no ofrece ninguna duda para la Sala que el supuesto de hecho contemplado en el citado art. 75.2.d) constituye causa legal no solo para revocar una autorización ya concedida, sino también y sobre todo para denegar una autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena como denegar la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Con los argumentos expuestos se rechaza los motivos de impugnación esgrimidos en la sentencia de instancia, para finalmente concluir desestimando el recurso de apelación, confirmando los pronunciamientos de dicha sentencia y lo resuelto en vía administrativa, que no es otro que la denegación de la solicitud de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena formulada por el apelante D. Conrado el día 18 de noviembre de 2010».

### NOTA

La Sentencia extractada no es una más en materia de renovación de la autorización de residencia y trabajo. Tiene la peculiaridad de que deniega dicha renovación sobre la base de que se aportó documentación falsa en la solicitud de la autorización de residencia excepcional (se entiende que por arraigo social); esta falsedad es detectada por las autoridades competentes en el momento de instruir el procedimiento de renovación.

La claridad y la razonabilidad de la fundamentación jurídica de la Sentencia obvia la necesidad de llevar a cabo un comentario más detenido, aunque ello no impide realizar una valoración positiva de la doctrina aquí vertida que rechaza de plano la práctica, más frecuente de la deseable, de «traficar» con los intereses

legalmente en juego, como la «compra» de contratos de trabajo o, como en este caso ocurre, de

certificados falsos, que no hacen sino provocar la actitud recelosa del legislador.

## DERECHO PENAL

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración ilegal. Derecho a un proceso con todas las garantías: declaración prestada por una mujer, en situación irregular en España, en sede policial: no requiere de presencia letrada toda vez que se trata de una infracción de índole administrativo y no un ilícito penal. Declaraciones prestadas por testigos protegidos de cargo como pruebas anticipadas estando declarado el secreto del sumario y no comparecidas al Juicio Oral. Presunción de inocencia: existe evidente y abundante prueba de cargo que la enerva. Elementos del tipo del artículo 318 bis: doctrina del TS que analiza la figura jurídica.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **15 de marzo de 2012**

Recurso de Casación: **1522/2011**

Ponente: **D. Diego Antonio Ramos Gancedo**

Voz: **Delito de inmigración ilegal y prostitución**

Sostiene el recurrente que «todo el procedimiento se inicia por una declaración obtenida ilegalmente, que vician todas las demás actuaciones». Tal ilegalidad se afirma de la prestada por la entonces testigo protegido (...) (María Dolores) en sede policial al haber sido prestada sin presencia de Abogado, y en la que incriminaba a los acusados sobre sus actividades para traer a España desde Brasil bajo la cobertura de turistas a mujeres que iban a dedicarse a la prostitución en el club (...), propiedad del recurrente, ubicado en la ciudad de Las Palmas.

Es necesario dejar constancia de que, según consta en el atestado policial, la Unidad Contra Redes de Inmigración de la Brigada Provincial de Extranjería llevaba realizando investigaciones desde al menos el mes de enero de 2007 sobre el mencionado club y las mujeres que trabajaban en el mismo; club que se publicitaba en anuncios de prensa y en su propia página web en la que aparecían muchas mujeres desnudas total o parcialmente.

Las funciones de la Brigada de Extranjería abarcaban las infracciones de la Ley de Extranjería y la investigación y prevención de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de

menores, contra los derechos de los trabajadores y los ciudadanos extranjeros.

El 14 de enero de 2008, en el curso de las investigaciones y observación de las mujeres que trabajaban como prostitutas en el referido club, advierten la presencia de dos de aquéllas en las inmediaciones de la casa de citas, a las que los requieren su identificación al ser reconocidas como las que aparecen en la página web mencionada con los nombres de (...) y (...). Esta última exhibe un pasaporte brasileño a los funcionarios policiales, que carece de sello de entrada en territorio de Schengen, por lo que se procedió a trasladarla a Comisaría para comprobar su situación en España por si hubiera incurrido en alguna de las infracciones previstas en la Ley de Extranjería 4/2000 y reformas posteriores, entre las que se encuentran las de expulsión de territorio nacional.

Ha sido necesario exponer este preámbulo para rechazar la queja del recurrente, porque de lo anterior se infiere que (...) no fue detenida al no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas por la LECr. en sus artículos 490 y 492 y, por consiguiente no era de aplicación el art. 520.2 de dicha Ley que se refiere a «toda perso-

na detenida o presa», porque a la referida sólo se podía imputársele una infracción de orden administrativo que no es constitutiva de ilícito penal.

(...)

También los testimonios de los funcionarios policiales encargados de la investigación, quienes en sus respectivas declaraciones en el plenario como en los seguimientos vieron frecuentemente a los acusados acompañar a las chicas brasileñas a las agencias de viaje, en unas ocasiones para hacer cambios de billetes y en otras para hacer pagos de reservas de otras chicas que vendrían de Brasil, corroborando los responsables de las agencias que conocían a Juan María como la persona que venía con las chicas, lo cual unido a los datos documentales extraídos de los registros en los términos señalados, determinan que en realidad fuere Juan María quien a través de las chicas gestionaba y financiaba la llegada a España de más brasileñas para ejercer la prostitución en su club. En el mismo sentido, la declaración de D. León, como empleado de la agencia de viajes (...), quien en el plenario admite que conoce a Juan María de acudir a su agencia para reservar billetes para chicas brasileñas, señalando que le llamó la atención que se compraran cuatro o cinco billetes pagándose en efectivo, aunque indica que Juan María fue con otra chica brasileña que fue quien dio los datos y pagó, todo lo cual confluye, convenientemente correlacionado con lo ya señalado, en la adopción de cautelas que adoptara Juan María para que no se le conectara directamente con la financiación de dicha inmigración irregular, sin que por lo demás haya dado una explicación razonable de tal circunstancia.

(...)

Pues bien, la sentencia declara probado que, el acusado captaba chicas brasileñas en su país de origen ofreciéndoles trabajo en España como prostitutas, entregándoles los pasajes de avión para su traslado a España u otros países del territorio de Schengen desde los que se trasladaban a Las Palmas; les proporcionaba también el dinero suficiente para que ante las autoridades de inmigración fingieran llegar como turistas, cuando el propósito de aquéllas era, como se dice, instalarse en nuestro país para ejercer la prostitución en

el establecimiento del acusado, el cual para consolidar y facilitar la estratagema, reservaba para las mujeres plazas en Hoteles para fingir aquella condición de turistas; reservas que o bien no se utilizaban o se ocupaban solo un día para trasladarse de inmediato al club (...)

El Tribunal a quo responde adecuadamente a la reclamación que ahora se reitera en casación, invocando algunas de las más recientes sentencias de esta Sala. Así la STS 330/2010, de 2 de marzo señala al efecto que «la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (S. 28 de septiembre de 2005; 19 de enero de 2006) y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (Sentencia de 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las SS. 19 de enero de 2006, 6 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación».

En parecidos términos, la STS 688/2010, de 2 de julio, con cita de la también STS 152/2008, de 8 de abril, señala que «por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello el tráfico ilegal no es solo 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 como turista pero con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación».

Más adelante señala que «... Quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial

y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente».

Por último, señala la STS 326/2010, de 13 de abril, que «esta Sala ha entendido que la inmigración debe reputarse clandestina cuando se oculta la verdadera finalidad ilícita pretendida por quien la facilita, favorece o promueve. Así ocurre cuando se introduce a otras personas con la finalidad de explotarlas sexualmente haciéndolas aparecer como turistas».

Doctrina ésta que ya viene sentada en otras resoluciones anteriores, como la recogida en la SS.T.S. de 6 de marzo y 13 de noviembre de 2006, según la cual, el tráfico ilegal no es solo el clandestino, sino también el que siendo en principio y aparentemente lícito se hace pensando en no respetar la legalidad. Esa doctrina ha entendido que se produce la inmigración clandestina y

el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (arts. 25 y ss. LE). En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino, evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.) (SSTS 284/2006, de 6 de marzo y 13 de noviembre de 2006).

El motivo debe ser desestimado.

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: inmigración ilegal: el acusado facilitó a una ciudadana paraguaya dinero para sufragar los gastos del viaje y para aparentar que venía de turista; una vez superados los controles policiales marcharon a un chalet donde iba a ejercer la prostitución —lo que era conocido por ella—. Práctica de la prueba: validez de la introducción en el plenario de la declaración de la testigo efectuada en presencia judicial y con contradicción en la instrucción, cuando, a pesar de los esfuerzos desplegados, no pudo ser localizada la testigo para el plenario.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **21 de marzo de 2012**

Recurso de Casación: **1069/2011**

Ponente: **D. Joaquín Giménez García**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: actividad de alterne**

La sentencia de 10 de enero de 2011 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Almería condenó a Juan Manuel y María Cristina, como autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a la pena, a cada uno de ellos, de cinco años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis, se refieren a que de la forma prevista en el *factum*, Ramón le facilitó

a Carmen, de nacionalidad paraguaya, mil euros para sufragar los gastos del viaje desde Paraguay, vía Sao Paulo hasta Madrid, donde Juan Manuel le dejó quinientos dólares para aparentar que venía de turista.

Una vez superados los controles de policía, Juan Manuel, Carmen y María Cristina, compañera sentimental de Juan Manuel y también paraguaya, que conocía a Carmen marcharon

a Mojácar donde tenían Juan Manuel y María Cristina un chalet de alterne, lo que era conocido por Carmen que venía a España, precisamente, para ejercer la prostitución.

(...)

La situación que refleja la sentencia en el f.jdco. cuarto es muy distinta a la que se dice por el recurrente.

Retenemos el siguiente párrafo:

«En este sentido han de tenerse en cuenta las manifestaciones prestadas por la testigo Carmen, tanto en sede policial (...) como judicial (folios 1061 a 1063), esta última con carácter de prueba pericial anticipada al cumplimentarse cuantos requisitos exige para su validez el art. 448 de la LECrim, habiéndose realizado a presencia del juez instructor y con la intervención personal del Fiscal y del letrado defensor, en garantía de los principios de audiencia y contradicción, testimonio que se introdujo en el juicio oral a través de la lectura de ambas declaraciones de conformidad con el art. 730 LECrim., en las que explicó que contactó con su compatriota María Cristina, indicándole que estaba interesada en venir a España a ejercer la prostitución, actividad a la que ya se dedicaba en su país, proponiéndole la procesada que, su compañero sentimental, el procesado Juan Manuel, podía recogerla en Paraguay y llevarla consigo a España, propuesta que satisfizo a la testigo a cuyo efecto Juan Manuel le anticipó el importe del viaje en avión, que tendría que reintegrarle con los ingresos que percibiera por el ejercicio de la prostitución en el chalet dedicado a local de alterne que los acusados regentaban en Mojácar, haciéndole saber que a su llegada a España concretarían las condiciones de trabajo. Asimismo la testigo manifestó que fue aleccionada por Juan Manuel para que se hiciera pasar por turista en el control fronterizo del aeropuerto y que a tal fin, le facilitó 500 dólares que Carmen le devolvió tan pronto como abandonaron las instalaciones de Barajas a bordo del vehículo en que fueron recogidos por María Cristina, quien estaba al corriente y participó activamente en la operación, dirigiéndose seguidamente, en unión de los procesados —y de otra persona contra el que no se ha formulado acusación— hasta la locali-

dad de Mojácar, donde fueron interceptados por la Policía antes de arribar al chalet, por lo que no llegó a ejercer la prostitución en nuestro país».

(...)

De acuerdo con la Ley aplicable al momento de los hechos, el delito tenía previsto la pena básica de cuatro a ocho años de prisión, que en caso de dedicarse a la explotación sexual de las personas inmigrantes clandestinamente, tenía la pena de prisión entre los cinco hasta los diez años de prisión.

En esta situación, el recurrente fue condenado a la pena de cinco años de prisión, el mínimo posible de acuerdo con el art. 318 bis 2.º Código Penal.

Con la legalidad actual se ha producido una exasperación punitiva en los casos de inmigración clandestina, ya que el tipo básico se mantiene en los cuatro a ocho años de prisión, pero en relación al subtipo agravado del párrafo 2.º de dicho artículo, redactado con gran amplitud, establece una serie de situaciones disyuntivas —es decir basta la concurrencia de una de ellas— y para tal caso la pena es de la mitad superior de la prevista para el tipo básico, es decir, pena de seis a ocho años de prisión.

Es claro que la pena de seis años de prisión, actualmente en vigor, es mayor que la de cinco años del anterior art. 318 bis Cpenal, por lo que la aplicación de la legalidad actual no es más beneficiosa.

Hay que tener en cuenta que una de las causas que supone el tipo agravado es la existencia de ánimo de lucro, dato que no puede ser cuestionado, pues el recurrente era quien regentaba el chalet donde se practicaba la prostitución, y ello, aunque no fuese un caso de prostitución forzada u obligada como se reconoce en la sentencia en el f. jco. tercero en el que se razona la no aplicación del art. 118.1 del Código Penal en su redacción anterior a la LO 5/2010.

Los recurrentes fueron exclusivamente autores del delito de facilitación de inmigración ilegal, ese fue el único reproche penal, pero en esta situación, no le es más favorable la legalidad actual que representa el art. 318 bis Código Penal como ya se ha razonado.

**Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tramitación de falsas autorizaciones de residencia y trabajo fundadas en falsas ofertas de trabajo. Atenuante muy cualificada: reparación del daño. Derecho a la presunción de inocencia. Prueba de cargo: ausencia de actividad de la empresa del condenado y excesivas solicitudes de permisos de trabajo. Concepto de tráfico ilegal: incluye también la permanencia ilegal tras acceder a España como turista. Análisis jurisprudencial de los elementos del tipo. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **10 de mayo de 2012**

Recurso de Casación: **1687/2011**

Ponente: **D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro**

Voz: **Inmigración clandestina: falsas ofertas de trabajo**

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Teruel condenó, en sentencia dictada el 27 de mayo de 2011, a Jesús Ángel y a Casiano como responsables en concepto de coautores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, con la concurrencia de una atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena, a cada uno de ellos, de dos años de prisión y privación del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y a que indemnicen solidariamente en concepto de responsabilidad civil a Ofelia en la suma de 6.000 euros más los intereses legales. Jesús Ángel deberá indemnizar en concepto de responsabilidad civil a Lorenza en la suma de 3.400 euros (tres mil cuatrocientos euros), más los intereses legales.

Los hechos objeto de condena se resumen, a efectos de mera introducción, en que los acusados, Casiano y Jesús Ángel, de mutuo acuerdo y con ánimo de obtener un dinero a costa de súbditos extranjeros residentes en Marruecos que deseaban entrar en España, convinieron que, aprovechando los contactos personales que el primero de ellos tenía con marroquíes en su país de origen, facilitara al segundo los datos y pasaportes que obtenía de estos para que el empresario, sirviéndose de dicha condición como dueño de una empresa dedicada a la fabricación de expositores y objetos similares de madera (...), ubicada en Monreal del Campo (Teruel), redactara por sí mismo o a través de una gestoría a su instancia, las ofertas de trabajo y consiguientes solicitudes de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo para la empresa maderera

mencionada que les permitiera entrar en España bajo una apariencia de legalidad. A cambio de ello, bien Jesús Ángel, bien Casiano, pedían a los extranjeros cantidades de dinero que oscilaban entre 6.000 y 9.000 euros. En concreto Ofelia entregó a Casiano 6.000 euros, y Lorenza entregó a Jesús Ángel 3.400 euros para que le facilitara la entrada en España de su hermano Eusebio, cantidad esta última que —al fracasar el intento de conseguir la documentación precisa para ello— pretendió devolver Jesús Ángel a Lorenza con la entrega de un cheque que no ha podido ser cobrado por falta de fondos.

(...)

En el primer motivo denuncia el recurrente, por el cauce procesal del art. 5.4 de la LOPJ, la vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

Alega al respecto el recurrente que no es cierto que las solicitudes de autorización de residencia temporal y trabajo para ciudadanos marroquíes ante la Subdelegación del Gobierno de Teruel, cursadas a finales de 2006 y principios de 2007, no respondieran a ofertas reales. Y también cuestiona la afirmación de que ambos acusados actuaran de común acuerdo y con ánimo de obtener un dinero a costa de trabajadores extranjeros que deseaban entrar en nuestro país. Según la defensa, la empresa (...), no era una entidad fantasma.

(...)

En la sentencia recurrida se expone como prueba de cargo enervadora de la presunción de inocencia del acusado, en primer lugar, que la empresa del acusado carecía prácticamente de actividad en el ramo a que se dedicaba: la fabricación de expositores y objetos similares de madera. Conclusión que se extrae de las propias manifestaciones del recurrente en el plenario, donde —dice la sentencia— reconoció que no había facturado prácticamente nada a finales del año 2006 y principios de 2007, y tampoco realizó la declaración del IVA. También se acreditaría esa paralización empresarial mediante las visitas que realizaba a la entidad la Inspección de Trabajo, en las que observó que solo había tres o cuatro trabajadores realizando labores dentro de las instalaciones empresariales, donde apenas había instrumental de trabajo.

Igualmente se recoge como dato incriminador relevante el llamativo exceso de solicitudes de permisos de trabajo y de residencia con respecto a las necesidades de la empresa y a la actividad que realmente se llevaba a cabo en ella. Se cursaron 35 solicitudes a la Subdelegación del Gobierno en Teruel, se concedieron 23 y, además, 15 trabajadores que constaban como peticionarios nunca llegaron a trabajar en la empresa, datos que aparecen debidamente documentados en la causa. Argumenta la sentencia que había un claro desfase entre la casi inexistente actividad empresarial y el elevado número de solicitudes de permisos de trabajo y de residencia temporal para trabajadores marroquíes.

La Audiencia destaca en la misma dirección incriminatoria que los contratos de los trabajadores perjudicados, Ofelia y Teodosio, fueron suscritos en abril y agosto de 2007, es decir, cuando la empresa ya no se hallaba operativa, pues el propio acusado admitió que a partir del accidente del 11 de abril de 2007 su empresa se fue a la ruina.

Asimismo tienen un sentido claramente inculpatario las cantidades de dinero entregadas al recurrente por el coacusado, 16.000 euros, y por Lorenza: 3.400 euros, en relación con contratos de trabajo simulados que después no se materializaron en la práctica. Sin olvidar la suma de 6.000 euros entregada al otro acusado por una de las víctimas: Ofelia.

Por último, constan las declaraciones testimoniales de los sujetos contratados o de sus familiares que comparecieron como perjudicados en la causa y que describieron la forma en que fueron captados y el incumplimiento posterior por parte de los acusados de lo que habían estipulado por escrito.

Frente a esta copiosa y plural prueba de cargo, alega el recurrente que la empresa (...), no era una empresa fantasma, y también arguye que los contratos laborales que suscribía no eran simulados sino reales. Cuestiona que actuara con ánimo defraudatorio de lucro y que los 16.000 euros que le entregó Casiano obedecieran al cobro de las contrataciones que se tildan de fraudulentas, ya que la entrega de ese dinero dice que tenía como causa justificativa un préstamo que le hizo aquel al recurrente.

Estos argumentos carecen de fuerza y consistencia para desvirtuar el sólido bagaje de la prueba de cargo anteriormente referida, ya que la defensa se limita a negar hechos evidentes o a intentar justificarlos o devaluarlos con documentos que carecen de la fehaciencia y de la eficacia probatoria imprescindibles para destruir mediante dudas razonables los elementos de convicción en que se apoya la condena.

Así las cosas, el motivo no puede acogerse.

En el motivo segundo invoca la defensa, por el cauce procesal de la infracción de ley (art. 849.1.º LECr.), la aplicación indebida del art. 318 bis del C. Penal.

Aduce en este caso que el acusado no ha incurrido en la conducta tipificada en el art. 318 bis del C. Penal y que no ha menoscabado el bien jurídico que tutela la norma penal.

La sentencia 152/2008, de 8 de abril, en la que se resume de forma amplia y minuciosa la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la materia, afirma que por tráfico ilegal debe entenderse cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración; por ello 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 como turista pero con la finalidad de permanecer des-

pués de forma ilegal en España sin regularizar la situación.

El precepto penal concernido —sigue diciendo la referida resolución— fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada después por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, configurando el Título XV Bis: «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», creado por dicha reforma.

Es claro que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre Extranjería (art. 25 y ss LE).

En cuanto a la entrada en territorio español —matiza la STS 152/2008— la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Pero deben considerarse también ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanencia en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.). Deben así diferenciarse las situaciones siguientes: estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal.

Quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente.

(...)

Así pues, la conducta del recurrente ha de quedar subsumida en el referido precepto penal,

toda vez que promovió y facilitó la venida a España de unos trabajadores marroquíes aparentando una situación laboral realmente inexistente, acción que ejecutó con ánimo de lucro, por lo que deben aplicarse los dos primeros párrafos del art. 318 bis del C. Penal.

Pues si bien les suscribió unos contratos laborales a través de los cuales consiguieron pasar la frontera y obtener permisos de residencia, lo cierto es que esos contratos eran simulados, sirviendo para defraudar a los trabajadores y para aparentar también ante los pasos fronterizos una situación que extracontractualmente no existía.

Se dan así todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, ya que, según se reseñó en su momento, la inmigración clandestina también concurre cuando el paso por las fronteras se reviste de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible.

(...)

En el caso concreto se aprecia, visto el contenido de los hechos declarados probados, que el acusado y su enlace marroquí operaban de forma sistemática con el procedimiento de atraer ciudadanos extranjeros a España con apariencia de facilitarles trabajo y permiso de residencia, ya que las solicitudes de documentación a las autoridades oficiales que tramitaban superaron el número de treinta. Debe, pues, estimarse que se ha menoscabado el bien jurídico referente al interés del Estado en controlar los flujos migratorios, visto que en este caso la inmigración tuvo carácter fraudulento.

Y en lo que respecta a los derechos fundamentales de las víctimas vulnerados o lesionados, es claro que esas personas se vieron limitadas en sus posibilidades de ejercitar sus derechos como ciudadanos, toda vez que, además de carecer de un trabajo con el que poder atender a su manutención en un país extranjero, estaba limitada su libertad de ambulación y de residencia, en cuanto que la documentación que se les había proporcionado no se ajustaba a la realidad y era falsa en su contenido y solo aparentemente legal.

A ello ha de sumarse el perjuicio irrogado en su patrimonio por la conducta fraudulenta, lo que en una situación normal integraría un delito de estafa sobre un bien de primera necesidad, tipificación que en el supuesto concreto ha quedado embebida en el subtipo agravado del apartado 2 del art. 318 bis del C. Penal.

Ha de concluirse, pues, que han sido vulnerados los bienes jurídicos que tutela el art. 318 bis. Tanto el interés social de controlar los flujos migratorios como la libertad y la seguridad de las personas que los acusados consiguieron que se trasladaran a España atraídos por un aparente contrato de trabajo.

En consecuencia, ha de rechazarse la pretensión de la parte recurrente de que el art. 313 del C. Penal desplace la aplicación del art. 318 bis, sustituyendo así la aplicación del precepto más severo por el más benévolo. Y es que, de acceder a ello, se quedarían, a tenor de lo argumentado, algunos bienes jurídicos sin tutelar por la norma penal, y, además, el hecho de ser las víctimas trabajadores se convertiría en un privilegio y no en un motivo de agravación. Por lo cual, de acogerse la aplicación del art. 313 que postula la defensa, habría que acudir a un concurso de delitos y no a un concurso de normas, resultando así perjudicado el propio impugnante.

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: elementos del tipo. *Error iuris*. Auxilio a otros compatriotas para emigrar a España. Ánimo de lucro: se excluye. Asesoramiento sobre las formas de sortear problemas en aduana y prestación de alojamiento y contactos laborales. Carencia de relevancia penal. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **28 de mayo de 2012**

Recurso de Casación: **1573/2011**

Ponente: **D. Antonio del Moral García**

Voz: **Inmigración clandestina: ánimo de lucro**

Son tres las personas acusadas cuya condena postula en casación la Acusación Pública. Los tres son hermanos, residen en España y proceden de Guatemala, aunque, Elvira goza de la nacionalidad española. Los hechos probados comienzan con una genérica presentación de su actividad: en su país de origen era conocida la disposición de los tres para auxiliar a otros compatriotas que decidiesen emigrar a España buscando mejores condiciones de vida. Se excluye tanto cualquier ánimo de lucro como que ese auxilio se extendiese a proporcionar financiación o medios económicos.

A continuación se detallan los actos concretos que soportan la acusación distinguiendo a cada uno de los tres acusados:

— Porfirio gestionó la venida a España de su esposa y otras dos guatemaltecas. La sentencia dice que «organiza» esa venida. Esa genérica referencia se concreta, de un lado, en el asesoramiento para que arguyesen que venían en cali-

dad de turistas y que querían visitar a la Virgen de Covadonga; y, de otro, en acogerlas en su domicilio hasta que encontrasen un trabajo.

— Elvira asesoró a Regina sobre la forma de obtener pasaporte y billete de avión para desplazarse a España. El contacto se produjo por iniciativa de Regina que se valió para ello de un familiar que conocía a aquélla. Al llegar a España, Elvira le acompañó al domicilio de unas personas con las que comenzó a trabajar unos días como empleada del hogar. Una actuación en todo paralela —contacto facilitado por conocimientos comunes previos; auxilio para gestionar la obtención del billete de avión, pasaportes y reserva hotelera e indicación de la vivienda familiar donde se instaló trabajando en el servicio doméstico— desarrolló Elvira respecto de Andrea y, con alguna variación respecto de Inmaculada, que provenían también de Guatemala. Respecto de otras dos inmigrantes que establecieron contacto con ella, la acusada

se limitó a remitirlas a otro hermano, no enjuiciado.

— A Leoncio acudió en petición de ayuda Remedios por indicación de un conocido común. Leoncio le aconsejó que si en la frontera le preguntaban por los motivos de su viaje se refiriese al Santuario de la Virgen de Covadonga. Leoncio alojó a Remedios a su llegada a España en su propio domicilio, en tanto encontraba un trabajo. En compensación por el hospedaje recibió unos mil trescientos euros. Leoncio prestó alojamiento en su domicilio durante tres días a otra guatemalteca que viajó a España con ánimo de establecerse aquí, pese a carecer de la correspondiente autorización. La Audiencia no ha considerado probado que el préstamo que previamente le hizo Leoncio tuviese inicialmente como finalidad conocida por éste el abono del viaje.

(...)

El Fiscal, con lujo de citas jurisprudenciales, va desbrozando cada uno de los elementos que caracterizan este delito. No existe duda de que estamos ante un caso de «inmigración clandestina». Merece ese calificativo la entrada como «turista» encubriendo la finalidad real de establecimiento en el país (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre, 284/2006, de 6 de marzo ó 308/2010, de 18 de marzo). Recalca el carácter abierto con que se describe la conducta típica —«favorecimiento», «facilitación», «promoción»— y los adverbios «directa o indirectamente», que la amplían aún más aclarando que no es necesario un contacto personal directo (STS 1059/2005, de 28 de septiembre ó 913/2009, de 23 de marzo). Saliendo al paso de uno de los argumentos de la sentencia, explica que la inmigración clandestina comporta normalmente en el protagonista una cierta situación de vulnerabilidad derivada de la estancia ilegal de la que podría abusarse. No puede negarse que, al menos por vía de principio (otra cosa será su plasmación concreta en cada supuesto), eso representa un cierto peligro para derechos individuales que hay que valorar también además del puro control del Estado sobre los flujos migratorios. Recuerda el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 13 de julio de 2005, que declaró que «facilitar un

billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina». Por fin, concluye que más allá de la relevancia que hayan tenido las actividades de auxilio, no puede negarse que los ahora recurridos han facilitado la llegada clandestina de compatriotas guatemaltecos a España mediante consejos, organización de viajes, alojamiento a la llegada o traslado a los lugares de trabajo. La fungibilidad de esa ayuda (hubiera podido ser prestado por otros) no diluye la tipicidad de la conducta.

Aunque el recurso no va a ser estimado, hay que dar la razón al Fiscal en algunas de las razones que esgrime para discrepar de los argumentos blandidos por la sentencia de instancia para llegar a la absolución. Se entiende globalmente la motivación que lleva al Tribunal *a quo* a rechazar la relevancia penal de los hechos, decisión que se comparte, pero algunas de las afirmaciones que se vierten no pueden ser generalizadas; ni por sí solas tendrían capacidad para llegar a esa conclusión.

Que en la decisión de emigrar esté ausente toda presión o influjo de terceros no comporta sin más la atipicidad de la conducta como podría sugerir una lectura no detenida del primero de los fundamentos de derecho de la sentencia. No habrá en esos casos «promoción» que es la primera de las conductas típicas; pero puede concurrir «favorecimiento» o «facilitación». Que se constate una decisión autónoma y libre (en el sentido de no influida por los acusados, lo que no significa ausencia de condicionantes sociológicos derivados de la pobreza del país de origen) por parte del emigrante es compatible con una condena por el delito del art. 318 bis.

Igual cabe decir de la fácil «sustitutibilidad» de la ayuda prestada; o accesibilidad de la información suministrada. Si con ello, como sugiere el contexto, la Audiencia quiere poner de relieve que la aportación no tenía rango suficiente como para ser incardinada en el art. 318 bis, es admisible el razonamiento. Si, sin embargo, se trata de establecer una premisa general a tenor de la cual solo la que pudiéramos catalogar como «cooperación necesaria» (por utilizar un concepto

penal) sería una facilitación o favorecimiento en el sentido del art. 318 bis; o que la demostración de que la negativa a ese auxilio concreto no hubiese frustrado el propósito migratorio por ser fácil buscar colaboraciones alternativas, y de ahí habría que excluir la tipicidad, el argumento ha de ser rechazado. Ayudar a la inmigración clandestina con medios, aportaciones, promesas de ayuda, u otro tipo de conductas que se hubiesen podido lograr con facilidad por otras vías es acción incardinable en principio en el art. 318 bis.

(...)

Algunas orientaciones de cara a la exégesis de la norma pueden venir también de la mano del examen de los textos internacionales que han ejercido un reconocido influjo en la decisión del legislador al incorporar al ordenamiento punitivo estas conductas. La Ley Orgánica 5/2010 ha representado un paso importante para armonizar con ese contexto internacional en el que está consolidada dotando de autonomía a los delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis). Trata de personas e inmigración ilegal son entidades criminológicas diversas aunque participen de un sustrato común representado por el desplazamiento territorial de personas.

La Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas diferenció ambos fenómenos destinando un Protocolo a cada uno de ellos: son los conocidos como Protocolos de Palermo. Uno va destinado a la prevención, represión y sanción de la trata de personas. El otro quiere combatir el tráfico ilícito de migrantes «por tierra, mar y aire». En este segundo campo se propugna la sanción penal de determinadas conductas (tráfico ilícito de migrantes, conductas falsarias instrumentales...) pero siempre que se cometan con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material (art. 6 del Protocolo). Es irrelevante la voluntad libre del inmigrante. También lo es que el autor carezca de toda voluntad de explotación o aprovechamiento de esa entrada o estancia ilegal. Pero sí es necesario un móvil lucrativo. Se quiere proteger la capacidad de control del Estado sobre sus fronteras; pero también se está contemplando el peligro de lesión de los dere-

chos de los migrantes no sólo por las condiciones en que muchas veces se produce el paso de fronteras —con riesgo para la vida e integridad—, o por el tratamiento indigno, equiparado a una mercancía, a que puede verse sometido el migrante, sino también por el riesgo de que ya en el país de destino caiga en la marginación social o en la explotación o abuso de terceros. Eso los convierte en víctimas del delito, aunque el desplazamiento se efectúe con su voluntad. Reténgase en todo caso que para en el Derecho Penal promovido desde esa instancia internacional, el móvil lucrativo juega un papel decisivo.

Tampoco ese elemento es ajeno al derecho de la Unión Europea. El Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes establecía en su art. 27.1 el compromiso de las partes contratantes para establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de una Parte contratante quebrantando su legislación.

(...)

Retomando el supuesto concreto nos enfrentamos a la actividad de tres personas en la que, en primer lugar, no se aprecia un móvil egoísta. No es que el tipo exija ánimo de lucro (a diferencia de lo que sucede con algunas faltas administrativas). El propósito de enriquecimiento personal se contempla como subtipo agravado en el párrafo segundo del art. 318 bis. Pero en cualquier caso es circunstancia que, sin ser en absoluto definitiva, puede ponderarse para fijar las fronteras del art. 318 bis en sintonía con algunos textos internacionales. Los acusados actuaban, según se desprende de los hechos probados, que se cuidan de excluir esos móviles lucrativos, por el afán de ayudar o apoyar (hacer un favor, «favorecer») no indiscriminadamente a cualquier inmigrante sino a aquellos con los que mantenían algún lazo por ser compatriotas o por relaciones entabladas a través de conocidos comunes.

Los acusados no procedían por su cuenta a la recluta de inmigrantes. Se limitaban a prestar la ayuda requerida a aquellas personas que, ya decididas a instalarse en España, introduciéndolo-

se clandestinamente, contactaban con alguno de ellos. No provocan la decisión de inmigración.

La ayuda prestada antes del desplazamiento tiene escasa significación. No es un aporte de relevancia o trascendencia. No puede extenderse el radio de la tipicidad hasta acoger en ella casos de mera información sobre una ruta, o ciudades, o forma de establecerse u otros datos que pueden ayudar al inmigrante pero que sería desproporcionado sancionar con las penas que dispensa el art. 318 bis. Ha de tratarse de actos de favorecimiento o facilitación de cierta intensidad o significación que aquí no se aprecian.

La colaboración una vez que se ha producido la llegada a territorio español y que en algún caso se llega a concretar en la prestación de alo-

jamiento, acogida y ayuda a encontrar una actividad laboral remunerada, se presenta en este caso como fruto no de una actividad organizada indiscriminada al servicio de la inmigración ilegal, sino como plasmación de la voluntad de no rechazar a quien les ha pedido colaboración en su decisión de establecerse en otro país buscando mejores condiciones de vida.

Si este conjunto de circunstancias se enmarcan en un contexto en que no se detecta ese peligro de afectación de derechos individuales del ciudadano extranjero, puede concluirse que, rectamente entendido, el art. 318 bis no alcanza a supuestos como el que aquí se enjuiciaba. La decisión absolutoria de la Sala de instancia es correcta y ha de ser refrendada.

**Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y relativos a la prostitución. Intangibilidad de los hechos declarados probados por el órgano de instancia. Requisitos del tipo: entrada ilegal en España. Incluye cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser. Acuerdo Plenario de 13 de julio de 2005: se incluye en el tipo la conducta de facilitar billete a extranjeros que carecen de permiso de residencia y trabajo y ponerlas a trabajar. Entrada y registro: Intervención de abogado. No es precisa la asistencia de letrado si el interesado en el registro no se encuentra detenido. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **1 de junio de 2012**

Recurso de Casación: **1855/2011**

Ponente: **D. Julián Artemio Sánchez Melgar**

Voz: **Inmigración clandestina: ejercicio de la prostitución**

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de los de Zamora incoó P.A. núm. 58/10 por delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros contra Calixto y Marcelina, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 23 de junio de 2011 dictó Sentencia núm. 10/11, que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Único.—Calixto, a la sazón mayor de edad y sin antecedentes penales, y Marcelina, ciudadana brasileña, a la sazón también mayor de edad sin antecedentes penales y detenida el 15 de diciembre de 2006, por infracción de la Ley de Extranjería, regentaban conjuntamente

el club de copas (...) ubicado en la localidad de (...), del que primero de ellos era arrendatario, y se dedicaron desde finales del año 2006, junto con terceras personas no identificadas residentes en Brasil, a captar a mujeres jóvenes de nacionalidad brasileña para trabajar en el negocio de prostitución en España en el citado local de los mismos, facilitándoles a tal fin el pasaje de avión y la cantidad de 500 euros para que pudieran entrar en España como turistas y así burlar las leyes y normas que regulan la inmigración a este país, todo ello bajo la expectativa generada a las mismas de poder obtener ingresos, por el «alterne» en el bar de copas y el ejercicio de la prostitución, por encima de los 4.000 o 6.000 euros mensuales, muy superiores a los que por

dicho tráfico sexual podían obtener en Brasil, y a cuyo ejercicio se venían dedicando.

Para ello tales mujeres contactaban y se ponían de acuerdo con Marcelina, conocida por Yara, Iara o Yari, bien en el propio Brasil bien por medio de comunicación telefónica, quien las indicaba la persona a la que tenían que dirigirse en Brasil para que les facilitara los medios para el acceso a España como turistas.

Llegadas al aeropuerto español de Barajas, eran recogidas por Calixto acompañado en ocasiones de Marcelina, que las trasladaban en el vehículo matrícula (...) propiedad del primero, hasta la localidad de (...), donde se instalaban en las habitaciones el club (...) que había sido concebido y dado de alta primitivamente como Casa Rural, dedicada a la hostelería, para dedicarlo después como club destinado al alterne y al ejercicio de la prostitución.

Una vez en dicho lugar se les pedía a las mujeres sudamericanas el dinero que se les había entregado para aparentar su condición de turistas y se les recogía los pasaportes por los citados Calixto y Marcelina para rellenar las fichas de hospedaje y su custodia para evitar su pérdida o sustracción, sin que haya quedado probado de que no podrían disponer del mismo cuando lo precisasen, con quienes convinieron y aceptaron un reglamento interno de normas de funcionamiento que establecía tasas por uso de habitaciones, lavandería, útiles de aseo, preservativos, etc., así como sanciones para el supuesto de incumplimiento de tal reglamento, durante el tiempo en que permanecieran en el local hasta satisfacer su deuda por los gastos causados por su venida a España y los demás que por anticipos y otros conceptos generaban.

A través de este sistema Calixto y Marcelina introdujeron en España como turistas y permitieron el ejercicio de la prostitución en el mencionado club, participando de los ingresos que obtenían, tanto por invitaciones al consumo de copas como por el ejercicio de su actividad sexual, al menos hasta el pago de la deuda que tenían contraída con los susodichos acusados, respecto de las seis súbditas brasileñas, cuyas identidades permanecen ocultas al gozar de los beneficios de la Ley de protección de testigos en el proceso (...).

Las cuatro primeras se dedicaron al ejercicio de la prostitución venían abonando cantidades para el pago de sus deudas hasta que se produjo la intervención policial en el Club (...) y la detención de sus titulares y las dos últimas cesaron en su ejercicio en fecha anterior al 14 de febrero de 2007, fecha en que denunciaron en la Comisaría del Aeropuerto de Madrid-Barajas los hechos aquí enjuiciados y que venían siendo investigados desde la fecha de 11 de noviembre de 2006 por el Grupo Operativo de la Brigada Central de redes de inmigración del Cuerpo Nacional de Policía.

No constan acreditados otros extremos que se atribuyen a la actividad de los imputados referidos a la limitación o restricción a la libertad de comunicación o de circulación de las testigos protegidas que han declarado en esta causa, ni tampoco consta acreditada explotación del ejercicio de la prostitución por los regidores del club, sin perjuicio de que pudieren destinar, por convención entre unas y otros los ingresos que percibieran por uno y otro concepto para el pago de las deudas contraídas por aquéllas para con los acusados.

Que por los agentes de la Policía Judicial adscritos a la Unidad de Extranjería de Zamora se practicó una diligencia de entrada y registro, judicialmente autorizada en las instalaciones del citado Club (...) e intervinieron en distintos lugares una pistola de aire comprimido, una navaja, un hacha, un bate de béisbol, distintas libretas donde los acusados apuntaban el número de pases sexuales que las mujeres que se encontraban en el club hacían con los clientes, así como las consumiciones que hacían en barra, tasas por utilización extra de las habitaciones, importe de la deuda, otros documentos y los pasaportes de las mujeres que se encontraban en el lugar y que fueron entregados por Calixto».

(...)

Observamos que las diligencias comienzan con la denuncia formulada por dos ciudadanas brasileñas, que adquieren la condición de testigos protegidas, en donde ponen de manifiesto la entrada en nuestro país para ejercer la prostitución, siendo trasladadas a citado club de la provincia de Zamora, derivándolas al ejercicio de tal

actividad, y con la oportuna retención del pasaporte. Éstos son los hechos denunciados.

Ante ello, la policía judicial realiza una investigación preliminar, que consta en los autos, (...) mediante oficio de la Unidad Central contra las Redes de Inmigración y Falsedades Documentales, de fecha 20 de febrero de 2007, se solicita mandamiento de entrada y registro en el club de alterne (...), que tiene por fundamento las denuncias anteriores, de personas concretas, que han puesto de manifiesto unos hechos presuntamente delictivos, en donde se concretan fechas de entrada, vigilancias policiales, fotografías del encuentro en el aeropuerto, y con objeto de poder «liberar a cuantas mujeres se pudieran encontrar trabajando en dicho club», y en su caso, detener a sus responsables (en concreto: «proceder a la detención de los autores de los hechos investigados»), así como la intervención de documentación, pasaportes, armas, estupefacientes, lo que pudiera encontrarse en las oficinas o en cajas de seguridad, diligencia que, en caso de ser autorizada, será llevada a cabo por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. El Juzgado de Instrucción n.º 5 de los de Zamora, en funciones de guardia, dicta el Auto de fecha 20 de febrero de 2007, en donde con toda corrección, y muy razonadamente, analiza la petición, dicta el mandamiento, lo restringe, en cambio, para las maletas o bolsos de las mujeres «que allí trabajan», y que «se practicará de día por entender que no existe causa de urgencia que justifique la entrada en horario nocturno». Sin embargo, en la parte dispositiva de dicha resolución judicial, con expresión confusa, señala que se llevará a efecto a presencia de Secretario Judicial, y «de las personas detenidas y su asistencia letrada», interviniendo en la misma los funcionarios policiales que igualmente se relacionan.

Siendo las 10:20 horas del día 21 de febrero de 2007, se practica el registro, a presencia del Secretario Judicial, el cual levanta acta (...), notificándose el Auto tanto a Marcelina, que allí se encuentra, como a Calixto, que en ese momento llega. En tal diligencia consta la incautación de los efectos que se reseñan, entre otros, una pistola simulada, y diversas armas blancas, así como la intervención de ocho pasaportes

brasileños, precisamente en la habitación número 10, ocupada por Calixto, e incluso se arrojan por la ventana diversas hojas con anotaciones de pases sexuales, que son recogidas por los funcionarios que cubren el perímetro del club, y dan cobertura de seguridad a la diligencia.

Tras el registro, son detenidos; concretamente, a las 14 horas y 35 minutos del expresado día.

No era necesaria, pues, la presencia de letrado en el citado registro domiciliario, al no encontrarse detenidos los inmediatamente imputados, tras la práctica del mismo. Así, es de ver la STS 1047/2007, de 17 de diciembre, que declara que son innumerables las resoluciones de esta Sala que afirman la innecesariedad de que esta diligencia procesal se lleve a cabo con asistencia de Letrado, a tenor de lo dispuesto en el art. 520 LECrim, que únicamente exige esta asistencia letrada del detenido para las diligencias de identificación y de declaración, no para los registros domiciliarios.

En consecuencia, este motivo no puede prosperar, ni del propio modo los numerados con los ordinales tercero a sexto, que sin desarrollo expositivo alguno, inciden en tal queja, que se acompaña con la petición de nulidad por intervención de otros funcionarios de policía, no citados en el Auto judicial, cuando lo único que prestaban era cobertura de seguridad a la diligencia.

(...)

Finalmente, el recurrente, de forma residual, formaliza dos reproches casacionales por quebrantamiento de forma, al amparo de lo autorizado en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en donde pone de manifiesto que los conceptos y expresiones jurídicas que emplea la sentencia recurrida «suponen predeterminación del fallo», y se refiere a que los acusados «introdujeron como turistas en España» a tales mujeres, lo que configura el tipo penal aplicado, como ya lo razonamos con anterioridad, en tanto que dicha apariencia de turistas, encubría una inmigración ilegal, ya que no eran obviamente «turistas», sino personas que eran captadas a un club de alterne para ejercer en él, la prostitución, en las condiciones que se reflejan en el *factum*.

Del propio modo, la expresión «participando en los ingresos que obtenían», supone una descripción de un hecho que relata las condiciones de su estancia en el citado club, pero que no están en directa relación con el tipo penal aplicado,

por lo que carecen de relevancia en este sentido. Por ello, la recurrida absuelve a los acusados por el resto de los delitos que les fueron imputados, como acertadamente se expone en el desarrollo del motivo.

**Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: traslado trasfronterizo de inmigrantes en situación irregular a cambio de cantidades de dinero. Derecho al secreto de las telecomunicaciones: hallazgo casual de conversación telefónica. Requisitos: legitimación de evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica. Presunción de inocencia: desestimación. Aplicación del subtipo atenuado por la menor entidad de los hechos. Proporcionalidad y justicia material. Estimación parcial.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **10 de julio de 2012**

Recurso de Casación: **2097/2011**

Ponente: **D. Julián Artemio Sánchez Melgar**

Voz: **Inmigración clandestina y traslado de ciudadanos chinos en situación irregular**

El primer motivo se articula por infracción constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando la vulneración del art. 18.3 de nuestra Carta Magna, que proclama el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Se alega la conculcación del mismo como consecuencia de una interceptación telefónica judicial que tiene por base la audición de una conversación sospechosa que se capta en el curso de un procedimiento penal, tildándola de insuficiente y prospectiva.

Los Mossos d'Esquadra se encontraban investigando una red criminal dedicada a la explotación ilegal de trabajadores extranjeros en el cinturón de Barcelona (sector textil), y en ese contexto escucharon una conversación que, desde uno de los teléfonos observados, sostenía que un individuo —hasta ese momento desconocido, del que únicamente se tuvo noticia de su apellido Elías— ofrecía viajes a ciudadanos chinos residentes en España hacia otros países de la Unión Europea, siempre que su estancia en nuestro país fuera ilegal, a cambio de grandes sumas de dinero: «... si la persona tiene permisos, no nos necesita a nosotros...».

Ante ello, los agentes se dirigen al Juzgado de Instrucción, ponen en su conocimiento

el contenido de la llamada, que fue certificada por el Secretario judicial, e interesan la interceptación judicial del número entrante, de cuyo interlocutor solamente conocen su apellido. De manera que tal conversación es indiciariamente constitutiva de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, particularmente en el aspecto de protección de los flujos migratorios, y tal hallazgo casual fue inmediatamente puesto en conocimiento del juez.

Por eso hemos declarado que, aunque es cierto, que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, la doctrina de esta Sala Casacional, ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendentes, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma.

(...)

Respecto a la tipicidad, es claro que nuestros Acuerdos Plenarios de 9 de febrero de

2005, pero sobre todo de 13 de julio de 2005, resuelven la cuestión planteada, particularmente este último en tanto dispone en relación con el art. 313 del Código Penal, en el sentido que «facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina». Otro tanto ocurre en el caso enjuiciado, por lo que respecta al art. 318 bis del Código Penal, con respecto a quien, directa o indirectamente, promueve, favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, tal y como fue redactado este apartado por LO 13/2007, de 19 de noviembre, con entrada en vigor a partir del 21 de noviembre de 2007.

El tipo atenuado previsto hoy en el apartado 5 del art. 318 bis del Código Penal, pretende atemperar la respuesta punitiva en los casos que marca el precepto, que lo relaciona con la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, prácticamente igual que los parámetros

interpretativos diseñados en las reglas de individualización penológica (art. 66 del Código Penal) —gravedad del hecho y circunstancias del culpable—, a la que ahora se añade la finalidad perseguida por éste.

Esta Sala Casacional se ha ocupado en pocas ocasiones de analizar este subtipo atenuado (únicamente dos sentencias tratan tangencialmente el problema, la STS 2/2006, de 19 de enero y la STS 887/2005, de 30 de junio), por lo que atendiendo a los criterios de proporcionalidad y de justicia material que reclama el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, la gravedad de los hechos no es muy alta, ya que se trata del tránsito en un vehículo particular, de sendos viajes a la Unión Europea, razón por la cual aplicaremos dicho subtipo atenuado, perfectamente subsumible en nuestro caso, y conformar así una respuesta jurídico-penal más acorde con la infracción punitiva, que lo será en tres años de prisión, pues el grado inferior discurre entre los dos y los cuatro años de prisión, y se ha de aplicar la agravación prevenida en el apartado 2 del art. 318 bis del Código Penal, e imponer en su extensión mínima la pena de tres años de prisión.

## HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

**Títulos académicos: denegación de la solicitud de homologación del título rumano de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scoala Postliceala Sanitaria-Ploiesti, al título español de Diplomado en Enfermería. Ausencia del carácter de Universidad o institución de educación superior del organismo rumano emisor del título académico cuya homologación se pretende. Título emitido por un centro de carácter secundario o post-secundario. No se produce vulneración del principio de igualdad. Análisis de las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior. Desestimación del recurso de casación.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **29 de mayo de 2012**

Recurso de Casación: **4195/2010**

Ponente: **D. Antonio Martí García**

Voz: **Homologación de título rumano. Asistent Medical Generalist: principio de igualdad**

En el recurso de casación que enjuiciamos se impugna por la representación procesal de D.<sup>a</sup>

Casilda la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Adminis-

trativo del Audiencia Nacional, de fecha 3 de marzo de 2010, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de aquella contra la Resolución del Director General de Universidades, por delegación de la Ministra de Ciencia e Innovación, que denegó su solicitud de que su título de Asistent Medical Generalist, obtenido en Scoala Postliceala Sanitara-Ploiesti (Rumanía), le sea homologado al título español de Diplomada en Enfermería.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho primero, fija los antecedentes de hecho en que se ha de fundamentar la resolución, resumiendo la pretensión de la recurrente ante la denegación de su solicitud:

«La parte actora fundamenta su pretensión al estimar que la carga lectiva efectuada por la actora en su país para obtener el título cuya homologación pretende tiene una extensión tanto en el conocimiento teórico como en las prácticas superior al título español de Diplomado en Enfermería; así mismo alega que el título aportado por la recurrente son estudios de carácter superior, ya que su duración es de tres años, se exige ostentar el título de bachiller y se requiere un examen de ingreso y están encuadrados dentro de los estudios postsecundarios, alega la infracción del principio de igualdad al haber reconocido la Administración española el título pretendido a otras compañeras de la recurrente que cursaron igual título en el mismo centro rumano que la actora.»

(...)

Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida en casación acordó desestimar el recurso contencioso-administrativo deducido contra la denegación de la homologación del título rumano de Asistent Medical Generalist al título español de Diplomado de Enfermería, por motivar que la enseñanza que certifica el primero no viene cursada en universidad o institución de educación superior, según se desprende del informe del Consejo de Coordinación Universitaria incorporado al texto de la resolución administrativa, y es impugnada por la recurrente

por distintos motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, cuyo común denominador reside en el cuestionamiento de la valoración que el Tribunal realizó del anterior informe y del título aportado, por un lado, y la existencia del antecedente de una homologación en igual situación, por otro.

(...)

La exposición inicial que hace la demanda en relación con la doctrina jurisprudencial sobre la cuestión que plantea se ajusta al proceder de la Sala de instancia. El mismo recurso se refiere precisamente al hecho de que el tribunal llevó a cabo una valoración de las pruebas existentes, que condujo a la conclusión que el título que se trata de homologar al título español de Diplomada en Enfermería sanciona una formación de carácter profesional que puede, en su caso, ser objeto de reconocimiento profesional por derechos adquiridos, pero de una educación superior, que no deviene irrazonable, arbitraria o incurra en error patente por la suerte de distintas cuestiones que suscita el recurso, como es que el informe del Consejo de Coordinación Universitaria que por incorporación sirve de motivación a la resolución administrativa no conste en el expediente, pues dicha omisión como posible circunstancia obstativa de la apreciación de lo informado es una cuestión nueva suscitada en este recurso, que hasta este momento su existencia únicamente discutió en demanda en términos de hipótesis para de ello cuestionar la congruencia de lo informado y la existencia del antecedente de una homologación anterior en identidad de situación, que no impidió que propusiera prueba tendente a traer el informe al recurso, ni a determinar el tipo de formación que certifica el título de Asistent Medical Generalist, siendo en todo caso que la falta de aportación del informe original no permite sustituir la valoración de la Sala de instancia en relación el carácter no universitario del centro expedidor del título, de lo que la Sentencia concluye que la recurrente carece del derecho al reconocimiento del título, sin que por referir haberse otorgado otros reconocimientos antes proceda hacer lo propio con el presente.

**Homologación de título obtenido en el extranjero. «Bachelor of Arts in Spanish and Latin American Studies»: Pretensión de homologación con el título español de «Licenciado». Preceptivo informe de la Comisión Técnica: Omisión de trámite esencial. Nulidad de la resolución denegatoria y retroacción de las actuaciones. Estimación parcial.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **536/2010**

Ponente: **D. José Felix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación del título de nacionalidad británica: Bachelor of Arts in Spanish and Latin American Studies: informe técnico preceptivo**

La recurrente, de nacionalidad británica, solicitó que su título de Bachelor of Arts in Spanish and Latin American Studies, obtenido en la University of London (Reino Unido) le fuese homologado al título español de grado académico de licenciada.

La administración demandada denegó dicha solicitud de homologación con base en lo previsto en los artículos 19 y 21 del Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, considerando que el título extranjero de la recurrente acredita la superación de un primer ciclo de estudios universitarios, no correspondiendo por tanto al mismo nivel académico que el título español de Licenciado, que se obtiene tras la superación de un segundo ciclo de estudios universitarios de dos años de duración y, sumado a los tres años académicos de los títulos de primer ciclo, previos al de licenciado, exige la previa acreditación de haber superado una carga lectiva de 300 créditos.

(...)

En el presente caso la denegación de la homologación solicitada se ha fundamentado en el informe del Consejo de Coordinación Universitaria cuya transcripción obra en el documento número tres del expediente administrativo remitido a este tribunal, a cuyo tenor, en relación con los títulos extranjeros de Bachelor procedentes de sistemas anglosajones y asimilados [según el cual] la duración del programa de estudios conducentes a la obtención del mismo, determinan su homologación al grado académico de Diplomado, si es de tres años. Además de dicha duración, se pone igualmente de manifiesto que sus estudios están enmarcados dentro de un

primer ciclo del sistema educativo británico y que dichos estudios no dan acceso a estudios de doctorado, por lo tanto no puede considerarse que exista una correspondencia entre el grado académico presentado y el actual español de Licenciado como establece el artículo 19.1.c) del mencionado Real Decreto 285/2004, ya que los actuales estudios de licenciado españoles permiten el acceso directo a estudios de Doctorado. Por contrapartida se propuso informe favorable a la homologación al grado académico del Diplomado.

Quinto.—El control de la equivalencia de la formación es el elemento esencial para resolver sobre la homologación en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, dictado en desarrollo de lo dispuesto en la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Se desprende de ello la relevancia en el procedimiento del informe emitido por el Comité Técnico, en cuanto implica un juicio valorativo a través del cual, comparando la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración como a su contenido y alcance, determina la equivalencia exigida para la homologación, juicio que por su carácter técnico ha de prevalecer salvo prueba en contrario, pero sin que pueda sustituirse por el que subjetivamente pueda realizar la parte.

En el informe más arriba referido no concurren las circunstancias previstas en el artículo 13 del Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, para constituir excepción aplicable en cuanto «infor-

me de carácter general» sobre la homologación, ya que no consta haya sido aprobado previa-

mente por el comité técnico a que se refiere el artículo 10.

**Homologación de título académicos extranjeros: título alemán de «Diplom-Betriebswirtin (FH)» en Administración y Dirección de empresas: pretensión de homologación académica con la de «licenciado» español. Estimación parcial, declaración de nulidad de la resolución impugnada y retroacción del expediente administrativo para la emisión del preceptivo informe individualizado del comité técnico.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 21 de junio de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 603/2010**

**Ponente: D. José Félix Méndez Canseco**

**Voz: Homologación de título alemán: «Diplom-Betriebswirtin (FH)» en Administración y Dirección de empresas**

Se interpuso el presente recurso contra la resolución del Ministerio de Educación, Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, de fecha 16 de julio de 2010 que vino a denegar la homologación del título alemán de doña Adelina, denominado «Diplom-Betriebswirtin (FH)», al nivel académico del licenciado español.

Referida actuación administrativa se fundamenta en que el título de la recurrente acredita la superación de un primer ciclo de estudios universitarios, no correspondiendo por tanto al nivel académico del título español de Licenciado, que se obtiene tras la superación de un segundo ciclo de estudios universitarios de dos años de duración, que sumado a los tres años académicos de los títulos de primer ciclo, previo son de Licenciado, supone un periodo de cinco cursos académicos de estudios, de forma que la carga académica global sea de, al menos, 3.000 horas lectivas, de conformidad con la normativa reguladora de dichos estudios.

La recurrente solicita en su demanda la anulación de la resolución recurrida y que se declare el derecho de doña Adelina a obtener la homologación solicitada. En apoyo de esta pretensión alega, en síntesis, que doña Adelina, de nacionalidad alemana, obtuvo el 10 septiembre 2001 el título denominado «*Diplom-Betriebswirtin (FH)*», en administración y dirección de empresas por la escuela universitaria para economía

y alta dirección de Essen, Alemania, *FOM-Hochschule für Ökonomie& Management*. Que además doña Adelina cursó un programa de licenciatura en la *Hogeschool Zeelan*, de Vlis-singen, Holanda, que culminó con la obtención del título de *Bachelor* en Ciencias Económicas y Comerciales, expedido el 12 marzo 2002. Los estudios conducentes a la doble titulación, la alemana y la holandesa, duraron cuatro años (siete semestres de carrera más un semestre de prácticas) con un total de 2204 horas (1904 horas lectivas y 300 horas de proyecto de fin de carrera). Tras completar sus estudios doña Adelina se trasladó a Madrid y cursó un Máster en Gestión Financiera en la Universidad Complutense de Madrid. El 30 julio 2003, tras 580 horas de Máster, obtuvo el título de *Magister*, con la máxima nota y siendo el número uno de su promoción. Doña Adelina decidió seguir su carrera académica cursando estudios de doctorado en dicha universidad española y para ello está le exigió la reglamentaria autorización de acceso, de acuerdo con el Real Decreto 778/1998, disposición adicional primera, que hoy no está vigente, pero que entonces se exigía para cursar los estudios de doctorado. El Rector de la Universidad, mediante resolución de 6 octubre 2003 admitió a doña Adelina en el tercer ciclo o doctorado, en virtud de los estudios cursados, en el curso 2003-2004. En el curso siguiente doña Adelina realizó el segundo año de su doctorado

y alcanzó tal nivel de excelencia académica que además participó como profesora en el Máster en gestión financiera impartido por la Universidad Complutense de Madrid. Los dos años de doctorado de doña Adelina, culminaron con la obtención del diploma en estudios avanzados, en octubre de 2005. A continuación doña Adelina elaboró y aprobó su tesis el 11 junio 2008, con una calificación de sobresaliente *cum laude*. Dicha tesis obtuvo un accésit en los premios del Consejo Económico y Social para tesis doctorales, fue publicada y además obtuvo el premio extraordinario de doctorado de los estudios en Administración y Dirección de Empresas de la promoción 2007-2008. Posteriormente, doña Adelina solicitó el título de doctor y fue en ese momento cuando surgió el problema que dio origen a este pleito, ya que la Universidad expidió el título el 13 junio 2008, pero lo hizo con limitaciones esenciales: «doña Adelina ha superado los estudios de doctorado... en las condiciones establecidas en la disposición adicional primera dos del Real Decreto 778/1998, de 30 abril, para los poseedores de títulos extranjeros no homologados... el presente título no producirá los efectos que ha dicho título atribuye el artículo 13. 1 del Real Decreto 778/1998». De este modo, el referido título no la habilitaba ni para la docencia ni para la investigación, ello debido a que su título académico extranjero no estaba homologado.

Con objeto de solventar el problema del título de doctor expedido con referidas limitaciones, doña Adelina solicitó al Ministerio de Educación la homologación de su título alemán. El 16 julio 2010 el Ministerio de Educación denegó la homologación del título pretendida.

(...)

Alega la recurrente que la resolución recurrida incurre en un error manifiesto porque los estudios que cursó en Alemania y a los que más arriba se ha hecho referencia constan de dos ciclos. Es un problema de traducción causado por la falta de identidad de los sistemas educativos. La expresión que da lugar al error del ministerio español es la producción española de *Diplom* (equivalente a licenciatura), primer ciclo, orientado a la práctica con proyecto fin de carrera. El título de doña Adelina consta de

dos ciclos. Por otra parte, considera la recurrente que el criterio de los años de los estudios y la carga horaria no es aplicable a los títulos de otros países de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 y en el artículo 21 del Real Decreto 285/2004. Entiende la recurrente que la resolución recurrida cita como fundamento para denegar la homologación el artículo 19.1.c) del Real Decreto 285/2004, pero aplicado apartado b), que es el que se refiere a la duración y carga horaria de los estudios. Invoca los principios generales de buena fe y confianza legítima, al considerar que Universidad y Ministerio si bien son dos administraciones jurídicamente diferentes, forman parte de un mismo sistema educativo nacional y el acto de reconocimiento de la correspondencia del título extranjero de la actora con la licenciatura española crea una situación de confianza que no puede quedar legalmente desamparada.

(...)

Está acreditado que el título alemán de «*Diplom-Betriebswirtin (FH)*» presentado por la recurrente tiene una duración oficial de tres años y medio (siete semestres) y que para poder acceder a los estudios correspondientes se precisa titulación de acceso a educación superior (HEEQ) o equivalente extranjero y al menos medio año de experiencia práctica en 1 a relacionada con la materia durante los cuatro primeros semestres, tal y como resulta del suplemento al título obrante en el expediente administrativo.

(...)

El control de la equivalencia de la formación es el elemento esencial para resolver sobre la homologación en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, dictado en desarrollo de lo dispuesto en la LO 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades. Se desprende de ello la relevancia en el procedimiento del informe emitido por el Comité Técnico, en cuanto implica un juicio valorativo a través del cual, comparando la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración como a su contenido y alcance, determina la equivalencia exigida para la homologación, juicio que por su carácter téc-

nico ha de prevalecer salvo prueba en contrario, pero sin que pueda sustituirse por el que subjetivamente pueda realizar la parte.

Por lo tanto, como ha resuelto este tribunal, entre otras, en sentencia de treinta y uno de enero de dos mil siete, recurso contencioso-administrativo núm. 194/2005, JUR 2007\59679 [se trataba allí de la pretensión de homologación de un título de Baccalaureus (BC.) or Bachelor (B.), obtenido en Hogeschool Zeeland (Países Bajos) al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas]; así como en sentencia de 22 septiembre 2009 (...) y Sentencia de 24 noviembre 2009 (...), en el caso presente, al haberse omitido el trámite esen-

cial previsto en el artículo 12 del Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, lo procedente será estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto y declarar la nulidad —artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992— de la resolución impugnada, ordenar la retroacción del expediente administrativo para la emisión del preceptivo informe individualizado del comité técnico previsto en el artículo 10 del Real Decreto 285/2004 sobre la homologación solicitada por la recurrente, continuando después la tramitación del procedimiento administrativo de homologación hasta su resolución.

Con este alcance ha de ser estimado el presente recurso.

**Homologación del título «Bachelor of Science in Technical Architecture» obtenido en un centro educativo británico con el título español de Arquitecto Técnico. Prueba pericial. Discrecionalidad técnica: los órganos judiciales no pueden convertirse en «segundos tribunales calificadores». Error en la comparación entre los contenidos formativos. Estimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **27 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **2166/2009**

Ponente: **D. José Luis Gil Ibáñez**

Voz: **Homologación del título «Bachelor of Science in Technical Architecture» obtenido en un centro educativo británico**

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la Resolución de 6 de abril de 2009, de la Subdirectora General de Títulos y Relaciones con Instituciones Sanitarias, dictada por delegación de la Ministra de Ciencia e Innovación, que deniega la solicitud de que el título de Bachelor of Science in Technical Architecture, obtenido por el recurrente en University of Wales (Reino Unido), sea homologado al título español de Arquitecto Técnico, habiéndose ampliado a la Resolución de 10 de febrero de 2010, del Subsecretario del Ministerio de Educación, actuando por delegación del Ministro de Educación, que desestimó expresamente dicho recurso administrativo.

El demandante, tras referirse a los hitos del expediente administrativo y a la entidad de la que emana el título, sostiene jurídicamente

su pretensión sobre la base del concepto de la homologación, que diferencia del reconocimiento para el ejercicio de actividades profesionales, deteniéndose en los requisitos exigidos para dicha homologación, dimanantes de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y 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, afirmando haberse acreditado un nivel y una duración de los estudios, así como una carga horaria similar, habiéndose planteado el reparo en cuanto a los contenidos formativos, respecto de los que advierte de la ignorancia de los criterios aplicados, sosteniendo, frente a la Administración, que la formación académica es equiparable, como se ha entendido por varias resoluciones

del Ministerio de Vivienda y del Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, mencionando igualmente que, durante la tramitación administrativa, se le privó del trámite de audiencia.

(...)

En el supuesto de autos, la Administración ha denegado la homologación ante el informe negativo emitido por el Comité técnico de tecnologías de la construcción civil, de la edificación y de la información y las telecomunicaciones del Consejo de Coordinación Universitaria (folios 46 a 49 del expediente administrativo).

Este informe consta de ocho apartados y de unas observaciones finales:

- El apartado 1, «*duración de los estudios*», entiende que «*la equivalencia con respecto a la temporalidad mínima exigida por el Real Decreto de Directrices Generales Propias de la titulación española cuya homologación se pretende es razonable*».
- El apartado 2, «*carga global*», dice que «*la carta académica global (teoría y práctica) es 180 créditos equivalentes, según se ha podido determinar de forma aproximada a partir de los datos facilitados por el solicitante. Equiparable*».
- El apartado 3, «*créditos troncales*», señala que, «*la correspondencia entre los contenidos formativos, a partir de los descriptores de las materias troncales, presenta carencias de un porcentaje del 31,1 % aproximadamente*», detallando en una tabla «*el grado de cumplimiento alcanzado por el solicitante respecto de los créditos a cursar en las asignaturas troncales de la carrera solicitada*», enunciando 14 asignaturas troncales, del ciclo 1, con contenido acreditado, todas ellas, de «*insuficientemente cursado*», sin mayor precisión.
- El apartado 4, «*carencias de créditos*», recoge otra tabla con «*la lista de asignaturas troncales que han sido cursadas parcialmente*», en número de 14, que son exactamente las mismas que las relacionadas en la tabla del apartado 3.

— El apartado 5, «*experiencia profesional*», indica que el solicitante no la ha acreditado.

— El apartado 6, «*otra formación complementaria*», igualmente advierte de que el solicitante no ha acreditado otros complementos formativos.

— El apartado 7, «*informe de homologación*», llega a la conclusión de que «*el informe de homologación es desfavorable*».

— El apartado 8, «*propuesta alternativa*», razona la improcedencia de proponer una titulación alternativa.

— Las observaciones finales son dos: 1. «*el número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia*» y 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*».

(...)

En el informe evacuado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos se fija, entre otras, la conclusión de que, «*analizadas las materias formativas estudiadas por el interesado para la obtención de su título extranjero, se aprecia una más que notable coincidencia respecto de las que los arquitectos técnicos españoles cursan para la obtención del correspondiente título oficial español de arquitecto técnico*», apuntado, además, que, solicitado al Colegio Oficial de Málaga «*el estudio y análisis*» de la institución educativa donde se obtuvo el título, del plan de estudios impartido y del rigor y profundidad con que se conduce el mismo, el informe fue «*favorable en todos los aspectos*», terminando con que el interesado ha cursado «*estudios sustancialmente coincidentes con los que estudia un arquitecto técnico en la Universidad española*».

(...)

No obstante, el perito refleja una diferencia que podría resultar importante, puesto que la suma de los créditos asignados a las materias troncales cursadas en la Universidad extranjera «*asciende a 135*», mientras que el título español de Arquitecto Técnico requiere una carga lectiva global «*que en ningún caso será inferior a 180 créditos*». A este respecto, reseña que, una vez cumplidos los requisitos obligatorios, «*cada universidad configura y personaliza sus respectivos planes de estudio, introduciendo asignaturas de carácter obligatorio, optativas e incluso de libre configuración con el doble fin de complementar la formación adquirida mientras se alcanzan e incluso superan los 180 créditos mínimos exigibles*», poniendo varios ejemplos de Universidades españolas y explicando, convincentemente, lo que ocurre con la Universidad de Gales, en la que «*las distintas ampliaciones así como conocimientos de otras áreas íntimamente ligadas con la arquitectura técnica se encuentran integradas en las propias materias troncales más afines*», refiriendo casos concretos, por comparación a lo que hacen las Universidades españolas

c) Finalmente, el informe del órgano técnico de la Administración, aunque parece argumentado, no resulta convincente, por cuanto, por un lado, se basa únicamente en los «*descriptores de las materias troncales*», no en los contenidos propiamente dichos, aludiendo a un porcentaje —el «*31,1% aproximadamente*»— que no se sabe de dónde se obtiene —en este sentido, la resolución desestimatoria inicial alude a unas «*carencias superiores al 25%*»—; por otro lado, califica de «*insuficientemente cursad [as]*» las asignaturas troncales que, en número de 14, identifica, pero sin detallar ese nivel de «*insuficiencia*», el mismo para todas (apartado 3 del informe), lo que, en cierto modo, se reitera en el siguiente apartado del informe (el 4) y sin que tampoco se comprendan bien las observaciones finales, en especial, la primera, cuando, pese a lo consignado anteriormente, se dice que «*el número de créditos asignados a una determinada materia troncal ha sido, como máximo, igual al de la titulación española de referencia*».

Así las cosas, conjugando cuantos extremos se han puesto de relieve, ha de reconocerse el derecho del demandante a la homologación.

**Homologación de títulos extranjeros: licenciado venezolano en Letras. Pretensión de homologación con el título español de Licenciado en Filología Hispánica. Contenido de la formación cursada: se autoriza el grado de diplomada. La recurrente reconoce no haber cursado determinadas asignaturas. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **5 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **425/2011**

Ponente: **Dña. Mercedes Pedraz Calvo**

Voz: **Homologación de título de licenciado en Letras obtenido en Venezuela**

---

Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 27 de julio de 2011 dictada por el Ministerio de Educación por la se deniega la solicitud formulada por Coro hoy actora, en solicitud de que su título de Licenciado en Letras obtenido en la Universidad Central de Venezuela, Caracas (Venezuela) le sea homologado al título español de Licenciada en Filología Hispánica.

El Consejo de Coordinación Universitaria emitió informe desfavorable con fundamento en que fueron insuficientemente cursadas las materias de latín, historia de la lengua española, literatura hispanoamericana; no cursadas las materias de gramática española y literatura española, muy deficientemente cursada la materia de lengua española, y cursada con carencias la materia de lingüística.

Si bien se constatan carencias que impiden reconocer el título de licenciado en filología hispánica, se autoriza el reconocimiento del grado de diplomado.

La recurrente sostiene que la resolución recurrida es contraria a lo dispuesto en el Real Decreto 285/2004 según la redacción dada por el Real Decreto 309/2005 y ello porque tanto el art. 9 que regula los criterios para la homologación como el art. 12 que regula los informes, no habrían sido cumplidos.

En relación con el informe de 14 de febrero de 2011 y el informe de 16 de junio de 2011, considera que no están motivados porque:

- No se valora correctamente la materia gramática española, que se considera no cursada. La actora considera que durante su carrera cursó asignaturas que equivalen a la gramática española.
- No se valora correctamente la materia de latín. La actora ha reconocido que nunca estudió latín.
- No se valora correctamente la materia de lengua española: no ha sido muy deficientemente cursada.
- Considera que si se ha aportado documentación o información sobre los programas de las materias que ha cursado.

(...)

En relación con las asignaturas que se han cursado parcialmente:

1. Lengua española: considera que equivalen la Morfosintaxis Estructural del Español, la fonética y Fonología y el Taller de lectura y expresión oral y escrita.

2. Lingüística: considera que equivalen la Lingüística General I y la Lingüística General II

3. Historia de la lengua española: considera que ha cursado asignaturas que se enmarcan en esta materia y área de conocimiento como son Estudio diacrónico del Castellano, Seminario del idioma español en América, y Seminario de análisis del discurso.

4. Literatura Hispanoamericana considera que ha cursado asignaturas que se enmarcan en esta materia y área de conocimiento como

son Problemas de la literatura latinoamericana, palabra escrita en Venezuela, Seminario de problemas de teoría de la literatura, seminario de crítica e investigación literaria, curso sobre bestiaro medieval y lectura dirigida «*Para leer a Cortázar*».

Reconoce no haber cursado latín y se muestra dispuesta a cursarlo.

En relación con las asignaturas que no se han cursado:

1. Literatura Española: reconoce no haber cursado esta asignatura y se muestra dispuesta a cursarla.

2. Gramática Española: considera que ha cursado asignaturas que se enmarcan en esta materia y área de conocimiento como son la Morfosintaxis estructural del español, la Fonética y fonología, y un Curso de idioma español de América.

Aporta copia de los contenidos generales de Morfosintaxis estructural del español, Fonética y fonología, taller de lectura y expresión oral y escrita, introducción al estudio del lenguaje, lingüística general I y II, estudio diacrónico del castellano I (en el que aparece el contenido general de Latín 1) y otra serie de cursos y seminarios.

La respuesta dada por la Administración, fechada el 16 de junio de 2011, reitera lo solicitado, si bien aparece descrito de forma distinta: antes se decía que no se han cursado ni Literatura Española ni Gramática Española y que se han cursado parcialmente el latín, la lengua española, la lingüística, la historia de la lengua española y la Literatura Hispanoamericana.

Ahora se dice que latín, lengua, lengua española, lingüística, literatura española, segunda lengua y su literatura, teoría de la literatura, gramática española, historia de la lengua española literatura española y literatura hispanoamericana no han sido cursadas.

Se insiste en que no se ha dispuesto de los programas, y en la falta de estudios en materias consideradas fundamentales para la titulación española de filología hispánica.

Se le reconoce, lo que no se hacía en el primer informe, la posibilidad de otorgarle el grado académico de Diplomado.

La perito que ha informado ante esta Sala parece entender que lo aportado, que no es en algunos casos sino una descripción de los objetivos a alcanzar con el seminario, taller o curso, es suficiente para conocer el contenido de las asignaturas, conclusión que este Tribunal no comparte.

Concluye que están suficientemente cursadas las asignaturas de Lengua Española y Lingüística de primer ciclo, y Gramática Española, Historia de la Lengua Española, y la Literatura Hispanoamericana del segundo ciclo, sin dar explicaciones razonadas sobre las bases de tal conclusión. La Sala no puede por tanto aceptar una conclusión que se ha alcanzado sin fundamento en los concretos contenidos de los programas de las asignaturas.

Resulta en todo caso que la actora reconoce expresamente no haber cursado Latín ni Literatura española, lo que impide alcanzar la finalidad buscada en este recurso, que es la homologación del título.

No se aprecia la denunciada falta de motivación, pues ni uno ni otro dictamen son gené-

ricos, siendo así que en la base de un procedimiento de homologación se encuentra la realización de un juicio de equivalencia. De la lectura de la prueba pericial resulta que, a un perito le basta con la descripción del título de la asignatura, la indicación del contenido a estudiar en el plan de estudios español, y la descripción de lo que se aporta por la recurrente para concluir en la equivalencia. Y esta conclusión de un informe pericial de estas características justifica la estimación del recurso para la recurrente, mientras que una conclusión contraria, alcanzada sin la reproducción en el acuerdo de los objetivos de las correspondientes asignaturas aportados por la actora, y sin reproducir los contenidos (no documentados) de las correspondientes asignaturas españolas («bases teóricas generales para el estudio e investigación de las lenguas» «descripción detallada y científica de la lengua española») son consideradas carentes de motivación. La motivación, a juicio de esta Sala, es suficientemente indicativa de las razones que llevan a desestimar la pretensión a la Administración.

**Homologación de títulos académicos extranjeros: título alemán de «Diplom-Betriebswirtin (FH)» en Administración y Dirección de empresas: pretensión de homologación académica con la de «licenciado» español. Estimación parcial, declaración de nulidad de la resolución impugnada y retroacción del expediente administrativo para la emisión del preceptivo informe individualizado del comité técnico.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 21 de junio de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 603/2010**

**Ponente: D. José Félix Méndez Canseco**

**Voz: Homologación del título alemán de «Diplom-Betriebswirtin FH)» en Administración y Dirección de empresas: necesidad de informe de valoración por comité técnico**

Se interpuso el presente recurso contra la resolución del Ministerio de Educación, Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, de fecha 16 de julio de 2010 que vino a denegar la homologación del título alemán de doña Adelina, denominado «Diplom-Betriebswirtin (FH)», al nivel académico del licenciado español.

Referida actuación administrativa se fundamenta en que el título de la recurrente acredita la superación de un primer ciclo de estudios universitarios, no correspondiendo por tanto al nivel académico del título español de Licenciado, que se obtiene tras la superación de un segundo ciclo de estudios universitarios de dos años de duración, que sumado a los tres años

académicos de los títulos de primer ciclo, previo son de Licenciado, supone un periodo de cinco cursos académicos de estudios, de forma que la carga académica global sea de, al menos, 3000 horas lectivas, de conformidad con la normativa reguladora de dichos estudios.

(...)

Alega la recurrente que la resolución recurrida incurre en un error manifiesto porque los estudios que cursó en Alemania y a los que más arriba se ha hecho referencia constan de dos ciclos. Es un problema de traducción causado por la falta de identidad de los sistemas educativos. La expresión que da lugar al error del ministerio español es la producción española de *Diplom* (equivalente a licenciatura), primer ciclo, orientado a la práctica con proyecto fin de carrera. El título de doña Adelina consta de dos ciclos. Por otra parte, considera la recurrente que el criterio de los años de los estudios y la carga horaria no es aplicable a los títulos de otros países de la Unión Europea, de conformidad con lo previsto en el artículo 19 y en el artículo 21 del Real Decreto 285/2004. Entiende la recurrente que la resolución recurrida cita como fundamento para denegar la homologación el artículo 19.1.c) del Real Decreto 285/2004, pero aplicado apartado b), que es el que se refiere a la duración y carga horaria de los estudios. Invo-ca los principios generales de buena fe y confianza legítima, al considerar que Universidad y Ministerio si bien son dos administraciones jurídicamente diferentes, forman parte de un mismo sistema educativo nacional y el acto de reconocimiento de la correspondencia del título extranjero de la actora con la licenciatura española crea una situación de confianza que no puede quedar legalmente desamparada.

(...)

Por otra parte, destaca que la exigencia de que contar con los informes de los comités o informes de carácter general previstos en el artículo 13 del Real Decreto, como es el caso, tiene por finalidad que el órgano con cualificación técnica suficiente se pronuncie sobre la homologación y esta exigencia se cumple en el presente caso, pues el informe general elaborado por el Comité, aunque de fecha posterior, no hace sino

confirmar el criterio aplicado por la resolución recurrida, debiendo tenerse en cuenta que la disposición adicional primera del Real Decreto 285/2004, deja a salvo lo dispuesto en el derecho comunitario derivado.

El Abogado del Estado entiende que en caso de no considerarse que la exigencia de un informe general se satisface con el emitido por el Comité, la consecuencia jurídica sería la retroacción de las actuaciones para la emisión de nuevo informe, que sería idéntico al aportado, de modo que la consecuencia sería simplemente dilatar la resolución del procedimiento de homologación, lo que sería contrario al principio de economía procesal.

(...)

Sin embargo, dicho informe es de fecha posterior a la resolución recurrida y aunque el fundamento de la denegación de la homologación del título de la actora contenido en la resolución recurrida es sustancialmente igual, en cuanto consideró que el título de la recurrente acredita la superación de un primer ciclo de estudios universitarios, no correspondiendo por tanto al nivel académico del título español de Licenciado, lo cierto es que en tal informe no concurren las circunstancias previstas en el artículo 13 del Real Decreto 285/2004, de 20 febrero, para constituir excepción aplicable en cuanto «informe de carácter general» sobre la homologación, ya que no consta haya sido aprobado previamente por el comité técnico a que se refiere el artículo 10.

El control de la equivalencia de la formación es el elemento esencial para resolver sobre la homologación en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, dictado en desarrollo de lo dispuesto en la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Se desprende de ello la relevancia en el procedimiento del informe emitido por el Comité Técnico, en cuanto implica un juicio valorativo a través del cual, comparando la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración como a su contenido y alcance, determina la equivalencia exigida para

la homologación, juicio que por su carácter técnico ha de prevalecer salvo prueba en contrario,

pero sin que pueda sustituirse por el que subjetivamente pueda realizar la parte.

**Homologación de títulos extranjeros: título de Arquitecto obtenido en Colombia. Prueba de aptitud: condicionamiento de la homologación a la superación de esta prueba. Motivación de los actos administrativos: necesidad de suficiencia. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **21 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **696/2010**

Ponente: **D. José Felix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título de arquitecto obtenido en Colombia: necesidad de superación previa de una prueba de aptitud**

La recurrente, de nacionalidad colombiana y residente legal en España, obtuvo el Título de Arquitecto por la Universidad de América el día 13 marzo 1997. El día 1 de julio de 2010 solicitó del Ministerio de Educación español su homologación al título español equivalente. El 19 agosto 2010 la Subdirección General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, del Ministerio de Educación español, comunicó a la actora que el Consejo de Coordinación Universitaria «ha emitido un informe favorable respecto de títulos extranjeros de Arquitectura, siempre que los programas formativos sean, al menos, de cinco años de duración, condicionando la homologación a la previa superación de una prueba de aptitud que integre, con especial énfasis, las áreas de instalaciones, estructuras y urbanismo, que podría consistir en la realización de un proyecto de fin de carrera sobre la base de los contenidos de las siguientes materias troncales de la titulación: acondicionamiento y servicios; estructuras de la edificación; construcciones arquitectónicas y urbanismo. Dado que dicho informe es aplicable a su solicitud, se lo trasladó usted para que de conformidad con el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, y en el plazo de 15 días, por escrito, pueda efectuar las alegaciones que estime oportunas...».

La demandante formuló las alegaciones que se contienen en el documento número tres del expediente administrativo, adjuntando documentos para acreditar sus conocimientos de arquitectura y experiencia en este campo. No

obstante, mediante la resolución más arriba referida, de 27 octubre 2010, dichas alegaciones no fueron acogidas, disponiéndose en definitiva supeditar la homologación del título de arquitecto a la superación de una prueba de aptitud por la recurrente, doña María Inés.

(...)

Y según la recurrente, ninguna indicación expresa se contiene en la resolución recurrida acerca de las posibles carencias de formación que justifiquen tales complementos de educación. La administración demandada no explica que los estudios cursados por la recurrente en la Universidad colombiana sean no equivalentes a los exigidos en las universidades españolas.

Invoca también la Orden Ministerial 1519/2006, de 11 mayo, en lo relativo a la necesidad de motivación de las resoluciones por las que se acuerde que la homologación del título extranjero de educación superior quede condicionada a la previa superación de requisitos formativos complementarios, «con indicación expresa de las carencias de formación que justifiquen su exigencia».

(...)

La motivación debe ser suficientemente indicativa en función de la mayor o menor complejidad de la cuestión que se plantee o de la mayor o menor dificultad del razonamiento requerido, de modo que puede ser sucinta o no, según la simplicidad o dificultad del tema a resolver.

En el caso litigioso, la motivación de la actuación administrativa recurrida ha ofrecido las razones fundamentales de la decisión adoptada, donde pone de manifiesto la necesidad de supeditar la homologación del título pretendida a la previa superación de una prueba de aptitud, sobre la base de los contenidos de las

siguientes materias troncales de la titulación: acondicionamiento y servicios; estructuras de la edificación; construcciones arquitectónicas y urbanismo. Existe, por tanto, indicación expresa de las carencias de formación que justifican la exigencia contenida en la resolución administrativa objeto del presente recurso.

### NACIONALIDAD

**Nacionalidad. Nacional de Pakistán. Integración en la sociedad española: deficiente conocimiento de la lengua y desconocimiento de la realidad española. Requisitos para la concesión de la nacionalidad: objetivos y conceptos jurídicos indeterminados. Residencia legal en España desde 1996. Examen de integración: muy precario conocimiento de la geografía, historia y cultura españolas y enorme dificultad de comprensión de la lengua. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **741/2010**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Nacionalidad española: falta de integración en la sociedad. Deficiente conocimiento del idioma y cultura española**

Se impugna la resolución de 19 de abril de 2010 del Ministerio de Justicia —posteriormente confirmada en reposición—, que denegó la concesión de la nacionalidad española a la hoy parte actora habida cuenta «que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, requisito contemplado en el artículo 22.4 del Código Civil, ya que según el informe del Juez del examen realizado al promotor el 25.2.10 tiene una enorme dificultad de comprensión de nuestra lengua y un muy precario conocimiento de la geografía, historia y cultura españolas, a pesar de no tener una edad avanzada y de llevar viviendo en España desde 1996».

(...)

En el caso que ahora contemplamos el recurrente es natural de Pakistán, nace el 4 de septiembre de 1958, está casado y es padre de cinco hijos, reside legalmente en España desde 1996, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Barcelona, y con

fecha de 21 de mayo de 2007 tenía acreditados 2.864 días de alta en el sistema de la Seguridad Social.

El interesado presentó su solicitud de nacionalidad el 25 de junio de 2007, habiendo informado inicialmente en su tramitación de modo favorable el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil. Ahora bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó la devolución del expediente para que se efectuase un nuevo examen de integración «ya que, según informes oficiales, habla español con mucha dificultad», rogando al mismo tiempo que se hiciera constar el juicio que mereciera al Juez Encargado el grado de integración del examinado. En cumplimiento de lo anterior, con fecha de 25 de febrero de 2010 se llevó a cabo el examen de integración requerido por el Ministerio de Justicia, constando que entonces se le hicieron al interesado una serie de preguntas que apenas pudo contestar al ignorar la inmensa mayoría de las respuestas, por lo que

el Magistrado-Juez Encargado del Registro emitió el siguiente informe:

«A la vista de las respuestas ofrecidas, con intermediación, concluyo que existe un muy precario conocimiento de la geografía, historia y cultura españolas, así como una enorme dificultad de comprensión de nuestra lengua, por lo que informo negativamente sobre el grado de integración de la persona compareciente».

Es de observar que este segundo examen de integración coincide con el informe policial de 14 de octubre de 2008 en cuanto al conocimiento del idioma al señalar este último que «habla español con dificultad».

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, subraya los iniciales informes favorables al interesado del Ministerio Fiscal y del Magistrado-Juez Encargado, alega que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales para modular el grado de exigencia de conocimiento de la lengua y de la cultura españolas, concluyendo que el recurrente posee un nivel de integración social suficiente, y para acreditar tal extremo aporta con la demanda varios certificados, que son los siguientes: un certificado —datado en Barcelona en marzo de 2011— de la Asociación Bienestar y Desarrollo (ABD) sobre asistencia a talleres sobre prevención del VIH y otras infecciones de transmisión sexual dirigido a población inmigrante de 15 horas de duración, un certificado de 23 de marzo de 2011 de la Generalidad de Cataluña sobre asistencia a un curso de alfabetización digital de 30 horas lectivas de duración, un certificado de asistencia a un curso de formación laboral de 8 horas de duración expedido en Barcelona el 30 de marzo de 2010, y un certificado de asistencia a un curso de 80 horas (con un porcentaje de asistencia del interesado de 95%) sobre lengua y cultura española organizado por la fundación Bayt al-Thaqafa que tuvo lugar desde el 3 de octubre de 2010 hasta el 25 de mayo de 2011, es decir, con posterioridad al último examen de integración de que hicimos mérito más atrás. En atención a lo anterior el escrito de demanda termina suplicando la concesión de la nacionalidad española.

En el caso que ahora nos ocupa el recurrente ha acreditado su historial laboral en España y

al parecer es propietario de la vivienda en que reside, cuyas circunstancias no colman por sí mismas el requisito legal del suficiente grado de integración en la sociedad española. Al respecto es de notar que la decisión administrativa combatida pone en cuestión el grado de integración del interesado en la sociedad española en función de su deficiente conocimiento de la lengua y de los diferentes aspectos de la realidad española, siendo de observar al respecto que los informes favorables inicialmente emitidos por el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado aparecen enervados por el segundo examen de integración que realiza este último a requerimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que concluye con un informe negativo dado que «existe un muy precario conocimiento de la geografía, historia y cultura españolas, así como una enorme dificultad de comprensión de nuestra lengua», coincidiendo este segundo informe del Magistrado-Juez con el informe policial de 14 de octubre de 2008 al señalar que «habla español con dificultad», de tal forma que la conclusión más plausible en función de lo actuado es que el demandante adolecía de un conocimiento defectuoso de la lengua y de la realidad española que resulta incompatible con el necesario grado de integración social para ser merecedor de la adquisición de la nacionalidad española.

Añadiremos lo siguiente. El requisito de integración social es eminentemente personal y ha de valorarse examinando el conjunto de circunstancias que concurren en cada interesado, por lo que difícilmente pueden existir precedentes vinculantes pues las circunstancias de cada persona son únicas y han de ponderarse conjuntamente, de tal manera que el nivel de conocimiento del idioma puede modularse en función de otras circunstancias concurrentes, cuyas circunstancias pueden en cada supuesto particular compensarse unas con otras, si bien en cualquier caso se requiere una capacidad de interlocución fluida en el lenguaje oral y un cierto nivel de conocimiento de la cultura española, siendo así que en el supuesto enjuiciado tanto el conocimiento de la lengua como el de los distintos aspectos que configuran la realidad española no alcanzan el nivel mínimo exigible para el acceso a la condición de nacional español, sin que los

certificados unidos a la demanda constituyan un aval suficiente de la pretensión de la parte actora pues no desvirtúan cuanto acabamos de consignar y además son posteriores al segundo examen de integración realizado por el Magistrado-Juez.

En definitiva, si bien en el demandante concurren algunas circunstancias de arraigo en España, su deficitario conocimiento de la lengua

española y su desconocimiento de casi todo lo relacionado con la realidad española impiden apreciar la concurrencia del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, que exige una más estrecha vinculación del interesado con su entorno socio-cultural, por lo que procede desestimar el recurso, confirmando las resoluciones recurridas.

**Nacionalidad: concesión por residencia. Natural de Ecuador. Buena conducta cívica. Carga de la prueba: corresponde al recurrente la carga de demostrar la concurrencia del requisito. Tipos de requisitos para la concesión de la nacionalidad. Condena penal en juicio de faltas. Comportamiento antisocial y reprochable que pone de manifiesto una conducta no acomodada a un estándar de convivencia ciudadana.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de junio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **724/2010**

Ponente: **D. Francisco Díaz Fraile**

Voz: **Nacionalidad española: buena conducta cívica. Condena penal por juicio de faltas: maltrato familiar**

Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 18 de junio de 2010, que denegó la concesión de la nacionalidad española 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 según consta en la documentación que obra en el expediente desde su llegada a España se ha visto implicado en tres procedimientos penales: Juicio de Faltas 1677-02 en el que fue condenado al pago de una multa en el año 2003 que a su vez fue prescrita en el año 2004. Juicio de Faltas 148-03, por ejercer actividades sin seguro obligatorio y Juicio de Faltas 852-08 por trato degradante y maltrato familiar, del que se dictó Auto de sobreseimiento provisional el 9 de septiembre de 2008, que ponen en evidencia alteraciones de la convivencia ciudadana que han exigido la intervención policial y la persecución punitiva correspondiente, lo que no se corresponde con lo que se considera una buena conducta cívica. De acuerdo con el sentido que inspira la normativa en esta materia no pueden obviarse aquellos comportamientos antisociales y reprochables

que ponen de manifiesto una conducta no acomodada a un estándar de convivencia ciudadana. Además, del resto de la documentación que figura en el expediente administrativo no se deducen elementos positivos suficientes para desvirtuar esta conclusión».

(...)

En el caso que ahora nos ocupa el recurrente es natural de Ecuador, nace el 23 de marzo de 1977, está soltero y es padre de un hijo, le fue concedida la primera autorización de residencia legal en España el 25 de febrero de 2005, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, no ha aportado su historia oficial de vida laboral, si bien obra en las actuaciones diversa documental que acredita la celebración de un contrato de trabajo de obra datado en 1 de junio de 2007 con duración hasta el fin de la obra, tres nóminas correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 2007, y un contrato a tiempo parcial cuya duración se extiende desde el 23 de mayo de 2011 hasta el 22 de agosto de 2011.

El interesado compareció en el Registro Único de Madrid el 18 de septiembre de 2007

para solicitar la nacionalidad, siendo citado para el día 22 de octubre de 2007, en cuya fecha compareció y se ratificó en su solicitud, siendo así que en su tramitación han informado favorablemente el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

Ya vimos más arriba que la resolución combatida denegó la concesión de la nacionalidad en atención a la implicación del interesado en determinados juicios de faltas. Al respecto, interesa dejar constancia de lo siguiente. En el Juzgado de Instrucción n.º 22 de Madrid se tramitó el juicio de faltas 1677/2002, en el que recayó sentencia condenatoria, que fue declarada firme en 13 de marzo de 2003, dictándose con fecha de 15 de marzo de 2004 un auto declarando prescrita la pena de multa impuesta al aquí recurrente. En el informe policial obrante en el expediente de 23 de octubre de 2009 y relativo al recurrente se reseña dentro del apartado «antecedentes» el juicio de faltas 148/03, tramitado ante el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Madrid, «por ejercer actividades sin seguro obligatorio», debiendo subrayarse que sobre este procedimiento el demandante no ha aportado documentación alguna ni ha justificado su forma de terminación. Por último, el acto recurrido menciona el juicio de faltas n.º 852/08, que se ha tramitado ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Guadalajara y respecto del que en el expediente figura una certificación que dice así: «se siguieron Diligencias urgentes número 373/2008 por maltrato familiar —de fecha 7 de septiembre de 2008, en la que aparece como denunciado Humberto—, y en el que se dictó auto de sobreseimiento provisional a petición del Ministerio Fiscal y la transformación del mismo en Juicio de Faltas n.º 852/08 siendo firme en fecha 9 de septiembre de 2008 y archivo del mismo por no quedar debidamente justificada la perpetración del delito en auto de fecha 9 de septiembre de 2008».

La demanda rectora del actual proceso expone las circunstancias concurrentes en el presente caso, aduce que los antecedentes tenidos en cuenta por la resolución recurrida son irrelevantes y que el recurrente reúne los requisitos necesarios para la adquisición de la nacionalidad, cita la jurisprudencia que considera de su

interés y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la ausencia o cancelación de 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 o policiales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, cual es el caso que nos ocupa. En efecto, la denegación de la concesión de la nacionalidad se basó en la implicación del demandante en los tres juicios de faltas reseñados más atrás, que ponían en cuestión el requisito de la buena conducta cívica. Sobre el particular es de notar que en el juicio de faltas 1677/02 se dictó en 15 de marzo de 2004 un auto declarando prescrita la pena de multa; sobre el juicio de faltas 148/03 el interesado no ha aportado documentación alguna e ignoramos su forma de terminación; por último, en el juicio de faltas 852/08 se dictó un auto de sobreseimiento provisional que devino firme en 9 de septiembre de 2008.

Visto lo anterior, debe en este punto recordarse la jurisprudencia conforme a la cual la carga probatoria de la parte actora se hace más rigurosa cuando el procedimiento penal no está definitivamente archivado y que exige que ni siquiera por vía indiciaria pueda ponerse en cuestión el requisito de la buena conducta cívica, siendo así que en el caso la actora no ha absuelto en debida forma el *onus probandi* que pesaba sobre ella al no aportar documentación alguna respecto del juicio de faltas 148/03 y limitarse al certificado que asegura el sobreseimiento provisional respecto del juicio de faltas 852/08, de tal modo que ignoramos las concretas circunstancias fácticas de uno y otro

juicio en orden a su valoración para disipar las dudas que los mismos plantean en torno a la buena conducta del interesado, siendo así que la aclaración de dichas circunstancias correspondía a la parte actora, a la que le era exigible una mayor diligencia probatoria que la desarrollada para diluir los meritados indicios negativos respecto de su conducta cívica. Interesa remarcar que en casos como el presente corresponde a la parte recurrente la carga de demostrar la concurrencia del requisito de la buena conducta

cívica, cuyo requisito no ha quedado probado en el supuesto que nos ocupa en función de lo que acabamos de consignar, siendo de observar en esta línea que el sobreseimiento del juicio de faltas 852/08 es solo provisional y está próximo a la solicitud origen de la litis, de tal modo que nuestro pronunciamiento no puede ser sino confirmatorio de la resolución puesta en tela de juicio, que consideró no suficientemente justificado el requisito de la buena conducta cívica, lo que supone la desestimación del actual recurso.

**Nacionalidad: ciudadano filipino. Necesidad de buena conducta cívica. Razones de seguridad nacional. Informe del CNI: indica la pertenencia del recurrente a organizaciones terroristas. Orden judicial en su país por participación en un posible delito de detención ilegal. Actividades imputadas al recurrente: no corresponden con un comportamiento indicador de buena conducta cívica ni se identifican con el estándar medio de conducta cívica de un ciudadano español. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **18 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **600/2010**

Ponente: **D. José Luis Terrero Chacón**

Voz: **Denegación de nacionalidad española a ciudadano filipino: ausencia de buena conducta cívica**

Partiendo de lo expresado en los fundamentos jurídicos precedentes y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, debemos partir de una premisa: la Administración deniega la nacionalidad española al recurrente por falta de buena conducta cívica.

Y de la documentación obrante en el expediente administrativo, no podemos concluir que el recurrente haya acreditado, como era su obligación, la buena conducta cívica necesaria para el reconocimiento de la nacionalidad española.

En efecto, consta en el expediente administrativo un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), donde se hace constar que el recurrente se encuentra relacionado en su país de origen con una revolución comunista-marxista que ha provocado más de 43.000 muertes desde finales de los años 60 y que es considerada por el gobierno filipino como el primer foco de inestabilidad contra el Estado; que participa activamente en la insurgencia ocupando varios

puestos relevantes en la organización; que es consultor político del Frente Democrático Nacional de Filipinas (NDFP), secretario del Comité Central del Partido Comunista Filipino (CPP), secretario del Comité de Financiación Interministerial del partido y miembro de su Departamento Internacional. Además, según el mismo informe, desde el año 2002, tanto el CPP como su brazo armado, el Nuevo Ejército del Pueblo (NPA), están incluidos en las listas americanas y europeas de organizaciones terroristas extranjeras. Finalmente, el informe advierte que pesa sobre el recurrente una orden judicial en Filipinas, por haber participado en la detención ilegal y secuestro de varias personalidades en dicho país a finales de los años 90.

Por otro lado, según información confidencial de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, no sería conveniente la concesión de la nacionalidad española al recurrente por razones de seguridad nacional.

Obviamente, las actividades imputadas al recurrente en los informes oficiales no se corresponden con un comportamiento indicador de buena conducta cívica, ni se identifican con el estándar medio de conducta cívica de un ciudadano español.

El recurrente no ha intentado desvirtuar las imputaciones de los referidos informes oficiales durante este procedimiento judicial, bien aportando otros informes alternativos, bien solicitando la ampliación de los unidos al expediente administrativo. En este sentido debe advertirse, que hubiera resultado muy fácil para el recurrente desacreditar las conductas que se le imputan en el informe del CNI, con la simple aportación de otros informes de autoridades públicas su país que contradijeran los mismos.

Por otro lado, el informe del Juez Encargado del Registro Civil favorable a la concesión de la nacionalidad al recurrente fue emitido «sin perjuicio de la concurrencia de circunstancias de orden público o cualquier otra», que pudiera ser apreciada «en los trámites a realizar por la Dirección General de los Registros» y «suponer la denegación de la solicitud».

Finalmente, tampoco en el supuesto enjuiciado el recurrente ha aportado elementos clara e inequívocamente indicadores de su buena conducta, al margen del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, como podrían ser certificados de buena conducta emitidos por entidades públicas o privadas, participación en actividades o pertenencia a entidades con fines altruistas o que lleven a cabo actuaciones en beneficio de la comunidad, testifical de empleadores, vecinos o conocidos que avalen su buena conducta cívica, etc.

Es cierto que se aprecian circunstancias de las que puede deducirse que el recurrente se encuentra integrado en nuestra sociedad, como su amplio período de residencia legal en España, desde el año 1989, con permiso de residencia permanente desde el año 1996, el conocimiento de nuestro idioma, o el desempeño de una actividad laboral estable, pero los hechos que se le imputan en los informes oficiales unidos al expediente administrativo son de tal gravedad, que justifican suficientemente, desde nuestro punto de vista, que la Administración concluyera que no acreditaba el requisito de la buena conducta cívica, denegándole en consecuencia la nacionalidad española.

**Nacionalidad. Nacional de Nigeria: buena conducta cívica. Pendencia de una requisitoria judicial de averiguación de paradero y domicilio: Delito de lesiones. Falta de prueba en la fase administrativa relativa a buena conducta cívica. La conducta del recurrente revela un comportamiento cívico «notablemente inferior» al estándar de la sociedad española en que pretende la máxima integración a través de la obtención de la nacionalidad. Desestimación del recurso.**

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de julio de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **53/2011**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Denegación de nacionalidad española: falta de buena conducta cívica.**

**Antecedentes por delito de lesiones**

Alega el recurrente, en esencia, que ha acreditado buena conducta cívica y que está integrado en la sociedad española. Que es cierto que el recurrente no ha realizado prueba en la fase administrativa relativa a desvelar a qué obedece no haber presentado pruebas en su descargo,

pero que tramitó la solicitud sin apoyo profesional y que en cualquier caso las diligencias previas 3936/2008 serán objeto de prueba en el presente recurso, aunque con independencia del resultado de la actividad probatoria considera el recurrente que no se dan los presupuestos para

la denegación de la nacionalidad solicitada. El hecho de figurar en unas diligencias penales es un dato desfavorable, pero su virtualidad dependerá del resultado de las mismas, sin que pueda tacharse al recurrente de falta de buena conducta cívica, y más cuando existen en el expediente elementos positivos de la conducta del recurrente durante su continuada residencia en España, tales como: una hija española menor de edad con la que convive y que depende de él; una esposa española con la que lleva una vida normal en un domicilio estable y una vida laboral continuada como la de un trabajador normal con ingresos económicos adecuados. En definitiva, un entorno de normalidad en el cual la existencia de un incidente aislado es algo que no debe suponer una tacha en su vida.

Está acreditado que don Seraffín, que solicitó la nacionalidad española ante el Ministerio de Justicia el 14 de enero de 2008, nació en Nigeria, reside legalmente en España con tarjeta familiar de residente comunitario desde el 29 septiembre 2003. Tiene una hija con María, con quien se casó el 10 octubre 2002 y con quien convivía a fecha 15 octubre 2009. Consta en el expediente administrativo que a fecha 28 junio 2007 el recurrente había cotizado un total de 885 días a la Seguridad Social. A fecha 8 junio 2010 había cotizado un total de 1422 días. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente la solicitud del mismo. El Magistrado Juez encargado del Registro Civil no informó favorablemente la solicitud del actor. Consta la existencia de averiguación de domicilio o paradero por el Juzgado de Instrucción número 11 de los de Sevilla en relación a las diligencias previas 3936/2008, desde el 6 febrero 2009 en vigor. Referidas diligencias fueron abiertas a consecuencia de hechos ocurridos el 24 mayo 2008, consistentes en riña y lesiones. Mediante auto de dicho juzgado de 17 septiembre 2008, se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa porque a pesar de ser los hechos constitutivos de infracción penal, no pudo ser habido el recurrente, que figuraba inicialmente como denunciante, aunque después figuraría también como denunciado. Posteriormente, mediante auto de 9 diciembre 2008, se decretó la reapertura de las diligencias previas como

consecuencia de haberse averiguado el paradero del hoy recurrente, si bien no compareció en el juzgado cuando fue judicialmente citado, tal y como consta en la providencia de 2 febrero 2009, en la que se dispuso nueva citación para comparecer el 24 febrero 2009. Mediante auto de 9 febrero 2009 se acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa por los mismos motivos que se hicieron constar en el auto de 17 septiembre 2008. El 17 febrero 2009 por el inspector jefe de la policía judicial se hacía constar que el hoy recurrente no podía ser localizado por encontrarse en paradero desconocido. No consta resolución condenatoria o absolutoria derivada de las referidas diligencias, cuyo archivo, según refleja la providencia del Juzgado de Instrucción número 11 de los de Sevilla, de 4 marzo 2009, se ha mantenido con base en los mismos fundamentos con que fue decretado.

(...)

Aunque es verdad que haber sido condenado en sede penal, aun cuando sea por una falta, tiene relevancia para valorar la «buena conducta cívica» de quien solicita adquirir la nacionalidad española por residencia, ello no significa que toda sentencia penal condenatoria traiga automáticamente consigo un estigma de «mala conducta cívica» a efectos del artículo 22 del Código Civil (SSTS de 5 de octubre de 2002 [RJ 2002, 8873 ] y de 3 de noviembre de 2004, entre otras). Incluso tratándose de hechos ilícitos más graves, la existencia de una previa condena penal es un elemento que debe ser valorado de acuerdo con las circunstancias del caso, pues no todos los delitos y faltas ponen de manifiesto una idéntica ausencia de civismo.

(...)

Las actuaciones practicadas ponen de manifiesto que el recurrente no ha demostrado haber acomodado su régimen de vida y sus actos, en definitiva su conducta, de forma útil y a propósito con lo que de conformidad con el sentido común y las reglas de la sana crítica se entiende por correcta convivencia de un ciudadano en relación con sus semejantes, según los parámetros que el grupo social establece en un momento histórico determinado. A efectos de valorar la conducta cívica del recurrente resulta reprochable el desinterés del demandante en colaborar

con la administración de justicia. La necesidad de haberse dictado orden de averiguación de domicilio el paradero en unas diligencias penales en la que el recurrente aparecía involucrado como denunciante y denunciado, por tratarse de una riña con lesiones recíprocas que a ambos afectaba, ocurrida el 24 mayo 2008, es decir, poco tiempo después de su solicitud de nacionalidad española, revela un comportamiento cívico notablemente inferior al estándar de la sociedad española en que pretende la máxima integración a través de la obtención de la nacionalidad. Su actitud evasiva ante las llamadas del juez de instrucción es contraria al comportamiento de un ciudadano medio respetuoso con las autoridades del país a cuya nacionalidad aspira e integra

un comportamiento que no puede ser valorado sino como negativo desde esta perspectiva. En el caso litigioso el recurrente no ha probado su buena conducta cívica, en la medida en que de la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo no aparecen datos que permitan deducir especiales elementos de carácter positivo con suficiente relevancia para desvirtuar referidos hechos claramente negativos en la vida del recurrente en España, ya que el hecho de que el demandante trabaje en España, esté casado y tenga una hija a la que mantiene, no constituye mérito especial con relevancia suficiente como para servir de contrapeso positivo a los datos negativos que pone de manifiesto la existencia de la indicada conducta.

**Nacionalidad: buena conducta cívica. Condena penal por un delito contra la seguridad del tráfico por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o drogas. Alegación de integración en la sociedad española. Relevancia de la condena penal a efectos de valorar la conducta cívica: el hecho de trabajar en España y cumplir con sus obligaciones fiscales no constituye «mérito especial» con relevancia suficiente como para servir de contrapeso positivo a los datos negativos. Desestimación del recurso.**

**Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional**

**Fecha: 19 de julio de 2012**

**Recurso Contencioso-Administrativo: 166/2011**

**Ponente: D. José Félix Méndez Canseco**

**Voz: Denegación de la nacionalidad española: ausencia de buena conducta cívica.**

**Condena penal por un delito contra la seguridad del tráfico**

---

Alega el recurrente, en esencia, que ha acreditado buena conducta cívica y que está integrado en la sociedad española. Que la denegación se ha producido por una condena penal de fecha 5 mayo 2009, es decir, tras casi tres años desde la presentación de solicitud de nacionalidad española por residencia que debería haberse resuelto con anterioridad. El otro motivo de denegación es por la existencia de una detención a causa de una falta cometida en el año 2005, pero por la que no fue ni juzgado ni condenado el recurrente, habiéndose dictado auto de prescripción de la misma tan solo 20 días después de la presentación de la solicitud de nacionalidad. Considera al recurrente que ninguno de los dos motivos referidos debería fundamentar una denegación,

el primero porque se produce tras la solicitud y por lo tanto de la acreditación de los requisitos exigibles por la ley, y en segundo, porque no existe condena de ningún tipo y por lo tanto no puede tomarse en consideración como elemento negativo, más incluso, cuando no se le ha dado la posibilidad de defenderse el procedimiento judicial alguno.

Está acreditado que don Julián, que solicitó la nacionalidad española ante el Ministerio de Justicia el 11 agosto 2006, nació en Cuba, reside legalmente en España desde el 3 noviembre 1999. Consta en el expediente administrativo que a fecha 3 agosto 2006 el recurrente había cotizado un total de 884 días a la Seguridad Social. Presentó copia de autoliquidación del

impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio dos mil cinco. El Fiscal y el Magistrado Juez encargado del Registro Civil informaron favorablemente la solicitud del actor.

Consta acreditado también que el recurrente fue condenado por sentencia de fecha 5 mayo 2009, en juicio rápido por delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o psicotrópicos, habiendo sido condenado a la pena de cuatro meses de días multa, 21 días de trabajo en beneficio de la comunidad y ocho meses de privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores. Asimismo, el recurrente estuvo involucrado en unas diligencias judiciales por supuesta falta contra el orden público, que fue declarada prescrita mediante auto del Juzgado de Primera Instancia Instrucción número dos de Arona el día 29 agosto 2006.

(...)

Las actuaciones practicadas ponen de manifiesto que el recurrente no ha demostrado haber acomodado su régimen de vida y sus actos, en definitiva su conducta, de forma útil y a propósito con lo que de conformidad con el sentido común y las reglas de la sana crítica se entiende por correcta convivencia de un ciudadano en relación con sus semejantes, según los parámetros que el grupo social establece en un momento histórico determinado. La conde-

na penal y el proceso por faltas en que se ha visto involucrado no ponen de manifiesto una buena conducta cívica, pues al poco tiempo de haber formulado la solicitud de nacionalidad que pidió se vio involucrado en unas diligencias judiciales por falta contra el orden público y con posterioridad, el 5 mayo 2009, fue condenado por unos hechos constitutivos de delito que tuvieron lugar el 27 abril 2009, que aunque sea una fecha posterior a su solicitud de nacionalidad ha de valorarse a los efectos de obtención de la nacionalidad española, no deja de suponer una deficiencia de civismo que, unida a la falta de otras pruebas que evidencien lo contrario, impide tener por cumplido el requisito legal de la buena conducta cívica, pues en el caso litigioso el recurrente no ha probado su buena conducta cívica, en la medida en que de la documentación obrante en autos y en el expediente administrativo no aparecen datos que permitan deducir especiales elementos de carácter positivo con suficiente relevancia para desvirtuar referidos hechos claramente negativos en la vida del recurrente en España, ya que el hecho de que el demandante trabaje en España e incluso cumpla con sus obligaciones fiscales, no constituye mérito especial con relevancia suficiente como para servir de contrapeso positivo a los datos negativos que pone de manifiesto la existencia de los indicados antecedentes.

## RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA

**Seguridad Social de trabajadores migrantes: legislación aplicable. Decisión prejudicial. Trabajador neerlandés residente en España que ejerce actividad por cuenta ajena para empresa con domicilio social en Países Bajos que desarrolla sus actividades, primordialmente, en aguas territoriales chinas y de EAU. Régimen de Seguridad Social aplicable: afiliación en el Estado cuya nacionalidad ostenta.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **7 de junio de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-106/11**

Ponente: **Sr. Schiemann**

Voz: **Régimen de la Seguridad Social aplicable. Trabajador neerlandés residente en España que desarrolla su actividad fuera de la Unión Europea**

En 2004 el Sr. Bakker, de nacionalidad neerlandesa, residía en España y ejercía una actividad por cuenta ajena en dragas que navegaban bajo pabellón neerlandés para una empresa con domicilio social en Róterdam (Países Bajos). Desarrollaba primordialmente sus actividades en aguas territoriales chinas y de los Emiratos Árabes Unidos. Las dragas estaban inscritas en el Registro neerlandés de buques marítimos.

El Sr. Bakker impugnó la liquidación del impuesto sobre las rentas de trabajo/cotizaciones al régimen de la seguridad social correspondiente a 2004. Habiendo el Rechtbank te Breda desestimado el recurso interpuesto por el Sr. Bakker contra dicha imposición, el interesado recurrió ante el Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, que confirmó la resolución dictada en primera instancia.

El Gerechtshof te 's-Hertogenbosch sostuvo que en 2004 el Sr. Bakker podía considerarse afiliado a la seguridad social neerlandesa a pesar de haber desarrollado sus actividades fuera del territorio de la Unión Europea. Dicho órgano jurisdiccional basó su apreciación en el hecho de que la legislación neerlandesa en materia de seguridad social era aplicable al interesado en virtud del Reglamento n.º 1408/71 y, más concretamente, del título II de éste. Dicho órgano consideró, en particular, que el Sr. Bakker ejercía sus actividades en buques que enarbolaban pabellón neerlandés, es decir, de un Estado

miembro en el sentido del artículo 13, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento. Según el Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, el hecho de que dichos buques permanecieran durante las actividades de dragado en aguas territoriales exteriores a la Unión Europea no es determinante, puesto que dicha disposición no recoge ninguna restricción en función del tipo de embarcación o de su ubicación.

El Hoge Raad der Nederlanden, que conoce del recurso de casación, considera no obstante que se suscitan dudas razonables en relación con la aplicación del título II el Reglamento n.º 1408/71 al caso de autos.

Sostiene que el Gerechtshof te 's-Hertogenbosch declaró justificadamente que, únicamente en virtud del Derecho neerlandés, el interesado no estaba obligatoriamente asegurado en 2004 por la seguridad social ya que ese año no residía en los Países Bajos y tampoco ejerció en éstos una actividad por cuenta ajena. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente duda de la presunción, en la que se basó el Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, de que el interesado quedara incluido en 2004 en el ámbito de aplicación personal del Reglamento n.º 1408/71, que permite la aplicación a su situación del título II de dicho Reglamento.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente observa que la definición de trabajador que figura en el artículo 1, letra a), del

Reglamento n.º 1408/71 exige que el interesado esté asegurado en virtud de un seguro obligatorio o facultativo contra una o varias contingencias contempladas en dicha disposición. Se pregunta por tanto si es posible que una persona en la situación del Sr. Bakker que, únicamente en virtud de la legislación nacional, no está asegurada con carácter obligatorio por no residir en los Países Bajos, puede no obstante tener la condición de trabajador en el sentido del Reglamento núm. 1408/71, debido a que las normas de determinación de la legislación aplicable, que figuran en el título II de dicho Reglamento, designan como aplicable la legislación de dicho Estado miembro.

El Hoge Raad der Nederlanden considera que, para garantizar el efecto útil de las disposiciones del título II del Reglamento n.º 1408/71, esta cuestión requiere una respuesta afirmativa.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta sin embargo si la circunstancia de que el interesado haya desarrollado sus actividades fuera del territorio definido en el artículo 299 CE se opone a la aplicación del título II del Reglamento n.º 1408/71. Invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la normativa de la Unión Europea en materia de libre circulación de trabajadores también se aplica a las actividades desarrolladas fuera del territorio de la Unión si la relación laboral tiene una vinculación suficientemente estrecha con dicho territorio (sentencia de 29 de junio de 1994, Aldewereld, C-60/93, Rec. p. I-2991, apartado 14). El órgano jurisdiccional remitente considera asimismo pertinente la sentencia de 27 de septiembre de 1989, Lopes da Veiga (9/88, Rec. p. 2989, apartado 17), que también se refiere a la situación de un marinero, y en la que el Tribunal de Justicia declaró que procedía averiguar si la relación de trabajo del interesado presentaba un vínculo de conexión suficientemente estrecho con el territorio neerlandés.

El órgano jurisdiccional remitente señala que en 2004, en el marco de la política seguida por el Landelijk Instituut sociale verzekeringen (Instituto nacional de la seguridad social) en el ámbito de la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena, se determinó que el título II del Reglamento n.º 1408/71 se aplicaría a los mari-

neros que tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión o del Espacio Económico Europeo, que residan en uno de dichos Estados y que ejerzan actividades por cuenta ajena en un buque que no enarbole el pabellón de un Estado miembro, por el mero hecho de que el empresario esté establecido en los Países Bajos.

Dicha política tiene por efecto que el órgano ejecutivo del régimen de trabajadores por cuenta ajena considere a los trabajadores como el Sr. Bakker asegurados con carácter obligatorio aunque, desde la perspectiva de la legislación neerlandesa, no pertenezcan a tal categoría de asegurados. El órgano jurisdiccional remitente observa no obstante que esta misma política no proporciona una base jurídica para el cobro de las cotizaciones al régimen de los trabajadores por cuenta ajena.

Según el órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que el interesado sea en la práctica asimilado, por el órgano ejecutivo del régimen de trabajadores por cuenta ajena, a un afiliado a por lo menos una parte de los regímenes de la seguridad social en los Países Bajos, que por lo tanto disfruta de hecho de la protección social que ofrecen dichos regímenes, constituye una circunstancia que refuerza el vínculo con los Países Bajos. En caso de que, por el contrario, no fuera posible considerar la afiliación al régimen de la seguridad social de un Estado miembro para valorar el alcance de la vinculación al territorio de la Unión, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si dicha afiliación constituye un requisito necesario para poder aplicar el Reglamento n.º 1408/71 a actividades desempeñadas fuera del territorio de la Unión. Afirma que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse las sentencias de 23 de octubre de 1986, van Roosmalen, 300/84, Rec. p. 3097, y Lopes da Veiga y Aldewereld, antes citadas) no proporciona un criterio seguro sobre este aspecto.

Por consiguiente, el Hoge Raad der Nederlanden necesita dilucidar la cuestión de si, habida cuenta de todas las circunstancias del caso de autos, existe una vinculación suficiente con el territorio de la Unión. En caso de que el título II del Reglamento n.º 1408/71 se aplique al asunto del que conoce, el órgano jurisdiccional remitente presume que la persona afectada esta-

rá sujeta a la legislación neerlandesa, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, letra c), de dicho Reglamento.

En este contexto, el Hoge Raad der Nederlanden ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Son aplicables las normas de determinación de la legislación aplicable establecidas en el título II del Reglamento [...] n.º 1408/71, con la consecuencia de que resulta asignada la legislación neerlandesa y, por consiguiente, pueden percibirse las cotizaciones al régimen de seguridad social neerlandés en un caso como el de autos, en el que un trabajador de nacionalidad neerlandesa residente en España trabaja como marinero para una empresa establecida en los Países Bajos y realiza su trabajo a bordo de dragas que navegan fuera del territorio de la [Unión] bajo pabellón neerlandés, aunque, únicamente desde la perspectiva de la legislación nacional neerlandesa, no está afiliado al régimen general de seguridad social neerlandés por no residir en los Países Bajos?

2) ¿En qué medida resulta pertinente a este respecto el hecho de que en la gestión del régimen neerlandés de trabajadores por cuenta ajena se sigue una directriz en virtud de la cual,

en un caso como el de autos, el órgano ejecutivo considera asegurados a los marineros en virtud del Derecho comunitario?

(...)».

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) declara:

El artículo 13, apartado 2, letra c), 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, a su vez en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 307/1999 del Consejo, de 8 de febrero de 1999, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una medida legislativa de un Estado miembro excluya de la afiliación al régimen de seguridad social de dicho Estado a una persona que se encuentre en una situación como la del recurrente en el asunto principal, que tiene la nacionalidad de ese Estado miembro pero no reside en él, y trabaja en una draga con pabellón de dicho Estado miembro que desarrolla sus actividades fuera del territorio de la Unión Europea.

**Seguridad social de los trabajadores migrantes: trabajo temporal en Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio se ejerce normalmente la actividad. Prestación por hijo a cargo por parte del Estado miembro donde se realiza el trabajo temporal pero que no es el Estado competente.**

**Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

**Fecha: 12 de junio de 2012**

**Cuestión Prejudicial: C-611/10 y 612/10**

**Ponente: Sra. Sacha Prechal**

**Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Trabajo temporal: prestación por hijo a cargo**

El Sr. Hudzinski es de nacionalidad polaca y reside en Polonia, donde trabaja como agricultor por cuenta propia. Está afiliado al sistema de seguridad social de ese Estado miembro.

Del 20 de agosto al 7 de diciembre de 2007, el Sr. Hudzinski estuvo empleado como trabajador de temporada en una empresa de horticultura en Alemania. A petición suya, el Sr.

Hudzinski fue considerado, con respecto al ejercicio 2007, sujeto al impuesto sobre la renta en Alemania por obligación personal.

En relación con el período durante el que estuvo trabajando en Alemania, el Sr. Hudzinski solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de sus dos hijos que residen también en Polonia, a razón de 154 euros al mes por cada hijo, con arreglo a los artículos 62 y siguientes de la EStG.

La Agentur für Arbeit Wesel–Familienkasse denegó dicha solicitud y la reclamación contra la resolución denegatoria. Al desestimarse igualmente el recurso interpuesto contra la resolución que rechazaba su reclamación, el Sr. Hudzinski interpuso recurso de casación ante el tribunal remitente contra la sentencia dictada en primera instancia.

El Sr. Wawrzyniak es de nacionalidad polaca y vive con su esposa e hija en Polonia, donde está afiliado al sistema de seguridad social.

Desde febrero hasta diciembre de 2006, el Sr. Wawrzyniak estuvo trabajando en Alemania como «trabajador destacado». Con respecto al ejercicio 2006, se le consideró sujeto —junto con su esposa— al impuesto sobre la renta en Alemania por obligación personal.

En relación con el período durante el que estuvo trabajando en Alemania, el Sr. Wawrzyniak solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de su hija, a razón de 154 euros al mes, conforme a los artículos 62 y siguientes de la EStG. Su esposa estaba asegurada, también durante ese período, en materia de asistencia sanitaria exclusivamente en Polonia, donde percibió por su hija, en particular durante dicho período, una prestación de una cuantía mensual de unos 48 PLN, es decir, 12 euros aproximadamente.

La Agentur für Arbeit Mönchengladbach–Familienkasse denegó la solicitud del Sr. Wawrzyniak y la reclamación contra la resolución denegatoria. Al desestimarse igualmente el recurso interpuesto contra la resolución que rechazaba su reclamación, el Sr. Wawrzyniak interpuso recurso de casación ante el tribunal remitente contra la sentencia dictada en primera instancia.

En sus recursos ante el Bundesfinanzhof, los Sres. Hudzinski y Wawrzyniak sostienen que de la sentencia de 20 de mayo de 2008, Bosmann (C-352/06, Rec. p. I-3827), se desprende que los artículos 62 y siguientes de la EStG siguen siendo aplicables aun cuando, en virtud del Reglamento n.º 1408/71, la República Federal de Alemania no sea el Estado miembro competente conforme al artículo 14 *bis*, punto 1, letra a), de dicho Reglamento, en el caso del Sr. Hudzinski, y conforme al artículo 14, punto 1, letra a), del citado Reglamento, en el caso del Sr. Wawrzyniak.

Además, el Sr. Wawrzyniak alega que su derecho a la asignación por hijo a cargo en Alemania tampoco se excluye por lo dispuesto en el artículo 65, apartado 1, primera frase, punto 2, de la EStG, en relación con el artículo 65, apartado 2, de ésta, dado que tales preceptos son contrarios al Derecho de la Unión y, en cualquier caso, no son aplicables a los ámbitos cubiertos por el Reglamento n.º 1408/71.

A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente considera, de entrada, que la doctrina de la sentencia Bosmann, antes citada, debe entenderse en el sentido de que un Estado miembro, aunque no sea competente en virtud de los artículos 13 y siguientes del Reglamento n.º 1408/71, tiene la facultad no obstante de conceder prestaciones familiares a un trabajador migrante conforme a su Derecho nacional.

Sin embargo, según dicho órgano jurisdiccional, de la citada sentencia se desprende que tal facultad debe admitirse únicamente en determinados casos.

En primer lugar, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, un Estado miembro no competente en virtud de los artículos 13 y siguientes del Reglamento n.º 1408/71 sólo dispone de esta facultad si, como sucedía en el asunto que dio lugar a la sentencia Bosmann, antes citada, debe concederse por tal Estado una prestación familiar para evitar que un trabajador sufra una desventaja de carácter jurídico por haber ejercitado su derecho a la libre circulación.

El referido órgano jurisdiccional añade que, sin embargo, los asuntos principales no se refieren a tal supuesto, ya que los Sres. Hudzinski y

Wawrzyniak no han sufrido ninguna desventaja de carácter jurídico por trabajar temporalmente en Alemania.

Aduce el órgano jurisdiccional remitente que, en efecto, conforme al artículo 14, punto 1, letra a), y al artículo 14 *bis*, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, la legislación en materia de seguridad social aplicable a aquellos no ha variado, de modo que, con respecto al período en que se realizó el trabajo temporal en Alemania, siguieron sujetos a la legislación polaca.

En consecuencia, concluye que no pudieron perder el beneficio de la asignación por hijo a cargo más favorable prevista en el Derecho alemán, puesto que en ningún momento tuvieron derecho a esa asignación.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente estima que las situaciones de que se trata en los litigios principales difieren en otro aspecto importante de la situación controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia Bosmann, antes citada. En efecto, a diferencia de éste, en los presentes asuntos principales la República Federal de Alemania no es el Estado miembro de residencia de los hijos. Así pues, se plantea la cuestión de si este elemento constituye otro requisito que limite la facultad del Estado miembro no competente para conceder prestaciones familiares a un trabajador migrante.

En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente considera que se plantea asimismo la cuestión de si procede limitar dicha facultad a los supuestos en que no exista derecho a prestaciones familiares equivalentes en virtud de la legislación del Estado miembro competente, como sucedía en la situación controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia Bosmann, antes citada, pero no en la situación de que se trata en los presentes asuntos principales, en que los trabajadores se benefician de tales prestaciones en el Estado miembro competente.

A continuación, aun suponiendo que, en contra del punto de vista del órgano jurisdiccional remitente, el Estado miembro no competente disponga en casos como los controvertidos en los litigios principales de la facultad de conceder prestaciones familiares aunque sean radicalmente diferentes de las controvertidas en el

asunto que dio lugar a la sentencia Bosmann, antes citada, se plantearía la cuestión de si el Derecho de la Unión, y en particular las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de los trabajadores o el principio de prohibición de discriminación, se opone a una norma como la prevista en el artículo 65 de la EStG, en virtud de la cual sólo se concederá la asignación por hijo a cargo si el interesado no tiene derecho a prestaciones equivalentes en el Estado miembro competente.

Por último, el órgano jurisdiccional remitente señala que si, en contra de lo que considera, esta última cuestión debiera responderse asimismo afirmativamente, surgiría entonces la cuestión de cómo resolver la acumulación de derechos resultante.

En tales circunstancias, en el asunto C-611/10, el Bundesfinanzhof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Ha de interpretarse el artículo 14 *bis*, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 en el sentido de que el Estado miembro no competente, conforme a dicho precepto, no está facultado para reconocer prestaciones familiares con arreglo a su normativa nacional a un trabajador por cuenta ajena que sólo preste servicios temporalmente en su territorio, en el supuesto de que ni el propio trabajador ni sus hijos tengan su domicilio o residencia habitual en ese Estado miembro?»

En el asunto C-612/10, el Bundesfinanzhof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Ha de interpretarse el artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 en el sentido de que el Estado miembro no competente conforme a dicho precepto, al que se haya destacado un trabajador y que no sea el Estado miembro de residencia de los hijos del trabajador, no está facultado para reconocer prestaciones familiares al trabajador destacado en el supuesto de que éste no sufra ninguna desventaja de carácter jurídico por haber sido destacado en ese Estado miembro?»

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Ha de interpretarse el artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 en el sentido de que el Estado miembro no competente al que se haya destacado un trabajador sólo está facultado para reconocer prestaciones familiares cuando conste que en el otro Estado miembro no existe un derecho a prestaciones familiares equivalentes?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión:

¿El Derecho [...] de la Unión se opone a una disposición nacional como el artículo 65 [...] de la EStG, que excluye el derecho a prestaciones familiares si se abona en otro país una prestación equivalente o procedería abonarla si así se solicitase?

4) En caso de respuesta afirmativa a la tercera cuestión:

¿Cómo ha de solucionarse en tal caso la acumulación del derecho en el Estado competente, que es también el Estado de residencia de los hijos, con el derecho en el Estado no competente, en el que no residen los hijos?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 14, punto 1, letra a), y el artículo 14 bis, punto 1, letra a), 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 la versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en la versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 647/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2005, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro que no es designado como Estado competente, en virtud de tales disposiciones, conceda la asignación por hijo a cargo conforme a su Derecho nacional a un trabajador migrante que realiza un trabajo temporal en su territorio en circunstancias como las controvertidas en los litigios principales, incluido el caso en que se constata, en primer lugar, que el trabajador de que se trate no ha sufrido ninguna desventaja de carácter jurídico por ejercitar su derecho a la libre circulación al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente y, en segundo lugar, que ni el trabajador ni el hijo respecto del que se solicita la asignación residen habitualmente en el territorio del Estado miembro donde se ha realizado el trabajo temporal.

2) Las normas del Tratado FUE en materia de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse en el sentido de que, en situaciones como las controvertidas en los litigios principales, se oponen a la aplicación de una norma de Derecho nacional como la prevista en el artículo 65 de la Einkommensteuergesetz (Ley del impuesto sobre la renta), en la medida en que ésta no implica una disminución de la cuantía de la prestación hasta alcanzar la de una prestación equivalente percibida en otro Estado, sino la exclusión de dicha prestación.

**Permiso de residencia y visado: condiciones de entrada de los nacionales de terceros países en el territorio «Schengen». Denegación del regreso al Estado francés de nacionales de terceros estados con resguardo de primera solicitud de permiso de residencia o de solicitud de asilo. Principio de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **14 de junio de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-606/10**

Ponente: **Sr. Rosas**

Voz: **Permiso de residencia y visado. Nacionales de terceros países: seguridad jurídica**

---

El 28 de septiembre de 2009, la ANAFE interpuso un recurso ante el Conseil d'État dirigido a la anulación de la circular de 21 de septiembre de 2009, en la medida en que ésta exige a los prefectos, en particular, que denieguen el regreso sin visado al territorio francés de nacionales de Estados terceros que dispongan de un resguardo de primera solicitud de permiso de residencia o de solicitud de asilo.

En su recurso, la ANAFE sostiene que la referida circular no se limita a extraer las consecuencias del Reglamento n.º 562/2006, sino que amplía las disposiciones de éste. Además, dicha asociación alega que la referida circular vulnera los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima al ser aplicable de manera inmediata y privar a los nacionales de terceros países que hayan abandonado el territorio francés del derecho a regresar a Francia sin tener que solicitar un visado, como podían esperar legítimamente en virtud de la práctica administrativa anterior.

En primer lugar, el Conseil d'État destaca que, por una parte, las condiciones que figuran en el artículo 5 del Reglamento n.º 562/2006 están expresamente previstas para la entrada en todo el territorio de los Estados miembros y no únicamente para el regreso al territorio del Estado miembro que haya expedido la autorización provisional de residencia para una estancia que no exceda de tres meses, pero que, por otra parte, varias disposiciones del mismo Reglamento, entre las que figura, en particular, el artículo 5, apartado 4, letra c), permiten la expedición de autorizaciones de entrada limitadas al territorio del Estado miembro que las otorga.

A continuación, el Conseil d'État se pregunta si la prohibición prevista en el artículo 13 del citado Reglamento se aplica también cuando el regreso al territorio del Estado miembro que ha expedido el permiso temporal de residencia no requiere entrada, tránsito ni estancia en el territorio de los demás Estados miembros. En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, pretende saber cuáles son las condiciones en las que un Estado miembro puede expedir un visado de regreso a un nacional de un país tercero y, en particular, si tal visado puede autorizar la entrada únicamente por los pasos fronterizos del territorio nacional.

Por último, el Conseil d'État pregunta si el Reglamento n.º 562/2006 excluye toda posibilidad de entrada al territorio de los Estados miembros para los nacionales de terceros países que únicamente sean titulares de un permiso temporal de residencia expedido a la espera del examen de una primera solicitud de permiso de residencia o de una solicitud de asilo, contrariamente a lo que permitían las disposiciones del CAAS, en su versión anterior a la modificación por el referido Reglamento, en cuyo caso se plantearía la cuestión de si los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima no exigirían la previsión de medidas transitorias para aquellos nacionales de terceros países que hubiesen abandonado el territorio francés siendo titulares únicamente de tal permiso de residencia temporal y que pretendieran regresar después de la entrada en vigor del referido Reglamento.

Al albergar dudas sobre la interpretación del Reglamento n.º 562/2006, en particular de

sus artículos 13 y 5, apartado 4, letra a), el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se aplica el artículo 13 del Reglamento [n.º 562/2006] al regreso de un nacional de un país tercero al territorio de un Estado miembro que ha expedido a este último un permiso temporal de residencia cuando tal regreso a su territorio no requiera entrada, tránsito ni estancia en el territorio de los demás Estados miembros?

2) ¿En qué condiciones puede un Estado miembro expedir a nacionales de países terceros un «visado de regreso» en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra a), del mismo Reglamento? En particular, ¿puede tal visado autorizar la entrada únicamente por los pasos fronterizos del territorio nacional?

3) En la medida en que el Reglamento [n.º 562/2006] excluya cualquier posibilidad de entrada en el territorio de los Estados miembros de los nacionales de países terceros que sean titulares únicamente de un permiso temporal de residencia expedido a la espera del examen de una primera solicitud de permiso de residencia o de una solicitud de asilo, contrariamente a lo que permitían las disposiciones del [CAAS] en su versión anterior a la modificación por [el Reglamento n.º 562/2006], ¿exigían los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima que se hubiesen establecido medidas transitorias para los nacionales de países terceros que hubieran abandonado el territorio de un Estado miembro siendo titulares únicamente de un permiso temporal de residencia expedido a la espera del examen de una primera solicitud de permiso de residencia o de una solicitud de asilo y que desearan volver al mismo después de la entrada en vigor del Reglamento [n.º 562/2006]?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) Las normas relativas a la denegación de la entrada a los nacionales de terceros países establecidas en el artículo 13 del Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, se aplican también a los nacionales de terceros países sujetos a la obligación de visado que pretendan regresar, a través de las fronteras exteriores del espacio Schengen, al Estado miembro que les haya expedido un permiso temporal de residencia, sin entrar para ello en el territorio de otro Estado miembro.

2) El artículo 5, apartado 4, letra a), del Reglamento n.º 562/2006, en su versión modificada por el Reglamento n.º 81/2009, debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que expide a un nacional de un país tercero un visado de regreso en el sentido de dicha disposición no puede autorizar la entrada al espacio Schengen únicamente por los pasos fronterizos de su territorio nacional.

3) Los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no exigen que se hubiesen establecido medidas transitorias para los nacionales de terceros países que hubieran abandonado el territorio de un Estado miembro siendo titulares únicamente de un permiso temporal de residencia expedido a la espera del examen de una primera solicitud de permiso de residencia o de una solicitud de asilo y que pretendieran regresar a dicho territorio después de la entrada en vigor del Reglamento n.º 562/2006, en su versión modificada por el Reglamento n.º 81/2009.

Adhesión de nuevos Estados miembros: negativa por parte de la Agencia regional de la oficina de trabajo y empleo de Viena a conceder un permiso de trabajo para desarrollar la actividad de conductor a tiempo parcial a un nacional búlgaro que estudia en Austria. Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los estudiantes búlgaros existentes cuando acaecieron los hechos del asunto principal no pueden ser más restrictivas que las establecidas en la Directiva 2004/114/CE, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **21 de junio de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-15/11**

Ponente: **Sr. Lars**

Voz: **Adhesión de nuevos Estados miembros. Concesión de permiso de trabajo a estudiantes búlgaros**

El Sr. Sommer, recurrente en el litigio principal, solicitó el 30 de enero de 2008 la concesión de un permiso de trabajo a un nacional búlgaro que estudiaba en Austria y que llevaba más de un año residiendo en dicho Estado miembro con el fin de contratarle como conductor por 10,25 horas semanales de trabajo y a cambio de un salario de 349 euros brutos mensuales. Este estudiante debía efectuar entregas nocturnas en Viena.

Mediante resolución de 8 de febrero de 2008 el Arbeitsmarktservice Wien desestimó dicha solicitud en virtud del artículo 4, apartado 6, punto 1, de la Ley sobre el trabajo de extranjeros. El Sr. Sommer presentó una reclamación contra esta resolución alegando que otros solicitantes de empleo se habían negado invariablemente a ejercer esta actividad ya que por sí sola no sumaba suficientes horas de trabajo a la semana o bien, desempeñada con carácter accesorio, era incompatible con un trabajo a jornada completa.

Mediante resolución de 17 de marzo de 2008 el Arbeitsmarktservice Wien desestimó esta reclamación con arreglo a lo dispuesto por el artículo 66, apartado 4, de la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (Ley de procedimiento administrativo) en relación con el artículo 4, apartado 6, de la Ley sobre el trabajo de extranjeros. Justificó su resolución alegando que el límite máximo de mano de obra extranjera fijado en 66.000 para el Land de Viena ya se

había superado en 17.757 trabajadores extranjeros adicionales.

El Sr. Sommer interpuso un recurso contra esta resolución ante el órgano jurisdiccional remitente, el cual observa, en primer lugar, ateniéndose a una interpretación literal del artículo 1, letra a), en relación con el artículo 2, letra a), de la Directiva 2004/114, que un nacional búlgaro no se haya comprendido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva puesto que, debido a la adhesión de la República de Bulgaria a la Unión Europea el 1 de enero de 2007, ya no es un «nacional de un tercer país». Estima que, dado que antes de esta adhesión un nacional búlgaro podía gozar, en tanto nacional de un tercer país, de los derechos establecidos en la Directiva 2004/114, la denegación de un permiso de trabajo tras dicha adhesión podría suponer un deterioro de su situación jurídica o un trato menos favorable que el que se dispensa a los estudiantes de terceros países, lo que prohíbe expresamente el anexo VI, sección 1, punto 14, del Protocolo de adhesión. El órgano jurisdiccional remitente también llama la atención sobre el principio de preferencia establecido en el tercer párrafo de ese mismo punto 14.

En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que en virtud del Derecho nacional, a saber, el artículo 4, apartado 1, de la Ley sobre el trabajo de extranjeros, proce-

de verificar, antes de conceder un permiso de trabajo, si la situación y la evolución del mercado laboral permiten contratar al trabajador y si intereses públicos o económicos de gran importancia no se oponen a esta contratación. Además, en virtud del apartado 6 de ese mismo artículo, si se sobrepasa el límite máximo de mano de obra extranjera establecido por vía reglamentaria, sólo podrá concederse un permiso de empleo si se cumplen determinados requisitos adicionales. Dicho órgano jurisdiccional precisa que la evaluación de la situación y de la evolución del mercado laboral y de los intereses públicos o económicos de gran importancia debe llevarse a cabo sistemáticamente y no únicamente en casos excepcionales y se pregunta si tal normativa es contraria a las disposiciones de la Directiva 2004/114.

En estas circunstancias, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Resulta aplicable en Austria la Directiva 2004/11 [...] a un estudiante búlgaro teniendo en cuenta el punto 14, párrafo primero o tercero de la sección 1, [titulada] «Libre circulación de personas», del anexo VI [del Protocolo de admisión titulado] «Lista contemplada en el artículo 20 del Protocolo: Medidas transitorias para Bulgaria»?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿se opone el Derecho de la Unión, y en concreto el artículo 17 de la Directiva [2004/114], a una normativa nacional que,

como las disposiciones de la Ley sobre el trabajo de extranjeros aplicables en el procedimiento principal, establece, en todos los casos, una evaluación de la situación del mercado laboral previa a la concesión de un permiso de trabajo en favor de un empresario que desea contratar a un estudiante residente en el territorio federal desde hace más de un año y, adicionalmente, en caso de superarse el límite máximo establecido de mano de obra extranjera, supedita la concesión del permiso de trabajo al cumplimiento de otros requisitos?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El anexo VI, sección 1, punto 14, del Protocolo relativo a las condiciones y al procedimiento de admisión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los estudiantes búlgaros existentes cuando acaecieron los hechos del asunto principal no pueden ser más restrictivas que las establecidas en la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

2) Una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal dispensa a los nacionales búlgaros un trato más restrictivo que el que la Directiva 2004/114 dispensa a los nacionales de terceros países.

**Residencia. Derecho de residencia de la familia de un ciudadano turco que forma parte del mercado de trabajo de un Estado miembro de la Unión Europea. Nacional tailandesa casada con ciudadano de origen turco residente en Alemania. Reagrupación familiar tras separación matrimonial. Derecho de residencia: Incorporación al mercado de trabajo del Estado de la Unión Europea.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **19 de julio de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-451/11**

Ponente: **Sr. Cunha Rodrigues**

Voz: **Residencia y mercado de trabajo en la Unión Europea: familiar de ciudadano turco**

La demandante en el litigio principal entró en la República Federal de Alemania el 30 de junio de 2002 con un visado turístico. El 12 de septiembre de 2002, contrajo matrimonio con el Sr. Dülger, nacional turco, en Dinamarca.

Desde 1988, el Sr. Dülger posee un permiso de residencia ilimitado en Alemania. Durante el tiempo en el que el matrimonio Dülger llevó una vida en común, el Sr. Dülger trabajó para diversos empleadores en dicho Estado miembro, del 1 de octubre de 2002 al 30 de junio de 2004, del 1 de agosto de 2004 al 8 de junio de 2005, del 1 de marzo de 2006 al 15 de marzo de 2008, así como del 1 de junio de 2008 al 31 de diciembre de 2009.

El 18 de septiembre de 2002, la Sra. Dülger solicitó que se le expidiera un permiso de residencia. Indicó que estaba casada y tenía dos hijas, nacidas en 1996 y 1998 en Tailandia. Para poder mantener la convivencia matrimonial con su cónyuge, la demandante en el asunto principal obtuvo un permiso temporal de residencia que posteriormente le fue prorrogado en diversas ocasiones, la última vez desde el 10 de septiembre de 2008 hasta el 26 de junio de 2011. Desde el 21 de junio de 2011, la Sra. Dülger posee una «certificación interina».

Las hijas de la demandante en el asunto principal entraron en la República Federal de Alemania el 1 de julio de 2006.

La Sra. Dülger se separó de su cónyuge el 3 de junio de 2009 y se instaló con sus dos hijas en una casa de acogida para mujeres en Friedberg (Alemania). Desde entonces recibe presta-

ciones con arreglo al Libro II del Código de la Seguridad Social —Prestaciones de base a favor de los demandantes de empleo (Zweites Buch Sozialgesetzbuch— Grundsicherung für Arbeit-suchende; en lo sucesivo, «SGB II»).

Su divorcio del Sr. Dülger se declaró el 3 de febrero de 2011.

Mediante escrito de 9 de septiembre de 2009, la autoridad en materia de extranjería del Distrito de Wetterau (en lo sucesivo, «autoridad de extranjería») comunicó a la demandante en el asunto principal que, tras la separación de su esposo, había adquirido un derecho de residencia autónomo, por un año, sin necesidad de acreditar que disponía de medios para garantizar su subsistencia y la de sus hijas. Se le indicó que, si con posterioridad al 4 de junio de 2010 seguía dependiendo de la ayuda social, se entendería que no se cumplían las condiciones de validez de su derecho de residencia ni el de sus hijas y debería abandonar el territorio alemán. Sólo si, en esa fecha, estaba en condiciones de garantizar su subsistencia y la de sus dos hijas, la demandante en el asunto principal podría seguir gozando de un derecho de residencia.

El 18 de septiembre de 2009, la Sra. Dülger solicitó que se le concediera un permiso de residencia con arreglo al artículo 4, apartado 5, de la Aufenthaltsgesetz, alegando que, como miembro de la familia de un trabajador turco que formaba parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro, con el que ha residido legalmente durante al menos tres años, ella había adquirido los derechos derivados del artículo 7 de la Decisión n.º 1/80.

Mediante resolución de 15 de marzo de 2010, la autoridad de extranjería denegó la solicitud de la demandante en el asunto principal por considerar que no había adquirido ningún derecho en virtud del artículo 7 de la Decisión núm. 1/80. En efecto, según dicha autoridad, sólo los miembros turcos de la familia de un trabajador turco podrían ampararse en esa disposición.

La demandante en el asunto principal interpuso un recurso contra esta resolución, alegando que el artículo 7 de la Decisión n.º 1/80 no impone ningún requisito específico en cuanto a la nacionalidad de los miembros de la familia. Solicitó al órgano jurisdiccional remitente que anulara la resolución de la autoridad de extranjería y que la obligara a concederle un permiso de residencia conforme al artículo 4, apartado 5, de la Aufenthaltsgesetz.

El órgano jurisdiccional remitente aprecia que el permiso de residencia solicitado únicamente se le puede expedir a la demandante en el asunto principal con arreglo a dicho artículo 4, apartado 5, si se le autoriza a residir en el territorio alemán en virtud del artículo 7 de la Decisión núm. 1/80. Según este órgano jurisdiccional, habida cuenta de los requisitos mencionados en esta disposición, la única cuestión que se plantea en el presente caso es si la Sra. Dülger, en su condición de nacional tailandesa, puede ser considerada miembro de la familia de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro.

En estas circunstancias, el Verwaltungsgericht Gießen decidió suspender el procedimiento

y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Puede una nacional tailandesa que estuvo casada con un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro y que, tras obtener la autorización para reunirse con él, ha convivido con él durante más de tres años ininterrumpidos, invocar los derechos que se derivan del artículo 7, párrafo primero, primer guión, de la Decisión n.º 1/80 [...], con la consecuencia de que, en virtud del efecto directo de dicha disposición, le corresponde un derecho de residencia?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 7, párrafo primero, de la Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación instituido mediante el Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, firmado en Ankara, el 12 de septiembre de 1963, por la República de Turquía, por una parte, y los Estados miembros de la CEE y la Comunidad, por otra, y concluido, aprobado y confirmado en nombre de ésta mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, debe interpretarse en el sentido de que un miembro de la familia de un trabajador turco, nacional de un tercer país distinto de Turquía, puede invocar, en el Estado miembro de acogida, los derechos resultantes de dicha disposición, cuando se cumplen todos los demás requisitos previstos por ésta.

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Extranjeros: Expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho de defensa. Ausencia de notificación de la propuesta de resolución en la que se contenía un nuevo hecho relevante como era el hecho de la detención, que ha sido determinante para que la Administración decidiera sustituir la sanción principal de multa por la de expulsión. Estimación del recurso de amparo.**

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Constitucional**

Fecha: **1 de octubre de 2012**

Recurso de Amparo: **6022/2011**

Ponente: **D. Pablo Pérez Tremps**

Voz: **Vulneración de las garantías procesales en un procedimiento de expulsión: derecho de defensa**

---

a) El demandante de amparo fue detenido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia de los servicios de vigilancia y control llevados a cabo en la estación del servicio metropolitano de Cuatro Caminos, en Madrid, el 8 de abril de 2008 por una posible infracción del art. 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 21 de junio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) por carecer de documentación que acredite su estancia regular en España. Ese mismo día se notifica al demandante de amparo el acuerdo de inicio de expediente de expulsión por el procedimiento preferente, (...), en el que sólo se hacen constar como hechos relevantes la circunstancia de la detención por carecer de documentación y la posible comisión de la infracción prevista en el art. 53.a) LOEx.

b) El demandante formuló alegaciones el 8 de abril de 2008 poniendo de manifiesto tanto la circunstancia de la existencia de arraigo familiar como la vulneración de la presunción de inocencia al no haberse mencionado en el acuerdo de incoación ni constar en el expediente prueba o indicio acreditativo de la estancia irregular en España. El demandante, mediante un nuevo escrito registrado el 11 de abril de 2008, remitió fotocopia de su pasaporte y los documentos acreditativos de la posesión de la nacionalidad española por dos de sus hermanos residentes en España.

c) La Brigada provincial de extranjería y documentación remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid escrito de 7 de mayo de 2008 conteniendo propuesta de resolución de expulsión del territorio español por un periodo de siete años, en la que se hacía constar como circunstancias relevantes que «habiéndose solicitado con anterioridad autorización de residencia, le fue denegada por la Autoridad competente para ello, hallándose ilegalmente en España, con anterioridad ha sido detenido en una ocasión por presunto delito de malos tratos físicos en ámbito familiar, instruyéndose el atestado penal policial correspondiente que fue remitido a la Autoridad judicial competente». No consta que dicha propuesta de resolución le hubiera sido notificada al demandante o a su Abogado.

d) La Delegada del Gobierno en Madrid por resolución de 4 de junio de 2008 consideró que los hechos eran constitutivos de un infracción del art. 53.a) LOEx y que, «constando en el expediente, además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en una ocasión por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en

España», acordó la expulsión del demandante del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de cinco años.

e) El demandante formuló escrito de demanda contencioso-administrativa, (...) alegando, entre otras cosas, los derechos a la defensa y a conocer la acusación, toda vez que no se había notificado la propuesta de resolución en que se ponían de manifiesto nuevos hechos relevantes como era la existencia de antecedentes penales en que posteriormente se fundamenta la decisión de sustituir la sanción de multa por la de expulsión. Del mismo modo se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, argumentando que, contrariamente a lo que es jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración no había acreditado cuál fue el resultado judicial de las actuaciones policiales por la comisión del supuesto delito de malos tratos por el que fue detenido. Por último, se puso de manifiesto la falta de proporcionalidad en la determinación del plazo de prohibición de entrada que se fija en el máximo legal sin ninguna motivación que lo justifique. El recurso fue desestimado por Sentencia de 19 de noviembre de 2010, argumentando que los hechos descritos en la resolución impugnada son suficientes para acreditar la infracción y la sanción de expulsión, que se basa, además, en la existencia de una conducta antisocial.

(...)

El demandante justifica la especial trascendencia constitucional del recurso poniendo de manifiesto, por un lado, que la doctrina constitucional sobre la necesidad de notificación de las propuestas de resolución en los procedimientos sancionadores en materia de extranjería cuando se introducen elementos nuevos está siendo incumplida de modo general y reiterado por los órganos administrativos y, por otro, que es una cuestión novedosa todavía no resuelta por el Tribunal Constitucional la eventual lesión del derecho a la presunción de inocencia derivada de la circunstancia de que se tome como elemento desfavorable un antecedente policial sin contrastarlo con el resultado judicial a que ha dado lugar.

(...)

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra el demandante, se han vulnerado sus derechos a la defensa (art. 24.2 CE), por no haberse notificado la propuesta de resolución que incluía hechos nuevos diferentes a los puestos de manifiesto en el acuerdo de iniciación del expediente y que han resultado relevantes para la imposición de la sanción, y a la presunción de inocencia (art. 24.2), por haberse utilizado como un hecho relevante la existencia de un antecedente penal sin verificar su resultado en vía judicial. Igualmente, se denuncia que las resoluciones judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva, al no haberse dado una respuesta motivada a las alegaciones realizadas sobre la vulneración de derechos fundamentales.

(...)

El recurrente aduce, en primer lugar, que la ausencia de notificación de la propuesta de resolución en la que se contenía un nuevo hecho relevante para la resolución final del expediente le ha impedido ejercer en plenitud su derecho de defensa contradictoria.

Este Tribunal, en relación con una alegación idéntica resuelta en la STC 145/2011, de 26 de septiembre, ya ha recordado que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza, y que entre esas garantías está el derecho de defensa, que impone a la Administración no sólo el deber de comunicar al afectado la incoación del expediente sancionador, sino, además, que le dé la oportunidad de alegar en el curso del mismo lo que a su derecho convenga, así como de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes. Igualmente, se ha destacado en dicha Sentencia que por la relevante función que en el seno del procedimiento sancionador cumple la propuesta de resolución su falta de comunicación al interesado supone una violación del derecho de defensa que tendrá relevancia constitucional siempre que provoque una disminución de las posibilidades de defen-

sa, entendidas como conjunto de facultades de alegación y prueba frente a unos determinados hechos, así como de mantenimiento de los términos esenciales del debate (FJ 3). Por último, también se ha puesto de manifiesto en la citada STC 145/2011 que, producida la vulneración del derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar lo que consideró oportuno no subsana la vulneración del derecho a la defensa, toda vez que el titular de la potestad sancionadora, quien debe ejercerla a través de un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales, es la Administración pública, siendo el único objeto del proceso contencioso-administrativo la revisión del acto administrativo sancionador (FJ 5).

En el presente caso, como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, ha quedado acreditado, en primer lugar, que el acuerdo de incoación del expediente sancionador sólo puso de manifiesto como circunstancia relevante que el demandante carecía de documentación que acreditara su estancia regular en España. En segundo lugar, que es en el escri-

to de la propuesta de resolución en el que se hacen constar como nueva circunstancia que el demandante contaba con una detención policial previa por supuesto delito de malos tratos físicos en ámbito familiar. En tercer lugar, que no consta en el expediente administrativo remitido a este Tribunal la notificación de la propuesta de resolución al demandante o su Abogado. Y, por último, también se acredita que la resolución administrativa sancionadora justifica la sustitución de la pena de multa por la de expulsión en la existencia de esta previa detención como demostrativa de un comportamiento antisocial en nuestro país.

En atención a lo expuesto, y tal como también interesa el Ministerio Fiscal, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho de defensa del recurrente, toda vez que ha quedado acreditada la doble circunstancia de que no se notificó la propuesta de resolución del expediente y de que ésta contenía una nueva y concreta circunstancia, como era el hecho de la detención, que ha sido determinante para que la Administración decidiera sustituir la sanción principal de multa por la más gravosa de expulsión del territorio sin dar la oportunidad al recurrente de alegar o proponer prueba respecto de la misma.

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

---

**CRÓNICAS LEGISLATIVAS**

---



## FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 1141/2012, de 27 de julio, que modifica el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas (BOE del 31).
- Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE del 4).
- Instrucción de 2 de octubre de 2012, 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 13).
- Orden AEC/2287/2012, de 18 de octubre, por la que se aprueban las normas de gestión y los modelos de impreso para el pago de las tasas por admisión a pruebas selectivas para obtención del nombramiento de Traductor-Intérprete Jurado, por la tramitación y expedición del título, y por la expedición del carné de Traductor-Intérprete Jurado (BOE del 26).
- Ley Orgánica 6/2012, de 30 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Adhesión a la Unión Europea de la República de Croacia (BOE del 31).

## FUENTES INTERNACIONALES

- Canje de Notas para el establecimiento de relaciones diplomáticas entre el Reino de España y la República de Sudán del Sur, de 9 de julio y 20 de septiembre de 2011 (BOE de 19 de julio de 2012).
- Protocolo de Ejecución entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación Rusa para la aplicación del Acuerdo de 25 de mayo de 2006 entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre readmisión, hecho «ad referendum» en Kazán el 26 de mayo de 2010 (BOE de 20 de agosto de 2012).
- Entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Sevilla el 3 de octubre de 2011 (BOE de 28 de agosto de 2012).
- Entrada en vigor del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (BOE de 31 de agosto de 2012).
- Aplicación provisional del Acuerdo de cooperación en materia de lucha contra la delincuencia entre el Reino de España y la República de la Costa de Marfil, hecho en Madrid el 17 de julio de 2012 (BOE de 13 de septiembre).
- Información sobre la entrada en vigor del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE L 263, de 28 de septiembre de 2012).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Azerbaiyán sobre supresión recíproca del régimen de visados de corta duración para sus nacionales titulares de pasa-

portes diplomáticos, hecho en Madrid el 16 de junio de 2011 (BOE de 18 de octubre de 2012).

- Decisión del Consejo, de 10 de octubre de 2012, relativa la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Argelina Democrática y Popular sobre cooperación científica y tecnológica (DOUE, L 287, de 18 de octubre de 2012).
- Decisión del Consejo, de 10 de octubre de 2012, relativa la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Argelina Democrática y Popular sobre cooperación científica y tecnológica (DOUE, L 287, de 18 de octubre de 2012).
- Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Cabo Verde sobre la facilitación de la expedición de visados para estancias de corta duración a los ciudadanos de la República de Cabo Verde y de la Unión Europea (DOUE, L 288, de 19 de octubre de 2012).
- Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Madrid el 17 de mayo de 2010 (BOE de 22 de octubre de 2012).
- Admisión de España en la Organización Internacional para las Migraciones y aceptación de la Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones, de 19 de octubre de 1953; Enmendada el 20 de mayo de 1987 y el 24 de noviembre de 1998 (BOE de 23 de octubre de 2012).
- Aplicación provisional del 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 del 24).
- Convenio entre el Reino de España y la República de Corea relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Seúl el 23 de marzo de 2009 (BOE de 2 de noviembre de 2012).

## **FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA**

- Actualización de los modelos de tarjetas expedidas por los Ministerios de Asuntos Exteriores de los Estados miembros a los miembros acreditados de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares y los miembros de sus familias, de conformidad con lo establecido en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento (CE) 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) (DOUE C 214, de 20 de julio de 2012; C 238, de 8 de agosto de 2012; C 255, de 24 de agosto de 2012).
- Actualización de la lista de permisos de residencia a que se refiere el artículo 2, apartado 15, del 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) (DOUE C 214, de 20 de julio de 2012; DOUE C 298, de 4 de octubre de 2012).
- Decisión del Consejo, de 23 de julio de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, 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 199, de 26 de julio de 2012).
- Decisión del Consejo, de 26 de junio de 2012, relativa a la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión Mixta UE-AELC en relación con la adopción de una Decisión por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 199, de 26 de julio de 2012).
  - Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201, del 27).
  - Decisión de ejecución de la Comisión de 27 de julio de 2012 por la que se modifica la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a la lista de los puestos de inspección fronterizos (DOUE L 203, del 31).
  - Decisión del Consejo, de 26 de junio de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 244, de 8 de septiembre).
  - Decisión del Consejo, de 24 de febrero de 2011, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa de Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE L 255, de 21 de septiembre).
  - Actualización de los importes de referencia para el cruce de las fronteras exteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 5, apartado 3, del 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) (DOUE L 298, de 4 de octubre de 2012).
  - Reglamento (UE) n.º 936/2012 de la Comisión, de 4 de octubre de 2012, por el que se modifican los anexos del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 283, de 16 de octubre de 2012).
  - Actualización de la lista de pasos fronterizos mencionados en el artículo 2, apartado 8, del 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) (DOUE L 313, de 17 de octubre de 2012).
  - Decisión n.º 4/2012 de la Comisión Mixta UE/AELC sobre el régimen común de tránsito, de 26 de junio de 2012, por la que se modifica el Convenio de 20 de mayo de 1987, relativo a un régimen común de tránsito (DOUE L 297, de 26 de octubre de 2012).



## EUROPA EN BREVE



### INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS<sup>(\*)</sup> (Selección)

#### ESTUDIOS DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE ABOGADOS

Varias Direcciones Generales de la Comisión Europea están llevando a cabo estudios relativos a la profesión de Abogado en el seno de la UE. En enero de 2012, la Dirección General de Mercado Interior publicó un estudio sobre actividades reservadas. Los objetivos del estudio fueron: 1) proporcionar un inventario jurídico de actividades reservadas vinculadas a las cualificaciones profesionales en los 3 sectores (construcción, servicios de negocios, turismo) a través de 13 países de la UE; y 2) realizar una evaluación de impacto económico de las actividades reservadas conectadas con la posesión de cualificaciones profesionales específicas en los sectores mencionados. Los autores del estudio —el Centro de Estrategia y Servicios de Evaluación, Reino Unido— concluyeron que: *«Aunque el análisis económico proporcione algunos resultados interesantes, basados en los datos disponibles, no muestra que haya un claro impacto de las actividades reservadas en el desarrollo económico de los tres sectores examinados»*.

La Dirección General de Investigación ha encargado a SERVICEGAP que produzca un amplio estudio sobre el impacto de los servicios de mercado sobre el crecimiento económico agregado en la UE y su rendimiento comparativo en relación con las regiones de competencia, especialmente con Estados Unidos (US). El Instituto Austriaco de Estudios Avanzados (IHS), una de las 13 instituciones que trabajan en el proyecto de SERVICEGAP, actualizará en este contexto su estudio de «servicios profesionales» de 2003, que fue preparado para la Dirección General de Competencia. La Abogacía europea criticó el estudio del IHS por la metodología usada y los fallos en la búsqueda, de tal importancia que no era seguro basar las conclusiones políticas en el mismo.

---

(\*) 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 Dirección General de Justicia ha encargado recientemente un estudio del Consejo de Europa que verá la eficiencia de la justicia basada en indicadores generales como acumulación de trabajo ante los Tribunales, recursos y procesos de ADR.

*(16 de julio de 2012)*

### **RUMANÍA: NECESIDAD DE COMPROMISO CON EL ESTADO DE DERECHO Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL**

La Comisión Europea ha presentado un informe sobre Rumanía en el marco del Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV). Rumanía debe garantizar el respeto del Estado de Derecho y la independencia judicial para recuperar la confianza de sus socios de la UE. El informe abarca un período de 5 años, desde la adhesión de Rumanía a la UE en 2007, y presenta la evaluación de la Comisión sobre los avances registrados en Rumanía durante ese período, centrándose en particular en la reforma judicial y la lucha contra la corrupción. El informe resume los interrogantes de la Comisión en relación con las últimas actuaciones del Gobierno y el Parlamento rumanos que afectan al Estado de Derecho. Incluye una serie de recomendaciones de actuación que Rumanía debería seguir urgentemente. El informe muestra que a lo largo del período de 5 años se han realizado avances, aunque la asunción de las reformas sigue siendo variable. Rumanía ha sentado las bases para una modernización sustancial de su sistema judicial. Instituciones como la Dirección Nacional Anticorrupción (DNA) y la Agencia Nacional de Integridad (ANI) pueden acreditar una trayectoria convincente de lucha contra la corrupción de alto nivel. No obstante, el informe concluye que todavía no se han satisfecho los objetivos del MCV. La aplicación de las leyes acaba de empezar en algunos ámbitos, mientras que en otros la asunción es insuficiente. En conjunto el proceso todavía no es ni sostenible ni irreversible. Puede ver la evaluación correspondiente a Bulgaria en el apartado «Justicia y Ciudadanía».

*(23 de julio de 2012)*

### **EL DPE LANZA UNA CONSULTA PÚBLICA SOBRE FRONTEX Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

El Defensor del Pueblo Europeo, Nikiforos Diamandouros, ha invitado a ciudadanos, ONGs y otras organizaciones activas en el ámbito de los derechos fundamentales a presentar comentarios sobre la investigación de Frontex, la Agencia europea de fronteras exteriores, que coordina la cooperación operacional entre los Estados miembros en este ámbito. En marzo de 2012, el DPE remitió a Frontex una serie de cuestiones sobre la implementación de sus obligaciones respecto de los derechos fundamentales, a las que la agencia respondió el pasado mes de mayo. Puede acceder a las preguntas del DPE y las respuestas de Frontex y presentar sus contribuciones a través del siguiente enlace. Los comentarios a las respuestas de Frontex pueden presentarse hasta el 30-9-2012.

*(23 de julio de 2012)*

## CÓMO AYUDAR A LAS VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO EN EL EXTRANJERO

La Comisión Europea ha abierto una consulta pública para ayudar a las víctimas de los accidentes de tráfico transfronterizos, que actualmente pueden tener dificultades derivadas de los distintos plazos límite de solicitud de indemnización por daños causados por un accidente ocurrido en otro país de la UE. Actualmente, las diferentes normas nacionales crean una situación confusa para las víctimas, que pueden dejar pasar los breves plazos y no obtener indemnización alguna. El objetivo de la consulta es averiguar cuál es la magnitud del problema y evaluar las posibles soluciones. La iniciativa coincide en parte con el mayor esfuerzo realizado por la Comisión para ayudar a las víctimas de delitos en la UE y es consecuencia del apoyo reciente del Parlamento Europeo y el Consejo a la propuesta de la Comisión sobre los derechos mínimos de las víctimas de delitos. Las posibles soluciones que se plantean en la consulta pública van desde la mejora de la información a las víctimas de accidentes transfronterizos en carretera hasta la armonización de los plazos de caducidad y prescripción (plazos para interponer la demanda de indemnización por daños y perjuicios a raíz de un accidente). La consulta se dirige a las víctimas de accidentes de tráfico, las personas que viajan al extranjero con su automóvil, los profesionales de la justicia, las aseguradoras y cualquier otro individuo u organización interesada. El plazo de presentación de contribuciones finaliza el 19-11-2012.

*(23 de julio de 2012)*

## BULGARIA: REFORMAS NECESARIAS PARA ALCANZAR LOS OBJETIVOS DEL ESTADO DE DERECHO

La Comisión ha adoptado un informe sobre los avances realizados por Bulgaria en el marco del Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV). El informe abarca un período de 5 años, desde la adhesión de Bulgaria a la UE en 2007, y presenta la evaluación que hace la Comisión de los avances registrados en el país durante ese período en el ámbito de la reforma judicial, la lucha contra la corrupción y la lucha contra la delincuencia organizada. Su principal conclusión es que es necesaria una implementación más profunda de las reformas para garantizar la irreversibilidad del proceso. Del informe se desprende que aunque en estos últimos 5 años se han registrado avances, la reforma no es aún ni sostenible ni irreversible. La adopción del marco legislativo básico y la creación de importantes instituciones son pasos en el buen sentido. En este contexto, Bulgaria ha puesto a punto una inspección judicial independiente y ha creado estructuras especializadas a nivel de la policía y del Ministerio Fiscal con el fin de perseguir la delincuencia organizada. Se ha mejorado la legislación sobre el decomiso de productos del delito y se ha creado un organismo encargado de dar seguimiento a los casos de conflictos de intereses. El informe recomienda que Bulgaria se centre ahora en colmar las lagunas que subsisten en este marco jurídico e institucional y en aplicar la legislación recientemente adoptada. Subsisten aún puntos débiles, en particular en lo que respecta a la integridad de jueces y magistrados, a la coherencia de las prácticas disciplinarias y a la transparencia y la objetividad de los nombramientos, evaluaciones y promociones. En el ámbito de la lucha contra la corrupción

de alto nivel y el crimen organizado aún se ha de acreditar la obtención de resultados convincentes. Las deficiencias en la reforma judicial y la lucha contra la corrupción suscitan gran inquietud en la gran mayoría de los ciudadanos búlgaros. La Comisión efectuará su próxima evaluación de los avances realizados a finales de 2013, de modo que las autoridades búlgaras tengan tiempo suficiente para acreditar una trayectoria en la aplicación de los actos legislativos pertinentes. La Comisión supervisará de cerca los avances realizados durante este período mediante misiones regulares y un diálogo fluido con las autoridades búlgaras y otros Estados miembros.

*(23 de julio de 2012)*

#### PRIMER INFORME ANUAL DE LA OFICINA EUROPEA DE AYUDA AL ASILO

La Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO, en sus siglas en inglés), ha publicado su primer informe anual sobre la situación del asilo en la UE y las actividades de la EASO en 2011. El informe aporta una descripción exhaustiva del asilo en la UE en 2011, centrándose en las áreas en las que fue necesaria la intervención de este organismo europeo. De la misma manera, se trata de un ejercicio de evaluación de las actividades llevadas a cabo durante el primer año de actividad de la EASO, como por ejemplo: los efectos en los Estados miembros de las herramientas y respuestas de la Oficina, desarrollos del Sistema Europeo Común de Asilo (CEAS), así como la red institucional de socios y partes interesadas. Incluye asimismo un número de anexos relevantes, con información financiera, entre otras cosas.

Para más información puede consultar el informe completo en el siguiente enlace: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/pdf/easo\\_annual\\_report\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/pdf/easo_annual_report_final.pdf)>.

*(23 de julio de 2012)*

#### RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES

El Consejo de la Abogacía Europea, CCBE, adoptó un posicionamiento sobre la propuesta legislativa para la modernización de la Directiva 2005/36/CE sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales. El objetivo de la Comisión es facilitar aún más la movilidad de los profesionales a través de la UE. Esta propuesta es la respuesta de CCBE a una consulta y a un Libro Verde puestos en marcha por la Comisión Europea en 2011. CCBE sugiere enmiendas a la propuesta de la Comisión destinada a (a) subrayar la base voluntaria de la Tarjeta Profesional Europea, (b) la inclusión de los becarios no remunerados en los periodos de prácticas, (c) limitar la obligación de reconocer los periodos de prácticas en otros Estados Miembros a la movilidad temporal, para algunos profesionales como abogados notarios, y (d) eliminar el supuesto de que una actividad ejercida como una actividad autónoma en un estado miembro se puede separar en otros Estados Miembros, para evitar la confusión entre los clientes.

*(23 de julio de 2012)*

## NUEVA NORMATIVA EUROPEA PARA SIMPLIFICAR LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

El Diario Oficial de la UE publica esta semana (L 201/107) la nueva normativa sobre sucesiones transfronterizas, propuesta por la Comisión Europea y aprobada formalmente por los Estados miembros de la UE el mes pasado bajo la forma de Reglamento Europeo núm. 650/2012, que facilitará a los ciudadanos europeos la tramitación jurídica del testamento o la sucesión internacional. Las nuevas normas aportarán seguridad jurídica a, según las estimaciones, unas 450.000 familias europeas que cada año se enfrentan a una sucesión internacional. Con más de 12,3 millones de ciudadanos de la UE residentes en otro país de la UE, es probable que las normas sean de interés para muchos más. Ahora, los Estados miembros disponen de un plazo de 3 años para adaptar sus legislaciones a fin de lograr una aplicación efectiva de las nuevas normas de la UE. La nueva normativa simplifica considerablemente la tramitación de las sucesiones al fijar un criterio único para determinar tanto la jurisdicción como la ley aplicable en los asuntos transfronterizos: el lugar de residencia habitual del fallecido. Los ciudadanos podrán asimismo planificar por anticipado su sucesión con plena seguridad jurídica. La normativa también prevé un certificado sucesorio europeo que permitirá demostrar que las personas son herederos o administradores de una sucesión, sin más formalidades, en toda la UE. Esto supondrá una mejora notable respecto de la situación actual, en la que en ocasiones los ciudadanos tienen grandes dificultades para ejercer sus derechos. El resultado será un procedimiento más rápido y barato, y el ahorro de tiempo y dinero en honorarios judiciales.

*(30 de julio de 2012)*

## DERECHO PENAL

### PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A UN ABOGADO

El 8 de junio de 2011, la Comisión Europea presentó una propuesta para una Directiva sobre el derecho de acceso a un abogado en procesos penales y sobre el derecho de comunicación durante el arresto. Esta propuesta es la tercera de una serie de medidas que garantizan a los ciudadanos los mismos derechos básicos respecto a los sistemas de justicia penal, independientemente del Estado Miembro donde sea sospechoso o acusado de cometer este tipo de delito. CCBE da la bienvenida a la propuesta del 8 de junio, que crearía por primera vez un derecho aplicable de la UE a tener un acceso anticipado y continuado a un abogado durante todo el proceso penal. CCBE ha elaborado una serie de documentos sobre la propuesta y, al ser un texto «vivo» y cambiante, ha tenido varias reuniones con representantes de la Comisión y el Parlamento en respuesta a los cambios propuestos al texto. El Consejo de la UE alcanzó unas orientaciones generales sobre esta propuesta de Directiva divergentes a la propuesta inicial lanzada por la Comisión; durante la sesión debate del Consejo, España, Italia y la Comisión Europea mostraron su oposición parcial al contenido propuesto por el Consejo. Por otro lado, el Comité LIBE del PE finalizó el informe sobre la Directiva en el que se aprobaron las enmiendas al texto propuesto por la Comisión, siendo este texto sustancialmente más cercano a la posición de la Comisión y de la Abogacía

Europea. La situación actual pasa por la negociación entre Parlamento, Consejo, Comisión para intentar fijar el contenido del texto definitivo de la Directiva.

*(30 de julio de 2012)*

## LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA COOPERACIÓN AL DESARROLLO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea ha enviado una Comunicación al PE, al Consejo de la UE, al CDR y al CESE sobre la protección social en la cooperación al desarrollo de la UE. La protección social se sitúa en el núcleo del modelo social europeo. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la política de protección social es principalmente competencia de los Estados miembros. No obstante, la UE ha establecido el denominado «método abierto de coordinación», un proceso voluntario de cooperación política basado en la aceptación de objetivos e indicadores comunes. Los sistemas de protección social varían mucho en la Unión; sin embargo, todos los Estados miembros de la UE suscriben en principio del acceso universal a la protección social frente a los principales riesgos, de acuerdo con la garantía establecida en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los sistemas de protección social europeos juegan un importante para amortiguar el riesgo de pobreza y limitan las desigualdades en Europa, pero las persistentes dificultades económicas que impone la crisis financiera han puesto en entredicho su accesibilidad y eficacia. Para remediar esta situación, la UE trata de desarrollar nuevas maneras de suministrar niveles elevados de protección social con un menor coste, haciendo especial hincapié en la activación de los jóvenes y los mayores. La estrategia de la UE «Europa 2020» en favor de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador lanzada en 2010 recoge como objetivos la creación de empleo y la reducción de la pobreza y de la exclusión social. Al apoyar la protección social, la cooperación al desarrollo de la UE trata de mejorar la equidad y la eficiencia de la prestación, al tiempo que fomenta la integración social y la cohesión, pilares fundamentales del crecimiento integrador y sostenible y de la reducción de la pobreza. Estos objetivos encuentran su origen natural en los valores fundamentales de la UE.

*(3 de septiembre de 2012)*

## EL PARLAMENTO EUROPEO REFUERZA LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

El Pleno del Parlamento Europeo ha aprobado en primera lectura la propuesta de Directiva sobre derechos de las víctimas de delitos que, si lo ratifica así el Consejo, tendrán una serie de derechos básicos y recibirán atención personalizada. La nueva norma pondría a disposición de las víctimas el acceso a servicios gratuitos de apoyo. Cuando una persona es víctima de un delito en el extranjero, las diferencias culturales, lingüísticas y jurídicas plantean a menudo problemas. La legislación en trámite busca garantizar que, independientemente de la naturaleza del delito o de dónde ocurra, todas las víctimas dispongan de una serie de derechos básicos, serán tratadas con respeto y tendrán acceso a servicios de apoyo, justicia y compensación por los daños sufridos. La nueva normativa obligará a los Estados miembros a garantizar a las víctimas y a sus familiares acceso gratuito y confidencial a una serie

de servicios de apoyo desde el momento en que notifican el delito y durante todo el proceso y establece la necesidad de formar a los profesionales implicados, incluidos los abogados. La directiva tendrá que ser aprobada formalmente por el Consejo. Entonces, los Estados miembros tendrán un plazo de 3 años para transponerla a sus legislaciones nacionales, salvo Dinamarca, debido a su cláusula de «opt-out» permanente en asuntos de Justicia e Interior. Se estima que 75 millones de personas son víctimas de delitos cada año en la UE.

*(17 de septiembre de 2012)*

### DÍA DE LA COOPERACIÓN EUROPEA

La Unión Europea celebra el 21 de septiembre el Día de la Cooperación Europea con el objetivo de celebrar los logros de las regiones y los países europeos que trabajan juntos por encima de las fronteras. Este es el trasfondo del Día de la Cooperación Europea, que se celebrará por primera vez el mismo día en toda Europa: en los Estados miembros de la UE y en los países vecinos. Se insta a las regiones y ciudades de los Estados miembros de la UE a trabajar juntos y a aprender unos de otros compartiendo programas, proyectos y redes. Los ciudadanos que viven fuera de las fronteras exteriores de la UE se están beneficiando también de una política cuyo objetivo es ayudar a afrontar los problemas de las regiones fronterizas promoviendo redes y una acción común más eficaces.

*(17 de septiembre de 2012)*

### PASO ADELANTE PARA EL NUEVO SISTEMA EUROPEO COMÚN DE ASILO

La Comisaria de Asuntos de Interior, Cecilia Malmström, ha dado la bienvenida al voto favorable emitido por el Comité de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo sobre la nueva legislación europea de asilo. Esta nueva normativa permitirá una mejora en las condiciones de recepción para los buscadores de asilo en la UE, así como normas más claras respecto al acceso al mercado laboral, apoyo psicológico o médico. El texto se remite ahora al Consejo de la UE, que deberá dar su visto bueno, antes de que el Parlamento Europeo lo adopte de manera definitiva. Desde ese momento, los Estados miembros dispondrán de dos años para transponer la normativa a sus respectivas legislaciones nacionales.

*(24 de septiembre de 2012)*

### LA UE DEBE ESFORZARSE MÁS POR PROTEGER A LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

La Comisión Europea ha presentado al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE el informe intermedio sobre el Plan de acción de la Unión sobre los menores no acompañados. A lo largo de los últimos dos años la Comisión ha prestado especial atención a garantizar mayor coordinación y coherencia entre los diversos instrumentos legislativos, financieros y políticos relativos a los menores no acompañados. Las acciones llevadas a cabo han

contribuido a mejorar la recopilación de datos, la prevención de la inmigración insegura y de la trata de seres humanos, la protección de los menores una vez que han llegado a la UE y la búsqueda de soluciones duraderas. La Comisión seguirá concediendo prioridad a la financiación de proyectos que afecten a los menores no acompañados. Se anima a los Estados miembros y a las organizaciones internacionales y no gubernamentales a aprovechar plenamente los recursos financieros disponibles. Asimismo, la adopción del futuro instrumento financiero —el Fondo de Asilo y Migración— garantizará la financiación coherente de actividades para este grupo de migrantes. La llegada de menores no acompañados procedentes de terceros países no es un fenómeno temporal, sino una característica a largo plazo de los flujos migratorios a la UE. En 2011, hubo 12.225 solicitudes de asilo de menores no acompañados en la EU27, una cifra comparable a la de los años anteriores y que probablemente no cambiará en los próximos años. Un número global mucho mayor de menores no acompañados está entrando en Europa siguiendo canales irregulares de migración, como lo sugieren los cálculos facilitados por algunos Estados miembros.

*(1 de octubre de 2012)*

Revista de

# Derecho migratorio y extranjería

-----  
**ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS**  
-----



# I. LOS PROCEDIMIENTOS DE VALIDACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A LA APOSTILLA ELECTRÓNICA

MARIA FONT I MAS

*Profesora colaborador doctor de Derecho internacional privado  
Universitat Rovira i Virgili*

## RESUMEN

### **Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el Derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica**

En los procedimientos de autorizaciones de extranjería se solicita la aportación de documentos públicos extranjeros, respecto a los cuales se requiere su autenticidad extrínseca. De nuevo, la legislación de extranjería omite toda referencia al requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros para que surtan efectos ante las autoridades españolas. El proceso de legalización puede eximirse totalmente cuando un Tratado Internacional así lo prevea, o bien puede substituirse por el trámite de la apostilla en virtud del Convenio de La Haya de 1961 y, recientemente, a través de la apostilla electrónica, de la cual España es pionera. Por su parte, la Unión Europea ha iniciado los estudios para legislar, en aras del reconocimiento mutuo, normativa que permita la libre circulación de documentos públicos en el seno de la Unión facilitando los trámites administrativos a los ciudadanos europeos.

**Palabras clave:** Documentos públicos extranjeros, legalización, apostillas electrónicas, e-Registro, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

## ABSTRACT

### **Validation proceedings of foreign public documents in Immigration Law: E-apostille program**

The aim of this report is to analyse the way in which foreign public documents are legally considered in the proceedings of obtaining the authorization of residence in Spain. The problem is that the Spanish Immigration Legislation omits any reference to the requirement of legalisation formalities of these documents in order to achieve effects before the Spanish authorities. However, it does not mean that the legalisation is not demanded. In this sense and according to the international conventions, multilateral or bilateral, this formality could be exempt, or could be substitute by the Apostille (Convention of 5 October 1961). Moreover, there are some novelties in the field of Apostille and in the field of mutual recognition as a principle of the EU that affects foreign public documents. It is very interesting to emphasize the procedure of electronic Apostille because Spain is one of the Contracting States that has been chosen as a pioneering in implementing the e-Apostille.

**Key words:** Foreign Public Documents, Legalization, Electronic Apostille Pilot Programme (e-APP), e-Register, Hague Conference on International Private Law.

---

## SUMARIO

- I. LA APORTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN PÚBLICA EXTRANJERA EN LA TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN.

II. LA VALIDACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

1. **Tratados internacionales que eximen de legalización o equivalentes de los documentos extranjeros.**
2. **El Convenio de La Haya de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros.**

- A) La apostilla electrónica (e-apostille) y el registro electrónico de apostillas (e-register).
- B) La implementación del e-APP en España.

3. **La legalización diplomática o consular.**

III. LOS PROBLEMAS DE VALIDACIÓN QUE LOS DOCUMENTOS EMITIDOS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS ENCUENTRAN EN ESPAÑA.

IV. HACIA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA.

---

I. LA APORTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN PÚBLICA EXTRANJERA EN LA TRAMITACIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

La legislación básica de extranjería e inmigración española se compone básicamente por la Ley de extranjería y su Reglamento de desarrollo, en adelante LODYLE<sup>(1)</sup> y REDYLE<sup>(2)</sup> respectivamente, y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero sobre libre circulación de ciudadanos de la Unión<sup>(3)</sup>, regulan los procedimientos de pluralidad de autorizaciones que pueden solicitar los extranjeros, como son las de residencia temporal, de larga duración, de estancia por estudios, de reagrupación familiar o la residencia de familiar de ciudadano de la Unión, entre otras. En las normativas de extranjería se prevén los requisitos y el procedimiento que deben seguir los solicitantes así como se desarrolla la tramitación y el resultado de concesión o denegación que efectúan las administraciones públicas españolas. Tales trámites requieren de la aportación de documentación pública emitida por autoridades extranjeras que deben acompañar a las solicitudes<sup>(4)</sup>. Así, por ejemplo, la solicitud de

---

(1) Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y por la LO 2/2009, de 11 de septiembre (BOE núm. 299, 12-12-2011).

(2) 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 y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, 30-4-2011).

(3) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, 28-2-2007), modificado posteriormente por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre (BOE núm. 285, 26-11-2011) y el reciente RD 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, 24-4-2012), que introduce una Disposición final quinta que modifica el RD 240/2007.

(4) Nótese que la extranjería del documento público viene determinada por la nacionalidad de la autoridad que interviene en su otorgamiento y que actúa preceptivamente, no por el lugar de otorgamiento. JIMÉNEZ BLANCO, P., «La eficacia de los documentos públicos extranjeros», *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 364-365.

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

autorización de residencia temporal debe acompañarse de la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, como son el certificado de antecedentes penales o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; o los documentos que acrediten que el solicitante cuenta con medios económicos suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia (art. 46, 47, 48 REDYLE). Otro ejemplo, en relación a los familiares de titulares de una autorización de estancia por estudios, requiere aportar documentos que acrediten el vínculo familiar o de parentesco entre ambos (art. 41.2.3 REDYLE). Del mismo modo, en la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, en la que debe aportarse «copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica» [art. 56.3.b) REDYLE]. Y, para el caso de que el reagrupante hubiese estado casado, debe acreditarse la disolución del anterior matrimonio tras un procedimiento jurídico (art. 53 REDYLE). También, en este mismo contexto de la reagrupación cobra especial dificultad acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal —léase unión de pareja— que, junto la acreditación registral<sup>(5)</sup>, es posible utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, aunque puntualiza «tendrán prevalencia los documentos emitidos por autoridad pública» [art. 53.b) REDYLE].

La Ley y el Reglamento de extranjería no describen, ni se remiten, al procedimiento imprescindible que debe cumplir todo documento público emanado de autoridad extranjera para que surta, como mínimo, la validez de autenticidad del documento. Las normas se limitan a exigir que los documentos acrediten el cumplimiento de los requisitos y, en el mejor de los casos, exige que la documentación aportada permita acreditar el requisito exigido, «por cualquier medio de prueba admitido en Derecho». Ahora bien, la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos es uno de los posibles motivos de denegación de la autorización solicitada (p.ej. art. 48.6 REDYLE), así como en el seno de los procedimientos de otorgamiento de visados, los encargados de las misiones diplomáticas o la oficina consular pueden denegar la concesión del visado cuando «llegaran al convencimiento de que no se acredita indubitadamente la identidad de las personas, la validez de los documentos, o la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado (...)» (Disposición adicional décima, 4, REDYLE)<sup>(6)</sup>. Sólo el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, cuando aborda los documentos que deberán acompañarse a la solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, indica que la documentación acreditativa del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada, tiene que estar «en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada» [art. 8.3.b) RD 240/2007].

Antes de descubrir cómo se colma el vacío de la normativa de extranjería es necesario precisar que los documentos públicos extranjeros para que puedan desprender distintos efectos en España tienen que cumplir con algún requisito o procedimiento. Los documentos públicos extranjeros pueden tener distintas funciones, como es la ejecutiva (como título

---

(5) Vid. MARÍN CONSARNAU, D., «Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 27, 2011, pp. 39-59.

(6) Vid. apartado 2.4.

ejecutivo), pueden ser utilizados como prueba en juicio, cumplir una función registral o ser requeridos en los trámites administrativos. Este último es el objeto del presente estudio. Los documentos públicos extranjeros que se aportan en los procedimientos de extranjería tienen que ser auténticos. Ahora bien, la autenticidad de un documento se subdivide en dos tipos de validez. La validez del *negotium* es el contenido, y la validez del *instrumentum* es la validez extrínseca de la autenticidad del documento. Para obtenerla se precisa el cumplimiento de determinadas condiciones. En los procedimientos de extranjería se requiere esta validez extrínseca de los documentos extranjeros, de modo que se pruebe la veracidad del documento en cuanto que ha sido autorizado por una autoridad pública y por ello los requisitos de su autenticación se fundamentan en la firma y en el timbre del documento<sup>(7)</sup>. Sin embargo, no debe confundirse esta autenticación extrínseca que acredita la autoridad interviniente y la calidad en la que esta actúa con la validez del contenido del documento, esto sería la función de servir de prueba de la existencia del acto jurídico recogido en el documento<sup>(8)</sup>. Es por ello que nos centraremos en la autenticidad del documento extranjero y no en la validez del documento como prueba en el curso de un procedimiento administrativo o en un proceso jurisdiccional (art. 80 Ley 30/1992) que acredita los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, siendo necesario remitirse a la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>(9)</sup>.

Retomando la normativa de extranjería ya hemos resaltado que esta sólo indica la necesidad de que la documentación aportada sea acreditativa de los requisitos exigidos en ella sin indicar cómo efectuar dicha acreditación, con la excepción referenciada del RD 240/2007. Ante el vacío de la normativa se ha recurrido al tradicional uso de las instrucciones y hojas informativas de la Secretaría general de inmigración y emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>(10)</sup>. En las hojas informativas de las distintas autorizaciones<sup>(11)</sup> se prevé, entre otras cuestiones, la documentación a aportar. Y, en todas ellas se añade una «nota importante» que indica que cuando los documentos que se aporten son de otros países será necesario traducirlos al castellano o lengua cooficial del territorio donde se presente la solicitud. Además añade que «todo documento público extranjero deberá ser

---

(7) Según el art. 46.5 Ley 30/1992, son documentos públicos administrativos, los que han sido válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas y los que éstas emitan como copias de originales almacenados por los mismos medios, siempre que queda garantizada su autenticidad, integridad y conservación, así como cumplan los requisitos exigidos por ésta ley u otras. CADENAS GARCÍA, M.ª I., «El procedimiento administrativo», en Sala Sánchez, P. et al. (dir.), *Las instituciones del Derecho administrativo en la Jurisprudencia*, t. II, Barcelona, Ed. Bosch, 2011, p. 1114.

(8) ÁLVAREZ RUBIO, J.J., «La validez en España de documentos elevados a público en el extranjero», en Castro, J.L. y Orueta Estibariz, G. (eds.), *Escritos de internacionalistas en homenaje al profesor Iñaki Aguirre Zabala*, UPV, Bilbao, 2007, p. 160; LÓPEZ MERINO, F., *El acto de certificación*, Madrid, La Ley, 2009, p. 481.

(9) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Navarra, Editorial Aranzadi, 2008, p. 209; CADENAS GARCÍA, M.ª I., «El procedimiento administrativo», en Sala Sánchez, P. et al. (dir.), *Las instituciones del Derecho administrativo en la Jurisprudencia*, t. II, Barcelona, Ed. Bosch, 2011, p. 1113.

(10) Web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: <<http://extranjeros.empleo.gob.es/InformacionInteres/InformacionProcedimientos/index.html>>. También informa el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), a través de su sede electrónica.

(11) Por ejemplo: hoja informativa núm. 12 sobre la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, junio de 2012; hoja informativa núm. 10 sobre la autorización inicial de residencia temporal no lucrativa, junio de 2012.

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

previamente legalizado por la Oficina consular de España con jurisdicción en el país en el que se ha expedido dicho documento y por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación salvo en el caso en que dicho documento haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor según el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 y salvo que dicho documento esté exento de legalización en virtud de Convenio Internacional».

Nos congratulamos de la nueva redacción de esta nota informativa (versión de junio de 2012), dado que el anterior texto era confuso e incorrecto<sup>(12)</sup>. Lo primero que llamaba la atención es que distinguía los documentos públicos comunitarios —entendemos que se refería a los emanados de autoridades de Estados miembros de la Unión Europea— de los expedidos por autoridades de países no miembros de la Unión. De la lectura se desprendía que los primeros se salvaban de legalizar o apostillar<sup>(13)</sup>, aunque deducimos que lo que se quería decir es que todos los Estados de la Unión Europea son parte del Convenio de La Haya de 1961, que suprime la exigencia de la legalización; ello no obsta, pues, que deban apostillarse los documentos presentados ante autoridad española —a no ser que sea de aplicación un convenio internacional que dispense de cualquier tipo de legalización o equivalente, cuestión que la nota no tenía en cuenta—.

Continuando con el análisis de la última versión de la nota de las hojas informativas, ésta añade que para obtener más información al respecto se dispone de otra hoja informativa específica sobre «Legalización y traducción de documentos para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración»<sup>(14)</sup>. En esta se indican los requisitos necesarios para que sea válida la documentación expedida por autoridades públicas extranjeras que se aportan ante las autoridades españolas competentes para valorar la concesión o denegación de una autorización de residencia, de residencia y trabajo, o de estancia. Expone sucintamente el trámite de legalización por vía diplomática; señala los Estados contratantes del Convenio de La Haya de la apostilla; determina la exigencia de traducción de los documentos siendo necesario que se realice, según la hoja informativa, por intérprete jurado autorizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) y que las traducciones hechas o revisadas por misiones diplomáticas deberán estar posteriormente legalizadas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Dichas exigencias deberían encontrar su base jurídica en la normativa que señala como aplicable: la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la eliminación del requisito de la legalización de documentos públicos extranjeros; el art. 36 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>(15)</sup> y

---

(12) «... el documento público extranjero *no comunitario* deberá ser previamente legalizado por la Oficina consular de España con jurisdicción en el país en el que se ha expedido dicho documento y por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación salvo en el caso en que dicho documento haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor según el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961». La cursiva es nuestra.

(13) No existe ninguna normativa europea general en este sentido, pero sí particular. Por ejemplo, los reglamentos europeos de reconocimiento y ejecución de resoluciones prevén la no exigencia de legalización ni formalidad análoga respecto los documentos que se aportan en la solicitud de otorgamiento de la ejecución (art. 56 R. 44/2001, art. 52 R. 2201/2003; art. 65 R. 4/2009). En el último apartado se presentarán las novedades que el legislador europeo tiene al respecto.

(14) Actualmente es la hoja informativa 108, de septiembre de 2011.

(15) La disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1992 dispone su supletoriedad respecto de la Ley de extranjería.

la Instrucción DGI/SGRJ/06/2008, sobre aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración. La instrucción de 2008, aún en aplicación<sup>(16)</sup>, también referencia como fundamento de la traducción de los documentos al castellano o lengua cooficial el art. 36 de la Ley 30/1992, sin añadir la necesidad de que sea traducción jurada, como sí prevé la hoja informativa. Si acudimos a dicho artículo comprobamos que efectivamente requiere que sea el castellano la lengua utilizada en los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado, y que en las tramitaciones en territorio de una Comunidad Autónoma pueda utilizarse también la lengua que sea cooficial en ella. De su lectura se deduce que los documentos que se aporten en un procedimiento de extranjería tendrán que estar necesariamente en castellano o lengua cooficial, pero no añade ninguna particularidad de cómo tienen que ser traducidos los documentos que se aporten en el caso de estar en lengua extranjera. La exigencia de traducción oficial tampoco se encuentra prevista en otra área del Derecho, nos referimos a la civil, en concreto a la Ley de Enjuiciamiento civil, que también prevé la obligación de que la documentación redactada en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de que se trate: «se acompañará de traducción del mismo» (art. 144 LEC). En esta norma se exige la traducción oficial sólo cuando una de las partes impugne la traducción privada. Debemos deducir que la exigencia de la traducción oficial de los documentos que se presenten en procedimientos de extranjería responde a la voluntad ministerial de garantizar una traducción fiel y exacta del documento extranjero<sup>(17)</sup>.

La necesidad de legalización de los documentos públicos extranjeros no se plasma en la normativa administrativa aunque sí en otros sectores del Derecho, como en la legislación procesal civil. Ante el silencio de la legislación administrativa, según la doctrina española se aplica a las causas administrativas la Ley 1/2000, del 7 de enero, en Enjuiciamiento Civil<sup>(18)</sup>. El requisito de la legalización está referenciado en el art. 323.2.I y II LEC<sup>(19)</sup>, aunque no explica cómo debe realizarse. También se prevé el requisito de la legalización de los documentos públicos extranjeros en la legislación registral civil, en concreto respecto a las certificaciones registrales civiles expedidas por funcionario extranjero que deban surgir efecto en España, por ejemplo, en los procedimientos de adquisición de la nacionalidad española. Respecto a esta documentación registral, el Encargado del registro controla la autenticidad del documento, esto es, la legalización por el Cónsul español del lugar en que se expidan o por el Cónsul del país en España (art. 90 RRC) cuando no haya tratado internacional que exima de ello (art. 88 RRC). Ahora bien, el Reglamento del Registro civil (art.

---

(16) Instrucción de 25/9/2008, de la Secretaría de Estado de inmigración y emigración, del entonces Ministerio de trabajo e inmigración, aún es de aplicación según la Instrucción DGI/SGRJ/2/2011 sobre la vigencia de instrucciones de la Dirección General de la Inmigración, tras la entrada en vigor del RD 557/2011, de 20 de abril.

(17) *Vid.* sede electrónica del MAEC.

(18) BORRÁS, A., «Legalización de documentos públicos en los estados miembros de la Unión europea», en Fugardo Estivill, J.M.<sup>a</sup> (coord.), *Extranjería: función notarial y derecho documental (II)*, Madrid, La Notaría-Marcial Pons, 2009, p. 82. Véase también la práctica judicial española en el apartado II.4 del presente estudio.

(19) Artículo 323 LEC: «Documentos públicos extranjeros. (...) 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. Que el documento contenga la *legalización* o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (...)». La cursiva es nuestra.

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

89 RRC) prevé la posibilidad que el Encargado del Registro no exija legalización cuando le conste directamente la autenticidad de los documentos públicos extranjeros o los reciba por vía oficial o diligencia bastante<sup>(20)</sup>. El mismo Reglamento exige la traducción de la documentación cuando no esté en castellano o ninguna de las demás lenguas oficiales en las respectivas Comunidades Autonómicas, aunque no será necesaria si al Encargado le conste su contenido (art. 86 RRC), que requieran, a falta de tratado aplicable, la legalización de los documentos expedidos por funcionario extranjero (art. 88 RRC)<sup>(21)</sup>.

## II. LA VALIDACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

Como se ha indicado, los documentos públicos extranjeros presentados ante autoridad española en los procedimientos de extranjería requieren cumplir con los requisitos de autenticidad extrínseca, una vez más, que se acredite la autoridad interviniente y en la calidad en la que esta actúa. En determinados supuestos no es necesario que el documento extranjero cumpla con ningún tipo de procedimiento o requisito cuando exista un convenio internacional en el que España sea parte y en el que se permita la aceptación de los documentos emitidos por la autoridad de un Estado contratante por parte de las autoridades de otro Estado contratante y viceversa. En el caso de que no exista un convenio internacional, el documento público extranjero tendrá que seguir el tradicional proceso de autenticación que se denomina legalización consular o diplomática. A su vez, este proceso de legalización se elimina cuando sea de aplicación el Convenio de La Haya de 1961 entre los Estados contratantes, pero exige el trámite de la apostilla que acompaña el documento. Pasamos a ver en detalle cada una de las posibilidades.

### 1. Tratados internacionales que eximen de legalización o equivalentes de los documentos extranjeros

Existe la posibilidad que los Estados elaboren y ratifiquen tratados internacionales que facultan a sus autoridades a aceptar los documentos emitidos por las autoridades de los otros Estados contratantes sin requerir procedimiento o requisito alguno. A continuación pasamos a enumerar los tratados en que España es Estado parte, en primer lugar los tratados multilaterales y seguidamente los bilaterales:

- *Convenio núm. 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil de 8 de septiembre de 1976, sobre expedición de certificaciones plurilingües de las Actas del Registro Civil (Convenio de Viena)*<sup>(22)</sup>. El convenio, que es de aplicación en una veintena de

---

(20) Interesante el Dictamen del Abogado del Estado de 9 de septiembre de 2005 (JUR/2007/351439) que, por un lado, recuerda cómo las normas del Registro civil regulan la forma de acreditación del matrimonio para su inscripción y, por otro lado, argumenta cómo se acreditará el matrimonio en el seno del procedimiento de la tarjeta de familiar del residente comunitario mediante inscripción en el RC, o cuando no precise inscripción.

(21) La nueva Ley 20/2011 del Registro civil, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, regula de igual forma la exención de legalización (art. 95.2) y de traducción (art. 95.1), posibilidad que es criticada por poder «abrir una peligrosa puerta hacia un espacio donde la buena fe de los Encargados puede ser sorprendida». ESPINAR VICENTE, J.M.ª, «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», *La Ley*, núm. 7771, 2012, p. 10.

(22) En vigor en España a partir de 30-7-1983 (BOE núm. 200, 22-8-1983). El texto del Convenio se acompaña de los modelos de certificados plurilingües.

países<sup>(23)</sup>, prevé unos modelos plurilingües de actas del Registro Civil que las autoridades de los Estados contratantes expedirán a petición de las personas interesadas y legitimadas para obtener tales certificaciones. El objeto son las certificaciones de actas de nacimiento, matrimonio o defunción. El texto normativo detalla cómo se deberán cumplimentar tales certificaciones que necesariamente estarán fechadas, firmadas y selladas por la autoridad expedidora. Estos certificados contarán con el mismo valor que si se hubiesen emitido conforme al Derecho interno, y «serán aceptadas sin legalización ni formalidades equivalentes en el territorio de cada uno de los Estados vinculados por el presente Convenio».

- *Convenio núm. 17 de la Comisión Internacional del Estado civil de 15 de septiembre de 1977, sobre dispensa de legalización de documentos (Convenio de Atenas)*<sup>(24)</sup>. Son nueve los Estados parte del Convenio hasta la fecha<sup>(25)</sup>, y su ámbito material recae en los documentos relativos al estado civil, a la capacidad o a la situación familiar de las personas físicas, a su nacionalidad, domicilio o residencia, asimismo, cualquier otro documento que haya sido extendido para la celebración del matrimonio o para la formalización de un acto del estado civil. Los Estados contratantes mediante dicho convenio se obligan a aceptar sin legalización o formalidad equivalente los documentos citados previamente que provengan de autoridades de los otros Estados contratantes, siempre y cuando estén fechados, firmados y, en su caso, sellados. En este Convenio no se prevén documentos modelos, de modo que el documento es el original, por ello, introduce la posibilidad de solicitar una comprobación en caso de duda grave, relativa a la autenticidad de la firma, sello o la competencia del firmante. Para dicha petición sí se prevé un modelo plurilingüe.

Los dos convenios de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), el núm. 16 (Convenio de Viena) y el núm. 17 (Convenio de Atenas), facilitan el reconocimiento de documentos que acreditan el nacimiento, matrimonio, defunción o el estado civil entre los Estados contratantes. A pesar de las valoraciones positivas generales de su buen funcionamiento, se detectaron fraudes en su aplicación, situación que conllevó a la CIEC a adoptar la *Recomendación (núm. 9) relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil por la Asamblea General de dicho Organismo Internacional*, en Estrasburgo el 17 de marzo de 2005. En España se recogió la recomendación en la *Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil*<sup>(26)</sup>.

---

(23) Pueden consultarse los Estados contratantes en la web de la CIEC (Comisión Internacional del Estado Civil): <[www.ciec1.org](http://www.ciec1.org)>. En julio de 2012: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Suiza, Turquía, Eslovenia, Croacia, ex república yugoslava de Macedonia, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Polonia, Montenegro, Moldavia, Lituania y Estonia.

(24) En vigor en España a partir de 1-5-1981 (BOE núm. 112, de 11-5-1981).

(25) Pueden consultarse los Estados contratantes en la web de la CIEC (Comisión Internacional del Estado Civil): <[www.ciec1.org](http://www.ciec1.org)>. En julio de 2012: Austria, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Turquía y Polonia.

(26) BOE núm. 97, 24-4-2006. La instrucción recuerda que para determinar la eficacia de un documento extranjero en España deben analizarse la concurrencia de dos tipos de requisitos, de forma y fondo, y analiza dichos requisitos en atención a las certificaciones que deben inscribirse en el Registro civil español. A continuación reproduce la Recomendación núm. 9 de la CIEC, que describe los indicios que los Encargados de los Registros civiles pueden utilizar para

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

- *Convenio núm. 63 del Consejo de Europa de 7 de junio de 1968, relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los Agentes Diplomáticos y Consulares (Convenio de Londres)*<sup>(27)</sup>. Cuenta con una veintena de Estados parte<sup>(28)</sup> que, en base al principio de la confianza recíproca, convienen dispensar de la obligación de legalizar los documentos expedidos por los Agentes diplomáticos o consulares de una parte contratante que ejerzan sus funciones en el territorio de cualquier Estado y que deban presentarse en el territorio de otra parte contratante, o bien cuando deban presentarse ante los Agentes diplomáticos o consulares de otra parte contratante que ejerzan sus funciones en el territorio de un Estado que no sea parte del Convenio. Añade que también se aplicará a las declaraciones oficiales, tales como menciones de registro, visados de fecha cierta y certificaciones de firma, extendidos por los Agentes diplomáticos o consulares en documentos que no sean aquellos referidos anteriormente. Así pues, los documentos diplomáticos o consulares de los Estados contratantes no necesitarán de legalización cuando deban presentarse en España en un proceso de extranjería.
- *Canje de notas constitutivo de Acuerdo entre el Gobierno de España y el de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas hecho en Madrid el 24 de febrero de 1984 sobre supresión de legalización y expedición de Certificados de Registro Civil*<sup>(29)</sup>. El gobierno de la actual Rusia y el español aceptaron esta nota, de modo que las certificaciones del registro civil de cada uno de ambos Estados serán admitidas por el otro sin necesidad de legalización. Dichas certificaciones serán emitidas según el derecho de cada país, y en ellas figurará la fecha de expedición, el sello y la firma del oficial competente del Registro civil. Serán gratuitas y sin traducción. Si fuera necesario podrá instarse la comprobación de la autenticidad por vía diplomática.

Existen otros tratados bilaterales en los que España es parte; algunos sólo prevén la no necesidad de legalización de documentos cuando sean transmitidos en actos de cooperación judicial internacional, o bien respecto a determinados documentos. Por ejemplo, el *Convenio Bilateral de Cooperación Judicial en Materia Civil, Mercantil y Administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de 1997*<sup>(30)</sup>. Sólo están exentos de legalización los documentos que se presenten en el ámbito de los procedimientos judiciales de los Estados parte y respecto las materias civiles, mercantiles y administrativas no excluidas. O, también, el *Canje de Notas entre el Reino de España y la República de Italia sobre reconocimiento recíproco de títulos de los estudios de Enseñanza Media, Superior y Universitaria, hecho en Roma el 14 de julio de 1999*<sup>(31)</sup>.

---

detectar los documentos defectuosos, erróneos o fraudulentos con el fin de impedir su utilización abusiva o indebida (p.ej. que el acta se elabore exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere; la existencia de contradicciones entre los datos del documento presentado).

(27) En vigor en España a partir de 11-11-1982 (BOE núm. 206, 28-8-1982).

(28) Pueden consultarse los Estados contratantes en la web del Consejo de Europa: <www.coe.int>. En julio de 2012: Austria, Chipre, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Rumania.

(29) En vigor en España a partir de 6-4-1985 (BOE núm. 93, de 18-4-1985). No aplicable a Georgia, Estonia, Kirguistán, Letonia y Lituania.

(30) En vigor en España a partir de 30-5-1997 (BOE núm. 151, de 25-6-1997).

(31) En vigor en España a partir de 14-7-1999 (BOE núm. 277, de 18-11-2000).

Estos convenios que suprimen toda exigencia de legalización tienen limitado su ámbito de aplicación territorial a los Estados parte, por ello su utilización está limitada en el espacio. Además, son países que tradicionalmente en los últimos lustros no son origen de inmigrantes, aunque actualmente la tendencia puede cambiar en alguno de ellos. Sin embargo, dichos convenios se vienen utilizando por parte de ciudadanos de terceros países residentes o que se hallan en Estados firmantes de los convenios<sup>(32)</sup> y que solicitan, por ejemplo, actas de celebración de matrimonio, de estado civil o de nacimiento, que surtirán efecto sin legalización alguna en los Estados parte de recepción.

## 2. El Convenio de La Haya de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros

De especial y relevante interés es el conocido Convenio de la Apostilla, por varias razones: cuenta con una larga experiencia de cincuenta años de aplicación<sup>(33)</sup>, con un elevado número de Estados parte (102)<sup>(34)</sup> y su funcionalidad práctica ha sido contrastada (más de 10 millones de apostillas emitidas cada año)<sup>(35)</sup>. La razón de su notoriedad radica en la eliminación de la exigencia de la legalización de los documentos públicos a través de regular una única exigencia formal para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido. Esta exigencia es la fijación de la apostilla expedida por la autoridad competente del Estado del que dimane el documento (art. 4 Convenio). Ciertamente no elimina la necesidad de articular proceso alguno como sucede en los Tratados presentados en el anterior apartado, pero la apostilla supone un avance importante en la agilidad para acreditar la autenticidad del documento frente al proceso de legalización diplomática o consular.

En aplicación del Convenio de la Apostilla los documentos públicos autorizados en el territorio de un Estado contratante que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, por ejemplo, en un proceso de extranjería para acreditar la falta de antecedentes penales o la vinculación familiar (certificado de nacimiento, matrimonial, etc.) no necesitarán estar legalizados<sup>(36)</sup>. Pero sí tendrán que cumplir con el trámite de la apostilla, que

---

(32) A título de ejemplo, es por todos conocida la legislación española que prevé que en el Registro civil deben inscribirse no sólo los hechos que afectan a los españoles, sino también «los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros» (art. 15 LRC).

(33) Vid. BORRÁS, A., «Commemoración del 50 aniversario del Convenio Apostilla (París, 4-5 de octubre de 2011)», *REDI*, (1), 2012, 252-254.

(34) Pueden consultarse los Estados contratantes en la web de la Conferencia de La Haya: <www.hcch.net>. En vigor en España en fecha 26-9-1978 (BOE núm. 229, 25-9-1978).

(35) BERNASCONI, Ch., «Le “programme pilote d’Apostilles électroniques” (e-APP) – pourquoi et comment? Bilan et perspectives de la Convention Apostille et réflexion sur son orientation future», París, 5-10-2011, p. 3, <www.hcch.net>. Asimismo ver: Comisión Especial de la Conferencia de La Haya, «Conclusiones y recomendaciones adoptadas por la comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los convenios de La Haya sobre la apostilla, la obtención de pruebas, notificación y acceso a la justicia», febrero de 2009. En las conclusiones se confirma la utilización amplia y eficaz del Convenio, así como la falta de obstáculos prácticos significativos.

(36) Según el art. 1 del Convenio de La Haya de la apostilla, se considerarán como documentos públicos: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

será emitida por las autoridades del Estado emisor del documento que hayan establecido como competentes, a petición del signatario o de cualquier portador del documento.

El Convenio se acompaña de un modelo de apostilla, que es un timbre o sello que se añade al documento y que cumple con unos determinados requisitos de forma, encabezada del título «Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)», siempre en francés, aunque podrá ser redactada en la lengua oficial de la autoridad que la expida. La apostilla certifica que las firmas que constan en el documento son auténticas y que los firmantes son autoridades públicas, de modo que acredita el carácter auténtico del documento público extranjero.

Cada Estado tiene la obligación de llevar un registro o fichero en el que se anotan las apostillas, numeradas y fechadas, así como el nombre del signatario y la calidad en la que haya actuado<sup>(37)</sup>. Tal y como se ha indicado, cada Estado contratante designa las autoridades competentes para expedir las apostillas. Estas autoridades pueden consultarse fácilmente en el portal electrónico de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado<sup>(38)</sup>. En relación a las autoridades españolas cabe destacar que recientemente se ha derogado el Real Decreto que preveía dichas autoridades, aprobándose un nuevo Real Decreto, y ello ha sido, como se detallará en el apartado siguiente, debido a la necesidad de adecuar las autoridades competentes en la emisión de las apostillas electrónicas<sup>(39)</sup>.

### A) *La apostilla electrónica (e-apostille) y el registro electrónico de apostillas (e-register)*

Un avance importante en relación a la acreditación de los documentos públicos en un proceso de extranjería radica, sin lugar a dudas, en la puesta en funcionamiento de la apostilla

---

provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. Sin embargo, el presente Convenio no se aplicará: a) a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares; b) a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

(37) Como indica la *Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil* en relación a la obligación de llevar un Registro o inventario de las apostillas autorizadas por las autoridades del Estado, ello comporta la «garantía de autenticidad del documento», de modo que cualquier interesado tiene atribuida la posibilidad de recabar de la autoridad que haya expedido la apostilla comprobación de la concordancia entre la apostilla extendida y las anotaciones del Registro o fichero de apostillas que ha de llevar la propia autoridad. Dicha obligación y posibilidad de comprobación ha sido en la práctica poco utilizado por las dificultades prácticas de recabar dicha información (lentitud en la tramitación, ficheros en papel, etc.). Este es el fundamento de los registros electrónicos de apostillas que se describen en el siguiente apartado y del proyecto piloto de las apostillas electrónicas en general. Tal y como señala el Secretario general adjunto de la Conferencia de La Haya, existía una inquietud subyacente sobre el origen no siempre suficientemente verificado de la emisión de apostillas, una preocupación porque las apostillas venían grapadas y una estupefacción cuando tenía que verificarse una apostilla en nuestros registros «¿qué registros?» (la traducción es nuestra). Bernasconi, Ch., «Le 'programme pilote d' Apostilles électroniques' (e-APP) – pourquoi et comment? Bilan et perspectives de la Convention Apostille et réflexion sur son orientation future», París, 5-10-2011, p. 6, <www.hech.net>.

(38) La web de la Conferencia de La Haya cuenta con una sección sobre «la apostilla» en la que incluye un apartado sobre «Autoridades competentes» en el que figuran las autoridades emisoras de la apostilla de los Estados parte, dirección, lenguas de comunicación y, en su caso, la tasa que debe abonarse por su emisión.

(39) La oficina principal de legalizaciones en España, aunque son varias las autoridades competentes para emitir apostillas, es la Oficina Mayor-Legalizaciones del Ministerio de Justicia, en la Plaza de Benavente núm. 3 de Madrid.

y registro electrónico. A pesar del éxito del Convenio de la Apostilla, era el momento de avanzar un poco más y adaptar la apostilla a las facilidades de emisión y registro que podían aportar las nuevas tecnologías (Tecnologías de la Información y de la Comunicación, TIC). La Comisión especial de la Conferencia de La Haya señaló en el 2003 que «el espíritu y la letra del Convenio [de la Apostilla] no constituye un obstáculo a la utilización de las tecnologías modernas y que su aplicación y funcionamiento pueden ser mejoradas por la utilización de dichas técnicas», ya que el Convenio es neutro en cuanto a los medios (art. 4, 5)<sup>(40)</sup>. Con tal fundamento, en abril de 2006 la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Asociación Nacional de Notarios de los EUA iniciaron el proyecto de la apostilla electrónica (*e-APP*, *Electronic Apostille Pilot Program*)<sup>(41)</sup>.

La finalidad básica del proyecto es simplificar y agilizar el tráfico jurídico internacional de documentos garantizando la seguridad, y para ello se implementan modelos de software operativos, de bajo coste, que aumentan la seguridad del registro. En definitiva, el objetivo de la implantación de este proyecto «pretende incrementar las garantías ligadas a las apostillas y permitir un control exhaustivo de todas las apostillas emitidas a través del Registro electrónico de apostillas, contribuyendo así a reforzar la seguridad en la circulación internacional de documentos públicos, a la par que se mejora la calidad del servicio prestado al ciudadano con una respuesta más ágil, más segura y más accesible»<sup>(42)</sup>. En cuatro años el proyecto tendría que substituir la firma ológrafa o sello manual por la firma electrónica y reemplazar los ficheros de papel en registros centralizados vía web<sup>(43)</sup>. En definitiva, el proyecto tiene dos objetivos: la emisión de apostillas en formato electrónico con certificado digital (e-Apostillas) y la creación de registros electrónicos operativos a los que se pueda acceder en línea con el fin de verificar el origen de las apostillas (*e-Registers*)<sup>(44)</sup>.

La ventaja más destacable del *e-APP* es la garantía de seguridad que ofrece. Por un lado, el uso digital de los certificados de las e-apostillas proporciona certeza del origen, además del hecho de que la apostilla está inserida en el propio documento y no adjunta con una grapa o similar, lo que implica seguridad dada la dificultad de manipulación que implica su inserción digital en el documento<sup>(45)</sup>. Recordemos que la apostilla no afecta a

---

(40) La traducción es nuestra. BERNASCONI, Ch., «Le “programme pilote d’Apostilles électroniques” (e-APP) – pourquoi et comment? Bilan et perspectives de la Convention Apostille et réflexion sur son orientation future», París, 5-10-2011, p. 8, <www.hcch.net>.

(41) Para el estudio se ha utilizado *varia* documentación, en especial el Informe de Modernización Judicial en España del Ministerio de Justicia «La apostilla electrónica», NIPO: 051-11-071-X (en adelante, Informe Apostilla del Ministerio de Justicia). Véase este informe, así como la documentación de las reuniones y conclusiones de los foros internacionales y regionales del *e-APP* (Madrid, Helsinki, Praga, París y Turquía) en la web de la Conferencia de La Haya y en la web del programa piloto de la apostilla: <www.e-app.info>.

(42) Informe Apostilla del Ministerio de Justicia, p. 8.

(43) PARRA GARCÍA, J.L., «El tráfico internacional de documentos públicos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y las oportunidades que abre el programa E-APP», *La Ley, Práctica de tribunales*, núm. 87, 2011, p. 32.

(44) BERNASCONI, Ch. «The Electronic Apostille Program (e-APP). Intriduction and Update», *7<sup>th</sup> International Forum on the e-APP*, Turquía, 14.6.2012, p. 16 <www.hcch.net>.

(45) BERNASCONI señala resumidamente las ventajas: en una administración electrónica la solicitud de apostilla de un documento puede realizarse *online* y, posteriormente el requirente recibirla vía *e-mail*, se eliminan trámites burocráticos lentos; el sistema de expedición de las apostillas pueden ser integrados en una base de datos de firmas

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

la validez sustancial del documento o a su completa falsificación, esto es del documento y de la apostilla, sino que verifica el origen de la autoridad emisora. Los Estados parte están obligados a aceptar las apostillas legalmente emitidas sin que pueda requerirse ningún complemento adicional<sup>(46)</sup>. Si existe duda de autenticidad, el Convenio de la Apostilla prevé la posibilidad de que cualquier interesado inste a la autoridad expedidora la comprobación de la veracidad de la apostilla (art. 7 *in fine*), pero ello, hasta la fecha, no resultaba operativo en la práctica<sup>(47)</sup>. Sin lugar a dudas el e-Registro significa el avance definitivo que garantiza la verificación del origen de las apostillas, sean en papel o electrónicas, mediante una mera consulta *online*. Efectivamente, cuando una autoridad o cualquier interesado reciba un documento apostillado podrá acceder al portal de apostillas del país de origen que la otorgó y comprobar en línea, introduciendo el Código Seguro de Verificación (CSV) —que tendría que tener incorporado tanto una tradicional apostilla en papel como una electrónica—, así como de algún otro dato (como la fecha), y poder comprobar si dicha apostilla consta en el registro o no, esto es, si existe o bien es una falsificación<sup>(48)</sup>. En algunas webs sólo se verifica de su existencia (p.ej. en el portal del ministerio de asuntos exteriores y relaciones institucionales de Andorra), mientras que otras reproducen la apostilla (p.ej. el portal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Perú).

Tal y como se ha indicado el e-APP consta de dos objetivos, e-Apostillas y e-Registros, que pueden ser implementados independientemente uno del otro, hecho que facilita su avance a distintas velocidades según las posibilidades de los Estados contratantes. La emisión de apostillas electrónicas depende del proceso de implantación de la administración electrónica disponible en el país, pero ello no obsta que pueda crearse el Registro electrónico donde pueden inscribirse tanto las apostillas tradicionales en papel y las apostillas electrónicas. De hecho, aunque no se avance a la misma velocidad, el e-Registro es la garantía de la E-apostilla. Es por ello que actualmente cuentan con e-Registro poco más de una docena de países, mientras que son muchos menos los que ya emiten e-Apostillas<sup>(49)</sup>.

---

electrónicas, de manera que el origen del documento puede verificarse con un «click»; centralización del Registro electrónico y fácil acceso; su implementación no es excesivamente costosa y su uso es fácil, además, promueve la reducción de uso de papel. BERNASCONI, Ch. «The Electronic Apostille Program (e-APP). Introduction and Update», 7<sup>th</sup> *International Forum on the e-APP*, Turquía, 14-6-2012, pp. 19-20, <www.hcch.net>.

(46) Recientemente, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha emitido una nota informativa al respecto, dado que las autoridades de algún país han exigido cartas de confirmación de las autoridades emisoras de apostillas. *Vid. Issuing and accepting apostilles. Information note issued by the Permanent Bureau, July 2011, <www.hcch.net>*.

(47) Si una autoridad o un juez de un Estado parte desea verificar el origen de una apostilla puede contactar con la autoridad competente de origen de la apostilla. Para conocer dicha autoridad la sección de la apostilla de la Conferencia de La Haya proporciona la lista de las autoridades competentes. (*Vid.* nota 37).

(48) Desde la Conferencia de La Haya se insiste en que estas páginas web tengan todas las garantías de seguridad electrónicas posibles, como el *SSL certificate*, que no utilizan todos los Estados parte que ya cuentan con e-registro. Esta situación permite el acceso a personas que no tienen en posesión un documento apostillado, es lo que denominan «fishing expeditions», posibilidad que tendría que evitarse. En este sentido se proponen soluciones (p.ej. que las apostillas no tengan números consecutivos; exigir el código y la fecha para acceder a la consulta).

(49) En fecha de julio de 2012, cuentan con e-Registro: Andorra, Bélgica, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, España, EUA (California, Carolina del Norte, Colorado, Rhode Island, Texas, Virginia Occidental, Washington), Georgia, México, Nueva Zelanda, Perú, República Dominicana, República Moldava, Federación Rusa. Los Estados que han implementado la e-Apostilla: Colombia, España, Kansas, Nueva Zelanda. Información actualizada en la web de la Conferencia de La Haya: <www.hcch.net> y del e-APP: <www.e-app.info>. De especial interés resultan también las

B) *La implementación del e-APP en España*

España ha sido el primer Estado parte del Convenio de la Apostilla en disponer de un sistema completo de emisión de e-Apostillas, contando con un e-Registro operativo para registrar datos de múltiples jurisdicciones internas<sup>(50)</sup>. La prueba piloto española se ha desarrollado a través del Ministerio de Justicia español, en el marco del *Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012*<sup>(51)</sup>, por iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya y con el apoyo y la financiación de la Comisión Europea a través del programa «Justicia Civil» en el que también han participado los Ministerios de Justicia finés, francés y checo. El primer hito llegó con la emisión de la primera apostilla electrónica en 2008 por la Secretaría de Gobierno del Tribunal de Justicia de Murcia y cuenta con el primer *e-register* centralizado de todas las apostillas emitidas en diferentes jurisdicciones nacionales<sup>(52)</sup>. La práctica española tiene que servir de modelo para los restantes Estados y por ello, el Ministerio de Justicia difunde los resultados obtenidos y organiza seminarios de formación en América Latina. De hecho, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya recomienda a los Estados estudiar y adoptar el modelo español con el fin de aportar beneficios a los usuarios<sup>(53)</sup>.

Legislativamente se plasmó el proyecto español en la *Orden JUS/1207/2011, de 4 de mayo, por la que se crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de Apostillas en soporte papel y electrónico*<sup>(54)</sup>. Actualmente las autoridades españolas competentes emiten apostillas electrónicas de documentos públicos expedidos en formato electrónico, en un sistema automatizado de emisión de apostillas electrónicas, y continúan emitiendo apostillas para documentos

---

presentaciones de distintos países que participaron en el 7.º Foro Internacional sobre el Programa Apostilla Electrónica, Izmir (Turquía), 14-15 de junio de 2012.

(50) CELIS AGUILAR, M.M., «Novedades del Programa Piloto de apostillas electrónicas (E-APP)», *REDI*, 2011 (2), p. 322.

(51) En el plan de modernización se incluyen los objetivos marcados por la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que insta a las Administraciones Públicas a establecer fórmulas de comunicación y tramitación telemática, a fin de ofrecer un mejor servicio público a los ciudadanos, aunque no se aplican sus disposiciones, y la posterior Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. En el piloto español se utiliza la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de la Firma Electrónica, que es el instrumento garantizador de las comunicaciones y tramitaciones realizadas por vía telemática. Su art. 3.7 garantiza la plena eficacia jurídica y valor probatorio en juicio de los documentos firmados electrónicamente. PARRA GARCÍA, J.L., «El tráfico internacional de documentos públicos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y las oportunidades que abre el programa E-APP», *La Ley, Práctica de tribunales*, núm. 87, 2011, p. 33.

(52) En breve el Notariado tendría que poder enviar las apostillas realizadas por las autoridades competentes notariales al Registro electrónico de apostillas. Sin embargo, se prevé que los documentos autorizados por notario y los documentos privados cuyas firmas hayan sido legitimadas por notario únicamente puedan ser apostillados en soporte papel (art. 11 Orden JUS/1207/2011). Ello es así, según A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, porque el art. 17 bis de la Ley del Notariado precisaría de una modificación para ampliar el elenco de documentos electrónicos, o bien, más limitadamente, una adaptación reglamentaria en orden a las autoridades receptoras del documento. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., «La apostilla electrónica en España», *El economista Iuris & Lex*, 2012, p. 13.

(53) CELIS AGUILAR, M.M., «Novedades del Programa Piloto de apostillas electrónicas (E-APP)», *REDI*, 2011 (2), p. 322.

(54) En vigor en España a partir del 15-5-2011 (BOE núm. 115, de 14-5-2011).

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

---

en soporte papel<sup>(55)</sup>. Técnicamente el formato es *PDF (Portable Document Format)*, está firmado electrónicamente y la apostilla se contiene en el mismo documento. El solicitante puede descargar el documento apostillado durante treinta días naturales desde la fecha de la notificación<sup>(56)</sup>. Las autoridades españolas registran electrónicamente las apostillas emitidas en un único registro electrónico central<sup>(57)</sup>, en el que queda constancia del número y fecha de la apostilla, del nombre, la capacidad en la que firma el signatario del documento público apostillado, la imagen de la apostilla emitida y la huella electrónica de los documentos digitales. El registro electrónico, mediante servicio de web, permite a los funcionarios y autoridades la interoperabilidad de las máquinas en una red<sup>(58)</sup>. Los interesados tienen libre acceso al registro electrónico, de modo que los ciudadanos y las autoridades de otro Estado contratante que lo requiera pueden confirmar el origen de la apostilla del documento de origen español durante 25 años desde la fecha de la emisión, a través del número de registro, la fecha de emisión y el Código Seguro de Verificación por Internet. La posibilidad tecnológica de verificación en línea es a coste cero, en tiempo real y eficaz, cumple con el objetivo de aumentar la seguridad en las autoridades receptoras de documentación pública extranjera con apostilla registrada electrónicamente y refuerza la confianza mutua entre los Estados, así como reduce las posibilidades de fraude.

En el desarrollo del programa piloto español ha sido necesario adaptar y reordenar las autoridades españolas competentes para tramitar la apostilla electrónica, y para ello se aprobó el *Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre, por el que se determinan los funcionarios y autoridades competentes para realizar la legalización única o Apostilla prevista por el Convenio XII de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, de 5 de octubre de 1961*<sup>(59)</sup>. La novedad principal que señala la exposición de motivos recae precisamente en la incorporación de la apostilla electrónica y la posibilidad de que «tanto las autoridades competentes para emitir Apostillas judiciales como administrativas puedan emitir indistintamente Apostillas en soporte papel o electrónico tanto de documentos judiciales como administrativos, con independencia del lugar geográfico, dentro del ámbito nacional, en que éstos hubieran sido emitidos» (Exp. Motivos IV). Asimismo, los Decanos de los colegios Notariales, o los notarios delegados por ellos, podrán apostillar válidamente con independencia del lugar geográfico en que hayan sido emitidos los documentos públicos administrativos. El nuevo Real Decreto establece, por un lado, las autoridades competentes en España para emitir apostillas, así como los documentos a apostillar por

---

(55) Se consideró necesario continuar emitiendo apostillas en papel, dado que aún son muchos los documentos públicos en España que no son electrónicos. En estos casos, para la apostilla será necesario aportar el documento a apostillar ante la autoridad competente dónde se digitalizará (mediante escaneo) y en él figurará la apostilla en un anexo o en la prolongación del documento.

(56) Si el solicitante no descarga la apostilla en ese período de tiempo, expira y tiene que solicitarla de nuevo.

(57) Sede Electrónica del Ministerio de Justicia: <<https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/1215197884559/SDTramite/1288774632319/Detalle.html>>

(58) En el registro constan las firmas de los funcionarios y autoridades firmantes y sellos de forma centralizada, de modo que se tiene acceso por parte de todas las autoridades.

(59) En vigor en España en fecha de 17-11-2011 (BOE núm. 276, de 16-11-2011). El nuevo Decreto deroga el anterior y obsoleto RD 2433/1978, de 2 de octubre.

cada una de las distintas autoridades competentes<sup>(60)</sup>. Por otro lado, regula la forma de las apostillas, que se prevén trilingües (español, francés e inglés) y el mandato de registro y almacenaje de todas las apostillas, tanto electrónicas como en soporte papel, en el Registro electrónico. Finalmente, indica la plena validez en España de las apostillas electrónicas válidamente emitidas por las autoridades con competencia en aplicación del Convenio de la Apostilla<sup>(61)</sup>.

Junto a las ventajas que implica el nuevo sistema electrónico de apostillas para las administraciones, tanto desde la perspectiva de entidades emisoras que han visto agilizado la emisión de apostillas, como respecto la seguridad que aporta a las autoridades receptoras la posibilidad de verificar el origen electrónicamente, el principal beneficiado del *e-APP* es el ciudadano<sup>(62)</sup>. Efectivamente, actualmente en España, y progresivamente en los restantes Estados contratantes, resultará más fácil solicitar una apostilla y recibirla. Cuando el documento público es electrónico, puede solicitarse directamente que éste esté apostillado, de modo que el ciudadano recibe el documento apostillado a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia. Si bien es cierto que aún no se emiten todos los documentos públicos de forma electrónica, los documentos públicos en papel pueden digitalizarse y posteriormente añadirse la apostilla en papel firmada electrónicamente, que la autoridad competente consultará en la base de datos de sellos y firmas para su cotejo visual. En definitiva, el nuevo sistema es más rápido y fácil, no sólo para las propias administraciones sino, principalmente, para el ciudadano.

### 3. La legalización diplomática o consular

Cuando al documento público extranjero presentado ante autoridad española no le sea de aplicación ningún tratado internacional que exima de legalización o equivalentes (*vid. supra* apdo. II.1) ni esté acompañado de la preceptiva apostilla —en soporte papel o electrónico— cuando provenga de un Estado contratante del Convenio de La Haya de la apostilla de 1961 (*vid. supra* apdos. 2.2 y 2.3), entonces deberá haber sido previamente legalizado y en su caso, traducido al castellano o lengua cooficial, para que pueda surtir efectos ante autoridad española.

---

(60) Para los documentos administrativos y judiciales, indistintamente son competentes: los Secretarios de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, el titular de la Unidad del Ministerio de Justicia que tenga atribuida dicha competencia y los Gerentes Territoriales de las Gerencias Territoriales que el Ministerio de Justicia tenga distribuidos por todo el territorio. Respecto los documentos notariales, así como los administrativos, serán competentes los Decanos de los Colegios Notariales o los notarios delegados. En relación a los documentos del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, de forma exclusiva, serán competentes sus respectivos secretarios de Gobierno. Para los restantes documentos públicos se designan las mismas autoridades competentes para los documentos administrativos. Finalmente, para los documentos que provengan del Registro civil se apostillarán, de momento, por las autoridades judiciales y por las autoridades administrativas cuando entre en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil.

(61) La validez de las apostillas electrónicas emitidas en el extranjero también se establece en el art. 13 de la Orden JUS/1207/2011.

(62) Algunos datos: de las 225.589 apostillas emitidas este año (7-6-2012), 7.574 fueron en formato electrónico. FORCADA. J., «The implementation of the e-APP in Spain», 7<sup>th</sup> *International Forum on the e-APP*, Turquía, 14-6-2012, p. 14 <[www.hch.net](http://www.hch.net)>. Desde mayo de 2011 hasta noviembre de 2011 se emitieron más de 83.200 apostillas, de las cuales 6.500 fueron electrónicas. En este período la página de la sede electrónica del Ministerio de Justicia, a través de la que se accede a la descarga de Apostillas electrónicas y al Registro electrónico, ha sido consultada 34.119 veces, por un total de 22.105 usuarios. (Informe Apostilla del Ministerio de Justicia, p. 27).

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

Contamos con pluralidad de definiciones de legalización en distintos instrumentos internacionales que coinciden en su objeto y fin<sup>(63)</sup>. Ahora bien, siguiendo al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) español, «la legalización es un acto administrativo por el que se otorga validez a un documento público extranjero, comprobando la autenticidad de la firma puesta en un documento y la calidad en que la autoridad firmante del documento ha actuado»<sup>(64)</sup>. La legalización responde a su finalidad típica, que es probar la autenticidad del documento y evitar el riesgo de un posible fraude o falsedad documental debido a la imitación de la firma o el sello o la usurpación de determinada calidad fedante o referente a la persona que lo autoriza o expide en el ejercicio de su función oficial o pública<sup>(65)</sup>. Insistimos en que la legalización acredita la regularidad extrínseca del documento en relación a la autoridad que la otorgó, de modo que la falta de legalización cuando sea exigida no determina por sí misma su ineficacia total, sino que tendrá el mismo valor que los documentos privados o un valor probatorio debilitado<sup>(66)</sup>.

La práctica diplomática internacional que se sigue en la legalización se divide en dos fases y así es en la práctica española. La primera fase (extranjera) consiste en la legalización de las firmas contenidas en el documento por las autoridades extranjeras de dicho país con arreglo a sus propias Leyes. Tras ello, el documento extranjero se legaliza por las autoridades dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. En la segunda fase (española) el documento extranjero se presenta ante la representación consular o diplomática española en dicho país, que legaliza las firmas de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país extranjero. Por último, y no en todos los tipos de documentos<sup>(67)</sup>, se legaliza por el MAEC español (sección de Legalizaciones)<sup>(68)</sup>.

---

(63) Según el Convenio de Atenas (art. 1): «(...) comprende la formalidad destinada a comprobar la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha obrado el firmante del documento y, en su caso, la identidad del sello que lleve el documento». En el art. 2 del Convenio de La Haya de la Apostilla: «La legalización, en el sentido del presente Convenio, sólo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente».

(64) Web del MAEC: <<http://www.maec.es>>, sección «Legalización de documentos».

(65) FUGARDO ESTIVILL, J.M.<sup>a</sup>, «Legalización y apostillado de documentos públicos», en Fugarido Estivill, J.M.<sup>a</sup> (Coord.), *Extranjería: función notarial y derecho documental (II)*, La Notaría-Marcial Pons, 2009, p. 156.

(66) JIMÉNEZ BLANCO, P., «La eficacia de los documentos públicos extranjeros», *AEDIPr*, 2001, t. I, p. 380.

(67) No requieren legalización por el MAEC los documentos académicos extranjeros que se presentan en los registros de las Embajadas o Consulados de España. Tampoco los documentos académicos extranjeros que se presentan en el Registro del Ministerio de Educación. La Instrucción de la DGRN de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 189, de 8-8-2007), por tanto, documentos que deben presentarse ante el Registro Civil español, indica que la última legalización por parte del MAEC sólo se realizaría en caso de duda seria y razonable. A pesar de la Instrucción, es conveniente que el documento se presente ante el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español para que legalice la firma del Cónsul español acreditado en el extranjero. En la práctica es un paso más en la cadena de legalizaciones por vía diplomática que se recomienda a fin de evitar posibles inconvenientes en los trámites posteriores.

(68) Instrucción consular número 312 de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores; indica las autoridades y funcionarios que intervienen en el proceso de legalización. Las oficinas de la Sección de Legalizaciones y de la Oficina de Información de Asuntos Consulares se encuentran en c/ Juan de Mena, 4, Madrid. Existe la posibilidad de que determinados documentos (certificados de antecedentes penales y certificados de actos inscritos en los Registros civiles locales) emitidos por determinadas representaciones extranjeras en España sean legalizados directamente por el MAEC. Respecto a los antecedentes penales: Afganistán, Armenia, Colombia,

El MAEC exige la traducción de los documentos extranjeros al castellano, admitiendo sólo traducciones oficiales y en relación a las traducciones hechas por intérpretes jurados españoles establece que no precisan legalización para surtir efectos en España.

En la actualidad el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación dispone de una sede electrónica, que posibilita solicitar cita previa para las legalizaciones<sup>(69)</sup>, que recordemos es un trámite sin tasas, aunque sí requieren el pago de tasas las legalizaciones en las representaciones consulares o diplomáticas.

### III. LOS PROBLEMAS DE VALIDACIÓN QUE LOS DOCUMENTOS EMITIDOS POR AUTORIDADES EXTRANJERAS ENCUENTRAN EN ESPAÑA

Se ha indicado sobremanera que la validez extrínseca no implica prueba de los hechos o datos incluidos en el documento, sino que es un trámite de veracidad documental que debe ostentar todo documento público cuando se aporta ante autoridad distinta de la emisora extranjera. En los procedimientos de extranjería se prevé la necesidad de aportar una determinada documentación acreditativa de distintos hechos que deben estar debidamente legalizados o apostillados o exentos de tramitación en cuanto a la validación cuando exista un tratado internacional que así lo establezca, tal y como se ha detallado. Teniendo en cuenta que cabe la posibilidad de que se denieguen distintos trámites de extranjería o de adquisición de nacionalidad, así como, en procedimientos que afecten las relaciones jurídico-privadas de los extranjeros en España, como consecuencia de la invalidez extrínseca de los documentos aportados, expondremos a continuación algunos ejemplos de la interpretación que hacen los tribunales españoles y la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en esta materia.

*Certificados de antecedentes penales:* son numerosas las resoluciones en materia de extranjería y de adquisición de la nacionalidad española que se deniegan por falta de aportación correcta del certificado de antecedentes penales porque no cumple con los requisitos de legalidad exigidos. Las denegaciones se fundamentan básicamente en dos extremos. Por un lado, porque la emisión del documento no sigue la legislación y requisitos que se exigen en el país donde se haya otorgado. Y por otro lado, porque éstos no contienen la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (art. 323.2 LEC).

Las legislaciones estatales prevén distintos y variados procedimientos de emisión de certificados de antecedentes penales e incluso, en algunos países, ni tan solo se prevén o bien se emiten «certificados de antecedentes policiales» que inicialmente no son admitidos por nuestras autoridades<sup>(70)</sup>, también en otros países recientemente se ha modificado

---

Ecuador, Perú y República Dominicana. Respecto a los certificados de Registro civil: Estonia. Autorizados para certificados de antecedente penales y certificados de nacimiento, matrimonio y defunción: Bolivia. Autorizada para expedir certificados de antecedente penales y certificados de Registro civil: Cabo Verde. El listado tiene que consultarse periódicamente. <[www.maec.es](http://www.maec.es)> sección «servicios al ciudadano», subsección «legalización de documentos».

(69) <<http://citaprevia.maec.es/citaprevia/>>.

(70) Las autoridades españolas no aceptan los «certificados de antecedentes policiales» cuando en el país de origen existe un modelo de certificado de antecedentes penales. En el caso de que en el país de origen sólo emitan cer-

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

su regulación eliminando su emisión (Colombia)<sup>(71)</sup>. Ante tal amalgama de situaciones, la anteriormente citada *Instrucción de 25/9/2008, sobre la aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración*, distingue tres supuestos: a) los certificados de antecedentes penales expedidos por las autoridades competentes en el territorio del país de origen del documento, que deberán ser legalizados por vía diplomática o apostillados en su caso; b) los certificados expedidos por las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de carrera del país de origen del documento, que deberán ser legalizados por el MAEC caso por caso, informando sobre dicha autorización a las autoridades competentes españolas, a la vez que les remitirá los modelos utilizados; c) con carácter muy excepcional, derivado de circunstancias particulares relacionadas con el país de origen del documento, podrán admitirse procedimientos y vías alternativas a la legalización de los certificados informando oportunamente a las mencionadas autoridades españolas, medidas que establecerá el MAEC<sup>(72)</sup>.

Contamos con interesante jurisprudencia sobre los certificados de antecedentes penales de origen nigeriano y, por ello, nos detenemos en la Sentencia del Tribunal Superior

---

tificados de antecedentes policiales o similar (p.ej. Nicaragua, Pakistán, India), será preciso acreditar documentalmente que no existe el certificado de antecedentes penales y que el documento presentado sirve a los efectos de probar válida y fehacientemente la ausencia de antecedentes penales en el citado país; además, se elevará a consulta sobre el caso concreto ante la Dirección General de Inmigración, que solicitará informe a los Ministerios de Asuntos exteriores y de Cooperación, y de Interior, que mediante decisión de los tres Departamentos valorarán si existe garantía para poder admitir el documento en sustitución del certificado de antecedentes penales (*Instrucción de 25/9/2008*). Vid. «Circular 15/2009 de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares del MAEC sobre el certificado de antecedentes penales de la India», que informa de que los certificados de antecedentes penales de dicho país no reúnen los requisitos establecidos por la legislación española para poder ser aceptados en los procedimientos de solicitudes de autorizaciones de residencia y/o trabajo en España, por estar limitados a los antecedentes del interesado en el ámbito de la localidad en que se expide, no siendo equivalente al español. Insiste que, aunque vengan legalizados por el MAEC, o certificados por la Embajada de la India en Madrid, no son válidos según las leyes en España. En igual sentido: «Genérico 16/2009, Certificado Antecedentes penales de Bangladesh».

(71) El Gobierno de Colombia suprimió el documento «Certificado Judicial» por disposición del art. 93 del Decreto 0019 del 10 de enero de 2012, disponiendo que a partir del 30 de enero del mismo año la información sobre los antecedentes judiciales de los ciudadanos colombianos se debe consultar en línea a través de la página oficial del Ministerio de Defensa Nacional de Colombia, por cualquier persona o autoridad interesada: <<http://antecedentes.policia.gov.co:7003/WebJudicial/>>. Esto supuso un problema para los colombianos que debían aportar el documento ante las autoridades españolas y que no disponían de éste porque los consulados no lo emitían; por ello, el Consulado General de Colombia en Madrid envió un comunicado en el que se indicaba que se expedirían nuevamente certificados judiciales apostillados a través de los consulados (abril de 2012). En las webs de los Consulados de Colombia de Madrid y de Barcelona ya pueden solicitarse los certificados de antecedentes penales apostillados electrónicamente (<<http://www.consulcobcn.com/pasadojudicial.html>>).

(72) El MAEC emite listados de los países a los que se les autoriza expedir certificados de antecedentes penales y/o del Registro civil directamente en sus Consulados en España, cuando sea permitido en su legislación interna (vid. nota 67). Asimismo, el MAEC ha publicado hojas informativas, destinadas a las autoridades administrativas españolas de recepción de expedientes, con el fin de que puedan comprobar la autenticidad de dichos certificados, ejemplos de documentos: «Información importante: Legalización de certificados de antecedentes penales para el proceso de normalización extraordinario», 17 de febrero de 2005; «Genérico 17/2009, Certificado Antecedentes penales de Uzbekistán», que informa de que en Uzbekistán no se legalizan los originales de los documentos sino sus copias notariales tras previa comprobación por las autoridades uzbekas. Estos documentos serán aceptados por la administración española siempre que se acompañen de certificado de autenticidad expedido por la embajada de Uzbekistán en Moscú y posteriormente legalizado por el consulado general español en Moscú, o bien por la embajada de Uzbekistán en Madrid; en cualquier caso deberán estar legalizados por el MAEC; «Nota informativa sobre el nuevo sello de seguridad», de 1 septiembre 2011, que muestra el nuevo sello que deberá aparecer junto a la legalización efectuada por 18 representaciones diplomáticas o consulares españolas a la partir de las fechas indicadas.

de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo 1.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2010 (JUR/2010/257670) sobre la solicitud de autorización de residencia por arraigo con autorización para trabajar por cuenta ajena de una ciudadana de nacionalidad nigeriana. El Tribunal desestima la sentencia anterior (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Guadalajara de 13 de noviembre de 2008) a favor de la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Guadalajara. Según la normativa interna nigeriana, los certificados de penales requieren las huellas dactilares, para ello el interesado acude a la Comisaría *in situ*. Pero cuando el solicitante se encuentra en España, para poder cumplir con este requisito, o bien tendría que salir de España y no podría volver a entrar si no es de forma irregular, o bien podría acudir personalmente ante Notario para la plasmación de las huellas, que se remitirían a la Comisaría de Nigeria, que las verificaría para poder expedir el certificado. En la sentencia se evidencia que el certificado de antecedentes penales que se aportó tuvo que ser expedido en Nigeria sin la toma personal de huellas ya que no constaba que la actora hubiera viajado a Nigeria ni tampoco que se hubieran tomado ante Notario. A pesar de que la documentación aportada en el expediente estaba traducida y con sello de legalización estampado por la Embajada de Nigeria en España, fechado y firmado, y añadía una hoja en la que figuraban las huellas digitales y una foto, no figuraba la legalización por el Consulado General de España en Nigeria, ni tampoco la de la Sección de Legalizaciones del MAEC en su vertiente subjetiva y material. Así pues, adolecía de dos defectos que comportaban que del documento no se desprendiesen efectos probatorios según nuestra legislación. Por un lado, falta de legalización por vía diplomática y por otro lado, no constaba que se hubiese otorgado el documento observando la normativa de Nigeria, no siendo elemento probatorio. En este mismo sentido en el ámbito de certificaciones de antecedentes penales nigerianos: STSJ de Madrid de 3 de junio de 2008 (JUR/2009/44149); STSJ del País Vasco de 18 de febrero de 2009 (JUR/2009/346844); STSJ de Madrid de 12 de enero de 2010; STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2010 (JUR/2020/348974).

*Documentos identificativos (pasaportes):* la aportación de un pasaporte extranjero en un procedimiento de extranjería desprende plenos efectos probatorios (art. 319 LEC), siempre que se haya otorgado dicho documento observando los requisitos que se exigen en el país de otorgamiento (art. 323 LEC). A este documento no se requiere legalización o apostilla o demás requisitos necesarios para su autenticidad en España, dado que la finalidad de un pasaporte es la entrada y salida de un ciudadano en un Estado que no sea el suyo propio, es decir, «es un documento con una validez internacional, por ello dicho documento, para que sea válido en España no precisa en principio de legalización o apostilla (...)» [SAP de Guipúzcoa (3.<sup>a</sup>), 18 diciembre 2007, FJ 3 (JUR/2008/117456)]. Esta sentencia revoca la resolución anterior que exigía legalización del pasaporte, por no poderse apostillar, dado que Marruecos no es Estado parte del Convenio de la Apostilla, y después de someter a un menor de origen marroquí a las pruebas médicas (reservadas para los MENAS —menores extranjeros no acompañados—), la Diputación foral utilizó el resultado para modificar la fecha de nacimiento contenida en el pasaporte. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa indica que, si bien puede desvirtuarse la fuerza probatoria del documento mediante prueba en contrario (art. 320 LEC), cuando se cuestiona la validez o ineficacia del contenido del documento público habrá de cotejarse el mismo con su original, en el supuesto, mediante el certificado de nacimiento del menor marroquí (FJ 3).

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

*Denegación de inscripción en el Registro Civil por falta de legalización de los documentos extranjeros:* a título sólo de ejemplo, dada la pluralidad de supuestos, la Resolución 3/2007 de la DGRN (civil) de 19 de julio (JUR/2009/631) desestima el recurso para obtener la nacionalidad española por opción por falta de legalización de los documentos que acreditan el estado civil de la madre. Ello es así sin perjuicio, señala la DGRN, de que si el interesado obtiene y presenta los documentos referidos debidamente formalizado y subsanados, pueda instar nuevamente la solicitud de inscripción (art. 226 RRC). En la resolución 2/2010 de la DGRN (civil) de 29 de septiembre (JUR/2011/322052) confirma la denegación de la expedición de un certificado de capacidad matrimonial porque existe ausencia de consentimiento matrimonial, causa principal de la denegación, pero además la documentación extranjera aportada al expediente carecía de la preceptiva legalización y del certificado administrativo de soltería, ya que únicamente se había presentado la traducción que hubiera debido acompañar al documento original, debidamente legalizado. En igual sentido, RDGRN (civil) de 29 de septiembre de 2010 (JUR/2011/315105).

*Trámites de extranjería denegados:* Denegación de suspensión cautelar de expulsión por no acreditar el supuesto matrimonio de la actora con un extranjero residente legal, por falta de traducción y legalización o apostilla y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2006, JUR/2007/63137). Denegación de visado para reagrupación familiar en régimen comunitario de tres menores de nacionalidad gambiana por parte de su padre naturalizado español por considerar el Consulado, y posteriormente los tribunales recurridos, que las solicitudes de visado se realizaron con intencionalidad fraudulenta para entrar en el territorio español incumpliendo los requisitos establecidos en el RD 240/2007 de 16 de febrero [art. 2.c)]. El fundamento se encuentra en que en el certificado de familia presentado no constaba inscrito uno de los hermanos gemelos candidatos a ser reagrupados y que, en la nueva solicitud, las actas de nacimiento presentan fechas diferentes, ello implica la ausencia de certeza en relación al parentesco de los solicitantes [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 3.ª, de 11 de mayo de 2012 (JUR/2012/180866)]. Planteamos otro supuesto, sobre la inicial extinción de la autorización de residencia temporal en segunda renovación de ciudadana de origen chino por permanencia fuera del territorio nacional por un período superior a seis meses [art. 75.2.d) del RD 2393/2004]. Dicho requisito para la renovación puede suplirse cuando se justifique la ausencia. La recurrente justifica razones médicas a través de documentación expedida en China, que en apelación valoraron que la legalización de los documentos no se realizó conforme a la normativa vigente. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias revoca la sentencia recurrida y considera que los documentos acreditan cuando menos las firmas de las autoridades intervinientes en China y «en base ello debemos darle la misma validez que a un informe médico emitido en España a los efectos de este recurso» [STSJ de las Islas Canarias, La Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo 2.ª, de 19 de marzo (JUR/2011/1254)].

*Apostilla electrónica:* la implementación y extensión de la apostilla y registro electrónico es paulatino y por ello contamos con poca jurisprudencia en ámbito de extranjería, además, la normativa española establece expresamente que deben aceptarse las apostillas

electrónicas válidamente emitidas<sup>(73)</sup>. A pesar de ello consideramos interesantes resoluciones anteriores, en concreto la Resolución de la DGRN de 16 de diciembre de 2010 (5.<sup>a</sup>), que plantea la validez de la apostilla electrónica expedida por las autoridades colombianas en un expediente sobre adopción internacional. El Encargado del Registro Civil de Sevilla acordó no practicar la inscripción de las menores adoptadas por falta de legalización en forma de los documentos originarios de Colombia hasta que no se ajustaran a lo dispuesto al Convenio de La Haya de 1961. En el recuso interpuesto ante la DGRN, alegan los padres que Colombia expide únicamente un nuevo modelo de apostilla electrónica, resultando imposible conseguir los documentos en la forma que se les solicita. La DGRN recuerda que en la Consulta de 23 de julio de 2009 se señaló que hasta que el Ministerio de Justicia culmine la implantación plena de la apostilla electrónica «se están admitiendo los documentos apostillados electrónicamente procedentes de Colombia tras su verificación en la web que figura en el documento», y ello concordando con la Declaración del Gobierno de Colombia (BOE 22-2-2008). Por todo ello la Dirección concluye que las apostillas electrónicas procedentes de autoridades públicas colombianas deben producir en el ámbito del Ordenamiento Jurídico español los efectos que le son propios en aplicación del Convenio de La Haya de 1961, siempre que la autoridad española haya podido realizar, con resultado positivo, las comprobaciones a que se refiere el art. 7 del Convenio en el Registro electrónico de apostillas. Menos acertada es la Resolución de la DGRN (civil) de 2 de octubre de 2009 (JUR/2010/360712), que deniega la autorización de matrimonio a una pareja mixta de española y colombiano por deducir ausencia de consentimiento y, además, porque la documentación aportada por el ciudadano colombiano se considera no legal, dado que la apostilla es electrónica y, según la DGRN, «carece del requisito de validez, tal y como exige la Instrucción de 20 de marzo de 2006, sobre prevención de fraude documental en materia de estado civil».

#### IV. HACIA LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA

El legislador europeo no es ajeno a los problemas que encuentra el ciudadano de la Unión cuando tramita o regulariza cualquier situación legal en su esfera personal o patrimonial cuando reside en un Estado distintivo del de su origen nacional. En aras de garantizar el libre ejercicio de las libertades comunitarias en el seno del mercado interior al ciudadano europeo (y a sus familiares) deviene esencial el acceso a la justicia y a la administración, de modo que puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión. Por ello, el propósito europeo es disponer de un espacio judicial europeo que se fundamenta técnicamente en el principio del reconocimiento mutuo que debe fortalecer el objetivo básico de la consecución de un mercado interior<sup>(74)</sup>. Para tales fines resulta imprescindible no solo que tengan acceso

---

(73) *Vid.* apartado II.2.B).

(74) Los objetivos apuntados se repiten y amplían a lo largo de los Tratados originarios hasta llegar al Tratado de Lisboa del 1 de diciembre de 2009, el cual refuerza el «Espacio de libertad, seguridad y justicia», centrándose en la tutela judicial efectiva que debe garantizarse al ciudadano como beneficiario de un espacio judicial europeo, de modo que proteja los derechos derivados del ordenamiento comunitario, en especial, la libre circulación de personas. GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, núm. 7479, 2010, p. 7.

## I. VALIDACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

a la justicia y a la administración no judicial los actos y documentos judiciales dictados por las autoridades judiciales de los Estados miembros —ámbito en que ha centrado sus esfuerzos el legislador europeo hasta el momento—, sino que también es necesario que los documentos extrajudiciales gocen de libertad de circulación en la Unión para garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio<sup>(75)</sup>. En relación a la necesidad de autenticidad de los documentos públicos extranjeros en la Unión, la doctrina, de la cual destacamos A. BORRÁS<sup>(76)</sup>, advierte de que, a pesar de existir instrumentos internacionales basados en la confianza mutua para aligerar los trámites de autenticación, resultan formalidades aún excesivas y, propone, entre otras medidas, que en el ámbito de la Unión Europa sería conveniente instaurar un modelo estándar europeo para documentos públicos que permitiese un uso transfronterizo efectivo de documentos y a la vez que garantizase la protección de los ordenamientos jurídicos<sup>(77)</sup>. Atendiendo a los objetivos europeos expuestos y a las demandas doctrinales se lanzó a consulta pública el Libro Verde: «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil (2010)»<sup>(78)</sup>. En éste se programan para el 2013 iniciativas referidas, por un lado, a la libre circulación de documentos mediante la supresión de la legalización o apostilla de documentos entre los Estados miembros para promover la libre circulación de documentos públicos, que comprenden los administrativos, notariales (tanto una escritura de compraventa como unas capitulaciones matrimoniales), certificados de estado civil y documentos judiciales. Por otro lado, también tiene como objetivo el reconocimiento de los efectos de determinados documentos de estado civil (p. ej. nacimiento, filiación, adopción, matrimonio, defunción, etc.), para poder garantizar la continuidad y permanencia de la situación de estado civil de cualquier ciudadano europeo que ejerza su derecho a la libre circulación<sup>(79)</sup>.

---

(75) El legislador europeo ha centrado su atención en la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales, aunque también se incluyen por remisión los documentos públicos extrajudiciales. También ha regulado en el ámbito de la cooperación jurídica de la Unión el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales. *Vid.* FONT I MAS, M., «Documentos públicos no judiciales extranjeros: *excursus* en la regulación europea y su adaptación en la legislación interna española», en Borrás, A. y Garriga, G. (eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pp. 161-182.

(76) BORRÁS, A., «Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales», *Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, tomo XLII, 2004, p. 38.

(77) BORRÁS, A., «Legalización de documentos públicos en los estados miembros de la Unión europea», en Fugardo Estivill, J.M.<sup>a</sup> (coord.), *Extranjería: función notarial y derecho documental (II)*, Madrid, La Notaría-Marcial Pons, 2009, p. 81. También apunta Pilar JIMÉNEZ BLANCO que la tendencia es hacia la supresión de todos los requisitos formales, «llegando incluso a desaparecer el trámite de la apostilla, de modo que se opera en la “confianza” de la corrección del mismo». JIMÉNEZ BLANCO, P., «La eficacia de los documentos públicos extranjeros», *AEDIPr*, t. I, 2001, p. 379. Asimismo, en el CNUE, *Comparative Study on Authentic Instruments for the European Parliament* (núm. IP/C/JURI/IC/2008-019): «*The apostille procedure is an obstacle both in terms of time and money to the unhindered circulation of authentic instruments within the EU. (...) We propose to abolish the requirement for an apostille completely between all EU Member States*», pp. 5 y ss.

(78) Documento COM (2010) 747 final. El libro verde pregunta sobre las posibles soluciones para facilitar la libre circulación de los documentos públicos entre los Estados miembros: a) Supresión de formalidades administrativas para la autenticación de los documentos públicos; b) Cooperación entre las autoridades nacionales competentes; c) Limitar las traducciones de los documentos públicos; d) Certificado europeo de estado civil.

(79) Apunta la necesidad de reconocimiento mutuo de los documentos de estado civil M. GUZMÁN ZAPATER: «(...) Adquiere por tanto mayor relieve dado el potencial ámbito material. No es impensable su proyección al

La aprobación, en su caso, de una normativa europea que permitiera la libre circulación, por ejemplo, de los certificados de antecedentes penales, imprescindibles en cualquier tramitación de extranjería, resultaría conveniente que no se tuvieran que someter a la validación de autenticación cuando deban presentarse ante autoridades de los Estados miembros. Asimismo, la libre circulación de los certificados de los registros civiles en la Unión facilitaría sin duda alguna, por ejemplo, la tramitación de las autorizaciones de residencia por reagrupación que deben acreditar los vínculos familiares. Si bien es cierto que actualmente las certificaciones provenientes de algunos Estados están exentos de cumplir cualquier procedimiento de autenticación (Convenio de Atenas 1977 o Convenio de Viena 1976, *vid. supra*), las certificaciones de los restantes Estados no parte de dichos convenios tienen que ser apostillados. A pesar de que la *e-apostille* significará un aligeramiento para el ciudadano en la tramitación administrativa de documentos extranjeros, el libro verde estima necesario suprimir los trámites de validación de autenticación de los documentos, o mejorar la tramitación de las apostillas, cuando se realicen trámites administrativos o judiciales transfronterizos en el seno de la Unión Europea. La Conferencia de La Haya se ha mostrado conforme con el objetivo de la libre circulación de documentos y la mejora en la emisión de apostillas propuestas por el libro verde, pero se muestra contraria a renunciar a la red de autoridades y mecanismos de cooperación administrativa de verificación de los documentos públicos que está en funcionamiento en todos los Estados miembros de la UE y que ha dado tan buenos resultados<sup>(80)</sup>. El objetivo del libro verde europeo es, en definitiva, evitar la realización de trámites administrativos que suponen una pérdida de tiempo y ciertos gastos para los ciudadanos que, además, varían de un Estado miembro a otro.

---

ámbito del reconocimiento de documentos públicos pertenecientes al ámbito estricto del estado civil. Por ejemplo, el certificado de capacidad matrimonial o el certificado sobre nombre, documentos que, por otra parte, son objeto de unificación por la Comisión Internacional del Estado Civil. Y es que la eficacia extraterritorial de las actas y documentos públicos extranjeros suscita un problema análogo a las resoluciones judiciales dado que todas las decisiones de una autoridad extranjera son la resultante del ejercicio de una función soberana del Estado y su eficacia se agota dentro de las fronteras de la autoridad que lo interviene. Visto así, es un campo éste, el del estado civil, en el que la extensión del reconocimiento mutuo podría facilitar enormemente la vida de los ciudadanos». GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?», *La Ley*, núm. 7479, 2010, p. 2.

(80) *Vid.* la respuesta parcial al libro verde de la Oficina Permanente, Ref.: 51737(11)VL/SM, 10-5-2011, disponible en: <[www.hcch.net](http://www.hcch.net)>.

## II. LA COMPATIBILIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR LA UNIÓN EUROPEA CON LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DE LA MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid*

### RESUMEN

**La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados**

La emigración de menores extranjeros no acompañados plantea importantes desafíos que la Unión Europea está tratando de afrontar en común. El propósito de este trabajo es el examen de las propuestas contenidas en el Plan de Acción adoptado por la Comisión Europea en 2010 a la luz de las obligaciones que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La idea que subyace a este análisis es la siguiente: cualquier respuesta que se ofrezca desde la Unión Europea a dichos desafíos debe tener en cuenta aquellas obligaciones, que incumben también a la Organización y a sus Estados miembros.

**Palabras clave:** Migración irregular, control de fronteras, protección del menor, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, política europea de inmigración.

### ABSTRACT

**The compatibility with International Human Rights Law obligations of measures taken by the European Union to protect unaccompanied minors arriving to its territory**

European Union is facing important challenges due to immigration of unaccompanied minors. This article aims to examine the proposals contained in the Action Plan adopted by the European Commission in 2010 taking into account the obligations imposed by International Humans Rights Law. The basic idea underlying this analysis is the following: any measure adopted by the European Union to tackle this phenomenon should respect those obligations, which are mandatory for the Organization and its Member States.

**Key words:** Irregular migration, border control, protection of minors, International Human Rights Law, European migration policy.

---

### SUMARIO

- I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.
- II. LA PARTICULARIZACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
  1. El concepto de «menor extranjero no acompañado».

**2. Las razones para la particularización: la especial situación de vulnerabilidad del colectivo.**

- A) La obligación de cooperar en la prevención del fenómeno de la emigración de menores no acompañados.
- B) La obligación de proporcionar un estatuto reforzado de protección en los países de acogida.

III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLES EN MATERIA DE ACOGIDA, PROTECCIÓN Y RETORNO.

- 1. El principio de no discriminación.**
- 2. La prevalencia del interés superior del menor.**
- 3. El principio de no devolución.**

IV. RETORNO Y ALTERNATIVAS AL RETORNO: LA BÚSQUEDA DE «SOLUCIONES DURADERAS».

**1. El retorno del menor extranjero no acompañado al país de origen o residencia: retorno voluntario y retorno forzoso.**

- A) Retorno con la familia.
- B) La acogida en una institución de tutela del país de origen o residencia del menor.

**2. Las alternativas al retorno.**

- A) La procedencia de la integración en el país de acogida.
- B) El reasentamiento en un tercer país.
- C) La adopción internacional.

V. LAS RESPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA AL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS.

- 1. La fragmentación del marco normativo aplicable.**
- 2. La acción desplegada por la Unión Europea a partir del Programa de Estocolmo: la puesta en marcha del Plan de Acción.**

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

-----

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Aunque buena parte de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) hace frente desde hace años al fenómeno de la emigración de menores extranjeros no acompañados, y podría deducirse de ello que el mismo tiene una cierta dimensión europea, sólo muy recientemente sus Instituciones han mostrado una voluntad decidida de gestionarlo en común<sup>(1)</sup>. A esa voluntad quiere responder la adopción en 2010 por parte de la Comisión

---

(1) Por supuesto, no es Europa la única región del mundo donde se da dicho fenómeno. Tal y como el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha puesto de manifiesto, «los niños buscan cada vez con mayor frecuencia la posibilidad de emigrar a través de las fronteras y sin compañía. También los niños forman parte cada vez

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Europea de la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo que aprueba un *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*<sup>(2)</sup>. Según afirma la Comisión, el Plan de Acción pretende «ofrecer respuestas concretas a los desafíos que supone la llegada de un elevado número de menores no acompañados al territorio de la UE<sup>(3)</sup>, respetando al mismo tiempo los derechos del menor y el principio del interés superior del menor».

Si resulta posible afirmar que, cada vez con mayor contundencia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) limita la facultad de los Estados de decidir sobre la entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio e impone obligaciones concretas en relación con el trato que dichos migrantes deben recibir mientras estén bajo su jurisdicción, dicha afirmación se torna particularmente relevante cuando hablamos de menores extranjeros no acompañados. Dado que se trata de un colectivo al que la triple condición de menor, extranjero e indocumentado, coloca en una situación de vulnerabilidad extrema<sup>(4)</sup>, la observancia escrupulosa de lo establecido por aquel sector del Derecho internacional resulta esencial. Merece la pena, en definitiva, analizar los desarro-

---

más de corrientes migratorias mixtas, movimientos de población en masa que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes». No podía ser de otra manera si tenemos en cuenta que, tal y como pone de manifiesto el Relator, «al igual que la migración de los adultos, la migración de los niños se ve influida por la situación política, social, económica y ambiental. En esa situación intervienen nuevos fenómenos de alcance mundial, como el cambio climático, la crisis alimentaria y la crisis económica y financiera. Los fenómenos que afectan a los niños de forma específica, como el abuso y la violencia doméstica, pueden influir también en el movimiento de los niños a través de las fronteras»: véase el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de 3 de agosto de 2009 (A/64/213). El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/migration/rapporteur/index.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(2) COM (2010) 213 final. El Plan de Acción, cuyo seguimiento será evaluado por la Comisión en 2012 y 2015, está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Su adopción supuso dar cumplimiento a lo requerido por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Programa de Estocolmo. Se hablaba en el mismo de la necesidad de promover y proteger los derechos de los niños en situación de especial vulnerabilidad en tanto reclamaba una atención especial para «los menores no acompañados en el contexto de la política de inmigración». El denominado «Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» fue aprobado por el Consejo Europeo en su reunión de 14 y 15 de diciembre de 2009. Está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st17/st17024.es09.pdf>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(3) Todos los estudios en la materia coinciden en señalar la dificultad para encontrar datos fiables sobre el número de menores no acompañados que llega anualmente al territorio de la UE. A pesar de que parece haberse asentado la idea de que ese número es extremadamente elevado, lo cierto es que tal y como se ha afirmado «representan una fracción minúscula de todos los migrantes que entran en Europa»: TROLLER, S. (2010): *En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa*. En: HUMAN RIGHTS WATCH: Informe Mundial 2010: Disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.hrw.org/es/world-report-2010/en-la-trampa-de-la-migraci-n-menores-extranjeros-no-acompa-ados-en-europa>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). La afirmación de TROLLER se ha visto respaldada por el Informe elaborado en 2010 por la Red Europea de Migraciones sobre *La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros no Acompañados. Estudio comparativo de la UE*. El Informe recoge datos de 22 Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, República Checa, República Eslovaca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido y Suecia). Se recoge en el mismo que, en 2008, 11.292 menores extranjeros no acompañados presentaron una solicitud de asilo en esos 22 Estados y que 20.237 estaban acogidos por organismos públicos de tutela. El Informe está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://extranjeros.empleo.gob.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios\\_monograficos/EMN\\_Informe\\_de\\_Sxntesis\\_-\\_Menores\\_no\\_acompaxados.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/RedEuropeaMigraciones/Estudios_monograficos/EMN_Informe_de_Sxntesis_-_Menores_no_acompaxados.pdf)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(4) Así lo reconoce, en su apartado segundo, la reciente Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. La Recomendación está disponible en la siguiente dirección elec-

llos que se vienen dando en este ámbito en el seno de la UE a la luz de las obligaciones que impone el DIDH. Ese es precisamente el propósito de este trabajo: determinar el alcance de las obligaciones internacionales a las que necesariamente deberá atender cualquier medida a la que la UE y sus Estados miembros recurran en este ámbito.

Son numerosos los pronunciamientos de órganos de protección internacional de derechos humanos y Organizaciones no Gubernamentales (en adelante ONG's) que tratan de alertar sobre la situación en la que se encuentran estos menores en la mayoría de los Estados miembros de la UE<sup>(5)</sup>. Sin entrar por ahora en los pormenores de aquellos, sí interesa destacar en este momento que todos ponen de manifiesto cómo los Estados tienden a enfrentarse al fenómeno de la llegada —que ya sabemos que ellos consideran masivamente menores extranjeros no acompañados a su territorio haciendo primar su condición de extranjero indocumentado sobre la de menor<sup>(6)</sup>—. Como consecuencia de ello, el retorno de los menores a su país de origen se convierte en el principal objetivo a cumplir, sin que se tenga en cuenta en muchas ocasiones si eso es lo que conviene o no a su interés superior y sin que se respeten siempre las obligaciones que incumben al Estado en lo que hace al trato que debe garantizarse al menos mientras espera ser retornado<sup>(7)</sup>. No debe perderse de vista, en ese sentido, que los Jefes de Estado y de Gobierno pidieron a la Comisión en 2009 que, entre otros extremos, examinase «las medidas prácticas para facilitar el retorno del elevado número de menores no acompañados que no requieren protección internacional»<sup>(8)</sup>, dejando entrever así con claridad sus prioridades.

---

trónica: <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/EREC1985.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(5) Sin ánimo de exhaustividad pueden citarse aquí los informes presentados por la ONG HUMAN RIGHTS WATCH sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en España (*Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias*, 2007, disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain0707spwebwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain0707spwebwcover_0.pdf)>, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012), Grecia (*Left to Survive: Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece*, 2008, disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece1208webwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece1208webwcover_0.pdf)>, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012) y Francia (*France-Lost in Transit: Insufficient Protection for Unaccompanied Migrant Children at Roissy Charles de Gaulle Airport*, 2009, disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/france1009webwcover\\_0.pdf](http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/france1009webwcover_0.pdf)>, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). A lo largo del trabajo tendremos ocasión de hacer referencia a algunos de los pronunciamientos sobre la materia de determinados órganos de protección de derechos humanos.

(6) Sirva como ejemplo de esta tendencia el mantenimiento por parte de Alemania, hasta el 15 de julio de 2010, de la siguiente declaración interpretativa a la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN): «Nada en la presente Convención puede ser interpretado como permisivo de la entrada ilegal de un extranjero al territorio de la República Federal de Alemania o de su permanencia ilegal; del mismo modo, ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada del tal modo que restrinja el derecho de la República Federal de Alemania de aprobar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de los extranjeros y a las condiciones de su estancia o de hacer distinciones entre nacionales y extranjeros». La información está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://treaties.un.org/Pages/View-Details.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/View-Details.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(7) Así, por ejemplo, los Informes elaborados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura después de sus visitas a Grecia en 2009 y 2011 critican duramente las condiciones en la que se encontraban los menores detenidos. Ambos Informes están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.cpt.coe.int/en/states/grc.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(8) Cfr. el apartado 6.1.7 del Programa de Estocolmo. En concreto, el Consejo insta a la Comisión a «desarrollar un plan de acción, que deberá ser adoptado por el Consejo, sobre menores no acompañados, que refuerza y complementa a los instrumentos legislativos y financieros correspondientes y combina medidas dirigidas a la prevención, la

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

Al menos formalmente, el Plan de Acción de la Comisión Europea es, no obstante, más ambicioso. Tal y como se tendrá ocasión de analizar aquí, no se ocupa únicamente del retorno de los menores, que considera «sólo una de las posibles opciones»<sup>(9)</sup>. La Comisión Europea es consciente, en definitiva, de que trata una cuestión «mucho más compleja y multidimensional» y, en clara referencia al Derecho internacional, afirma que «existen límites claros a la libertad de acción de los Estados miembros para tratar a los menores no acompañados»<sup>(10)</sup>. De esos límites, ya lo hemos dicho, vamos a ocuparnos aquí<sup>(11)</sup>.

Se examinarán en primer lugar las razones que han llevado al DIDH a ocuparse en particular de la situación de los menores extranjeros no acompañados, un colectivo que se encuentra *per se* en una situación de particular vulnerabilidad y de la naturaleza de las obligaciones que el mismo impone a Estados de origen, tránsito y destino. Resulta posible deducir determinados principios que sirven de sustento a esas obligaciones, a las que la UE y sus Estados miembros deben atenerse en todo caso cuando aprueben medidas para prevenir y gestionar el fenómeno. Los mismos serán analizados a continuación. Haremos referencia, en este punto, a los principios de no discriminación, de protección del interés superior del menor y de no devolución. Abordaremos después el análisis de las distintas soluciones por las que el Estado de acogida puede optar cuando se hace cargo de un menor extranjero no acompañado. Estaremos en condiciones entonces de estudiar las últimas decisiones adoptadas en este ámbito en el seno de la UE y su compatibilidad con aquellas obligaciones.

### II. LA PARTICULARIZACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

#### 1. El concepto de «menor extranjero no acompañado»

Son tres los elementos que nos permiten hablar de «menor extranjero no acompañado». En primer lugar, debe aclararse qué se entiende por menor a estos efectos. En segundo lugar, cuándo cabe considerar que dicho menor no está acompañado. Y, por último, en qué se

---

protección y la asistencia al retorno. El plan de acción debería destacar la necesidad de cooperación con los países de origen, incluida la cooperación para facilitar la repatriación de menores, así como para impedir ulteriores salidas. El plan de acción debería también estudiar las medidas prácticas para facilitar el retorno del elevado número de menores no acompañados que no requieren protección internacional, al tiempo que se reconoce que para muchos el interior superior es su reagrupación con sus familias y su desarrollo en su propio entorno social y cultural».

(9) *Cfr. el Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)...*, cit., p. 2.

(10) *Ibidem*.

(11) Del Derecho aplicable a la gestión de la migración de menores extranjeros no acompañados ya se han ocupado, entre otros: ADAM MUÑOZ, M.D. (2009): «El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, pp. 11-45, y TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2010): «Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados». En: ALDECOZ LUZÁRRAGA, F. *et alii* (Dirs.): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Marcial Pons, pp. 239-274.

traduce, a los efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a su situación, su cualidad de extranjero en este contexto.

Consideraremos «menor» al niño. Esto es, al menor de 18 años. A este respecto la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)<sup>(12)</sup> señala en su artículo 1 que «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad»<sup>(13)</sup>.

A los efectos de este trabajo, y en segundo lugar, se considerará «no acompañado» a aquel menor que esté separado de ambos padres y otros parientes y no esté «al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad». Seguimos así la definición propuesta por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General número 6 (2005) sobre trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen<sup>(14)</sup>. El Comité de Derechos del Niño distingue así entre «menor no acompañado» y «menor separado». Este último sería aquel que está separado de sus padres o tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Esto es, que está acompañado por otros miembros adultos de su familia.

El menor no acompañado en el que se centra nuestro análisis es, por lo demás, extranjero en situación administrativa irregular. En lo que aquí interesa, dicho menor no acompañado extranjero intenta entrar irregularmente en un país diferente del de su nacionalidad o residencia habitual o se encuentra ya en él sin autorización de estancia o residencia.

---

(12) BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. La CDN, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, fue ratificada por España el 6 de diciembre de 1990.

(13) Resultan, por tanto, contrarias al DIDH iniciativas como la adopción en España de la ya derogada Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003, del Fiscal General del Estado, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación de desamparo, que permitía la aplicación de la normativa de extranjería y, en concreto, del procedimiento de repatriación previsto para los adultos, a aquellos menores de edad extranjeros que pudiesen entenderse emancipados. Se afirmaba al respecto que «(s) alvo prueba en contrario (art. 281.2 LEC), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 CC), tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art. 323 CC)» y que «(e)n tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero». El texto de la Instrucción está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.intermigra.info/semiex/archivos/legislacion/Instruccion\\_3-2003\\_FGE.pdf](http://www.intermigra.info/semiex/archivos/legislacion/Instruccion_3-2003_FGE.pdf)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Un comentario crítico de la misma puede verse en los siguientes trabajos: CARRIÓ SAMPEDRO, A. (2004): «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero: consideración crítica de la Instrucción 3/2003». *La Ley*, 23 de abril de 2004, núm. 6003, p.1875-1884; FÁBREGA RUIZ, C.F. (2004): «Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho». *La Ley*, 26 de enero de 2004, núm. 5940, pp. 1-9, y LÓPEZ ULLA, J.M. (2005): «En torno a la constitucionalidad de la instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado sobre la procedencia de ordenar el retorno de los extranjeros menores que pretenden entrar ilegalmente en España». En: DEL VALLE GÁLVEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M.A. (Eds.): *Inmigración irregular y Derecho*. Actas de las VII Jornadas Autonómicas de Derecho Internacional Humanitario. Cádiz: Universidad de Cádiz, pp. 177-185. El Comité para la eliminación de la discriminación racial, que supervisa la adecuada implementación de la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, instó a España en sus Observaciones Finales sobre el Informe presentado en 2004 a que aclarase «la supuesta reducción de la mayoría de edad de 18 a 16 años a efectos de expulsión». El texto de las Observaciones Finales del Comité están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd>> (fecha de publicación: 1 de noviembre de 2012).

(14) De 1 de septiembre de 2005 (CRC/GC/2005/6). Está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

### 2. Las razones para la particularización: la especial situación de vulnerabilidad del colectivo

Ya se ha mencionado aquí el motivo que impulsa el interés del DIDH por la protección de los derechos de los menores extranjeros no acompañados: la vulnerabilidad extrema en la que la minoría de edad y el hecho de ser extranjeros en situación administrativa irregular coloca a estos niños. Y también se ha dicho que es esta última circunstancia la que predetermina en muchos casos la respuesta que los Estados de acogida pretenden proporcionar al fenómeno. Una respuesta que por estar excesivamente centrada en los aspectos securitarios ha sembrado la alarma entre los representantes de la sociedad civil<sup>(15)</sup> y ha llevado a determinadas Organizaciones Internacionales a ocuparse de la cuestión y a tratar de proporcionar respuestas basadas en el DIDH a los desafíos que plantea la gestión de este fenómeno. Es un ejemplo claro de ello la ya mencionada Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa:

«Un niño es en primer lugar y sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante. Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, tal y como establece el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño, y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar»<sup>(16)</sup>.

En general, el DIDH juega un papel determinante en lo que hace a la imposición de obligaciones a los Estados en este ámbito<sup>(17)</sup>. En dos sentidos. De un lado, promocionando la cooperación en el ámbito de la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos y la protección de sus víctimas. Un ámbito en el que los niños, junto con las mujeres, han recibido una atención especial. De otro, conformando un régimen de protección particular que atiende a la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el menor.

#### A) *La obligación de cooperar en la prevención del fenómeno de la emigración de menores no acompañados*

En los últimos años se ha impulsado con rotundidad, desde el Derecho internacional, la adopción de medidas que, fuera y dentro del marco penal, mejoren la lucha contra la trata

---

(15) *Vid. supra*, nota 5.

(16) *Vid.* el apartado primero de la Recomendación.

(17) Sobre la cuestión general de la protección de los derechos humanos de los menores puede verse: HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (2007): «El niño y los derechos humanos». En: CAMPOY CERVERA, I. (Coord.): «Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas». Madrid: Dykinson, pp. 17-36. Resulta también muy interesante la lectura de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición y los derechos humanos del niño (OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002). El texto de la Opinión está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

de seres humanos<sup>(18)</sup> y el tráfico ilícito de inmigrantes. Se trata de prácticas de las que también son víctimas menores no acompañados<sup>(19)</sup>, y de ahí nuestro interés en analizar en qué medida estos avances lo han tenido en cuenta. Son relevantes aquí las obligaciones contenidas en los artículos 11 y 35 de la CDN. El primero de estos artículos prevé que los Estados parte deberán adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y que, con este fin, promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes. El artículo 35 de la CDN dispone que los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Esta obligación se contiene igualmente en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. También complementa esta Convención el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire<sup>(20)</sup>.

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son formas de delincuencia transnacional organizada que implican, en general, el movimiento internacional de aquellas a las que cabe considerar víctimas de unas u otras redes. Su erradicación exige, en consecuencia, de la cooperación internacional entre países de origen, tránsito y destino de aquellos movimientos humanos. En lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que los menores que migran sin compañía ni documentación pueden verse expuestos con mayor facilidad a cualquiera de estas situaciones y, por tanto, a determinadas «vulnerabilidades y riesgos»<sup>(21)</sup>. Dichas situaciones se producen, en muchos casos, en los países de origen y tránsito de la migración. El Comité de Derechos del Niño ha considerado que de la obligación que incumbe a los Estados parte de la CDN, contenida en su artículo 6, de garantizar

---

(18) De la noción de «trata de seres humanos» se ocupa, por ejemplo: BADÍA MARTÍ, A. (2005): «Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños». En: PÉREZ VERA, E. y RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carillo Salcedo*. Sevilla: Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla, Universidad de Málaga. Vol. I, pp. 177-197. La autora valora en su trabajo las posibilidades de que esta práctica particularmente aberrante cristalice en un crimen internacional (vid. pp. 196-197).

(19) Cabe apuntar que la emigración irregular de menores constituye una frontera gris entre la trata de personas y el tráfico de inmigrantes. Cabría considerar, en general, que en el caso del tráfico de inmigrantes, estos se ponen voluntariamente, y normalmente a cambio del pago de una cantidad de dinero, en manos de las redes que lograrán introducirlos en el país de destino. Esa «voluntariedad» no se da en el caso de la trata de personas. Siendo esto así, podrían calificarse de trata de menores al menos los supuestos en los que aquellos son inducidos o presionados por sus familiares a emigrar ilegalmente. Tal y como se ha afirmado «(c)ada vez con más frecuencia, los menores inmigrantes cuentan con el aliento y el sostén de sus padres, ejecutando así lo que suele identificarse como una estrategia familiar de inmigración»: RUIZ LEGAZPI, A. (2011): *La expulsión de menores extranjeros. Límites constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 3.

(20) Ambos Protocolos fueron adoptados por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 55/25, de 15 de noviembre de 2000. Está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(21) Véase el apartado 27 del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de 21 de marzo de 2011 (A/HRC/17/33), disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/121/83/PDF/G1112183.pdf?OpenElement>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Tal y como da cuenta este Informe, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados los convierte en víctimas potenciales de la delincuencia organizada transnacional y de ser objeto de prácticas de explotación como el contrabando, la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud.

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño, deriva un deber de vigilancia para evitar que los menores no acompañados, que están particularmente expuestos a la trata «dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas»<sup>(22)</sup>, se conviertan en víctimas de estos fenómenos.

### *B) La obligación de proporcionar un estatuto reforzado de protección en los países de acogida*

También se imponen obligaciones específicas a los países de acogida, a los que el Derecho internacional obliga a no considerar inmigrantes irregulares a los menores que han sido víctimas de la trata de seres humanos o de las redes de tráfico de migrantes. Deberán recibir la consideración de víctimas y, en consecuencia, se deberán adoptar medidas adecuadas para proteger sus derechos y atender sus necesidades especiales. Los dos Protocolos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada contienen disposiciones específicas al respecto. Así, el artículo 16 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire establece que los Estados parte deberán adoptar una serie de medidas de protección y asistencia a favor de aquellas personas que hayan sido víctimas del tráfico. Y prevé expresamente, en este sentido, que deberán tener en cuenta las necesidades de los niños cuando den cumplimiento a esa obligación<sup>(23)</sup>. En el mismo sentido, el artículo 6 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se refiere a las medidas de protección y asistencia a favor de las víctimas de la trata. En relación con los niños, el artículo 6.4 establece que los Estados parte deberán tener en cuenta, al aplicar lo previsto en este artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluido el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados.

La obligación de tener en cuenta las necesidades especiales de los niños víctimas de la trata deriva también, en el ámbito del Consejo de Europa, del Convenio europeo contra la trata de seres humanos<sup>(24)</sup>, en vigor desde el 2 de febrero de 2008. Su artículo 10.4 prevé que en el caso de que un menor no acompañado sea identificado como víctima, el Estado en el que dicho menor se encuentre asumirá su tutela, procurará el establecimiento de su identidad y nacionalidad y tratará de localizar a su familia, siempre y cuando esto último no sea contrario a su interés superior.

La promoción y protección de los derechos de estos menores debe tener en cuenta, con carácter esencial, las obligaciones asumidas por los Estados parte de la CDN. Su alcance ha sido interpretado por el Comité de los Derechos del Niño. Dado que en esa situación el menor puede tener dificultades particulares para lograr el disfrute de sus derechos, se imponen al Estado de acogida una serie de obligaciones específicas con el fin de que se atiendan

---

(22) *Cfr.* los apartados 23 y 50-53 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño. Dicha obligación deriva, igualmente, de lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36 de la CDN.

(23) *Cfr.* el apartado 4 del artículo 16 del Protocolo.

(24) El Convenio, que fue adoptado el 16 de mayo de 2005, está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://conventions.coe.int/Default.asp>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

sus necesidades especiales y se logre de manera efectiva aquel disfrute. De lo cual resulta condición indispensable que el Estado se haga cargo del menor. Así lo establece el artículo 20 de la CDN cuando establece que «los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencias especiales del Estado». Deberán proporcionarles, así, cuidados especiales. De la naturaleza de los mismos se ha ocupado extensamente el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 6 (2005) sobre trato a los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen, ya citada aquí. Entre los derechos que deben garantizarse al menor, de acuerdo con esta Observación General, estarían el derecho a la atención y el alojamiento<sup>(25)</sup>, el derecho a la educación<sup>(26)</sup>, el derecho a la atención sanitaria<sup>(27)</sup>, el derecho a un nivel de vida adecuado<sup>(28)</sup>, el derecho a no ser privado de la libertad de manera arbitraria<sup>(29)</sup>, el derecho a la residencia y al trabajo<sup>(30)</sup>, el

---

(25) Al respecto ha señalado el Comité de Derechos del Niño que debe permitirse al menor que llegue acompañado de parientes o los tenga en el país de acogida permanecer con éstos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor [cfr. el apartado 31 de la Observación General número 6 (2005)]. Es también una obligación específica impuesta por la CDN en relación con la atención que debe garantizarse al menor la de mantener una supervisión y evaluación periódicas por parte de personal debidamente cualificado para velar por la salud física y psicológica, la protección contra la violencia en el hogar o la explotación, y el acceso a la formación profesional y educativa.

(26) En virtud de los artículos 28, 29, 30 y 31 de la CDN, el Estado de acogida deberá garantizar el acceso permanente a la educación del menor extranjero no acompañado. Dicho acceso debe producirse de forma inmediata y en todo momento, con independencia de que el menor vaya a ser retornado con su familia o a una institución de tutela en su país de origen. El Comité de Derechos del Niño es particularmente exigente en este punto y ha establecido una serie de obligaciones específicas en este sentido. Ha afirmado así que deberá escolarizarse lo antes posible a los menores extranjeros no acompañados y que, además, estos tendrán derecho a mantener su identidad y sus valores culturales y, en especial, a conservar y cultivar su idioma nativo. El Estado deberá asegurarse igualmente de que el menor reciba los certificados escolares correspondientes, en los que deberá constar su nivel de educación: Cfr. el apartado 42 de la Observación General número 6 (2005).

(27) El artículo 24 de la CDN garantiza el derecho de los menores a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a los servicios destinados al tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El Comité de Derechos del Niño ha hecho hincapié en que, entre las medidas iniciales que se adopten en relación con un menor extranjero no acompañado, se encuentren las necesarias para evaluar todos los aspectos particulares de vulnerabilidad que se pudieran dar en el caso concreto. En especial, aquellos que se refieren a la salud, ya sea de índole física o psicosocial: Cfr. el apartado 40 de la Observación General número 6 (2005).

(28) En virtud de lo dispuesto en el artículo 27.1 de la CDN, los Estados parte deberán garantizarle al menor extranjero no acompañado un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. El apartado segundo especifica que dicha obligación incluye la de proporcionar asistencia material y programas de apoyo. En particular en lo que hace a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

(29) La CDN misma determina en su artículo 37.b) que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño deberán llevarse a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Debe tenerse en cuenta, además, que los órganos internacionales de protección de derechos humanos han interpretado como inadecuadas dichas medidas de internamiento, instando a los Estados a que las sustituyan disponiendo medidas alternativas y dando prioridad a esas medidas en su legislación (véase el apartado 44 del Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de 3 de agosto de 2009, ya citado aquí). Así, la decisión de internar a un menor extranjero no acompañado deberá motivarse de manera especial. Lo que incluiría la justificación de las razones por las que se decide no aplicar aquellas medidas alternativas. Además, el lugar de internamiento deberá ser adecuado y orientado a la protección integral del niño.

(30) El Comité de Derechos del Niño ha insistido en que en el caso de que proceda la integración del menor extranjero en el país de acogida, cuando el retorno al país de origen se revele imposible por razones jurídicas o de hecho, aquella deberá basarse en un régimen jurídico estable. Lo que incluye, en particular, la concesión de un permiso de residencia (cfr. el apartado 89 de la Observación General número 6 (2005)). En ese mismo sentido, y por la misma

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

derecho a solicitar y obtener asilo u otra forma de protección internacional<sup>(31)</sup> y el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso<sup>(32)</sup>.

Por su parte, la ya mencionada Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la línea de lo establecido en la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño, pone el acento en la necesidad de que los Estados de acogida arbitren medidas que posibiliten que los menores extranjeros no acompañados gozan de los derechos a la educación, a la asistencia sanitaria, al alojamiento, a no ser privado de libertad arbitrariamente y a no ser objeto de explotación. Por último, podemos citar también otros instrumentos no vinculantes que pretenden orientar la acción de los Estados en lo que hace al tratamiento del fenómeno de la emigración de menores extranjeros no acompañados. Entre ellos, las Directrices del ACNUR sobre Protección y Cuidado<sup>(33)</sup> y los Principios rectores inter-organizaciones en materia de menores no acompañados y separados<sup>(34)</sup>.

---

razón, debería garantizarse al menor extranjero no acompañado que contase con permiso de residencia el derecho a acceder al mercado de trabajo, si hubiese cumplido la edad legalmente exigible para ello, en los términos previstos al respecto en la legislación interna.

(31) En algunas ocasiones el menor extranjero no acompañado llega al territorio del Estado de acogida huyendo de una situación de persecución y buscando, en consecuencia, protección internacional en dicho territorio. En otras ocasiones dichos menores forman parte de los denominados flujos mixtos, integrados por migrantes económicos y personas necesitadas de esa protección internacional. El artículo 22 de la CDN establece al respecto que los Estados parte deberán adoptar las medidas que resulten adecuadas para que el menor que trata de obtener asilo reciba la protección adecuada. Los órganos internacionales de protección de derechos humanos han insistido en la necesidad de que el menor pueda solicitar y obtener asilo en esos casos en el país de acogida. En particular, los menores extranjeros no acompañados deben tener acceso al procedimiento de asilo. Dicho procedimiento deberá contar, además, con determinadas garantías y medidas de apoyo, habida cuenta de su particular vulnerabilidad. Así, deberá estar representado por un adulto que esté al corriente de sus antecedentes y que sea competente y capaz para representarle; tendrá acceso gratuito a un representante jurídico competente; sus solicitudes gozarán de prioridad y se procurará que sobre las mismas recaiga una decisión sin dilación alguna; tendrá derecho a ser oído y, en caso necesario, a un intérprete; si el relato del menor adoleciera de credibilidad se le concederá el «beneficio de la duda» y la posibilidad de recurrir la decisión [*cf.* los apartados 66-73 de la Observación General número 6 (2005)].

(32) En general, la situación de dependencia de los menores dificulta el acceso a los tribunales. Desde luego, esto también es así en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Por ello, el Comité insiste en la necesidad de que los Estados garanticen que los menores y sus representantes legales puedan recurrir a procedimientos eficaces y lograr, en el caso de que sus derechos hayan sido violados, una reparación adecuada «incluyendo una indemnización y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración» [*cf.* el apartado 24 de la Observación General número 5 (2003) del Comité de Derechos del Niño, relativa a las medidas generales de aplicación de la CDN (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)]. La Observación General está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>> — fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012—.

(33) Disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.acnur.org/biblioteca.pdf/0252.pdf>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(34) Disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.unhcr.org/4098b3172.html>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

### III. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS APLICABLES EN MATERIA DE ACOGIDA, PROTECCIÓN Y RETORNO

#### 1. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación constituye uno de los ejes sobre los que pivota el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos<sup>(35)</sup>. También, en consecuencia, de los derechos del niño. Así lo establece la CDN en su artículo 2.1<sup>(36)</sup>. Tal y como el Comité de Derechos del Niño ha tenido ocasión de poner de manifiesto en su Observación General número 6 (2005) este principio resulta aplicable a todos los aspectos del trato de los menores no acompañados o separados. Así, respecto a los menores extranjeros que entran en el territorio de un Estado, el Comité advierte de forma expresa que las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de la Convención no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de su jurisdicción. Además, el Comité recuerda que los Estados parte en la Convención deben aplicarla dentro de sus fronteras incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Así, la garantía de los derechos contemplados en la Convención es aplicable «a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración»<sup>(37)</sup>. Este principio prohíbe, en particular, la discriminación del menor extranjero separado o no acompañado por su condición de extranjero. Así, el Comité considera que el pleno respeto de este principio exige que todas las medidas que se tomen respecto de menores extranjeros no acompañados en materia de acogida, protección y retorno se apliquen de forma individual y nunca a un grupo de forma colectiva<sup>(38)</sup>.

---

(35) *Vid.* en general sobre el principio de no discriminación y la extranjería: EINARSEN, T. (1995): «Discrimination and Consequences for the Position of Aliens». *Nordic Journal of International Law*, vol. 64, pp. 429-452.

(36) En virtud del cual «(l)os Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales».

(37) *Cfr.* el párrafo 12 de la Observación General número 6 (2005).

(38) El Comité de Derechos del Niño ha manifestado en alguna ocasión su preocupación por el modo en el que España cumple con su obligación de respetar este principio en relación con determinados grupos de menores. Así, en sus Observaciones Finales al segundo informe presentado por España, el Comité llamó la atención sobre el hecho de que «el principio de no discriminación no se aplique plenamente en el caso de los niños de origen romaní, los hijos de trabajadores migrantes, en particular cuando no son legales, y los niños extranjeros no acompañados, especialmente con respecto al acceso a servicios adecuados de salud y educación» (la cursiva es mía). Por ello, el Comité requirió que España adoptase determinadas medidas para hacer efectivo el principio de no discriminación. En particular solicitó que supervisase la situación de los niños expuestos a la discriminación, en especial la de los grupos vulnerables mencionados, y que elaborase, basándose en los resultados de esa supervisión, estrategias globales que comprendan medidas específicas y selectivas a fin de eliminar todas las formas de discriminación» (*cfr.* los apartados 27 y 28 de las Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño a los Informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención —CRC/C/15/Add.185, 13 de junio de 2002—. Las Observaciones están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.185.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.185.Sp?OpenDocument)>.

### 2. La prevalencia del interés superior del menor

La obligación de los Estados de la Comunidad Internacional de atender al interés superior del menor se contiene en el artículo 3.1 de la CDN. Este precepto establece que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Se trata, en cualquier caso, y conviene advertirlo ya, de un concepto jurídico indeterminado<sup>(39)</sup> a cuya concreción han colaborado tanto el Comité de Derechos del Niño como los tribunales y la doctrina<sup>(40)</sup>.

Porque lo contrario supondría una vulneración del principio de no discriminación que acaba de examinarse, resulta evidente que esta obligación de atender, en todo caso, al interés superior del menor prevalece también en relación con las decisiones que se adopten respecto de los menores extranjeros no acompañados. Así lo ha entendido, desde luego, el Comité de Derechos del Niño. Este ha considerado condición previa para la efectividad de este principio que se permita al menor acceder al territorio del Estado en el que pretende entrar. Únicamente así será posible evaluar e identificar las necesidades del menor y decidir qué medidas serán las idóneas para respetar su interés superior<sup>(41)</sup>. Así, en opinión

---

fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). La cuestión seguía preocupando al Comité con ocasión del examen de los informes tercero y cuarto presentados por España y así lo hizo saber en sus Observaciones Finales a los mismos, de 3 de noviembre de 2010 (CRC/C/ESP/CO/3-4). En general, pidió a España que adoptase todas las medidas necesarias para dar curso a las recomendaciones que figuran en las Observaciones Finales sobre el segundo informe periódico que no se habían aplicado suficientemente. En particular, preocupa al Comité, por ejemplo, la falta de datos fiables sobre el número de menores extranjeros no acompañados presentes en el país, el hecho de que la normativa vigente en algunas Comunidades Autónomas no se ajusta plenamente a la CDN, la falta de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del menor y las diferencias existentes entre las Comunidades Autónomas respecto de la concepción y aplicación de este principio en los casos relativos a niños extranjeros no acompañados y las condiciones de alojamiento de los menores en los centros de emergencia situados en las Islas Canarias y Ceuta. Las Observaciones Finales están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs55.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(39) FREEMAN, M. (2007): «Article 3. The Best Interests of the Child». En: ALEN, A., VANDE LANOTTE, J., VERHELLEN, E., ANG, F., BERGHMANS, E. y VERHEYDE, M. (Eds.): *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, p. 2.

(40) El principio se incluía ya en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada mediante la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 1386 (XIV), de 20 de diciembre de 1959. El principio 2 de dicha Declaración establece que «el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del menor». El texto de la Declaración está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/14/ares14.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Sobre el concepto de «interés superior del menor» *vid.*: ALSTON, Ph. (1994): «The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights». En: ALSTON, Ph.: *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 1-25.

(41) Tiene consecuencias particularmente relevantes en este punto la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) de 23 de febrero de 2012, dictada en el asunto *Hirsi Jamaa y otros* contra Italia. En la misma, el Tribunal ha considerado contraria a los artículos 3 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), y 4 del Protocolo número 4 al citado Convenio, la devolución forzosa de un grupo de nacionales eritreos y somalíes a Libia realizada por barcos de la policía y del servicio de guardacostas de Italia que interceptaron a los inmigrantes en alta mar. Es sabido, de una parte, que

del Comité, «la determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección»<sup>(42)</sup>.

En relación con los menores extranjeros no acompañados resulta particularmente relevante preguntarse en qué sentido juega este principio en lo que hace a la adopción de la decisión de reagrupar o retornar al menor a su país de origen. Dado que centraremos en esta cuestión el siguiente epígrafe de este trabajo, baste señalar ahora que la regulación internacional a la que hemos hecho referencia aquí parece asumir que el interés superior del menor pasa por su reagrupación familiar en su país de origen o residencia habitual. Ello puede no ser así, sin embargo, y es por ello que dicha decisión exige una evaluación caso por caso como único modo de respetar en todos los supuestos el interés del menor extranjero no acompañado de que se trate. De este modo, el Estado parte en la CDN debe asegurarse de que el procedimiento a través del cual se decide el retorno del menor sirve para determinar si procede dicha reagrupación o si, en su caso y de no ser así, se estaría vulnerando dicho interés en caso de que el menor fuese retornado a su país de origen o residencia habitual para quedar al cuidado de las autoridades cuando el retorno con su familia resultase desaconsejable.

Cabe descartar, en mi opinión de modo claro, la identificación del interés superior del menor con su voluntad. Lo que no significa, y esta sí es una obligación internacional que incumbe a los Estados parte en la CDN, que a la hora de tomar la decisión no deba tenerse en cuenta la opinión del menor. En este sentido, el Derecho internacional impone la obligación de darle audiencia —de que el menor sea oído, en definitiva— en el marco del procedimiento interno que se incoa para decidir acerca de su retorno o permanencia en el país de acogida y no bastaría, por tanto, con oír a la entidad que tutela sus intereses. Así, el artículo 12 de la CDN es claro al imponer a los Estados parte la obligación de garantizar «al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta» aquella, en función de su edad y madurez. En particular, añade este artículo, deberá darse al niño la oportunidad de ser oído en todo procedimiento judicial o adminis-

---

muchos de los menores extranjeros no acompañados que llegan a territorio europeo (desde luego, es así en el caso de España) lo hacen en embarcaciones que pretenden la entrada irregular por vía marítima. Hay que tener en cuenta, de otra parte, que, en el marco de la política común de inmigración de la UE, se vienen desarrollando desde hace unos años operaciones de patrullaje conjunto en las costas africanas —de las que provienen buena parte de esas embarcaciones— con el objeto de impedir la salida, y eventual llegada, de las mismas. Ya he defendido en otra parte que se trata de medidas de devolución colectiva y que, en ese sentido, tienen las mismas consecuencias que las expulsiones colectivas por lo que cabe considerarlas prohibidas por el Derecho internacional: PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012): *Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 166-167. La sentencia dictada por el TEDH en el asunto *Hirsi Jamaa* viene a confirmar esa conclusión. La sentencia está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage\\_en](http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_en)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Un comentario «de urgencia» sobre esta sentencia es el de MESSINEO, F. (2012): «Yet another mala figura: Italy breached non-refoulement obligations by intercepting migrants' boats at sea, says ECtHR», disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.ejiltalk.org/yet-another-mala-figura-italy-breached-non-refoulement-obligations-by-intercepting-migrants-boats-at-sea-says-ecthr/>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(42) Cfr. el párrafo 20 de la Observación General número 6 (2005).

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

trativo que le afecte «ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado»<sup>(43)</sup>.

De cómo el procedimiento previsto en Derecho interno recoja esa y otras obligaciones dependerá, en definitiva, la correcta valoración del interés superior del menor a la hora de decidir sobre su retorno o permanencia en el país de acogida<sup>(44)</sup>. Un retorno que, en todo caso, deberá respetar los límites impuestos por el principio de no devolución, del que nos ocupamos a continuación.

### 3. El principio de no devolución

La decisión de expulsar o retornar al extranjero, también cuando es menor no acompañado, será contraria al principio de no devolución (*non refoulement*) cuando implique que retorna a un país donde su vida, libertad o seguridad corren peligro. La obligación de asegurarse de que esto no es así deriva de una norma de Derecho internacional general de naturaleza imperativa que ha sido incorporada en varios instrumentos convencionales de derechos humanos<sup>(45)</sup>. De hecho, el Comité de Derechos del Niño, en su observación número 6 (2005), establece que en el marco del trato adecuado de los menores no acompañados o separados los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, del Derecho humanitario y el relativo a los refugiados y, en particular, deben atenerse a las obligaciones recogidas en el artículo 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el artículo 3 de la Convención contra la Tortura<sup>(46)</sup>. Cabe añadir en el ámbito europeo, debido fundamentalmente a la interpretación que del mismo ha hecho el TEDH, el artículo 3 del CEDH<sup>(47)</sup>. Como ya se ha dicho, en virtud de estas disposiciones, los Estados no podrán acordar ninguna decisión de retorno o expulsión cuando esté el peligro la vida, la libertad o la seguridad de la persona objeto de dicha medida.

Esa obligación se deduce también, en opinión del Comité de Derechos del Niño, de determinadas disposiciones de la CDN. Así, en lo que hace a los menores extranjeros no acompañados, el principio de no devolución obliga al Estado a no retornar al menor cuando existan motivos racionales para pensar que en el territorio del país al que es retornado existe un peligro real de que sufra un daño irreparable. En este punto, el Comité pone especial

---

(43) Este artículo ha sido objeto de una Observación General en 2009 por parte del Comité de Derechos del Niño (CRC/C/GC/12). Está disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(44) Ya hemos recordado aquí (*vid. supra*, nota 38) que el Comité de Derecho del Niño se ha mostrado preocupado por la ausencia en España de un proceso uniforme para determinar lo que constituye el interés superior del menor.

(45) Para un análisis de los mismos *vid.*: PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012): *Migraciones irregulares y Derecho Internacional...*, *cit.*, p. 102 y ss.

(46) *Cfr.* el párrafo 26 de la Observación General número 6 (2005).

(47) Sobre esta jurisprudencia *vid.*: CHUECA SANCHO, A.G. (1998): *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*. Zaragoza: Egado Editorial; LAMBERT, H. (2007): *La situation des étrangers au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. Estrasburgo: Consejo de Europa, y MOWBRAY, A. (2007): *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, p. 172 y ss.

énfasis en que dicho traslado no suponga un riesgo para el menor de sufrir una vulneración de los derechos contemplados en los artículos 6 (derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo) y 37 (derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes y a no ser privado de la libertad ilegal o arbitrariamente) de la Convención. Y resulta particularmente relevante poner de manifiesto que el Comité ha interpretado que estas obligaciones resultan aplicables «con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción». No procederá, por tanto, la reagrupación familiar cuando exista un riesgo fundado de que el menor pueda sufrir alguna de las violaciones antedichas derivadas de acciones o inacciones que se den en el entorno familiar. En consonancia con lo ya señalado aquí en relación con la necesidad de que cada caso sea evaluado de manera individual, como único modo de garantizar el interés superior de cada menor, el examen del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género del menor y «tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios»<sup>(48)</sup>.

#### IV. RETORNO Y ALTERNATIVAS AL RETORNO: LA BÚSQUEDA DE «SOLUCIONES DURADERAS»

Vamos a examinar en este epígrafe las diferentes soluciones duraderas que cabe articular en relación con la situación del menor extranjero no acompañado que se encuentra ya en el país de acogida<sup>(49)</sup>. Como ya se ha puntualizado, el análisis que aquí se realiza parte de la consideración de que la permanencia en el territorio de dicho Estado del menor extranjero no acompañado no es siempre y en todo caso la única solución compatible con la salvaguarda de su interés superior. Como tampoco lo es, siempre y en todo caso, el retorno a su país de origen, ya sea con su familia (reagrupación familiar), ya sea bajo la tutela de una autoridad pública. Todas las posibles soluciones, y vamos a referirnos a ellas someramente a continuación, deben analizarse en cada caso. La búsqueda de una adecuada solución duradera debe ser, en cualquier caso, una prioridad para el Estado de acogida.

Al examinar las consecuencias de la aplicación en este marco del principio de no devolución, ya hemos aclarado los límites que marca el DIDH en relación con la facultad del Estado de acogida de adoptar una decisión definitiva respecto del menor. Deberá tener en cuenta, así, respecto de cada menor, la situación en la que quedará aquel una vez ejecutada dicha decisión. Lo que implica que las autoridades del país de acogida deben asegurarse de que ninguna decisión adoptada por él, incluida la de retornar al menor con su familia o a una institución de tutela en el país de origen, pone en peligro su vida, su libertad o su

---

(48) Cfr. el párrafo 27 de la Observación General número 6 (2005).

(49) Además de las aquí propuestas, debe tenerse en cuenta que el menor puede ser merecedor de asilo o cualquier otra forma de protección internacional. Sobre esta cuestión *vid.*, por todos: GOODWIN-GILL, G.S. (2005): «Unaccompanied Refugee Minors. The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions». *The International Journal of Children's Rights*, núm. 3, pp. 405-416.

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

seguridad. Cabría considerar, en este sentido, que dicha obligación incluye la adopción de alguna medida de seguimiento o «comprobación»<sup>(50)</sup>.

### 1. El retorno del menor extranjero no acompañado al país de origen o residencia: retorno voluntario y retorno forzoso

La decisión sobre cuál deba ser la solución duradera respecto del menor extranjero no acompañado que se encuentra en el país de destino debe adoptarse, por tanto, de acuerdo con un procedimiento que permita efectivamente tomar en consideración cuál es el interés superior del menor en cada caso. Dicha procedimiento debe preverse en la legislación interna de aquel Estado y debe incorporar aquellas salvaguardas que resulten necesarias para la consecución de tal propósito. De nuevo, el DIDH restringe la soberanía del Estado. Se quiere insistir aquí en que dicha restricción no se refiere únicamente al contenido de dicha decisión. Para que desde el punto de vista material resulte posible adoptar la decisión que mejor proteja el interés superior del menor será necesario que desde un punto de vista procedimental se prevean determinadas garantías.

En el caso del ordenamiento jurídico español, la tramitación del procedimiento debe ajustarse ahora a lo previsto en el artículo 35 de la LOEX<sup>(51)</sup>. El apartado quinto de este artículo impone a la Administración General del Estado la obligación de oír al menor extranjero no acompañado en el marco del procedimiento que se sigue para decidir sobre su retorno o permanencia en España. Esa misma obligación se recoge, de nuevo en el ámbito interno, en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996<sup>(52)</sup>, que establece que aquel «tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social».

Se da cumplimiento así a lo establecido en el artículo 12 de la CDN, ya citado aquí<sup>(53)</sup>. Tal y como se ha dicho ya, en su Observación General relativa a este artículo el Comité de Derechos del Niño ha realizado una serie de precisiones que resultan plenamente aplicables en este contexto. Así, la correcta garantía del derecho contenido en este artículo implica que el Estado parte debe adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que el menor expresa su opinión libremente. Esto es, de un lado, sin presiones indebidas y con-

---

(50) Así parece entenderlo el artículo 35.2 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 versión dada por la reforma operada a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 177, de 23 de julio de 2009) —en adelante, LOEX— cuando dispone que «las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos».

(51) En lo no previsto en la LOEX se aplicará lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(52) De 15 de enero, de protección jurídica del menor. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

(53) *Cfr.*, en el mismo sentido, las Resoluciones número 1, relativa al acceso a la Justicia de los emigrantes y de los demandantes de asilo, y número 2, relativa a la Justicia adaptada a los niños, aprobadas con ocasión de la 28.ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Lanzarote en octubre de 2007. Estas están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.coe.int>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

tando con toda la información necesaria sobre las cuestiones que serán examinadas durante la audición, las opciones que se le ofrecen, las decisiones que podrían ser adoptadas y sus consecuencias<sup>(54)</sup>. De otro lado, ello deberá ser posible respecto de todos los asuntos que le interesen, lo que ha sido interpretado por el Comité en un sentido muy amplio<sup>(55)</sup>. En estas condiciones, el menor deberá poder ser oído en el marco de cualquier procedimiento administrativo o judicial que le afecte. El Comité cita de manera expresa, entre estos procedimientos, aquellos previstos para adoptar las decisiones que sean pertinentes respecto de los menores extranjeros no acompañados<sup>(56)</sup>. Aunque el artículo 12 de la CDN establece, como sabemos, la posibilidad de que el menor sea oído, bien directamente, bien por medio de un representante, el Comité recomienda darle, cada vez que sea posible, la oportunidad de ser oído directamente<sup>(57)</sup>.

Debe tenerse en cuenta, finalmente, que el retorno, en cualquiera de sus manifestaciones, requiere de la colaboración del país de origen. Y ello en varios sentidos. De una parte porque la información que proporcione acerca de los antecedentes sociales y familiares del menor resultará esencial para conocer la situación en la que se encontrará aquel una vez retornado al país de origen. De otra, porque se requerirá la documentación del menor para que, una vez decidido dicho retorno, el mismo pueda materializarse. Sólo contando con dicha cooperación el Estado de acogida podrá adoptar y ejecutar la decisión que mejor se adecúe al interés superior del menor. Cabría deducir de ello que la negativa a cooperar, en cualquiera de esos dos sentidos, en la medida que puede impedir la adopción o ejecución de aquella decisión, supondría una vulneración de la obligación que incumbe también al país de origen del menor de atender a su interés superior en relación con la adopción de cualquier medida de tipo legislativo, administrativo o judicial.

#### A) *Retorno con la familia*

Los instrumentos internacionales adoptados con la finalidad de promover y proteger los derechos de los niños tienden a identificar la reagrupación familiar de los menores que se encuentran separados de sus familias con su interés superior. El Comité de Derechos del Niño ha afirmado, así, que de acuerdo con un criterio basado en los derechos, la búsqueda de una solución duradera comienza con un análisis de las posibilidades de reagrupación familiar<sup>(58)</sup>. Se trata, sin embargo, de una identificación que no resulta acertada en todos los casos. Esto es, no siempre la reagrupación familiar redundará en el interés superior del menor. En particular, no lo será en aquellos supuestos en los que son los propios familiares del menor, a menudo sus padres, los que le fuerzan a —o presionan para— emigrar con el objeto de propiciar una eventual reagrupación familiar en el país de acogida<sup>(59)</sup> o para que

---

(54) Cfr. los apartados 22-25 de la Observación General.

(55) *Ibidem*, apartado 26.

(56) *Ibidem*, apartados 32, 67 y 123-124.

(57) *Ibidem*, apartado 35.

(58) Cfr. el apartado 79 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño.

(59) *Vid.*, en este sentido: BABA, N. (2006): *Mineurs marocains non accompagnés: Quelle réalité pour le retour?* Miren Project, Robert Schumann Centre for Advanced Studies. El trabajo está disponible en la siguiente dirección elec-

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

encuentren en el mismo un empleo y remitan a casa una parte del salario<sup>(60)</sup>. También puede desaconsejar la reagrupación familiar el hecho de que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando haya riesgo de que la misma se traduzca en la violación de los sus derechos humanos fundamentales<sup>(61)</sup>.

Hay que tener en cuenta, finalmente, que la reagrupación familiar en el país de origen no es la única alternativa posible<sup>(62)</sup>. Habrá que tener en cuenta aquí lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la CDN respecto de la posibilidad de adoptar una decisión sobre la reagrupación familiar en el territorio del Estado de acogida. En este sentido, el artículo 10.1 de la Convención obliga al Estado parte a atender toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en su territorio o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares<sup>(63)</sup>.

### *B) La acogida en una institución de tutela del país de origen o residencia del menor*

Teniendo en cuenta todo lo dicho sobre el principio de no devolución, que resulta aquí plenamente aplicable, puede redundar en el interés superior del menor el retorno a su país de origen o residencia para ser tutelado en una institución de acogida. Para determinar dicha circunstancia, el Estado de acogida, antes de tomar la decisión de retornar al menor, deberá tener en cuenta que se cumplen determinadas condiciones. Así, deberá asegurarse en particular de que la seguridad personal, pública y socioeconómica que encontrará el niño a su regreso es adecuada y de que existen mecanismos para la atención individual del menor y deberá tener en cuenta, además de su opinión, su nivel de integración en el país de acogida y el periodo de ausencia del país de origen<sup>(64)</sup>.

## 2. Las alternativas al retorno

### *A) La procedencia de la integración en el país de acogida*

En el caso de que se decida que el retorno con la familia o a una institución de tutela en el país de origen o de residencia del menor no redunde en su interés superior, o es imposible por una razón jurídica o de hecho, procederá su permanencia en el territorio del Estado de

---

trónica: <<http://www.mirem.eu/recherche/rapports>> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Afirma esta autora al respecto que «es importante subrayar que ciertos padres pueden ser cómplices de la migración ya sea porque animan al menor a hacerlo o porque financian ellos mismos los gastos que ocasiona esta aventura. Los padres pueden tácitamente consentir cuando están al corriente del proyecto migratorio de su hijo y no intervienen para disuadirlo» (p. 6).

(60) Véase el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de 3 de agosto de 2009, apartado 40.

(61) Y ello en aplicación del principio de no devolución. Cfr. los apartados 81 y 82 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño.

(62) *Ibidem*, apartado 83.

(63) Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta también la jurisprudencia del TEDH dictada sobre la base del artículo 8 del CEDH, que protege el derecho a la vida privada y familiar. Sobre la misma *vid.*: RUIZ LEGAZPI, A. (2012): *La expulsión de menores extranjeros...*, *cit.*, p. 101 y ss.

(64) Cfr. los apartados 84 y 88 de la Observación General número 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño.

acogida. Ya hemos dicho aquí que dicha integración deberá basarse en un régimen jurídico estable, lo que implicaría la concesión de un permiso de residencia y, en su caso, trabajo. Además, deberá garantizarse que el menor que permanece en el país de acogida goza de todos los derechos reconocidos en la CDN. En particular, se garantizará que tiene acceso a los mismos derechos (educación, formación, empleo y asistencia sanitaria) que los nacionales. En cualquier caso, y una vez decidida la permanencia del menor en el país de acogida, deberá realizarse una evaluación de su situación y necesidades antes de adoptar una decisión definitiva sobre la forma en que dicha integración va a producirse<sup>(65)</sup>.

#### *B) El reasentamiento en un tercer país*

El reasentamiento en un tercer país debe ser considerado una solución duradera únicamente si el retorno en el país de origen no es posible y la integración en el país de acogida no redundan en el interés superior del menor. Será particularmente adecuado si favorece la reagrupación familiar en el país de reasentamiento o es el único medio para proteger de manera efectiva al menor contra la devolución o la persecución o cualquier otra forma de vulneración grave de los derechos humanos en el país de acogida. Por el contrario, el reasentamiento no debe llevarse a cabo si pone en riesgo o menoscaba las posibilidades de una futura reagrupación familiar en el país de origen o de acogida.

#### *C) La adopción internacional*

La adopción del menor, una vez que se ha verificado que el mismo es adoptable, deberá respetar lo establecido en el artículo 21 de la CDN y en los instrumentos internacionales pertinentes. Así, los intentos de localizar a sus padres deben haber resultado infructuosos o aquellos deben haber dado su consentimiento, libre e informado, para la adopción. De hecho, si existe una esperanza razonable de que la familia sea localizada y si la reagrupación con aquella redundan en interés superior del menor, no deberá considerarse la adopción como solución duradera a la situación del menor extranjero no acompañado. Por supuesto, resultan vinculantes también en este contexto las obligaciones de actuar exclusivamente en interés superior del menor y de escuchar su opinión sobre la posible adopción. Además, el Comité de Derechos del Niño ha considerado que debe darse prioridad a la adopción por parte de parientes en el país de residencia y, si ello no fuese posible, a la adopción en el seno de la comunidad de procedencia del menor o «al menos» dentro de su propia cultura<sup>(66)</sup>.

## V. LAS RESPUESTAS DE LA UNIÓN EUROPEA AL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

### **1. La fragmentación del marco normativo aplicable**

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha supuesto la incorporación al Derecho originario de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. A los derechos del menor se

---

(65) *Ibidem*, apartado 90.

(66) *Ibidem*, apartado 91.

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

refiere su artículo 24<sup>(67)</sup>. Desde luego, los derechos que garantiza deben también hacerse efectivos en el caso de los menores extranjeros no acompañados. Y debe servir, por ello, de parámetro de legalidad de la acción que la UE despliegue en este ámbito.

Por lo demás, conviene comenzar poniendo de manifiesto que la cuestión de la migración de menores extranjeros no acompañados ha sido objeto de una atención escasa y fragmentada en el ámbito de la UE. La cuestión no se ha abordado desde una perspectiva integral. Tal y como se ha señalado en la introducción de este trabajo, ha sido el Programa de Estocolmo el primero de los programas plurianuales que marcan los objetivos del denominado espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE que se ocupa de ella. Esto es, la primera ocasión en la que la gestión de este fenómeno se constituye en elemento propio de la política común de inmigración.

Hasta ese momento, la situación de los menores extranjeros no acompañados se había particularizado, en primer lugar, en el ámbito del régimen común de asilo. El artículo 30 de la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida<sup>(68)</sup>, se refiere a la situación de este colectivo. Establece, en concreto, la obligación de asegurar su representación mediante la tutela legal y algunas condiciones que deberá respetar la acomodación en el país de destino y el procedimiento de reagrupación familiar, cuando proceda. Por otro lado, y también en el ámbito del sistema europeo de asilo, el Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, por el que se establecen criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país<sup>(69)</sup> establece criterios para determinar quién es el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de un menor no acompañado. Así, el artículo 16.3 prevé la obligación de los Estados miembros de reunir al solicitante de asilo menor no acompañado con aquel familiar o familiares que tenga en un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra, salvo que ello no redunde en su interés superior. La existencia de un miembro de la familia del menor en un Estado miembro es, por tanto, el criterio que utiliza el Reglamento para determinar la responsabilidad de este de examinar la solicitud de asilo. Hay que tener presente, en este punto, que en virtud del artículo 2.i) de del Reglamento se considera miembro de la familia del menor, siempre que no esté casado, únicamente a su padre, madre o tutor.

Fuera del ámbito del asilo, debe citarse la Resolución del Consejo 97/C 221/03 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países<sup>(70)</sup>. Desde una perspectiva

---

(67) Este dispone lo siguiente: «1. Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses».

(68) Diario Oficial, Serie L, núm. 304, de 30 de septiembre de 2004.

(69) Diario Oficial, Serie L, núm. 50, de 25 de febrero de 2003.

(70) De 26 de junio de 1997. Diario Oficial, Serie C, núm. 221, de 19 de julio de 1997.

exclusivamente securitaria, la Resolución pretende, según prevé su artículo 1.3, el establecimiento de «directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida, permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables». El artículo 5 establece en su apartado primero que «cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, éste sólo podrá devolverlo al país de origen o un país tercero dispuesto a admitirlo cuando a su llegada se reúnan en éstos las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. De ello podrán encargarse los padres u otros adultos que cuiden de él, así como órganos estatales o no estatales».

Se refiere también al retorno de los menores no acompañados la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular<sup>(71)</sup>. El artículo 10 de la Directiva establece, respecto del retorno y la expulsión de los menores no acompañados, que antes de adoptar la decisión se proporcionará al menor la asistencia de las autoridades competentes, con la debida consideración a su interés superior. Prevé, además, que antes de expulsar al menor no acompañado de su territorio, el Estado miembro deberá cerciorarse de que el mismo será retornado con un miembro de su familia, su tutor legal, o a centros apropiados en el país de retorno. No establece nada, sin embargo, sobre cómo deberá el Estado miembro asegurarse de que eso es así en la práctica. Se trata de una cuestión que deberá desarrollar, por tanto, la norma nacional de transposición. La Directiva permite, igualmente, la posibilidad de privar de libertad al menor no acompañado «como medida de último recurso» y únicamente durante el menor periodo que se considere apropiado.

En el ámbito, más específico, de la trata de seres humanos, presta una atención especial a los menores extranjeros no acompañados víctimas del citado fenómeno la reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo<sup>(72)</sup>. Su artículo 16 detalla una serie de obligaciones que incumben al Estado miembro en cuyo territorio se haya el menor extranjero no acompañado víctima de la trata y que se suman a las previstas, para todos los menores, en el artículo 14: la asistencia y el apoyo que le presten debe tener en cuenta sus circunstancias personales y particulares; se nombrará, cuando proceda, un tutor, y/o un representante de sus intereses en las instrucciones y los procedimientos penales en curso y en el que el menor participe en condición de víctima; y se hallará una solución duradera basada en el interés superior del menor.

Fuera del entramado normativo que conforma el espacio de libertad, seguridad y justicia, debe mencionarse también la Comunicación de la Comisión titulada «Un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE»<sup>(73)</sup>, que incorpora un Plan de Acción

---

(71) Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008. Diario Oficial, Serie L, núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

(72) Diario Oficial, Serie L, núm. 101, de 15 de abril de 2011.

(73) COM (2008) 367 final. El texto de la Comisión está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://europa.eu/documentation/index\\_es.htm](http://europa.eu/documentation/index_es.htm)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

para la Unión en este ámbito y se refiere a los menores extranjeros no acompañados. Su objeto es, en definitiva, el establecimiento del marco «de un amplio enfoque de la UE relativo a la protección y la promoción de los derechos del niño en los terceros países». Resulta decepcionante, por ello, que sólo se refiera a los menores no acompañados como prioridad en el ámbito de la ayuda humanitaria. Hubiese sido deseable una mayor amplitud de miras, en particular a partir de la inclusión de todas las manifestaciones del fenómeno de la emigración de menores extranjeros no acompañados en la estrategia de cooperación al desarrollo de la UE. La Comunicación se refiere a él, sin embargo, únicamente para vincularlo a las situaciones de conflicto<sup>(74)</sup>. Dado que son variadas, y muy complejas, las razones que impulsan o favorecen la emigración de menores sin compañía, la UE, como continente de acogida de este tipo de inmigración, debería incorporar a su estrategia de desarrollo la erradicación de todas ellas. Como a continuación veremos, así lo establece el Plan de Acción que la Comisión Europea aprobó en 2010.

### **2. La acción desplegada por la Unión Europea a partir del Programa de Estocolmo: la puesta en marcha del Plan de Acción**

El Plan de Acción de la Comisión busca, como ya se ha dicho, el establecimiento de una estrategia integral de la UE en el ámbito de la prevención del fenómeno de migración de menores no acompañados y su protección. Para ello se considera fundamental contar con datos completos, fiables y comparables. El objetivo sería conseguir unas estadísticas armonizadas y completas que hagan referencia a todos los menores no acompañados. Además, la Comisión considera que deben mejorarse los intercambios de información y de datos entre los Estados miembros de la UE. Para ello, pueden servir de ayuda determinadas agencias y redes existentes, tales como la Red Europea de Migraciones y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. Del mismo modo, resulta necesario mejorar la cooperación con los países de origen y de tránsito. Se obtendrá así una mejor información sobre las rutas de migración y las redes delictivas.

En el ámbito de la prevención, en segundo lugar, deben valorarse todos los factores que propician que los menores abandonen sus países de origen. De nuevo, vuelve a ser esencial la colaboración de los países de origen y de tránsito. Un enfoque preventivo exige para la Comisión Europea trabajar en cuatro áreas que considera principales a estos efectos. Se trataría, en primer lugar, de abordar la cuestión en otros ámbitos políticos distintos del migratorio, tales como la cooperación al desarrollo, la reducción de la pobreza, la educación, la salud y los derechos humanos. Se debería, en segundo lugar, promover actividades específicas de sensibilización y formación que faciliten la identificación y protección tempranas de las víctimas y, en tercer lugar, promover actividades de sensibilización sobre los

---

(74) Se afirma, en este sentido, que «en los países en los que estallaré pronto un conflicto, aquellos que ya lo están padeciendo o los que han empezado a recuperarse tras padecer uno, a menudo se ignoran y no se reconocen las necesidades de los niños y sus derechos son violados regularmente. Se recurre a la ayuda humanitaria en el caso de las crisis humanitarias derivadas de catástrofes naturales cuando los Gobiernos se ven desbordados por los acontecimientos o no tienen la posibilidad o la voluntad de actuar. La ayuda humanitaria girará, en particular, sobre tres aspectos esenciales de las crisis y situaciones de emergencia: (a) *los niños separados de sus familias y los niños no acompañados*, (b) *los niños reclutados por las fuerzas y grupos armados*, (c) *la educación de los niños en situaciones de emergencia*». La cursiva es mía.

riesgos asociados a la migración irregular, dirigidas a específicamente a los menores y sus familias. Por último, la Comisión considera esencial apoyar el desarrollo de amplios sistemas de protección de la infancia y de sistemas de registro de nacimientos.

En cualquier caso, y cuando falla la prevención, la Comisión es consciente de la obligación que incumbe a la UE y sus Estados miembros de proporcionar protección adecuada a los menores no acompañados que llegan a su territorio. Para ello, considera necesario terminar con la dispersión normativa existente en este ámbito y con el desigual nivel de acogida y asistencia previstas en cada uno de los instrumentos mencionados. Entre las garantías mínimas a este respecto, estarían la designación de un representante para cualquier menor no acompañado, la separación de los menores de los adultos para evitar que vuelvan a convertirse en víctimas y la acomodación en alojamientos adecuados. Además, la detención únicamente debería emplearse en casos excepcionales.

Por último, el Plan de Acción se ocupa de las soluciones duraderas, que deberán basarse en la evaluación caso por caso, teniendo presente el interés superior del menor. Entre estas estarían el retorno y la reintegración al país de origen, dando preferencia al retorno voluntario, la concesión de protección internacional «o de otro estatuto jurídico», la integración en el país acogida y el reasentamiento en un Estado de la UE.

Estamos ante un Plan verdaderamente ambicioso. Las medidas propuestas en él por la Comisión Europea son de diversa naturaleza (operativa, legislativa, de ámbito interno y exterior) e involucran a los Estados miembros, a buena parte de las Instituciones de la UE y a otros órganos como Europol, FRONTEX o la Oficina Europea de Apoyo al Asilo. Su ejecución, que fue evaluada por primera vez por la Comisión a mediados de 2012<sup>(75)</sup>, requiere del esfuerzo y el compromiso político de todos.

Inmediatamente después de la aprobación del Plan de Acción el Consejo de Ministros de la UE, en su formación de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, aprobó en su reunión celebrada el 3 de junio de 2010 unas *Conclusiones sobre menores no acompañados* en la que se enumeran las medidas que Estados miembros, Instituciones de la Unión y terceros países deberán adoptar para afrontar este fenómeno<sup>(76)</sup>. Además de ello, la Comisión valora del siguiente modo los avances producidos durante los dos primeros años de implementación del Plan de Acción<sup>(77)</sup>:

«The common EU approach has enabled more effective cross-cutting policy reflections on how to address the situation of children, regardless of their migratory status, and has facilitated discussions among EU institutions, national authorities, inter-governmental and nongovernmental organisations in different policy arenas, allowing enhanced exchange of

---

(75) La evaluación está disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/uam/uam\\_report\\_20120928\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/uam/uam_report_20120928_en.pdf)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012).

(76) Las Conclusiones están disponibles en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/fr/jha/114888.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/jha/114888.pdf)> (fecha de consulta: 1 de noviembre de 2012). Las mismas acuerdan la adopción de medidas en cinco grandes apartados: mejora de los datos, prevención de la migración insegura y de la trata de seres humanos, recepción y garantías procedimentales, cooperación con terceros países y retorno y reintegración en el país de origen.

(77) *Cfr.* las conclusiones lanzadas por la Comisión en su primera evaluación de la implementación del Plan de Acción, ya citada.

## II. MIGRACIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

---

knowledge and practices concerning unaccompanied minors. The common EU approach ensured that greater prominence was given to funding measures to address the situation of those children. The explicit recognition of the best interests of the child as the guiding principle has contributed to provisions that ensure increasing protection in the new EU legislative instruments for this particularly vulnerable group of migrants.

The arrival of unaccompanied children on EU territory is not a temporary development, but a long-term feature of migration into the EU. There is and will continue to be a need for a common EU approach to unaccompanied minors in order to continue to respond effectively and in full respect of the rights of the child to this complex and transnational challenge at both national and European level.

During the past two years, the Commission has paid particular attention to ensuring better coordination and consistency among the various legislative, financial and policy instruments relating to unaccompanied children. The actions implemented have contributed to the improvement of data collection, the prevention of unsafe migration and trafficking, the protection of children once they are in the EU and the identification of durable solutions».

La principal conclusión de la Comisión, sin embargo, es que las tareas pendientes superan con mucho a las ya realizadas.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

El DIDH ha particularizado la situación jurídica en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados, imponiendo a los Estados que ejercen jurisdicción sobre ellos una serie de obligaciones que derivan de la especial vulnerabilidad en la que se encuentran y de la necesidad de actuar, en cualquier caso, en su interés superior. Las obligaciones que, en general, han asumido los Estados parte en los tratados internacionales que resultan de aplicación han sido así interpretadas por los órganos de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. En esta línea, han sido destacadas aquí las obligaciones impuestas por la CDN. También el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, ya en el ámbito de la protección extraconvencional, se ha referido a la situación de los niños en el contexto de la migración y a las obligaciones que el Derecho internacional impone a los Estados respecto de aquellos. En conjunto, puede decirse que el cumplimiento de estas obligaciones conllevaría la necesidad de incorporar en las políticas de gestión de la migración un enfoque compatible con los derechos del niño que satisfaga el objetivo de lograr la protección integral de sus derechos<sup>(78)</sup>. Puede hablarse, junto a ello, de una obligación de cooperar internacionalmente en la prevención y, en definitiva, en la erradicación del fenómeno de la emigración de menores extranjeros no acompañados.

En esa línea debe ir desde luego la acción de la UE dirigida a poner en marcha el Plan de Acción aprobado por la Comisión Europea para los años 2010-2014. El enfoque integral que se pretende en él debe sustentarse, de modo insoslayable, sobre las obligaciones

---

(78) Véase el Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/64/213), apartados 25 y 28-30.

impuestas por el DIDH que incumben a la UE y sus Estados miembros. No puede dejar de ponerse de manifiesto, sin embargo, que a pesar de las afirmaciones contenidas en el Plan de Acción respecto del compromiso de la Organización con los derechos humanos del menor, algunas de las medidas adoptadas hasta ahora en el ámbito de la política común de inmigración permiten ponerlo en duda. Es el caso, por ejemplo, de la denominada Directiva de retorno, que sólo a duras penas pasaría el test impuesto por los órganos de protección internacional de derechos humanos en lo que hace, al menos, al internamiento de menores. O de las operaciones de patrullaje conjunto en las costas de terceros países, que se han consagrado ya como un mecanismo estable en el marco de la UE y que, al impedir la salida de embarcaciones en las que pueden viajar menores extranjeros no acompañados de los países de origen, estarían impidiendo el acceso de aquellos a una protección que, ya lo hemos visto, les es debida.

Son muchos y muy complicados los desafíos a los que la UE se enfrenta en este ámbito. Afrontarlos requerirá no caer en la tentación de hacer primar la seguridad y el control eficaz de la inmigración irregular a toda costa y colocar los derechos humanos de estos menores en el centro del discurso y de cualquier medida que se adopte.

# III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES: RECOMENDACIONES Y POLÍTICAS

DARÍA TERRÁDEZ SALOM

*Investigadora en Derechos Fundamentales y Extranjería, Universidad de Valencia*

## RESUMEN

### **El Consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones y políticas**

El presente trabajo pretende aproximarse a las políticas de integración de los extranjeros a través de las recomendaciones realizadas por el Consejo de Europa. Esta institución, así como sus recomendaciones y la normativa sobre derechos fundamentales ratificada por los Estados miembros, sobre todo en referencia a los de la Unión Europea, es ignorada a la hora de desarrollar políticas de integración, fundamentadas estas en una política veladamente asimilacionista. No deberíamos obviar los principios fundacionales del Consejo de Europa que son la base de sus actuaciones normativas y de sus políticas, máxime cuando de personas se trata. Asimismo, el presente trabajo pretende ser una llamada de atención sobre el peligro que las políticas de integración actuales conllevan, pues se está recrudeciendo el discurso del odio, dando argumentos a formaciones políticas que promueven el racismo y la xenofobia.

**Palabras clave:** Dignidad, integración, derechos fundamentales, discurso del odio, Consejo de Europa.

## ABSTRACT

### **The Council of Europe and the integration of migrants: recommendations and policies**

This paper aims to make an approach to the integration policies of foreigners through the recommendations developed by the Council of Europe. This institution and its recommendations as well as the fundamental rights covenants ratified by the Member States, especially in reference to those from the European Union, is ignored when developing integration policies, usually based on some kind of veiled assimilationist policies. We should not ignore the founding principles of the Council of Europe that are the basis of their regulatory actions and policies, especially when people are concerned. This paper also aims to be a warning about the danger that the current integration policies entail, as it is getting even tougher hate speech, giving arguments to political parties that promote racism and xenophobia.

**Key words:** Dignity, integration, Human Rights, hate speech, council of Europe.

---

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

#### I. LA INTEGRACIÓN EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA. PRINCIPALES CONVENIOS.

1. **Convenio Europeo de Derechos Humanos y protocolo núm. 12 sobre no discriminación.**
2. **Carta Social Europea (revisada).**

#### II. RECOMENDACIONES SOBRE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES.

1. **Recomendaciones legales.**
2. **Recomendaciones sobre alojamiento.**
3. **Recomendaciones respecto de los medios de comunicación. Breve apunte sobre las redes sociales.**

### III. LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD Y SU INTEGRACIÓN.

1. **Acceso a un estándar mínimo de derechos.**
2. **Lucha contra el racismo y la xenofobia desde el Consejo de Europa.**

### CONCLUSIONES.

-----

### INTRODUCCIÓN

Desde que el tema de la inmigración ocupa un espacio importante, tanto en las políticas públicas como en la sociedad en general, los asuntos relacionados con la integración de los extranjeros se tratan de forma paralela a lo anterior. La inmigración ya no solo trata de establecer la regulación de los flujos de personas que vienen de otros países, sino también de elaborar políticas y medidas que faciliten su estancia y mejoren su *adaptación* al nuevo país de destino. O, al menos, eso es lo que se pretende.

Se ha discutido mucho sobre el concepto de integración, sobre cómo integrar, sobre cómo hacer que alguien forme parte de un todo que es nuestra sociedad. En algunos casos se trata de simple asimilación, sin más; en otros las medidas suelen ser mejores, pero se sigue intentando que la adaptación venga del extranjero y no sea recíproca. La Unión Europea, que rige nuestros destinos de forma cada vez más palpable, es la que ofrece las pautas normativas a seguir en materia de inmigración y, cómo no, en lo relacionado a la integración de los extranjeros residentes, en situación regular.

Algunos estados miembros, como Francia, han desarrollado los famosos «contratos de integración»; en España, en la Comunidad Valenciana, se han creado «Escuelas de integración». Mi pregunta es: ¿puede una persona integrarse por contrato?, ¿puede una persona aprender a integrarse?, ¿o se trata de una forma, velada y amable, de desarrollar y aplicar políticas asimilacionistas? No creo que integrarse en una sociedad, sentirse respetado, y a la vez respetar, se produzca tras la firma de un contrato, como si de una compraventa se tratara. No creo que sea una solución eficaz al tema de la integración de los extranjeros. La integración debe empezar por un reconocimiento de la dignidad de la persona que llega a nuestro país, por un conocimiento profundo de sus particularidades culturales y sociales, que será lo que lleve a dicha persona a sentirse integrada y aceptada, facilitando así que forme parte de ese todo que antes mencionábamos.

Para elaborar las políticas sobre integración, el profesional público debe tomar referencias, debe beber de las fuentes que desde Bruselas le imponen. Parece que sea la Unión Europea la única «fuente inspiradora» a la hora de desarrollar y aplicar medidas para la integración de los extranjeros. De hecho, podemos encontrar una prueba muy reciente en el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración para los años 2011-2014, de reciente apro-

bación. Dicho plan, en su capítulo 4, trata las políticas europeas en materia de inmigración y asilo, en referencia a lo emanado de las instituciones de la Unión Europea. Este apartado ofrece un interesante recorrido en el tiempo y resume la evolución de la normativa en materia de gestión de los flujos migratorios y de las políticas de integración. Si bien se echan de menos referencias a las recomendaciones y ciertas normativas emanadas del Consejo de Europa. Es cierto que la pertenencia de España a dichas instituciones, Unión Europea y Consejo de Europa, no se realiza en los mismos términos; sin embargo, el legislador, el profesional que elabora las políticas de integración, debería tener en cuenta, o al menos eso sería lo deseable, las recomendaciones que provienen del Consejo de Europa, no porque sean mejores, sino porque dicha institución tiene como objetivo, entre otros, la promoción y defensa de los derechos humanos y de los valores democráticos, por lo que a la hora de elaborar recomendaciones sobre integración, el eje de estas será el absoluto respeto de los derechos fundamentales del extranjero.

Por esta razón, el presente trabajo tratará de exponer las principales normas y recomendaciones elaboradas en el seno del Consejo de Europa en materia de integración y no discriminación. En primer lugar, nos centraremos en la normativa propiamente dicha; en el apartado segundo analizaremos algunas de las recomendaciones referidas a temas como el alojamiento o el estatus legal; y en tercer lugar, realizaremos una especial mención a los extranjeros en situación irregular, pues son estos los que, por su situación administrativa, aparecen como los grandes olvidados y/o ignorados en materia de integración, por lo que deben soportar, de forma exagerada, conductas discriminatorias que no hacen sino distanciarlos de la sociedad.

#### I. LA INTEGRACIÓN EN LA NORMATIVA DEL CONSEJO DE EUROPA. PRINCIPALES CONVENIOS

En este primer apartado se analizarán los instrumentos normativos más relevantes, incidiendo sobre la necesidad de aplicarlos a la hora de elaborar e implementar medidas de integración. Respecto de la Carta Social, se ha optado por su versión revisada, pues está mejor adaptada a la actualidad y se pretende reivindicar su ratificación por España.

##### **1. Convenio Europeo de Derechos Humanos y protocolo núm. 12 sobre no discriminación**

El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) debería ser el pilar sobre el cual construir las políticas de integración; cualquier persona, independientemente de su origen, debería poder disfrutar de los derechos que ostentan los ciudadanos del país de acogida. La condición de extranjero no debe ser causa de discriminación, si bien en numerosos Estados sigue siendo el argumento utilizado para otorgar, o no, determinados derechos.

Un ejemplo de discriminación directa por razón de origen y condición social puede encontrarse en las redadas masivas de inmigrantes, donde se identifica a personas cuyo aspecto pudiera sugerir que son extranjeros. Dichas identificaciones masivas fueron denun-

ciadas, y siguen siéndolo, sobre todo en Madrid, por diferentes ONG's<sup>(1)</sup>, si bien tanto la autoridad gubernativa como la policial negaron en todo momento que eso fuera cierto. A pesar de las numerosas declaraciones realizadas por el Gobierno central y algunos Gobiernos autonómicos, negando lo evidente, salió a la luz un documento oficial que probaba dichas prácticas. La Circular 1/2010 de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, dependiente del Ministerio del Interior, sobre «Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones», creó una gran polémica pues, además de ser un documento secreto<sup>(2)</sup>, exigía que los procedimientos de expulsión se sustanciara en un breve plazo de tiempo. Asimismo daba órdenes de realizar detenciones preventivas, estableciendo que *«El traslado a la dependencia policial, puede efectuarse conduciendo al individuo, bien en calidad de detenido, bien a efectos de identificación. Si se traslada en calidad de detenido, esta es la detención preventiva, que, posteriormente, cuando el funcionario inicia el expediente de expulsión dispondrá que esa detención preventiva se convierta en cautelar de ese procedimiento de expulsión ya en curso»*. La detención preventiva, regulada en el artículo 17.2 de nuestra Constitución, de extranjeros de los cuales se sospecha que no poseen documentación en vigor puede sugerir que el extranjero, por el mero hecho de su nacionalidad, es un presunto delincuente. De esta forma, se está ayudando y reforzando la creencia de que los extranjeros son los culpables de los índices de delincuencia y su imagen, ya dañada de por sí debido a su irregularidad, genera un rechazo frontal, utilizado por partidos de corte racista y xenófobo, que encuentran en estos hechos la base de sus argumentos políticos. El Sindicato Unificado de la Policía publicó una nota de prensa en un tono muy duro, criticando la Circular 1/2010, advirtiendo de su incorrección, pues perjudicaba tanto a los Policías como a las personas que sufrían las masivas redadas de identificación. El SUP manifestaba que *«La circular en cuestión abunda en las prácticas policiales que vulneran derechos civiles de ciudadanos y ponen en riesgo la seguridad jurídica de los policías, que pueden incurrir en detenciones ilegales, y todo ello aderezado con una hipocresía política del Gobierno de la nación que mantiene un discurso político en sentido contrario a lo que ordena a los policías»*<sup>(3)</sup>. Amnistía Internacional denunció el uso de los perfiles raciales a la hora de realizar identificaciones, así como el peligro que suponen dichas identificaciones, pues *«El efecto de la aplicación de perfiles raciales es reforzar el prejuicio de que los ciudadanos extranjeros*

---

(1) Amnistía Internacional, en su informe **«Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España»**, ya alertaba sobre el uso y abuso de los Cuerpos de seguridad del Estado que hacían de los perfiles raciales a la hora de seleccionar a las personas que debían identificar. Índice EUR 41/011/2011; dicho informe puede descargarse de la página web de Amnistía Internacional.

(2) Como así queda apostillado en cada una de las hojas que componen la Circular «Documento de uso restringido para unidades de extranjería y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía. Prohibida su reproducción, difusión, publicación o utilización por personal ajeno a estas unidades».

(3) En referencia a las manifestaciones del Gobierno negando la práctica de identificaciones masivas a extranjeros y la utilización de perfiles raciales para realizar dichas identificaciones. En un mundo globalizado, donde la información rara vez puede mantenerse en secreto, podemos encontrar las actas de una reunión de 10 de diciembre de 2008 donde se fijaban unos objetivos a las distintas comisarías de Madrid. Entre otros, podemos citar a modo de ejemplo que en la comisaría de Chamartín se impuso como objetivo llegar a los 100 detenidos por la Ley de Extranjería, o a los 70 detenidos para la comisaría de Hortaleza. Tal y como dice la nota de prensa del SUP, dichas actuaciones parecen retrotraernos a la época constituyente.

### III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES

---

*que pertenecen a ciertos grupos étnicos son más propensos a cometer delitos. Esta práctica contribuye al aumento del racismo y la xenofobia y obstaculiza la integración y la lucha contra la discriminación de las personas que pertenecen a estos grupos»<sup>(4)</sup>.*

Tras años de denuncias de dichas prácticas, y de negación de lo evidente por parte de las autoridades gubernativas y policiales, el pasado 16 de mayo del año en curso el Director General de la Policía daba fin a estas prácticas, disponiendo en una circular<sup>(5)</sup> que los cupos de detención eran inadmisibles, y de hecho quedaban prohibidos, pues podían «*conllevar una restricción indebida de los derechos y libertades de los inmigrantes*» y así evitar «*actuaciones masivas o indiscriminadas basadas únicamente en criterios étnicos*». Además se añade que dichas identificaciones, en el caso de ser practicadas, deberán desarrollarse de la forma más cortés posible y del modo que menos incidencia tenga en la esfera del individuo, y se evitarán aquellas «*que se consideren innecesarias, arbitrarias, abusivas y que supongan una exlimitación de las facultades que otorga el ordenamiento jurídico a las fuerzas y cuerpos de seguridad*». Indirectamente, pues, se está reconociendo que dichas prácticas se estaban llevando a cabo, pese a la constante negación de las autoridades públicas. Asimismo, redundar en lo dañino de este tipo de prácticas para la integración de los extranjeros, pues no hacían sino crear un sentimiento cada vez mayor de rechazo, tal y como se ha comentado anteriormente.

Otro de los artículos básicos en materia de integración es el artículo 14<sup>(6)</sup>, desarrollado por el Protocolo núm. 12 del CEDH. Dicho protocolo recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), pues, a pesar de admitir que los Estados firmantes poseen un margen de actuación y cabría discriminación en algunos casos, el protocolo afirma que dicha discriminación deberá ser «**objetiva y razonable**». Según el TEDH, el tratamiento diferenciado será discriminatorio si no existe proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin de dicho tratamiento<sup>(7)</sup>.

Si bien el CEDH no pretendió en un primer momento ser un decálogo de derechos para extranjeros, ni previó ningún artículo específico, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la que ha ido adaptando los derechos del CEDH a ciertos asuntos relacionados con la inmigración. Poseen especial relevancia los asuntos relacionados con la detención y expulsión de extranjeros, llevados ante el Tribunal invocando la conculcación de lo establecido en los artículos 2 y 3 del CEDH, sobre todo en casos de expulsiones masivas de extranjeros, absolutamente rechazadas por el TEDH, o las expulsiones masivas, corriendo el riesgo de enviar al extranjero a un país poco seguro de acuerdo con los estándares del Consejo de Europa. En relación al artículo 3 del CEDH, una de las sentencias más importantes fue la recaída en el asunto *D. contra Reino Unido* de 2 de mayo de 1997. *D.* era un traficante originario de Saint Kitts que fue detenido en Londres con

---

(4) Ver nota al pie 1.

(5) Circular núm. 2/2012 de la Dirección General de la Policía sobre identificación de ciudadanos.

(6) «*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*».

(7) Caso *Abdulaziz, Cabales et Balkandali vs. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985. Existen pronunciamientos del TEDH, en ese sentido, muy anteriores a dicha fecha.

cocaína, por lo que se le acusó y condenó a seis años de prisión. Durante su condena fue diagnosticado de VIH positivo, habiendo desarrollado la enfermedad y encontrándose en una fase muy avanzada de esta. Temiendo la expulsión, y después de varios intentos fallidos de retenerlo en Reino Unido, su caso llegó hasta el TEDH y se alegó una supuesta vulneración del artículo 3 del CEDH. La Comisión determinó que *«la expulsión del recurrente hacia Saint-Kitts conllevaría la responsabilidad del Estado defensor respecto del artículo 3 incluso si el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes proviene de factores sobre los cuales las autoridades de ese país no podrían ser juzgadas»*<sup>(8)</sup>. Esos factores serían la imposibilidad de darle asistencia sanitaria y cuidados paliativos que le hiciesen menos dolorosa su enfermedad, además de la carencia de todo apoyo moral y psicológico, lo que convertiría el hecho de su muerte en una situación degradante, irrespetuosa de la dignidad que posee como ser humano. El Tribunal subrayó que los Estados, a la hora de decretar una expulsión, *«deberán tener en cuenta el artículo 3 del Convenio, que consagra uno de los valores fundamentales de la democracia»*<sup>(9)</sup>, y además añadió que *«limitar el campo de aplicación del artículo 3 no haría sino atenuar su carácter absoluto»*<sup>(10)</sup>. Dicha dignidad, así como los valores fundamentales de la democracia que consagra el CEDH, y especialmente el artículo 3 CEDH, parecen obviados<sup>(11)</sup> a la hora de decretar expulsiones o de realizar identificaciones masivas, tal y como se ha podido apreciar anteriormente

Asimismo, existe una muy variada jurisprudencia respecto del artículo 8 del Convenio, relacionada con las expulsiones de extranjeros integrados socialmente; en estos casos el Tribunal ha tenido en cuenta el nivel de integración, los lazos familiares y sociales, entre otros, para establecer como norma que, únicamente en casos de extrema gravedad (como una condena penal), el extranjero podría ser expulsado del país de acogida.

Para finalizar, decir que el principio de no discriminación es realmente importante a la hora de elaborar políticas de integración de los extranjeros, así como redundar en la necesaria toma en consideración del CEDH, sus protocolos y la jurisprudencia emanada del TEDH para crear espacios de integración y convivencia, algo que el legislador europeo, nacional y, en el caso español, autonómico olvida demasiado a menudo. Un buen ejemplo de dicho olvido es la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunitat Valenciana<sup>(12)</sup>. En su Exposición de Motivos, y

---

(8) Conclusiones presentadas ante la Comisión: «La Commission conclut que l'expulsion du requérant vers Saint-Kitts engagerait la responsabilité de l'Etat défendeur au titre de l'article 3 même si le risque qu'il subisse des traitements inhumains et dégradants découle de facteurs dont les autorités de ce pays ne sauraient être jugées responsables».

(9) Parte B, apreciaciones del Tribunal: «... les États contractants doivent tenir compte de l'article 3 de la Convention qui consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques».

(10) *Cit.*, párrafo 49: «Restreindre ainsi le champ d'application de l'article 3 reviendrait à en atténuer le caractère absolu».

(11) Un buen ejemplo de ese olvido, en el marco del derecho europeo, podría ser la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, calificada como Directiva de la vergüenza. Para un análisis más detallado véase CHUECA SANCHO, Ángel: «Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, junio de 2010.

(12) Una de las medidas establecidas en la Ley es el compromiso de integración, voluntario eso sí, que consiste en seguir una formación cuyo objetivo es que el extranjero recién llegado a la Comunidad Valenciana conozca la cultura

tratándose del tema de la integración, no hace mención alguna a la normativa del Consejo de Europa y sí a la normativa y directrices emanadas de la Unión Europea. Ni siquiera hace mención a lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, que obliga a interpretar las normas sobre derechos fundamentales de acuerdo a lo establecido en los Tratados internacionales suscritos por España, y la integración tiene relación directa con los derechos fundamentales, pues la mera convivencia en sociedad se basa en el mutuo respeto de dichos derechos.

#### 2. Carta Social Europea (revisada)

La Carta Social Europea, en su versión revisada (en adelante CSEr), es el texto que vamos a tratar en este apartado. Dicho documento, a pesar de encontrarse en vigor, no ha sido ratificado por España. Por dicha razón me gustaría traerlo a colación. La CSEr revisada es un convenio moderno y comprometido con el tiempo en que vivimos. La relación de derechos sociales, respecto de la versión de 1961, ha aumentado considerablemente, y es por ello que debemos exigir a nuestros gobernantes que *«hagan sus deberes»* y sea ratificada<sup>(13)</sup>. Asimismo tampoco ha sido ratificado el protocolo donde se desarrolla el procedimiento de reclamaciones colectivas, negando así un instrumento de defensa de los derechos sociales, tanto a los trabajadores en general como a los colectivos más desfavorecidos.

Otra de las razones por las que se analiza la CSEr es por la importancia que tienen los derechos sociales respecto de la integración de las personas en general, y de los extranjeros en particular. El reconocimiento y la protección de los derechos sociales son claves para evitar situaciones de exclusión social que llevan, de forma directa, a situaciones de discriminación. Si queremos establecer políticas de integración sólidas, los derechos sociales deben estar presentes<sup>(14)</sup>. Esta afirmación cobra especial relevancia cuando en numerosos municipios españoles se ha planteado limitar el acceso al padrón de los extranjeros en situación irregular, lo que conllevaría la negación del acceso al sistema público sanitario de urgencia.

Dicho esto, simplemente se citarán los preceptos de los que podrían beneficiarse los extranjeros<sup>(15)</sup> respecto de su integración.

---

y usos sociales de esta. Si bien la Ley subraya que la integración es un proceso en dos direcciones, se echa de menos el mismo tipo de formación para la población autóctona. Si la persona migrante supera el periodo de formación, se le otorga un certificado acreditativo que podrá hacer valer en sus relaciones sociales y jurídicas. Por lo tanto no debería llamarse Ley de integración, sino ley de asimilación, pues nada se dice de la formación que debe superar los valencianos. Este tipo de normas, aparecidas a la sombra del Contrato francés de integración, no hacen sino ahondar en la separación entre extranjeros y autóctonos y reforzar las conductas xenófobas y racistas.

(13) Para un análisis más detallado sobre la ignorada Carta Social Europea revisada, véase JIMENA QUESADA, Luis: «Retos pendientes del estado español: en especial la ratificación de la Carta Social Europea revisada», en *Nuevas políticas públicas*, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, dedicado a los derechos sociales, núm. 2, de 2006.

(14) La Carta Social Europea de 1961 no figura entre los antecedentes legislativos internacionales mencionados en el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, 2011-2014. Si bien, sí que menciona el protocolo núm. 12 del CEDH.

(15) Teniendo en cuenta que el concepto de extranjero en la CSEr abarca únicamente a las personas originarias de los Estados miembros del Consejo de Europa (de acuerdo con el anexo a la Carta Social Europea revisada). Por

El artículo 18 establece el derecho de los ciudadanos de un Estado parte a desarrollar actividades lucrativas en otro Estado parte. Este precepto establece la necesidad de dotar de mayores facilidades a los ciudadanos que deseen desarrollar una actividad laboral en otro Estado parte; entre otras, propone la simplificación de las formalidades administrativas y la reducción de las cargas fiscales que origina el establecimiento en otro Estado.

El segundo artículo que debemos citar es el 19, precepto que desarrolla los derechos específicos para los trabajadores migrantes. Dicha regulación ya se encontraba en la CSE de 1961, si bien la novedad radica en el anexo a la CSEr. El apartado 1º, al desarrollar el ámbito de aplicación del texto normativo, se refiere a personas, y no a trabajadores, pues en este grupo ya se incluye a los demandantes de empleo. Por lo tanto, la CSEr sería también aplicable a los trabajadores transfronterizos, trabajadores autónomos o estacionales.

Cada una de las facilidades y derechos que se desarrollan en los preceptos mencionados inciden directamente en la integración del extranjero en la sociedad de acogida. Es decir, cuanto más fácil sea establecerse y comenzar desempeñar un trabajo, más fácil será la integración de dicha persona<sup>(16)</sup>.

## II. RECOMENDACIONES SOBRE INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES<sup>(17)</sup>

Este segundo apartado trata de realizar un análisis de las diversas recomendaciones<sup>(18)</sup> emanadas del Consejo de Europa, en materia de integración. Resaltar que, respecto de las recomendaciones sobre medios de comunicación, es interesante abordar este asunto, pues estos son responsables a veces de mostrar una imagen distorsionada de las personas migrantes, impidiendo su plena integración en nuestras sociedades. Las recomendaciones sobre los aspectos legales y el alojamiento nos parecen claves a la hora de facilitar la integración.

### 1. Recomendaciones legales

Los aspectos legales, en relación con la estancia del extranjero en cualquier Estado, son de vital importancia a la hora de garantizar una plena integración. Es más, el Consejo de Euro-

---

lo tanto, de los preceptos contenidos en la CSEr bien podrían beneficiarse las personas migrantes de origen rumano, últimamente vapuleadas por ciertas formaciones políticas, así como por nuestros gobernantes, que les dan y quitan derechos según las fluctuaciones del mercado laboral. Si bien el anexo sí que permite al Estado firmante extender dichos derechos a otras personas.

(16) Por supuesto, estamos hablando de estancia y trabajo regulares. Ni el CEDH, ni la CSE, ni tampoco la CSEr, regulan los derechos de los extranjeros en situación irregular. Dicho esto, simplemente llamar la atención sobre las políticas comunitarias en materia de establecimiento y trabajo en los Estados miembros, pues parecen ir en sentido contrario a lo marcado por la CSEr, es decir, cada vez son mayores los obstáculos al establecimiento de extranjeros en nuestros estados, justificadas por la necesidad de regulación de los flujos migratorios.

(17) *Framework of integration policies*, Mary COUSSEY (Chair of the Specialist Group on Integration and Community Relations). Council of Europe, 2000.

(18) El Consejo de Europa posee numerosas recomendaciones en materia de integración de los extranjeros. Son de gran interés la recomendación del Consejo de Ministros R (84) 7, sobre la conservación de lazos culturales de los migrantes con sus países de origen, y la R (92) 12 sobre las relaciones intercomunitarias. Vemos cómo, ya en 1984, la integración de las personas migrantes ocupaba un lugar relevante en el marco temático del Consejo de Europa, momento en el que la futura Unión Europea ni tan siquiera se planteaba una política común en materia de inmigración.

### III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES

---

pa afirma que «*Un estatus seguro de residencia para los inmigrantes es un prerequisite necesario para su integración. Sin seguridad, una persona no puede sentirse parte de la sociedad de acogida y ofrece pocos incentivos para formar parte de ella*»<sup>(19)</sup>. A ello se añade que la temporalidad del estatus jurídico de la persona migrante tiene como consecuencia directa la temporalidad y la precariedad de los trabajos que se le ofrezcan y, por lo tanto, un recorte de sus derechos sociales más básicos, como el alojamiento o la asistencia sanitaria.

Según el Consejo de Europa, entre otras medidas, los Estados miembros deberían evitar las dilaciones indebidas, durante los trámites para obtener el permiso de residencia, permitir que los inmigrantes tuvieran libertad para viajar fuera del estado de residencia, o proceder según lo establecido en el Convenio Europeo relativo al Estatuto Legal del Trabajador Migrante<sup>(20)</sup>.

Respecto de la adquisición de la ciudadanía, el Consejo de Europa afirma que es un medio para facilitar la integración, pues los extranjeros, al sentirse más seguros, podrán implicarse más directamente en la vida social y política de su comunidad. Por ello, se recomienda tomar medidas que se encaminen hacia la extensión del derecho al voto en las elecciones locales y europeas, o establecer el requisito de residencia, y no el de nacionalidad, para acceder a determinados derechos.

#### 2. Recomendaciones sobre alojamiento

El acceso en condiciones de igualdad a una vivienda digna<sup>(21)</sup> es, según la gran mayoría de la doctrina<sup>(22)</sup>, una medida necesaria para garantizar la plena integración del recién llegado en nuestra sociedad. El Consejo de Europa afirma que, a menudo, las personas migrantes no pueden acceder a un alojamiento digno, por carencias económicas, lo que hace que haya mayor presencia de extranjeros en barrios pobres; ello tiene como consecuencia directa el que se relacione la presencia masiva de extranjeros en determinados barrios con problemas sociales, lo que conllevaría actitudes discriminatorias, e incluso xenófobas. Para evitar estas situaciones, el Consejo de Europa recomienda a los Estados que garanticen bolsas de alojamiento a bajo coste y que se introduzcan medidas para prevenir el acoso racial y las

---

(19) «*A secure residence status for immigrants is a necessary prerequisite for their integration. Without security, a person cannot feel part of the receiving society and has little incentive to take steps to become part of it*». *Idem supra*.

(20) El Convenio, respecto del reclutamiento de trabajadores, insiste en la necesidad de informar a los recién llegados sobre «*su estancia, las condiciones y posibilidades de reagrupación familiar, el tipo de empleo, las posibilidades de concluir un nuevo contrato de trabajo una vez expirado el primero, las cualificaciones requeridas, las condiciones de trabajo y de vida (incluido el coste de vida), la remuneración, la seguridad social, la vivienda, la alimentación, la transferencia de los ahorros, el viaje, así como las cantidades deducidas del salario para la protección y seguridad sociales, impuestos, tasas y demás cargas. También se podrán dar informaciones sobre las condiciones culturales y religiosas en el Estado de acogida*». Artículo 6, §1, STE 93, 1977. Esta información, por lo general, es ofrecida por las ONG's dedicadas al trabajo con extranjeros, al menos en España. Sí que es cierto que numerosas administraciones autonómicas y locales han elaborado guías que son muy útiles durante los primeros días de estancia.

(21) Respecto del derecho a un alojamiento digno, resulta muy interesante consultar la página web de FEANTSA (European Federation of National Organisations Working with the Homeless).

(22) «El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos)». Padraic KENNA, *Revista de Derecho Político*, núm. 74. UNED, Madrid, 2009. Para la versión original en inglés, véase el núm. 2/2008 de la *European Human Rights Law Review*.

actitudes discriminatorias; ello con la colaboración de las autoridades locales y los cuerpos de seguridad del Estado.

Una vez las personas migrantes ya se han establecido y tienen una actividad laboral regular, los Estados deberían asegurar un acceso en condiciones de igualdad a otro tipo de alojamientos, pues los extranjeros poseen en ese momento más capacidad, tanto económica como social, para optar a un alojamiento mejor. Una de las recomendaciones del Consejo de Europa es crear asociaciones que trabajen en materia de vivienda y que garanticen un correcto acceso al mercado inmobiliario. Además, exige a los Estados la elaboración de normativa para combatir la discriminación en materia de vivienda.

### 3. Recomendaciones respecto de los medios de comunicación. Breve apunte sobre las redes sociales

Nadie duda de la inmensa capacidad de influir en nuestra sociedad que tienen los medios de comunicación. Estos son los encargados de transmitirnos las noticias y, en los últimos años, la inmigración ha sido un «tema estrella» tanto en prensa escrita como en televisión o radio. El Consejo de Europa advierte sobre lo negativo de ofrecer una imagen distorsionada del extranjero, incidiendo, sobre todo, en las diferencias culturales o exponiendo la inmigración como una fuente de problemas.

Una de las recomendaciones, esta vez proveniente de diversos códigos deontológicos, es la de evitar la especificación de la nacionalidad, cuando dicho aspecto no sea necesario para la correcta comprensión de la noticia<sup>(23)</sup>. Otra de las medidas que deberían seguirse a la hora de informar sobre hechos protagonizados por extranjeros es no incurrir en generalidades, es decir «*Los tópicos negativos tienden a reforzar la exclusión del grupo o los individuos a quienes se hace referencia. Es necesario evitar, pues, la aplicación de tópicos que sólo inciden en aspectos negativos y que quedan registrados en el substrato cultural. Asimismo, las generalizaciones tienden, sin fundamento, a reforzar la asociación entre minoría étnica y problema social*»<sup>(24)</sup>. Los medios de comunicación podrían tener una de las claves para garantizar una correcta integración de los extranjeros en nuestra sociedad, pues son los primeros que pueden ofrecer una imagen justa del fenómeno migratorio; desgraciadamente, en la actualidad, aún pueden encontrarse ejemplos de noticias que facilitan la relación entre inmigración y problema social<sup>(25)</sup>.

La red, hoy en día, proporciona el marco perfecto para desarrollar, bajo un total anonimato e impunidad, numerosas webs que incitan al odio hacia el extranjero y condicionan seriamente su integración. En España han proliferado en los últimos años formaciones políticas que aprovechan la falta de regulación de las redes sociales para poder expresar sus

---

(23) Sobre este tema, véase *Inmigración y medios de comunicación. Manual recopilatorio de buenas prácticas periodísticas*. HARRESIAK APURTUZ, COORDINADORA DE ONGs DE EUSKADI DE APOYO A INMIGRANTES.

(24) *Idem supra*.

(25) *Diario Público*. Noticia del 3 de octubre de 2011, donde se relata un suceso relacionado con la violencia de género y se especifica que la pareja implicada era de nacionalidad rumana. Dicha especificación no mejora la comprensión de la noticia y, por ende, es innecesaria.

idearios, rayanos al odio más visceral frente al extranjero. En *Facebook* pueden encontrarse ejemplos de lo anterior. Simplemente citar uno, por no ofender más a la sensibilidad: los perfiles de *Democracia Nacional*, o el de *España 2000*, contienen comentarios que incitan de forma directa hacia el odio a los extranjeros<sup>(26)</sup>.

Los Estados, si realmente desean garantizar la plena integración de las personas migrantes, deberían realizar más esfuerzos para evitar este tipo de actitudes.

### III. LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN DE IRREGULARIDAD Y SU INTEGRACIÓN

Tratar el tema de la inmigración irregular, y de la integración de las personas que se encuentran en dicha situación, es una forma de dar visibilidad a un colectivo olvidado, incluso ignorado de forma alevosa por las administraciones públicas en general. Es importante aplicar medidas de integración para evitar además el incremento de actitudes racistas y xenófobas de la sociedad. Asimismo se deberían aplicar medidas para luchar contra la presencia de formaciones políticas de corte xenófobo en los órganos de gobierno de numerosos municipios.

#### 1. Acceso a un estándar mínimo de derechos

En este punto, sería necesario retomar la Carta Social Europea revisada. Tal y como decíamos en el primer apartado, la CSEr se adapta a los nuevos fenómenos sociales e introduce preceptos que intentan regular y erradicar situaciones que en 1961 no eran tan frecuentes. Una de esas situaciones es la pobreza extrema y la exclusión social. En la actualidad, y dada la situación económica que estamos viviendo, la pobreza extrema es un fenómeno mucho más habitual de lo que era hace años. La CSEr, en su artículo 30<sup>(27)</sup>, conmina a los Estados parte a tomar medidas para erradicar la pobreza y la exclusión social. Las situaciones de exclusión social son el principal freno a la plena integración de las personas en

---

(26) Jose Ramon Gimenez Ruiz *Eso seria una desgracia,ques se hicera esta templo hereje ya que le haria sombra a la nuestra y venerada Basilica Sagrada Familia en ,seria una verguanza y una claudicacion que encima se hoiera esa torre para la llamada de los herejes,,habra movida,espero que los politicos no se vendan a este hereje moro*

Jose Ramon Gimenez Ruiz *Propongo ir un dia en plan comando y enterrar en las arenas de la plaza de toros varios cerdos,y llenar de grasa de CERDO las paredes de la plaza.Y entoces no podran hacer esa locura hereje*

Carlos Nicolas Navas *Y no solo eso Angel, no solo no los expulsamos, ademas los acogemos. Nuestras carceles estan llenas de la escoria de sudamerica (entiendo por escoria los pandilleros que alli no tienen hueco) y africana (esos simpaticos magrebies que se dedican a vender sus drogas y violar nuestras mujeres)... Bien, viva la solidaridad, pero que viva LEJOS COÑO!!! 14 de septiembre, 10:09 · Me gusta*

**La versión del texto es la original, no se han corregido las faltas de ortografía.**

(27) **Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social.** Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen: a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; b) a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario.

nuestras sociedades, y si a ello añadimos el pertenecer a un colectivo vulnerable, el freno se convierte en un obstáculo difícil de superar. Dicho esto, la irregularidad administrativa de los extranjeros, y su consecuencia inmediata, el no acceso a determinados derechos básicos (sobre todo sociales), lleva de forma irremediable a la exclusión social.

Por último, mencionar el artículo 31 de la CSEr que desarrolla el derecho al alojamiento, elemento esencial si queremos evitar situaciones de exclusión social. Este precepto también es una novedad incorporada en la versión de 1996 y cobra especial relevancia en la actualidad, cuando son numerosas las personas abocadas a un desalojo, entre ellas numerosos extranjeros, por no poder hacer frente al pago del crédito. Creo que para un extranjero que llegó a nuestro país hace ya un tiempo el tener un alojamiento digno, aunque sea en copropiedad con una entidad bancaria, es símbolo de su deseo de establecerse y de participar en la vida del país de acogida. La problemática del alojamiento es un elemento a tener en cuenta a la hora de crear estrategias de integración.

## 2. Lucha contra el racismo y la xenofobia desde el Consejo de Europa

Para terminar, me gustaría en este punto hacer una llamada de atención a la creciente presencia de actitudes racistas y xenófobas tanto en la vida pública como en los órganos de representación locales. El extranjero en situación irregular debe de enfrentarse a su situación administrativa<sup>(28)</sup>, que obstaculiza su plena integración, y al rechazo que produce en las sociedades de acogida dicha situación. Por ello, el Consejo de Europa insiste en la necesidad de elaborar medidas normativas para luchar contra dichas actitudes y castigar hechos graves como los delitos fundamentados en el odio. Además, se debería garantizar el adecuado tratamiento psicológico y legal a las víctimas de dichos delitos, así como considerar delictivo la incitación a la discriminación de ciertos colectivos étnicos o religiosos<sup>(29)</sup>. Resulta alarmante, por citar un ejemplo, la profusión de formaciones políticas que, aprovechando la crisis económica, señalan directamente a los extranjeros como culpables de la situación económica actual. Partidos como *Plataforma × Catalunya, España 2000* o *Democracia Nacional* hacen del odio al extranjero su bandera y principal base argumental. Y lo realmente peligroso no es eso, sino que dichos discursos calan en la opinión pública y las dos primeras formaciones citadas se han «colado» en órganos de gobierno locales, amparados en una Ley de partidos demasiado laxa con este tipo de actitudes<sup>(30)</sup>.

---

(28) Una aproximación amable a esta situación especial del extranjero en situación irregular, véase SAGARRA TRÍAS, Eduard: «Un nuevo “status” de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, 2002.

(29) El estatuto de la formación política «Plataforma per Catalunya» sería un ejemplo claro de dicha situación.

(30) Pues rechaza, en su exposición de motivos, el principio de democracia militante que bastaría aceptar para que formaciones políticas como *España 2000* no tuvieran cabida en el marco legal nacional; literalmente afirma que «La presente Ley, sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tal y como ya se indicaba en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, no se trata, con toda evidencia, de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional. Cabe concluir por ello que, sin perjuicio de otros modelos, la presente normativa se sitúa en una posición de equilibrio, conciliando con extrema prudencia la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los

### III. EL CONSEJO DE EUROPA Y LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES

---

Para finalizar, sería también justo emitir una crítica al Consejo de Europa en relación a este tema de las formaciones políticas que propagan el «*hate speech*». En el último informe publicado de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia<sup>(31)</sup> (ECRI, de sus siglas en inglés), se afirma que «*Se ha informado a la ECRI de que en España hay un solo partido abiertamente xenófobo, la Plataforma por Cataluña, que ha obtenido escaños en concejos municipales. Aparte de este pequeño partido, no tiene existencia legal en España ningún otro partido extremista*». Se desconoce qué o quienes constituyen las fuentes de información de la ECRI<sup>(32)</sup>, pero actualmente, con todos los medios existentes para obtener información, parece inaudito que se pueda afirmar que no existen más formaciones extremistas en España y, aún más, ignorar que *España 2000* ya obtuvo hace dos legislaturas un concejal en un municipio valenciano. La desinformación de organismos que trabajan en la lucha contra el racismo y la xenofobia juega en contra de la plena integración de los extranjeros en nuestras sociedades y es algo que debiera tratarse con sumo cuidado y seriedad.

#### CONCLUSIONES

Con este trabajo se ha querido mostrar la importancia que tienen tanto la normativa como las recomendaciones emanadas del Consejo de Europa y de sus órganos de gobierno. El Consejo de Europa lleva trabajando en materia de inmigración e integración numerosos años, si bien el legislador y los agentes implicados en la integración de los extranjeros obvian la voz de la experiencia y se alimentan de las políticas y normas provenientes de la Unión Europea.

No debemos olvidar que estamos regulando situaciones directamente relacionadas con seres humanos, por lo que el respeto de su dignidad es esencial. Por ello se debería reprochar a la política de la Unión Europea en materia de inmigración y asilo eso mismo: ha conseguido vaciar de contenido su famosa coletilla «**con el absoluto respeto de los derechos emanados de la CDFUE y de la dignidad de la persona**»; su política de inmigración, y por ende la de integración, posee dos ejes claramente diferenciados: la lenta asimilación del extranjero residente y el rápido rechazo, incluso negación, del extranjero en situación irregular.

Asimismo resulta obvio que los contratos de integración y demás herramientas elaboradas por los Estados resultan inútiles, pues un ser humano no se integra ni por contrato ni

---

*derechos humanos y la protección de la democracia*». Analizando simplemente la Exposición de Motivos, se puede llegar a la conclusión de que partidos como los mencionados no respetan los derechos humanos ni pretenden proteger la democracia. Es muy criticable que, en una norma que desarrolla uno de los pilares del pluralismo político, se mencione que cualquier proyecto político es válido y compatible con nuestra Constitución, menos aún cuando se trata de formaciones que atentan contra la dignidad de ciertos grupos de personas, incluso a veces afirmando la superioridad de un grupo frente a otros.

(31) Cuarto informe sobre España, adoptado el 7 de diciembre de 2010 y publicado el 8 de febrero de 2011. CRI (2011) 4, versión traducida al español, originales en inglés y francés.

(32) Las fuentes de información no se citan en el informe, únicamente se afirma que «*los métodos de trabajo para la elaboración de los informes incluyen análisis documentales, una visita de contacto en el país en cuestión y un diálogo confidencial con las autoridades nacionales*».

siguiendo un curso. La integración debe ser un proceso bidireccional, es decir que incluya a las dos partes, y que se fundamente en el absoluto respeto de la dignidad humana y de los derechos inherentes a ella<sup>(33)</sup>, derechos irrenunciables y de obligado respeto por todas las partes implicadas en el proceso de integración. Los extranjeros no son números ni datos estadísticos, son personas con sus necesidades y anhelos y eso es algo que se ha perdido de vista con prácticas como el contrato de integración o la asimilación.

Por lo tanto sería deseable llegar a un entendimiento entre legisladores y «policy makers» para que las políticas de inmigración e integración fueran realmente respetuosas con la dignidad de cualquier ser humano y de esta forma evitaríamos, y lucharíamos contra la presencia de entes xenófobos y racistas en nuestras instituciones y en nuestras vidas.

---

(33) En este punto, y a pesar de no tener relación con el tema de la integración de los extranjeros, quisiera comentar una de las últimas medidas establecidas por el actual Gobierno para recortar gastos sanitarios, y es la negación del derecho a la asistencia sanitaria para los extranjeros en situación irregular. Un derecho relacionado directamente con el derecho a la vida, derecho fundamental y de universal reconocimiento, ha sido eliminado de un plumazo en aras de un ahorro exigido por las circunstancias actuales. De nuevo volvemos a anteponer la eficiencia económica, dudosa, a los derechos fundamentales de la persona y, por ende, a su dignidad.

## IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS: HACIA UNA ALTERNATIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE EJECUCIÓN

JOSEFA FERNÁNDEZ NIETO  
*Secretario Judicial. Doctora en Derecho*

TOMÁS LASO ORDÓÑEZ  
*Secretario Judicial*

### RESUMEN

#### **Inmunidad de las representaciones diplomáticas: hacia una alternativa en el Derecho Internacional de ejecución**

El Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 consagra a favor de las representaciones diplomáticas, y entre otras inmunidades, la de ejecución (artículo. 22.3). El artículo 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares dispone en el mismo sentido respecto de las embajadas y consulados. Nuestros Tribunales han tenido ocasión de enfrentarse a la difícil tarea de ejecutar tales sentencias condenatorias contra los bienes del Estado extranjero, cuando este no cumple voluntariamente la sentencia. Múltiples procedimientos judiciales consecuencia de despidos improcedentes, impagos de alquileres o prestaciones de bienes y servicios han encontrado en la institución de las inmunidades una barrera infranqueable que ha impedido la obtención de una sentencia favorable, o la ejecución de dicha sentencia, únicamente por el hecho de tratarse de un procedimiento judicial entablado contra un Estado extranjero. Todas estas situaciones conflictivas y los problemas que ello genera en la práctica de la ejecución de las resoluciones judiciales van a ser objeto de estudio en el presente trabajo.

**Palabras clave:** Embargo, inmunidad de ejecución, inmunidad de jurisdicción, *ius imperii*, *ius gestionis*.

### ABSTRACT

#### **Diplomatic immunity: towards an alternative in international law enforcement**

The Vienna Convention on Diplomatic Relations of April 18<sup>th</sup>, 1961, establishes in favor of diplomatic immunities and including the execution (art. 22.3). The article 31 of the Vienna Convention on Consular Relations provides the same effect on the embassies and consulates. Our courts have had occasion to deal with the difficult task of executing such judgments against foreign state property, when not voluntarily comply with the judgment. Multiple proceedings result of unfair dismissal, non-payment of rent or performance of goods and services, have been found in the institution of the immunities an impassable barrier that has prevented obtaining a favorable judgment, or enforcement of the judgment, solely because to be a judicial proceeding brought against a foreign state. All these conflict situations and the problems this creates in the practice of execution of judgments, will be studied in this paper.

**Key words:** Forcible possession, immunity of execution, immunity of jurisdiction, *ius imperii*, *ius gestionis*.

-----

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
  - II. LA INMUNIDAD DE EJECUCION DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS.
  - III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA INMUNIDAD DE EJECUCION. EL CASO DE LAS EMBAJADAS Y CONSULADOS.
  - IV. CONCLUSIONES.
- 

### I. INTRODUCCIÓN

El Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 consagra a favor de las representaciones diplomáticas y entre otras inmunidades la de ejecución (artículo 22.3). El art. 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares dispone en el mismo sentido respecto de los Consulados. La virtualidad de tal inmunidad dentro del espacio procesal nacional viene consagrada no solo el referido Convenio, que en cuanto ratificado por España y publicado en el BOE se ha integrado en nuestro ordenamiento interno (artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil), sino en el artículo 21.2 de la LOPJ y demás preceptos que desarrollan este último para con respecto a cada uno de los órdenes jurisdiccionales. Asimismo, el artículo 24 de la CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva que deben dar los órganos jurisdiccionales españoles a todo aquel que lo solicite.

En este sentido, nuestros Tribunales han tenido ocasión de enfrentarse a la difícil tarea de ejecutar tales sentencias condenatorias contra los bienes del Estado extranjero, cuando este no cumple voluntariamente la sentencia. Múltiples procedimientos judiciales consecuencia de despidos improcedentes, impagos de alquileres o prestaciones de bienes y servicios han encontrado en la institución de las inmunidades una barrera infranqueable que ha impedido la obtención de una sentencia favorable, o la ejecución de dicha sentencia, únicamente por el hecho de tratarse de un procedimiento judicial entablado contra un Estado extranjero.

Las sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas la STC 107/1992, de 1 de julio, y la STC 18/1997, consolidan la inmunidad de ejecución restringida, doctrina aplicada en la actualidad. Sin embargo, en la actualidad asistimos a casos de negativas de las embajadas a colaborar en la ejecución de las resoluciones judiciales, alegando la «inmunidad de ejecución». En el presente artículo trataremos de aportar algunas soluciones al problema de los procedimientos de ejecución planteado, máxime cuando de la satisfacción de la tutela judicial del justiciable se trata.

### II. LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS

El principio de la inmunidad estatal nace de un proceso consuetudinario que arranca en el siglo XIX de la práctica judicial de los Estados, la cual se fundamenta en la consideración

#### IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS

---

de que los principios de soberanía, igualdad e independencia de los Estados no permiten el ejercicio de jurisdicción frente a Estados extranjeros. La evolución de la jurisprudencia en España ha conducido a una concepción restrictiva de este principio basada en la distinción de la actividad exterior del Estado según actúe revestido de poder público o soberanía (*ius imperii*), o bien como simple particular (*iure gestionis*), extendiéndose la inmunidad únicamente a los primeros.

Desde 1986 se observa un cambio radical en el tratamiento de esta materia. En efecto, como señala CARRERA<sup>(1)</sup>, abandonando la tesis absoluta y dando coherencia a la tesis de la inmunidad restringida, hay que tener en cuenta que en España nunca ha existido una ley sobre inmunidades a imagen y semejanza de la práctica seguida en otros Estados. Del mismo modo, España no ha llegado a ratificar el único convenio general que se encuentra en vigor en relación con esta materia<sup>(2)</sup>.

Una situación en la cual la jurisprudencia se ha convertido en la piedra angular de la aplicación de esta doctrina en nuestro Estado. Se trata de un rasgo que ha pervivido hasta la actualidad con escasas variaciones, pues el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 es genérico, y el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre el servicio de lo contencioso del Estado en el extranjero no puede ser asimilado bajo ningún concepto a las leyes internas en materia de inmunidades adoptadas en otros Estados, pues se refiere únicamente a los casos en los cuales el Estado español es demandado en el extranjero, sin aportar grandes pistas acerca de la doctrina seguida en España en relación con esta figura. Esto ha dado lugar que en las interpretaciones sobre la inmunidad sea decisivo el papel de la jurisprudencia. Lo que ocurre es que se ha encontrado una dificultad no menos importante, y es su ambigüedad y confusión<sup>(3)</sup>. En consonancia con la situación jurisprudencial descrita, los trabajos en esta materia han sido muy escasos, sin perjuicio del cambio de tendencia que parece advertirse en las últimas tres décadas.

En efecto, la nueva línea jurisprudencial ha dado un cambio, pero no resuelve a nuestro juicio las «grandes zonas oscuras» en el tratamiento de esta materia. Dos sentencias del Tribunal Supremo fueron decisivas: SSTS (Social) de 10 de febrero de 1986 y 1 de diciembre de 1986, protagonizadas, respectivamente, por Emilio B.M., conductor de la

---

(1) CARRERA HERNÁNDEZ, J., «La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencia española», *AEDI*, volumen XXIII, 2007.

(2) Se trata del Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados (convenio núm. 074), o Convenio de Basilea, de 16 de mayo de 1972. «Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972», *Revista de Instituciones Europeas* (1979), p. 503.

(3) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ ha caracterizado la jurisprudencia española anterior a la Constitución por tres rasgos negativos: su insuficiente fundamentación teórica, que explica en atención al silencio de las leyes españolas, «como no fuera la referencia confusa e inespecífica del art. 334 de la antigua ley orgánica del poder judicial»; su carácter confuso, debido a una acentuada identificación de las inmunidades estatales con las inmunidades personales de los agentes diplomáticos, consiguiendo convertir las inmunidades en un *totum revolutum*; su contenido contradictorio, al convivir tesis favorables a la inmunidad absoluta y a la inmunidad relativa (*Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990, p. 86). En su opinión, la jurisprudencia española nunca ha constituido un modelo a imitar en el ámbito de las inmunidades estatales, y el juicio que merece solamente puede ser negativo; la labor jurisprudencial es tributaria, en el fondo, del vacío legal existente. En cualquier caso, el resultado final fue caótico y las consecuencias del caos perduran en la actualidad.

Embajada de Guinea Ecuatorial en Madrid, y por D.A, Secretaria bilingüe en la Embajada de Sudáfrica en España.

Como destaca SÁNCHEZ RODRÍGUEZ<sup>(4)</sup>, el principal mérito de las sentencias del Tribunal Supremo de 1986 consiste en «haber abierto la caja de los truenos para mostrar el problema en toda su dimensión y complejidad, no sólo en relación con las normas internacionales que regulan la institución de las inmunidades estatales, sino también en el ámbito específico de nuestro ordenamiento jurídico y constitucional interno».

En la primera de las sentencias, (*E.B.M. c Embajada de Guinea Ecuatorial*) se estimaba un recurso de casación por infracción de ley contra una decisión laboral previa que había declarado la incompetencia de jurisdicción, aplicando para ello el art. 31 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961, en un caso de despido de un ciudadano español que había prestado sus servicios en la citada embajada como chófer. En ella el Tribunal Supremo adopta la distinción entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*, calificando el asunto como acto de gestión, y afirma que el Estado de Guinea Ecuatorial no disfruta de inmunidad absoluta.

Así mismo, la segunda sentencia, *Dianna Abbot c. República Sudáfrica*, manteniendo la misma línea argumental, la amplía. Se trataba de una secretaria de la embajada de Sudáfrica que ostentaba la nacionalidad norteamericana. La sentencia remarca la distinción entre las inmunidades estatales y las diplomáticas y consulares al conocer en casación y anular la resolución de la Magistratura de Trabajo que declaraba su incompetencia apoyándose en los arts. 31 y 43 de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 respectivamente. Dispuesto a aplicar las normas de Derecho Internacional público, se atreve a precisar el alcance de la norma consuetudinaria pertinente al caso a través de la práctica internacional, y no duda en acudir a un convenio del que España no es parte (Basilea 1972) y a los trabajos de codificación de la CDI para sustentar una tesis de inmunidad restringida de jurisdicción. Posición reiterada por el TC en su sentencia de 1 de julio de 1992.

En efecto, la frecuente aplicación de la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción por nuestros tribunales ha tenido como consecuencia principal la casi inexistencia de precedentes en los que estuviera en causa la inmunidad de ejecución. La inacción de los tribunales como consecuencia de la aplicación de dicha doctrina absoluta en el momento inicial del proceso judicial ha impedido el sostenimiento de debates en sede judicial sobre el alcance de la inmunidad de ejecución. Simplemente el problema no podía plantearse en la práctica. La inmunidad absoluta de jurisdicción ha actuado como barrera infranqueable para el demandante privado que osaba iniciar un procedimiento judicial contra un Estado extranjero.

En los últimos veinte años merecen ser destacadas cuatro sentencias del Tribunal Supremo: las ya citadas sentencias de 1986 y la sentencia de 22 de febrero de 1994, todas ellas pronunciadas por la Sala Social en procedimientos laborales, y la sentencia de 13 de junio de 2005, en esta ocasión pronunciada por la Sala de lo Civil.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de volver a pronunciarse en relación con aspectos más concretos de la inmunidad de ejecución en España en la sentencia de 22 de febrero

---

(4) SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *op. cit.*, p. 108.

#### IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS

---

de 1994, asunto en el que también se discutía el despido de un trabajador, en este caso de la Embajada de Francia en España.

Tras diversos avatares procesales, entre los que destaca el embargo decretado por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid de la cuenta corriente abierta por la Embajada en la oficina de *Credit Lyonnais* en España, el asunto llega al Tribunal Supremo para que se pronuncie acerca de la validez de tal embargo. En esta sentencia se pone de manifiesto cómo, incluso en tribunales inferiores, la doctrina restringida de las inmunidades estatales ha conseguido penetrar ocho años después de las sentencias de 1986. Sin embargo, el problema ahora es otro. En concreto, estamos en una fase en la que se trata de perfilar el contenido de esta doctrina en España, y aquí el fallo del Tribunal Supremo resulta muy polémico.

En efecto, el Tribunal Supremo avaló la tesis del Juzgado de lo Social y entendió que las cuentas corrientes abiertas en Instituciones ajenas a las misiones diplomáticas no son bienes situados en ellas, por lo que no gozan de la inmunidad reconocida a los locales y bienes de las oficinas diplomáticas por el art. 22.3 del convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961. En definitiva, el Tribunal Supremo admite la adopción de medidas de ejecución sobre las cuentas corrientes de las misiones diplomáticas, doctrina que choca radicalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta en la sentencia de 1 de julio de 1992, a la que me referiré en las siguientes páginas. Con todo, no será hasta la STC de 1 de julio de 1992 cuando el panorama de la situación se despeje. En la citada sentencia se consolida la inmunidad de ejecución restringida, siendo ésta abordada de forma correcta y con un planteamiento elogiado.

Concretamente, el TC aborda la problemática de la embargabilidad de las cuentas corrientes de consulados y embajadas como posible vía de ejecución, llegando a la indefectible conclusión de que «es un acto prohibido por el artículo 2.1.2 LOPJ», y derivando la ejecución a aquellos bienes del Estado inequívocamente a un uso industrial y comercial.

La Magistratura de Trabajo, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo, recabó informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, indicando un conjunto de bienes (cuentas corrientes y transacciones de bienes y dinero) contra los que podría actuar-se para ejecutar la sentencia. La Magistratura de Trabajo recibió el informe solicitado, y otro de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En ambos casos, la postura era la de defender la inexecución de los bienes localizados en la instancia por considerar que la inmunidad de los Estados, en fase de ejecución, es absoluta o, al menos, que se estaba en presencia de actos *iure imperii*.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia llegó a señalar que «aunque pueda atenuarse la rigidez de la inmunidad de jurisdicción, sigue siendo absoluta la inmunidad de ejecución contra los Estados (...); aunque son instituciones diferentes, la inmunidad de los agentes diplomáticos y la inmunidad de los Estados, autorizada doctrina entiende que las normas referidas a aquéllos... agotan su eficacia en las personas, de suerte que cuando se produce una situación litigiosa, las inmunidades hay que referirlas, no al Agente diplomático sino al Estado de envío».

Estos informes fueron determinantes para que la Magistratura de Trabajo dictara auto reconociendo la inmunidad de ejecución de Sudáfrica, aunque en segundo término se ordenó la ejecución de la sentencia; «excepto los bienes sitos en el recinto de la Embajada», se

permitirá actuar sobre cuentas corrientes de la Embajada en España y sobre el saldo acreedor de las transacciones de bienes o cualquier operación mercantil. Como consecuencia, se procedió al embargo de la cuenta corriente abierta a nombre de la Embajada en el Banco de Santander. La confusión jurídica generada por los informes citados no podía llevar sino a la presentación de un recurso contra el auto mediante el que se decretaron las medidas de ejecución.

Estos mismos informes van a jugar un papel muy relevante en la sentencia pronunciada al respecto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En efecto, este tribunal se alinearán con la posición mantenida por el Ministerio de Asuntos Exteriores y por el Ministerio de Justicia para sostener la aplicación de una inmunidad absoluta de los Estados en la fase de ejecución de las sentencias. Si bien puede considerarse que el resultado de tal pronunciamiento es correcto, al no permitir el embargo de la cuenta corriente de una Embajada, no lo es su fundamentación jurídica, pues en el fondo se asienta en una concepción absoluta de la inmunidad de ejecución de los Estados que no parece presentar quiebra alguna a juicio del Tribunal.

Con estos antecedentes, que denotan de nuevo la confusión persistente en la jurisprudencia española, no obstante las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en 1986, el asunto termina llegando al Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo presentado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por violación del art. 24.1 de la Constitución española. La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional constituye el texto más valioso al que debemos dirigirnos para comprender el contenido, alcance y fundamento de las inmunidades jurisdiccionales en España. La doctrina no ha escatimado calificativos para resaltar su valía. Así, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ resalta su «lógica interna bien conseguida», señalando también que resulta «impecable en su construcción argumentativa» y «rica en matices y contenidos, sobrepasando en ocasiones el mero ejercicio de la función jurisdiccional»<sup>(5)</sup>.

La jurisprudencia posterior es tributaria del tratamiento de la inmunidad de ejecución realizado por la sentencia de 1992.

Así, por ejemplo, el TC, en su sentencia 292/1994, de 27 de octubre, si bien ésta presenta caracteres novedosos, ya que aborda por primera vez el singular problema de la ejecución provisional de sentencias contra un Estado extranjero, en este caso Brasil, y en relación con la percepción de una pensión de jubilación; en cualquier caso la conclusión del tribunal sigue siendo la misma: inembargabilidad de las cuentas corrientes. Recientemente, y profundizando en la posición favorable a la ejecución, el TC ha llegado a declarar en su sentencia 18/1997, de 10 de febrero, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por un Juzgado de lo Social de Madrid al haber archivado la ejecución de una sentencia que condenaba a Guinea Ecuatorial a una indemnización por despido, y no haberse agotado todas las posibilidades de actuación judicial que el ordenamiento prevé<sup>(6)</sup>.

---

(5) Nota en *REDI* (1992-2), p. 576.

(6) LÓPEZ MARTÍN. A. G., «Las inmunidades del Derecho internacional: su aplicación en España», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 6 (enero-abril 1999).

### III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN. EL CASO DE LAS EMBAJADAS Y CONSULADOS

La inmunidad de ejecución no es absoluta. De hecho, tanto la práctica internacional como diversas normas internacionales e internas han establecido excepciones a ese principio. En efecto, se ha aceptado que la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros puede ceder cuando los bienes a ejecutar no estén destinados al ejercicio de funciones públicas. La Convención Europea sobre Inmunidad de 1972 admite la ejecución contra bienes de un Estado extranjero cuando éste ha renunciado expresamente a su inmunidad de ejecución. Igual disposición contiene la Ley de Inmunidad Soberana de Gran Bretaña, en tanto que la FSIA de los Estados Unidos de América también dispone una serie de excepciones al referido principio.

Asimismo, en el artículo 18 del proyecto elaborado por la comisión de Derechos Internacional de las Naciones Unidas se aclara que el consentimiento sobre la jurisdicción no implica el consentimiento sobre la ejecución, que debe manifestarse por separado. Y se establece como principio que no podrán adoptarse medidas coercitivas contra Estados extranjeros, salvo en determinados casos. La tendencia general de los tribunales ha sido permitir la ejecución respecto de bienes destinados a la actividad comercial del Estado extranjero, y denegarla sobre bienes afectados al cumplimiento de fines públicos. Diversas normas internacionales establecen que entre los bienes de los Estados extranjeros protegidos por la inmunidad de ejecución se encuentran: a) los bienes afectados al cumplimiento de sus funciones diplomáticas y consulares; b) los bienes destinados o relacionados con el uso militar; c) los bienes relacionados con la pertenencia a organizaciones internacionales; d) los objetos culturales; y e) las cuentas bancarias del Estado extranjero cuando se relacionen con una función pública de ese Estado al momento de la ejecución.

Para tratar el tema específico de las representaciones diplomáticas, hay que seguir los criterios establecidos anteriormente. En este sentido, la doctrina constitucional sigue las siguientes directrices:

Los puntos cardinales de la doctrina del Tribunal Constitucional desde la sentencia 292/1994, y STC 176/2001, que son los siguientes:

- **Admisión por el Tribunal Constitucional de la doctrina de la inmunidad relativa en relación con la ejecución de las sentencias pronunciadas contra Estados extranjeros.** Esta afirmación es trasladable también a la inmunidad de ejecución; pues aunque el TC afirmara, en relación con esta figura, que hay que adoptar «mayores cautelas a la hora de sentar excepciones a la regla de la inmunidad», termina reconociendo que «dichas excepciones siguen la huella del criterio sentado por la inmunidad de jurisdicción», y que el art. 21.2 LOPJ «permite afirmar la relatividad de dicha inmunidad» y el art. 24.1 CE «coadyuva a entender en un sentido limitado la inmunidad de ejecución».
- **Adopción del criterio de la finalidad o destino del bien a los efectos de precisar los bienes susceptibles de ejecución.** Además de decantarse a favor de la doctrina restringida de la inmunidad de ejecución, el Tribunal Constitucional ofrece un criterio determinante a los efectos de precisar los bienes sobre los que cabe adoptar medidas de ejecución.

En efecto, con un tenor literal diferente al empleado por la convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, pero con un significado semejante, el TC admite la ejecución de sentencias dictadas contra Estados extranjeros únicamente sobre los bienes destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme al Derecho privado.

En sentido contrario, resultan inembargables los bienes sometidos a la titularidad del Estado extranjero afectados o destinados al desenvolvimiento de actividades de soberanía o imperio. Por tanto, el Tribunal Constitucional se sirve de los mismos criterios que los utilizados por la convención de Naciones Unidas a los efectos de determinar el alcance de la inmunidad de ejecución de los Estados.

Situándose en una línea restrictiva de la inmunidad de ejecución, el TC considera oportuno utilizar el criterio de la afectación o destino de los bienes, al fin y al cabo el criterio de la finalidad, a los efectos de determinar qué bienes pueden resultar exentos de la adopción de medidas de ejecución por quedar protegidos por la institución de la inmunidad de ejecución.

• **En sentencias posteriores, el TC ha perfilado su línea doctrinal admitiendo la posibilidad de adoptar medidas, incluso provisionales, de ejecución sobre los bienes de los Estados extranjeros.**

Así por ejemplo en la **STC 176/2001** tenía por objeto la impugnación de la Sentencia que el 25 de febrero de 1997 pronunció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Consulado General de Francia contra otra de 22 de julio de 1996 donde *el Juez de lo Social* núm. 2 de Bilbao **había declarado que los bienes embargados en el procedimiento de ejecución correspondiente gozaban del privilegio de inembargabilidad por ser propiedad de una Oficina consular.** La demandante sostiene que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la vertiente que afecta a la ejecución de las resoluciones firmes, puesto que la Sentencia recurrida decidió la inejecución de bienes de un Estado extranjero susceptibles de ser ejecutados al estar afectados a una actividad *iure gestionis* desprovista de privilegio alguno, así como el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) por haberlo dilatado el Consulado francés, incumpliendo una decisión judicial firme al amparo de su inmunidad. A su vez, el Consulado lo niega por cuanto **los bienes adscritos a las Misiones Diplomáticas y Consulares** —como en el caso de éstos que son objeto de ejecución— **son absolutamente inmunes a la ejecución forzosa** de conformidad con lo previsto en el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas y de 1963 sobre relaciones consulares.

Finalmente, el Ministerio Fiscal interesa la denegación del amparo con base a la STC 18/1997, de 10 de febrero (conforme a la cual **los bienes de las misiones diplomáticas y consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, y del resto, sólo son susceptibles de ejecución los destinados a actividades de iure gestionis**), al no estar los bienes embargados destinados inequívocamente a actividades comerciales o industriales en las que el Estado francés actúe de la misma manera que un particular. **No se impugna pues una hipotética falta de ejecución de la Sentencia sino un concreto embargo trabado sobre unos determinados bienes.**

#### IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS

---

Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una Sentencia; en consecuencia, ***una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24.1 CE*** (SSTC 107/1992, de 1 de julio, FJ 4; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3; y 18/1997, de 10 de febrero, FJ 6).

*Por lo tanto*, la relatividad de la inmunidad de la ejecución de los Estados extranjeros se asienta en la distinción entre bienes destinados a actividades de *iure imperii* (es decir, en las que está empeñada la soberanía del Estado) y bienes destinados a actividades de *iure gestionis* (o lo que es lo mismo, actividades en las que el Estado no hace uso de su potestad de imperio y actúa de la misma manera que un particular)<sup>(7)</sup>.

En la STC 292/1994, de 27 de octubre (BOE de 29 de noviembre de 1994). Este asunto surge como consecuencia del rechazo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de una pensión de jubilación.

El motivo de tal rechazo se basaba en el incumplimiento de formalidades relativas a la seguridad social por parte de la Embajada de Brasil en Madrid, por lo que el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid condenó a tal Estado al pago de la prestación. Ante el planteamiento de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se solicitará la ejecución provisional de la sentencia, rechazada por el juzgado de instancia.

Desde mi punto de vista, la argumentación del Tribunal Constitucional está dirigida a justificar la aplicación de una doctrina absoluta de las inmunidades estatales en relación con los bienes de las oficinas diplomáticas y consulares, sin que, por ello, se produzca una violación del art. 24.1 CE. Ahora bien, fuera de los bienes que gozan de una protección especial, el TC es partidario de aplicar la doctrina restringida de la inmunidad de ejecución. Aplicar, por tanto, en relación con otros bienes una doctrina de inmunidad absoluta conllevaría a una «indebida extensión o ampliación» de la inmunidad de ejecución que, por tal motivo, sí podría considerarse una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Este planteamiento es similar al sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido* el TEDH afirmó que «*on ne peut des lors de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6,1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats. De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès à un tribunal doivent être tenues pour lui être inhérentes; on en trouve un exemple dans les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité des Etats*».

---

(7) Para GONZÁLEZ VEGA, J., «la sentencia del Tribunal Constitucional resulta expresiva de una inequívoca orientación “*in dubio pro executione*” y revela un afán por ceñir a estrictos límites la inmunidad de ejecución, tal vez para acallar definitivamente las críticas judiciales sobre la compatibilidad con el art. 24.1 CE» («Nota», *REDI* [1995-2], p. 274).

El TEDH ha llegado a las mismas conclusiones cuando se ha enfrentado a la inmunidad de las organizaciones internacionales Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Waite y Kennedy c. Alemania*, as. 26083/94. En el mismo sentido *vid.* la sentencia de la misma fecha, en el as. 28934/95, *Beer y Regan c. Alemania*).

- Garantías frente a la inmunidad de ejecución.

El TC con su doctrina no se ha limitado a justificar, al amparo del art. 24.1 CE, la institución de las inmunidades estatales. Al tiempo ha ofrecido alternativas aplicables en los casos en que no resultara posible ejecutar una sentencia contra un Estado extranjero por no encontrar bienes contra los que proceder, generando «un sacrificio especial para el justicia-ble contrario al principio desigualdad ante las cargas públicas».

En la STC 107/1992, en primer término, el TC llamó la atención sobre la posibilidad de recurrir a dos instrumentos en tales casos: por un lado, la protección diplomática de la persona afectada por parte del Estado de su nacionalidad; por otro lado, la asunción por el Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada.

Por tanto, el particular, agotadas las vías de recurso de su Estado, y tras haber visto impedida la ejecución de la sentencia por aplicación de la doctrina de las inmunidades estatales, debería acudir a los tribunales internos del Estado extranjero (¿con qué argumentos y acción procesal?) para obtener una sentencia de última instancia (probablemente reconociendo la incompetencia de los tribunales locales o simplemente reiterando la inmunidad de ejecución) que pudiera justificar tal agotamiento de los recursos internos. Sólo entonces podría solicitar al Estado de su nacionalidad el inicio de la protección diplomática.

Pero el particular afectado, seguiría encontrándose con problemas de inseguridad jurídica a la hora de proteger su derecho y de que esté efectivamente sea satisfecho<sup>(8)</sup>.

- Un último aspecto que destaca CARRERA HERNÁNDEZ<sup>(9)</sup> de la jurisprudencia española en materia de inmunidad de ejecución de los Estados se refiere al papel asignado al ejecutivo, especialmente a la AJÍ (Asesoría Jurídica Internacional) del Ministerio de Asuntos Exteriores. Es preciso recordar que el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 1986, atribuyó un papel formalmente desorbitado al citado organismo, al aplicar analógicamente el Real Decreto 1654/1980 a los casos en que se discute la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero en España. En concreto, el Tribunal Supremo exigió a los jueces españoles recabar informe de la AJÍ antes de proceder a cualquier medida de ejecución y, al mismo tiempo, dirigirse al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, a los efectos de determinar la existencia de reciprocidad. Esta línea doctrinal ha conducido, en la práctica, a la consolidación, materialmente deseable, de la aplicación del Real Decreto citado en el sentido apuntado, a pesar de que, como ya ha sido indicado, la finalidad de esta norma es regular la actuación de los órganos españoles cuando se ponga en causa la inmunidad de España ante Tribunales extranjeros. Los asuntos que han llegado al Tribunal Constitucional en los que se ha discutido la doctrina de las inmunidades estatales sirven para probar esta aseveración.

---

(8) ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. III (1976), p. 321.

(9) CARRERA HERNÁNDEZ, J., «La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencia española», *AEDI*, volumen XXIII, 2007.

#### IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS

Desde otro punto de vista, el ejecutivo español ha asumido tradicionalmente una función de *amicus curiae* que se vincula al propio deber de diligencia debida exigido por el Tribunal Constitucional a los jueces. En la STC 18/1997 el Tribunal Constitucional ha llegado a afirmar que cuando surgen dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales cobra vital importancia la colaboración de los poderes públicos del Estado del foro, y en especial de su Ministerio de Asuntos Exteriores, exigiendo al órgano judicial «recabar sin desmayo esta colaboración cuya negativa puede producir de nacimiento las pertinentes responsabilidades».

Por tanto, en el procedimiento judicial en concreto, se debe partir de la premisa básica de identificación del sujeto pasivo en el procedimiento judicial. Afortunadamente, se trata de una sentencia aislada que contrasta con la emitida por el Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid el 15 de febrero de 2000, en la que se recoge fielmente la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente en materia de inmunidad de ejecución de los Estados.

Más recientemente, en el *asunto MONTASA c. EE.UU.*, la Audiencia Provincial de Cádiz ha declarado nulo el embargo, decretado por el Juzgado de primera instancia e instrucción de Rota, de la cuenta corriente que poseía EE.UU., y más concretamente una unidad de gestión de la marina estadounidense, en la sucursal del Banco de Andalucía situada en la Base Naval de Rota. Al tratarse de una cuenta corriente mixta, la Audiencia Provincial de Cádiz actuó escrupulosamente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia<sup>(10)</sup>.

En este sentido, tengamos en cuenta la reciente Nota Informativa dictada por la Secretaría General de la Administración de Justicia de julio de 2012 y dirigida a los Secretarios Judiciales y publicada en la página del Ministerio de Justicia, en la que se establece la necesidad de informar al MAE de los litigios en los que afecte a una representación diplomática, así como de las imputaciones que puedan darse respecto del personal diplomático, notificaciones judiciales que deberán hacerse a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Resumiendo, ante la diversidad de jurisprudencia existente sobre la materia, se hace preciso establecer un cuadro resumen a efectos prácticos:

**¿Es compatible el derecho a la tutela judicial y el principio de inmunidad de ejecución?**

**STC (107/1992). Son compatibles, pero NO puede prevalecer, sin más, la tutela efectiva sobre la inmunidad.**

Tutela efectiva = derecho prestacional # Puede tener límites

**Límites:** razonables y proporcionales.

El respeto a la soberanía del Estado extranjero constituye un límite a la tutela judicial efectiva. Una indebida extensión de la inmunidad de ejecución del Estado constituiría una violación del derecho fundamental. Ahora bien, cuando haya bienes

(10) SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., «La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el caso MONTASA/EE.UU.», *REDI* (2005-1), p. 171.

ejecutables y no se ejecuten habría vulneración de la tutela. En la práctica, hay problemas en la calificación de la naturaleza de los bienes. ¿Quién califica?, ¿la Embajada?. Por tanto ¿qué bienes podrían ser ejecutables, a juicio de la Embajada?

**Jurisprudencia posterior (STC 292/1994).**

Reitera doctrina anterior.

Reitera el carácter absoluto de la inmunidad de las cuentas corrientes de embajadas y consulados. Añade que también serían ejecutables **otros bienes** del Estado extranjero (no sólo los de las embajadas).

**Jurisprudencia posterior (STC 18/1997).**

Añade: también serían ejecutables los **derechos de crédito** (a favor del Estado extranjero) (como créditos FAD) y plantea un problema: El incumplimiento de un tratado (con ese Estado extranjero) supone incurrir en **responsabilidad internacional**.

TC: En el caso de que la Administración no colabore también incurre en **responsabilidad patrimonial en el derecho interno**.

**Jurisprudencia posterior (STC 176/2001).**

El Problema de la **calificación de la naturaleza de los bienes** es trasladado al MAE.

**Certificación:** plazas de garaje de Consulado = bienes afectos a la actividad de representación de un Estado extranjero

El TC **no puede «recalificar»** la naturaleza de los bienes.

En conclusión: las pautas para ejecutar sobre los bienes de los Estados extranjeros se deben asentar sobre los siguientes principios normativos:

1. Es compatible con ese derecho fundamental (artículo 24 CE) la existencia de inmunidad de ejecución sobre determinados bienes de los Estados contemplada en normas legales o tratados, pero no lo es una indebida extensión o ampliación de sus normas.
2. Los bienes de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados son absolutamente inmunes a la ejecución, ya que están protegidos por los Tratados de Viena mencionados en la presente resolución, alcanzando esa garantía a los locales de la misión u oficina consular, mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como sus medios de transporte, estimándose incluidas entre esos bienes conforme a la práctica internacional las cuentas corrientes bancarias adscritas a su funcionamiento.
3. En cuanto al resto de sus bienes de un Estado, no son embargables los bienes afectos al derecho de soberanía del Estado, pero sí los vinculados a sus actos de gestión.
4. La actividad ejecutiva destinada a lograr el cumplimiento de la sentencia debe abarcar, si es preciso, la colaboración de los Ministerios de Hacienda y Asuntos Exteriores, acudiendo incluso a que este realice las oportunas gestiones por vía diplomática.

Es de interés la reciente sentencia del TSJ del País Vasco dictada por la Sala de lo Social, en fecha 8 de abril de 2008 (JUR\2008\171450); en ella se planteaba la negativa de la embajada de EE.UU. al cumplimiento de una sentencia basada en Derecho español.

#### IV. INMUNIDAD DE LAS REPRESENTACIONES DIPLOMÁTICAS

---

Tras el cierre del Consulado de los Estados Unidos en Bilbao un Juzgado de lo Social calificó como improcedentes los despidos de dos trabajadores que ejercían las labores de administración en este organismo. Los EE.UU. no dieron cumplimiento a la sentencia porque consideraron que era propia de su soberanía la decisión de cerrar su Consulado de Bilbao y lo consideraban un despido por amortización de puesto de trabajo. Así mismo, la representación de los EE.UU. no abonó la indemnización a la que había sido condenada.

El Juzgado decretó el embargo de una parte proporcional de las devoluciones del IVA a los que tenía derecho la entidad diplomática de los EE.UU. por encontrarse exentos de ese tributo. Y los EE.UU. alegaron que este dinero retenido pertenecía a operaciones o bienes vinculados al derecho de soberanía, y que gozaba de la inmunidad recogida en la Convención de Viena.

Ante tal coyuntura la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco establece en la resolución que los bienes embargados no entran dentro del ámbito de la inmunidad diplomática sino en el de los privilegios tributarios. Considera la sala que la inmunidad diplomática no tiene un carácter extensivo a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva. Y que la actitud de los EE.UU., declarándose insolvente en la práctica durante diez años, resultó una obstrucción al cumplimiento de la Sentencia. Conclusión reforzada aún más cuando se advierte cuál es la auténtica razón por la que el recurrente se niega a cumplir voluntariamente con el pago a que fue condenado en sentencia firme, como es la puesta en cuestión que hace del mismo título ejecutivo, negándose a acatarlo por razones que revelan su negativa a someterse a nuestra soberanía a la hora de interpretar el cumplimiento de la legislación laboral española, según ha revelado la respuesta dada por vía diplomática al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando el Juzgado ha acudido a éste para tratar de lograr, por tal cauce, el cumplimiento de la sentencia.

Ante una actitud de esa naturaleza, que *revela una actitud obstruccionista al cumplimiento de la sentencia, con una ejecución infructuosa seguida durante diez años ante un Estado del que resulta un sarcasmo sostener que es insolvente, el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes debe ser protegido de manera eficaz*, tal y como lo ha realizado el auto impugnado, en lo que constituye una segunda razón para ratificar el embargo acordado, siguiendo esa línea de defensa de dicho derecho fundamental que efectúa la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1997(RTC 1997\18) en un caso en que también se prolongaba sin éxito una ejecución contra un Estado extranjero (Guinea Ecuatorial) y en el que, finalmente, se archivaba la ejecución (aun con el carácter provisional propio del orden laboral) sin agotar medios aún posibles, como era la continuidad de las vías diplomáticas intentadas o el embargo de cantidades que pudieran reconocerse por España a favor de dicho Estado en concepto de créditos, ayudas o subvenciones que no derivasen de tratados internacionales.

#### IV. CONCLUSIONES

La creciente globalización se ha traducido, entre otras cosas, en que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales nacionales en materias de Derecho Internacional Público

y Privado sean cada vez más frecuentes y de una creciente importancia, incluso a nivel internacional.

En el ámbito del Cuerpo Superior de Secretarios Judiciales se creó, en 2009, la RESEJ (la Red Española de Secretarios Judiciales Expertos en Cooperación Jurídica Internacional) del Ministerio de Justicia de España, cuyo cometido es asesorar y colaborar en la resolución de los problemas que en la práctica diaria se plantean al Secretario Judicial, y ello teniendo en cuenta que el Secretario Judicial tiene la trascendente e importante función encomendada de llevar a cabo la ejecución de las decisiones que adopten los jueces o tribunales tal y como se establece en los artículos 452 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reforma por Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Esa función de coordinar la interpretación del Derecho internacional con el derecho procesal interno implica que las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales, al concretar los principios del Derecho Internacional en la solución de casos, permiten una mejor adaptación de los principios a la realidad y, dialécticamente, contribuyen a un mayor perfeccionamiento del sistema internacional. En todo caso, las decisiones de los Tribunales nacionales, como señala el propio Tribunal Constitucional, no suponen interferencia «por parte del ordenamiento español en el Derecho Internacional público», pues las normas de éste se conforman, entre otras cosas, por las «prácticas» de los Estados miembros, y a la configuración de estas «prácticas» también contribuyen las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Con este marco, y ante la adopción de la convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, consideraciones de seguridad jurídica claman por una ratificación de esta convención por España. Por el contrario, la ratificación de este convenio por España conseguiría dotar a nuestro ordenamiento jurídico de mayores dosis de seguridad jurídica como ha sido apuntado. No obstante, no se puede desconocer que el derecho a la tutela judicial debe ser satisfecho, y en ello también deben colaborar las representaciones diplomáticas extranjeras en España.

Revista de

---

# Derecho migratorio y extranjería

---

---

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS,  
APUNTES Y CONVOCATORIAS**

---



## I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

*Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII en la Universidad de Zaragoza*

- ARRESE IRIONDO, M. N., *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares*, Lete Argitaletxea, San Sebastián, 2012, 240 pp.
- *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Bilbao, 2011.
- BAUTISTA, C.M. y BOYE TU, G., *Comentarios a la ley de extradición pasiva*, La Ley, Madrid, 2012, 350 pp.
- GARCÍA ROCA, F. J., *Diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, 491 pp.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y GOIZUETA VÉRTIZ, J., *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, 256 pp.
- MIMENTZA MARTÍN, J., *Die sozialrechtliche Stellung von Ausländer mit fehlendem Aufenthaltsrecht (Deutschland un Spanien im Rechtsvergleich)*, Utz Velag GmbH, Munich, 2012.
- ORTEGA GIMENÉZ, A., *Manual práctico orientativo sobre trámites consulares en España*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2012, 355 pp.
- PEÑA, J. y DE LUCAS, J., *Inmigración y derechos humanos*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012, 126 pp.
- VALLE GÁLVEZ, A., *Inmigración, seguridad y fronteras*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, 478 pp.
- ZAPATA BARRERO, R., *Una ética política mínima de la inmigración a Catalunya*, Cánoves, 2012, 168 pp.

---

### **La inmigración en Andalucía: instituciones, aspectos jurídico-sociales y culturales**

AA.VV. (JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, FRANCISCO JAVIER GARCÍA CASTAÑO Y JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS, DIR.; LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ, COORD.)  
Colección Trabajo y Seguridad Social, dirigida por José Luis Monereo Pérez  
Editorial Comares, Granada, 2012, 618 pp.

[VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN  
*Becaria de investigación FPU. Departamento  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad  
Social. Universidad de Granada*]

La inmigración constituye una realidad social que presenta un carácter eminentemente poliédrico. En efecto, como fenómeno complejo, el migratorio merece ser analizado desde diversas perspectivas ya que incide y logra filtrarse en las más variadas ramas de actuación. No en vano, la Ley 4/2000, de 11 de enero, configuró la transversalidad como principio rector de la política inmigratoria. De ahí el interés de la obra que se presenta como novedad en la Editorial Comares y que aborda precisamente la temática desde un nutrido prisma jurídico-político, antropológico y politólogo. Bajo el título *La inmigración en Andalucía: instituciones, aspectos jurídico-*

*sociales y culturales*, el trabajo colectivo dirigido por José Luis Monereo Pérez, José Antonio Fernández Avilés (Catedrático y Profesor Titular, respectivamente, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada) y Francisco Javier García Castaño (Catedrático de Antropología Social de la misma Universidad), contiene un riguroso y sistemático tratamiento de lo que constituye ya una realidad netamente presente en el contexto social español en general y andaluz en particular. Lo cierto es que la incidencia que el fenómeno migratorio tiene actualmente en los ámbitos social, político y económico parece incuestionable, de manera que lo que otrora fue un aspecto meramente coyuntural ha pasado a constituir hoy un elemento estructural de nuestra sociedad. La focalización en la Comunidad Autónoma de Andalucía cualifica notablemente a esta monografía, sin que resulte exagerado afirmar que constituye una obra señera en materia migratoria. Ciertamente, hasta su publicación, la palestra bibliográfica carecía de un trabajo que atendiese a la temática en Andalucía con la ambición omnicomprensiva y totalizadora que lo hace éste. De ahí la necesidad de su referencia. Con el precedente de *Derecho social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, que vio la luz en 2009, se advierte que la Colección Trabajo y Seguridad Social de la Editorial Comares sigue exitosamente comprometida con el tratamiento específico de materias determinantes en la rama social del Derecho y sus implicaciones constreñidas al ámbito territorial andaluz.

Con evidente vocación teórica y práctica, la obra logra el propósito que le inspira en tanto aborda el plano normativo existente con una actitud crítica, analizando los retos que plantea el panorama actual y articulando sugestivas propuestas de solución. Así pues, nos hallamos ante un trabajo colectivo que combina conocimiento y pensamiento, de modo que el enfoque analítico descriptivo es enriquecido con una inclinación propositiva. La plena comprensión de la materia migratoria y su naturaleza indiscutiblemente compleja exige a todas luces dicho análisis teórico de la regulación jurídico-legal y de las políticas que se van implementando, en conexión con un enfoque racionalizador y crítico, que ofrezca sugerencias útiles para la acción de los agentes

sociales, políticos y económicos que participan en la realidad social de la inmigración.

La obra monográfica se estructura en seis partes temáticas, a lo largo de las cuales se ofrece un cuidado y riguroso estudio de la inmigración en Andalucía atendiendo a todas y cada una de sus dimensiones específicas: institucional, jurídico-social y cultural. Al carácter multidisciplinar del planteamiento contenido en este trabajo, interrelacionando los variados enfoques desde los que cabe aproximarse, contribuye el cualificado conjunto de autores que asumen su elaboración. Todos ellos prestigiosos especialistas que, avallados por su experiencia profesional y prestigio científico, aúnan esfuerzos en ofrecer un análisis multidimensional de la realidad migratoria. Su proveniencia de diversas disciplinas y su adscripción a diferentes universidades andaluzas enriquecen sin duda la óptica adoptada en la monografía que se recensiona.

Comienza la obra con una Parte I que, bajo la rúbrica «Evolución del fenómeno migratorio en Andalucía: aspectos demográficos», proporciona, a modo de preludeo, un analítico estudio demográfico que resulta clave para entender el fenómeno migratorio en cuya vertiente político-jurídica se profundiza en páginas posteriores. Antes de teorizar sobre políticas a implementar, resulta imprescindible contar con una descripción concreta de la realidad en la que operar. De ahí el carácter clave de esta parte inicial que sienta los cimientos de todo el resto del edificio monográfico. Así, con loable detalle y por medio de tablas y gráficos, se aborda el impacto de la inmigración en el crecimiento demográfico regional andaluz. Las cifras en términos de porcentaje de crecimiento interanual de la población extranjera según nacionalidad y provincia de residencia ponen de relieve el exponencial aumento de la población extranjera en los últimos años. Se ofrece igualmente una amplia panorámica de la evolución de la estructura demográfica de la población extranjera que refleja la variación producida en la composición por sexo y edad y detalla las nacionalidades predominantes, evidenciándose la diversificación de los orígenes de los extranjeros. Todo ello lleva a concluir que la demografía andaluza encuentra en la inmigración una pieza clave de su dinamismo.

La Parte II, «Modelos de políticas jurídicas de inmigración», se centra en el modelo andaluz de ordenación y gestión de la realidad migratoria ante las nuevas competencias que fueron atribuidas en su Estatuto de Autonomía. El estudio de la política de inmigración en un Estado de gobierno multinivel como el español requiere el tratamiento de la distribución de competencias en los diversos planos territoriales. En efecto, para abordar la materia con el enfoque totalizador que merece, se asciende al escalón estatal y al comunitario. Con respecto a este último, se analiza la regulación jurídico-política de la inmigración en la Unión Europea, tradicional peón en el juego de ajedrez entre la soberanía nacional y el ámbito de decisión política comunitaria. De la mano de un detallado análisis de los instrumentos normativos comunitarios, se emprende un completo estudio del marco de Derecho interno de la Unión, mostrándose el incesante ir y venir de normas comunitarias en la materia, al tiempo que se evidencia la importancia del papel de la regulación europea en la integración jurídica de los inmigrantes una vez radicados en el territorio de un Estado miembro a la luz de los derechos proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Al enfoque europeo referido se le añade el estatal, mediante el estudio del actual modelo jurídico-legal del inmigrante extranjero, así como la caracterización formal y material de la Ley 4/2000 y sus reformas, que conforman un modelo ciertamente carente de programación y sediento, pues, de estabilización jurídico-institucional. Igualmente, se especifican las motivaciones e intenciones de tal ordenación normativa, que demuestran que el eje de rotación de la política migratoria española ha pasado de un exclusivo afán de orden público y ordenación de flujos a la pretensión de una efectiva integración socioeconómica y cultural de los inmigrantes.

Es la Parte III, «Instituciones político-jurídicas reguladoras de la inmigración en Andalucía», la que aborda expresamente y con carácter nuclear la concreta implementación de la política de inmigración en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con detenida atención a su marco competencial, contenido sustantivo y estructura operativa político-administrativa articulada

al efecto. Especialmente atrayente resulta el análisis de dicha política ante los nuevos retos planteados por la crisis económica que azota con fuerza desde 2008.

En cualquier caso, en la configuración de toda sociedad democrática, la pluralidad cultural y su promoción juega un papel clave, por lo que reconocer y acoger la diversidad de identidades o favorecer, en fin, la integración en base al respeto de culturas y tradiciones supone un elemento de primer orden. En coherencia con ello, unas páginas de esta parte temática son dedicadas al estudio de los principales instrumentos de los que a tal efecto se dota Andalucía, siempre a la vanguardia en la articulación de medidas de integración de las personas extranjeras inmigrantes en su territorio. En este sentido, se ofrece un nutrido recorrido por los Planes Integrales para la Inmigración en Andalucía, resaltando los principios básicos y conformadores que les inspiran a este respecto.

La Parte IV, «Competencias y políticas para la protección jurídico-social del colectivo inmigrante en Andalucía. Tratamiento sectorial», incide decididamente en la vertiente social de la realidad migratoria. En concreto, se abordan las prestaciones y servicios que permiten a los extranjeros inmigrantes disfrutar de un estándar mínimo social. Junto a los servicios sociales (marcadamente los comunitarios) o los sanitarios, se estudia el acceso de los extranjeros a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia y, específicamente, el contenido de la tutela que configuran las normas estatales y autonómicas, sin obviar la necesaria vertiente comunitaria e internacional.

Muchos otros elementos enraizados en la protección jurídico-social de los inmigrantes son acogidos en esta parte temática. Así, y sin ánimo de exhaustividad, cabe indicar el tratamiento de la denominada «gerontoinmigración» como nueva dimensión de la gerontología centrada en la movilidad intracomunitaria de personas mayores de sesenta y cinco años que se instalan en el país. El análisis demográfico es acompañado de una elaborada aglutinación de las principales causas biopsicosociales que animan este fenómeno y de los efectos que tiene en la vertiente económica, social y cultural de los países de destino.

Asimismo, y aprovechando que las migraciones transnacionales suponen un lugar privilegiado para estudiar la transformación de los patrones de género, se presta atención a la perspectiva de género y su incidencia en los flujos migratorios aparejados a la globalización, dado el notable incremento de las migraciones femeninas en los últimos años. Por su parte, además del concreto régimen de protección jurídica y social de las familias inmigrantes con especial detenimiento en el derecho de reagrupación familiar, es objeto de tratamiento la creciente presencia de escolares extranjeros en el conjunto del sistema educativo andaluz, su evolución e implicaciones.

En la Parte V, «Paradigmas de la situación sociolaboral de las personas inmigrantes en Andalucía», se presentan pormenorizadamente las características que, en cada una de las ocho provincias andaluzas, presenta el colectivo inmigrante desde el punto de vista de su participación en el mercado de trabajo. El acceso al empleo supone una fundamental vía de integración de la población inmigrante en la sociedad de acogida, de ahí que sea tan importante la óptica empleada en esta parte de la obra. Resultan altamente reveladores los análisis cuantitativos ofrecidos a la luz de los principales datos estadísticos que valoran el grado de inserción sociolaboral de las personas extranjeras inmigrantes, al cuantificar su presencia en cada provincia por procedencia, sexo y grupos de edad. De la consulta de estas páginas, el lector asumirá una total comprensión de la situación socio-laboral de los inmigrantes en cada provincia y, en concreto, de los ámbitos productivos en los que tiene presencia la inmigración a la luz de las autorizaciones de trabajo concedidas según sector de actividad. Todo lo anterior se complementa con continuas y actualizadas alusiones al impacto de la crisis económica sobre la realidad migratoria y su traducción en una reducción de los flujos migratorios de entrada como consecuencia de un notable descenso de la actividad económica.

El enfoque intercultural inmanente al fenómeno migratorio y sus implicaciones en el contexto andaluz es reservado a la parte conclusiva de la obra, la cual, bajo la rúbrica «Aspectos culturales de la inmigración en Andalucía», contiene un amplio y enriquecido abanico de cuestiones

referidas a la integración de la diversidad representada por las múltiples identidades presentes en la sociedad andaluza. Así y en primer lugar, se trata la representación de los movimientos migratorios y la imagen del migrante en los medios de comunicación masivos al tiempo que se reflexiona sobre las netas resistencias a incorporar discursos contra-hegemónicos con sintaxis abiertas a nuevos formatos y nuevas formas de producción y de difusión de los mismos.

Los aspectos interétnicos y culturales de la inmigración no son obviados, pues se dedica especial atención a la necesidad que tienen los inmigrantes como grupos étnicos de manifestar su identidad. De manera argumentada se concluye que la disminución del contenido cultural no lleva parejo necesariamente una reducción de la identidad étnica, asumida la posibilidad de que los grupos étnicos mantengan y reafirmen su cultura de origen e identidad étnica fuera de su territorio habitual.

También se ofrece a lo largo de estas páginas un interesante análisis de los estereotipos (ambivalentes, si bien predominantemente negativos) y prejuicios de que son objeto las personas extranjeras inmigrantes desde una perspectiva psicosocial, mostrando los resultados de diferentes investigaciones llevadas a cabo al efecto. En este contexto, se ofrece un detenido estudio de las principales explicaciones psicosociales dadas sobre el origen de los mismos, entre las que el proceso de categorización propio del pensamiento humano ocupa un lugar altamente remarcable.

Tras el precedente repaso de las principales cuestiones atendidas, resulta grato comprobar que en una obra colectiva tan extensa como la que se recensiona, ni uno solo de los temas es reiterado, de modo que cada capítulo contiene reflexiones sugestivas desde un enfoque diferente. La riqueza temática de la inmigración y el encomiable esfuerzo de los autores en ofrecer un tratamiento global contribuyen decididamente a ello. Por su enfoque totalizador, *La inmigración en Andalucía: instituciones, aspectos jurídico-sociales y culturales* emerge en un instrumento imprescindible para una integral comprensión del fenómeno migratorio, así como para afrontar los problemas que como realidad social lleva

aparejados en la interpretación y aplicación de la normativa al respecto. Se trata, en definitiva, de una obra que desde un principio arrastra a todo aquel que, atraído por la temática de la misma, se asoma a sus primeras páginas y que no decepciona al que, finalmente, culmina su lectura.

### **Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos**

VILLÁN DURÁN, C. Y FALEH PÉREZ, C.  
(EDITORES)

Ed. Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Cabildo de Gran Canaria. Luarda (España), 2012, 198 pp.

[JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT

*Catedrático de Derecho Internacional Público y RRII, Universidad de Jaén]*

Cabe comenzar esta reseña destacando la ingente actividad que realiza la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH), dado que en el marco de sus actividades ha abierto una vía de estudio, severo y permanente, en torno a la necesidad de recabar la atención de la Comunidad internacional sobre el deterioro a que se ven sometidos los más elementales presupuestos de la dignidad humana.

La obra se estructura como consecuencia de unas Jornadas celebradas en la Casa de Colón de las Palmas de Gran Canaria bajo el patrocinio de su Cabildo en julio de 2010. Se encabeza con una Presentación de Carmelo RAMÍREZ MARREIRO, quien fuera responsable de la Consejería de Cooperación Institucional y Solidaridad Internacional del citado Cabildo y una Introducción de sus editores. Como señalan VILLÁN DURÁN y FALEH PÉREZ, se hace necesario «*recuperar el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas*» (p. 16) que, como es bien conocido, no es otro que alcanzar la paz y la seguridad internacionales. Sin embargo, para tan loables cometidos hace falta un esfuerzo consciente de la Comunidad Internacional con el fin de poder enfrentar con éxito todos los problemas que esta Sociedad internacional en crisis tiene ante sí, tales como «*la superación de la violencia armada (paz*

*negativa), la realización de la paz positiva (eliminando las desigualdades económicas y sociales en el mundo) y el desarrollo de una cultura de paz capaz de eliminar la violencia cultural que domina nuestras sociedades*» (p. 16).

Sin duda, para alcanzar estos encomiables fines habrá que analizar las causas que subyacen en el origen de la violencia y de la intolerancia, por lo cual nada mejor que estudiar los presupuestos a partir de los cuales se puede alcanzar una *Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz*, o el mal comprendido fenómeno de la *Cuestión migratoria* que de manera intolerable lacera a los seres humanos que quieren buscar, en otras latitudes, un medio de vida que les salve de la pobreza extrema y de la discriminación, o el tema, tantas veces aparcado, a pesar de que las Naciones Unidas lo regulan como un principio capital, como es el *Principio a la libre determinación de los Pueblos*, que aún sigue sin resolver las reivindicaciones del Pueblo saharauí y del Pueblo palestino.

Con estos mimbres se han tejido las Jornadas que dieron cabida a los temas que se analizan en esta obra. Por tanto, en ella se introduce un estudio detallado sobre «El liderazgo de la sociedad civil en la codificación internacional del derecho humano a la paz» (pp. 19-54), a cargo de VILLÁN DURÁN y FALEH PÉREZ, en el que se hace hincapié sobre la idea de la paz como un valor moral de orden superior. De tal modo que se resalta la labor de la sociedad civil en la reivindicación de este valor que se reclama «*como una necesidad anhelada por generaciones de seres humanos con independencia de su condición, origen, cultura o religión*» (p. 19). En efecto, la sociedad civil ha demostrado tener los arrestos necesarios para convertirse en protagonista e impulsora de cambios políticos y jurídicos a favor de la paz. Los autores realizan un pormenorizado análisis de estos comportamientos y el modo a través del cual la AEDIDH ha ido estableciendo los cimientos para alcanzar la Declaración del Derecho Humano a la Paz, pergeñados a través de una Campaña Mundial y del Observatorio Internacional sobre el mentado Derecho a la Paz. Así, la Declaración de Luarda (2006), la Declaración de Bilbao (2010), la Declaración de Barcelona (2010) que se refren-

dan en la Declaración de Santiago (2010), sin olvidar las numerosas reuniones regionales y sectoriales realizadas en las más importantes ciudades y capitales del planeta. Pasos, todos ellos, que han logrado despertar el interés del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al punto de que el Consejo solicite a su Comité Asesor la preparación de un Proyecto de Declaración sobre el tema. Sin duda, como apuntan sus autores, «*si la paz es una exigencia ética que debería presidir las relaciones internacionales, el derecho humano a la paz es igualmente un imperativo legal con el que se identifica la sociedad civil de todo el mundo*» (p. 48). Por otra parte, en las Jornadas que han sustanciado esta obra, se ha determinado, con acierto, la idea de analizar el trasfondo de la violencia y la discriminación que atentan contra los más básicos fundamentos de los Derechos humanos y, sin duda, uno de ellos es el mal trato que desde los gobiernos se está dando a la cuestión migratoria. En este sentido, en las Jornadas se ha privilegiado la visión de las mujeres migrantes, que son las que más sufren el escarnio de la exclusión y de la explotación. Por ello, el capítulo presentado por DE LA SERNA SANDOVAL, «Internamiento preventivo de migrantes irregulares en la Unión Europea: análisis desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos» (pp. 55-81), aporta los elementos críticos necesarios que permiten denunciar la situación de los Centros de Internamiento de Extranjeros. Analiza con detenimiento la lamentable situación a que ha dado lugar la Directiva 2008/115 de la Unión Europea, conocida como la Directiva de retorno y aún mejor descrita con el apelativo de la *Directiva de la vergüenza*, dado que genera efectos perniciosos sobre la situación de los migrantes extranjeros en situación irregular, puesto que «*parte de un enfoque de control migratorio muy restrictivo en lo que a los derechos humanos respecta*» (p. 60). De ahí que se haga necesario destacar que el principio de no discriminación es un principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, junto a los principios de igualdad y de libertad. A lo que la autora se pregunta si el internamiento preventivo de migrantes irregulares puede considerarse como una política discriminatoria, y señala que estos Centros de deten-

ción de la Unión Europea son «*lugares propicios para la vulneración de derechos fundamentales*» (p. 77), dado que «*supone una prohibición arbitraria de la libertad*» (p. 78), por lo cual aboga por la abolición definitiva de las políticas de internamiento.

Las otras dos temáticas abordadas se circunscriben al Principio de libre determinación de los Pueblos y se estudian desde la doble perspectiva del Sáhara Occidental y del conflicto israelopalestino. El primero, «El conflicto del Sáhara Occidental: la libre determinación en retirada» (pp. 83-117), a cargo de NAVARRO BATISTA, y el segundo, «La prolongada irresolución del conflicto israelopalestino: hacia un balance de dos décadas del proceso de paz» (pp. 119-155), a cargo de ABU-TARBUSH.

Para Navarro Batista, el proceso descolonizador, que ha liderado las Naciones Unidas, no se refleja, lamentablemente, en el caso del pueblo saharauí, que, a pesar de contar «*con sobrados argumentos para hacer valer el derecho a decidir libremente su estatuto político*» (p. 84), sin embargo, hasta el momento, no ha podido ejercer su derecho. Para demostrar esta aseveración, el autor analiza los fundamentos jurídicos de la libre determinación del Sáhara Occidental tal como se han reconocido en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desde una aparente neutralidad en sus primeras Resoluciones hasta un reconocimiento expreso a las reivindicaciones del Pueblo saharauí en la Resolución 2983 (XXVII) de 1972, donde realiza varias menciones al derecho de este pueblo a su independencia. A ello hay que agregar el respaldo que ofrece el Dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 1975, en el que confirma «*de manera contundente la ausencia de soberanía de Marruecos*» (p. 89). En tales circunstancias, el autor estima que la solución del problema sigue residiendo en el Plan de Arreglo de 1990, puesto que es el único apoyado por Marruecos, por el Frente Polisario y por las Naciones Unidas y, además, se adecua plenamente al principio de libre determinación de los pueblos.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, Abu-Tarbush, al analizar el conflicto israelopalestino, pone en evidencia un problema que probablemente sea uno de los más persistentes

y enquistados de la Comunidad internacional. Para su estudio se remonta a la Conferencia de Paz de Madrid (1991) y a los Acuerdos de Oslo (1993), pero como bien resalta «*el proceso de paz palestino-israelí ha sido objeto de un considerable seguimiento a lo largo de dos décadas de atropellada existencia*» (p. 129). Destaca, con acierto, que en estos frustrados intentos de paz existe un denominador común que se cifra en tres pautas, que determinan las principales causas del fracaso, como son la asimetría de poder entre las partes, es decir, la condición estatal de Israel y la no estatal de la OLP, la ausencia de un principio rector que establezca sin ambages sus objetivos y una mediación internacional de carácter eminentemente parcial, donde la política de los Estados Unidos en Oriente Medio se ha caracterizado por apoyo incondicional al Estado de Israel. En conclusión, en el trabajo se destaca que el proceso de paz ha entrado en un callejón sin salida, donde este asunto se mantiene más «*como una ficción diplomática y mediática que como una realidad social, política, económica y territorial*» (p. 151).

Por lo que respecta a la estructura general de la obra, hubiese sido oportuno que todas las aportaciones tuviesen la misma disposición bibliográfica que se detalla con pulcritud al final de las dos primera aportaciones y que, sin embargo, no se refleja en las dos últimas, generando una

cierta asimetría. Por otra parte, se echan en falta unas Conclusiones finales que habrían brindado una visión general del problema, dándole mayor unidad al contenido de la obra. No obstante, estos comentarios no desmerecen en absoluto la calidad del texto, que sirve para extremar la conciencia de la Comunidad internacional en la necesidad de proteger y garantizar los Derechos humanos no como una simple reflexión académica, sino, sobre todo, por la necesidad de corroborar que la Paz es un Derecho de la humanidad, y que el siglo XXI se enfrenta a una serie de problemas que debe necesariamente resolver, como son el proceso de las migraciones que, no debemos olvidarlo, será una de las características fundamentales del presente siglo y, también, en temas enquistados como el Sáhara Occidental o el conflicto palestino-israelí, que exigen una solución que no se alargue más en el tiempo.

La obra se completa con una serie de interesantes Anexos, como la Moción sobre el derecho humano a la paz aprobada por el pleno del Cabildo de Gran Canaria (2010), la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz (2010), los Estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz (2010) y la Proposición no de Ley de apoyo al Derecho Humano a la Paz, aprobada por la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados (2011).



## 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 reseñas 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](mailto: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.