

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 30

Revista de **Derecho Migratorio y Extranjería**

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.

General Solchaga, 3

47008 Valladolid

Tel. 983 457038

Fax 983 457224

E-mail: clientes@lexnova.es

Depósito Legal: VA. 922-2002

ISSN 1695-3509

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

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

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

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o 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, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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 edición digital 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

DIRECTOR

PASCUAL AGUELO NAVARRO

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

DIRECTOR ADJUNTO

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

MARÍA DEL CARMEN AINAGA VARGAS

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Veracruz (México)

ELISEO AJA FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Barcelona

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla

JAVIER GALPARSORO GARCÍA

Abogado del Ilustre Colegio de Vizcaya

JUAN L. IBARRA ROBLES

Magistrado. Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia

FERNANDO MARIÑO MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III

KAREN MUSALO

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

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

Abogado del Ilustre Colegio de Málaga

EDUARD SAGARRA I TRIAS

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO

Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

ELENA ZABALO ESCUDERO

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RICARD ZAPATA-BARRERO

Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE GENERAL

	Página
EDITORIAL	7

ARTÍCULOS

I. TENDENCIAS SUSTANCIALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA CUESTIÓN MIGRATORIA <i>Cástor Miguel Díaz Barrado</i>	11
II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DENTRO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA <i>Alejandro Peña Pérez</i>	35
III. DERECHO DE ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA <i>Mercedes Vidal Gallardo</i>	69
IV. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN UN ESCENARIO DE REFORMAS ESTRUCTURALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO ANTE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO DE RESIDENCIA Y TRABAJO <i>Luis Ángel Triguero Martínez</i>	99

DOSSIER

CONCLUSIONES DEL XXII ENCUENTRO DE LA ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO (VALENCIA 6-8 DE JUNIO DE 2012)	119
---	-----

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES	
Asilo	147
Expulsión	157
Derecho al trabajo	167
Permiso de trabajo	170
Derecho Penal	174
Homologación de títulos	179

	Página
Nacionalidad	191
Régimen de la Unión Europea	201
II. ¿PUEDE LIMITARSE EL DERECHO AL ACCESO A LA SANIDAD PÚBLICA SIN DEBATE PARLAMENTARIO PREVIO?	
<i>Eduard Sagarra Trias</i>	207
III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: NOTAS SOBRE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA ITALIANA	
<i>Massimiliano Vrenna</i>	223

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA	233
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS	235

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. POLÍTICA MIGRATORIA EN MÉXICO: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA Y PROSPECTIVA	
<i>Imanol de la Flor</i>	243
II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR: ¿HACIA UN PARADIGMA BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS O LA RÉPLICA DEL MODELO EXCLUYENTE DE LA UNIÓN EUROPEA?	
<i>Pablo Ceriani Cernadas</i>	259
III. UNA MIRADA A LA APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EN ESPAÑA. EL RETORNO VOLUNTARIO Y EL CODESARROLLO COMO OPCIÓN	
<i>Rocío Periago Martínez</i>	289
IV. EL VELO ISLÁMICO EN FRANCIA: DE LA OPINIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1989 A LA DECISIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE 2010	
<i>Fernando Arlettaz</i>	311

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

I. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	331
--------------------------------------	-----

COMPLETE INDEX

	Página
EDITORIAL	7

ARTICLES

I. SUBSTANTIAL TRENDS OF THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM IN THE MIGRATION ISSUE <i>Cástor Miguel Díaz Barrado</i>	11
II. SETTLEMENT, EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES AND HUMANITARIAN REASONS: HISTORICAL TRENDS IN IMMIGRATION LAW <i>Alejandro Peña Pérez</i>	35
III. RIGHT OF ASYLUM AND INTERNATIONAL PROTECTION OF RELIGIOUS FREEDOM <i>Mercedes Vidal Gallardo</i>	69
IV. FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS OF FOREIGNERS IN A STAGE OF STRUC- TURAL REFORMS AND FUTURE PROSPECTS WITH THE DIRECTIVE OF SINGLE RESIDENCE PERMIT AND WORK <i>Luis Ángel Triguero Martínez</i>	99

DOSSIER

CONCLUSIONS OF THE XXII MEETING OF LEGAL PROFESSIONALS ON INMI- GRATION LAW AND ASYLUM (VALENCIA 6-8 JUNE, 2012)	119
---	-----

REPORTS OF JURISPRUDENCE

I. ANALYTIC INDEX OF VOICES	
Asylum	147
Expulsion	157
Right to work	167
Working license	170
Criminal Law	174
Recognition of qualifications	179

	Página
Nationality	191
European Union Regime	201
II. CAN ACCESS TO THE PUBLIC HEALTH CARE BE AMENDED WITHOUT PRIOR PARLIAMENTARY DEBATE?	
<i>Eduard Sagarra Trias</i>	207
III. SOME REMARKS ON ACCESS TO HEALTH CARE FOR IRREGULAR MI-GRANTS IN SPAIN AND ITALY	
<i>Massimiliano Vrenna</i>	223

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT	233
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS	235

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. INMIGRATION POLICY IN MEXICO: RETROSPECTIVE, PERSPECTIVE AND PROSPECTIVE	
<i>Imanol de la Flor</i>	243
II. CITIZENSHIP, MIGRATION, AND FREEDOM OF CIRCULATION IN MERCOSUR: TOWARDS A RIGHTS-BASED PARADIGM, OR THE REPLICAS OF THE EU EX-CLUSIVE MODEL?	
<i>Pablo Ceriani Cernadas</i>	259
III. ONE VIEW TO THE APPLICATION OF MIGRANT POLICIES IN SPAIN. VO-LUNTARY RETURN AND CODEVELOPMENT SUCH AN OPTION	
<i>Rocío Periago Martínez</i>	289
IV. THE ISLAMIC HEADSCARF IN FRANCE: FROM THE COUNCIL OF STATE'S 1989 OPINION TO THE CONSTITUTIONAL COUNCIL'S 2010 DECISION	
<i>Fernando Arlettaz</i>	311

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

I. BIBLIOGRAPHICAL NOTICES	331
---	-----

EDITORIAL

Queridas y Queridos lectores.

En vuestras manos encontraréis el número 30 de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, lo que supone que la REDMEX cumple 10 años de existencia. No es habitual en los tiempos actuales concitar una buena noticia, por ello es doblemente satisfactorio poder compartir esta onomástica.

En el ya lejano Editorial de la REDMEX núm. 1 se decía:

«En tus manos tienes el primer número de la *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. Tres veces al año estaremos en la imprenta tratando de recoger los trabajos, reflexiones y noticias más importantes relacionadas con las migraciones internacionales y la extranjería, y en definitiva, con el movimiento transnacional de personas.

La publicación que hoy comenzamos es el resultado de un laborioso e ilusionante proyecto y constituye, en España, un hito en relación con el escenario al que nos dirigimos, al tratarse de la primera Revista de contenido sociojurídico que se elabora.

El reto es importante y la voluntad de todas las personas comprometidas en su edición es la de hacer de la Revista un instrumento útil y eficaz para quienes pretenden intervenir y actuar en el estudio y práctica del derecho migratorio y la extranjería desde una perspectiva jurídica y de las ciencias sociales en general.

En su preparación han confluído un importante número de Profesionales y Profesores de distintas nacionalidades, que vienen dedicando una buena parte de su trabajo profesional e inquietudes intelectuales a este campo del Derecho bajo la perspectiva común de la defensa de los Derechos Humanos y de su universalidad.

A nadie se le escapa la trascendencia de los trabajos e intervenciones de las personas que colaboran en la Revista y solo cabe esperar que la transmisión de estos conocimientos y experiencias ayude eficazmente a la formación teórico-práctica y capacitación profesional de todos, fomente el análisis crítico de las migraciones internacionales y colabore en la elaboración de un derecho y políticas migratorias más justas que garanticen el respeto de los derechos humanos de cualquier persona, en cualquier lugar del mundo, sea cual sea su estatuto jurídico.

Las migraciones internacionales y los desplazamientos transfronterizos suscitan diferentes problemas sociojurídicos de una gran complejidad y llevan implícito el desarrollo de un novísimo Derecho de las personas en movimiento que abarca ya partes importantes del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado, el Derecho de la Nacionalidad, el tratamiento de las inversiones extranjeras y de las remesas familiares, el Derecho Civil Internacional (matrimonios mixtos, crisis matrimoniales, alimentos, adopción internacional, secuestros de menores, etc.), la Cooperación Penal Internacional, la regulación del turismo y la protección de los consumidores transfronterizos, el Derecho Administrativo e incluso el Derecho Constitucional.

Y, en definitiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, estamos ya ante la elaboración de un DERECHO MIGRATORIO, íntimamente ligado al Derecho al Desarrollo Sostenible de los Pueblos y de las Personas. Y todo ello (como sucede en otros ámbitos, especialmente en el Derecho Penal Internacional) está desembocando en estos momentos en un auténtico IUS HUMANITATIS.

Todo ello tendrá cabida en la Revista. Cada número pretende ser el escaparate de la doctrina más reciente, de las colaboraciones más actuales; con un objetivo esencial, orientar la práctica profesional cotidiana y servir de punto de reflexión y de encuentro a cuantas personas actúan en el escenario de las migraciones internacionales y la extranjería».

Hemos querido recordar el contenido plenamente vigente del primero de los editoriales de la revista para facilitar el balance crítico de toda una década de la REDMEX que sin duda ha constituido un decisivo instrumento en la conformación y desarrollo del Derecho Migratorio y de Extranjería.

En unos momentos como los actuales, en los que insistentemente se reclama la excelencia, pensamos que la REDMEX ha sido capaz de ofrecer no solo una importante calidad técnica, sino esencialmente una calidad emocional indispensable para alcanzar ese punto clímax al que todo proyecto personal y social debe aspirar.

La consecuente defensa de los Derechos Humanos de todas las personas, en este caso fundamentalmente de las personas migrantes, la lucha por el reconocimiento del Derecho a migrar o *ius migrando* como un «IUS HUMANITATIS» ha marcado seguramente el punto diferencial con otras experiencias similares, y ha convertido a la REDMEX en un verdadero referente del análisis y estudio del Derecho Migratorio y Extranjería no solo en el ámbito español, sino también en el europeo e internacional.

Solo aspiramos a que dentro de otros diez años podamos volver a dirigirnos a los lectores actuales y futuros con las tareas cumplidas en similares términos pudiendo presumir de un balance tan positivo. Desde luego, sin la interactividad selectiva de todos cuantos habéis seguido la evolución de la REDMEX no habría sido posible alcanzar la madurez y permanencia que la revista ha conseguido. Os animamos a continuar participando en este ilusionante proyecto, hoy convertido en sólida realidad, pues sin vuestro concurso la REDMEX carecería de objetivo.

Los directores de la Revista, el Consejo Asesor, y el conjunto de personal administrativo y técnico, como siempre, os dan la más sincera y cálida bienvenida, quedan a vuestra disposición y esperan continuar realizando, como desde el primer número, el conjunto de objetivos programáticos expuestos entonces y que ahora, diez años después, reiteramos.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. TENDENCIAS SUSTANCIALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL EN LA CUESTIÓN MIGRATORIA

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

RESUMEN

Tendencias sustanciales del ordenamiento jurídico internacional en la cuestión migratoria

No existe un derecho internacional migratorio que goce de autonomía suficiente, pero la comunidad internacional viene abordando, cada vez con mayor amplitud, el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones. Las tendencias en el ordenamiento jurídico internacional nos revelan que la protección de los derechos humanos es el marco jurídico más apropiado para la regulación de las migraciones internacionales. La combinación entre normas de alcance universal y los avances que se vienen produciendo a escala regional es lo que permite sostener que, paulatinamente, se va disponiendo de instrumentos que, a pesar de las interpretaciones que quepan, caminan en una clara dirección: el respeto y la protección de los derechos de los migrantes, así como evitar prácticas y comportamientos específicos que atenten contra el disfrute de esos derechos. Los instrumentos internacionales son aún muy dispersos, aunque los componentes de la cooperación internacional comienzan a imponerse, eso sí con dificultades, frente a la soberanía absoluta de los Estados en la regulación de los flujos migratorios.

Palabras clave: Derecho migratorio internacional, respeto de los derechos humanos, lucha contra el tráfico de personas en la migración internacional, políticas de inmigración.

ABSTRACT

Substantial trends of the international legal system in the migration issue

Although International migration law hasn't reached sufficient autonomy, the International community has been addressing, with increasing amplitude, the phenomenon of migration in all its dimensions. Trends in the International legal order reveal that the protection of human rights is the most appropriate legal framework for the regulation of international migration. Consequently, the combination of universal standards and the advances that have taken place at the regional level show that the instruments that are being gradually adopted, in spite of some interpretations, walk in a clear direction: the respect and the protection of the rights of migrants as well as the avoidance of the practices and specific behaviours that undermine the enjoyment of those Rights. The international instruments are still much dispersed although the basic elements of the International cooperation are beginning to impose, not without difficulties, to the absolute sovereignty of States in the regulation of the migratory flows.

Key words: International migration law, human rights protection, international migrations and trafficking in persons, immigration policies.

SUMARIO

CONSIDERACIONES INICIALES.

I. LA CONFORMACIÓN PROGRESIVA DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE MIGRACIONES.

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA VISIÓN POSITIVA DE LAS MIGRACIONES.

III. LA PROHIBICIÓN DE DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS EN RELACIÓN CON LAS MIGRACIONES.

CONSIDERACIONES FINALES.

CONSIDERACIONES INICIALES

No se puede decir que el ordenamiento jurídico internacional proporcione una regulación general y completa del fenómeno de las migraciones internacionales ni que, tampoco, disponga de un marco jurídico en el que se detallen los aspectos y principios centrales que definen esta cuestión en las actuales relaciones internacionales, a pesar de la adopción de *relevantes instrumentos jurídicos* en esta materia⁽¹⁾. Mientras tanto, el fenómeno de las migraciones se hace cada vez más significativo porque está presente en muchos de los componentes de las relaciones entre los Estados y en su vinculación con la comunidad internacional⁽²⁾. La necesidad de un entramado jurídico coherente que regule esta cuestión es cada vez más urgente, puesto que la tensión entre *soberanía* y *cooperación internacional*, que habita en el Derecho internacional, se plasma, con toda intensidad, en un ámbito como el de las migraciones internacionales, y en la regulación y ordenación de los flujos migratorios que tienen lugar en la sociedad internacional contemporánea.

Como se decía en la introducción a la entrevista realizada a Javier DE LUCAS, uno de los mejores especialistas en la materia: «Las migraciones constituyen uno los de los principales fenómenos del mundo contemporáneo, de insoslayable análisis. Millones de personas se desplazan por diferentes razones: desde la persecución política, religiosa o racial, las hambrunas y guerras civiles, hasta los desplazamientos relativamente “voluntarios” que expresan la búsqueda de mejores condiciones de vida y de trabajo»⁽³⁾. Todo ello repercute en el comportamiento de los Estados y en las diversas medidas que éstos adoptan para su regulación. Con ello, se pone de manifiesto que ofrecer soluciones jurídicas a esta situación *es una tarea muy compleja*, no sólo por su importante relevancia política, sino, también, por las dificultades normativas *para agrupar todas las dimensiones* que presenta el fenómeno migratorio.

(1) Un buen compendio de instrumentos jurídicos en materia de migraciones internacionales en R. PERRU-CHOUD y K. TÖMÖLOVÁ, *Droit international de la migration*. Recueil d'instruments, OIM, 2008. Como análisis general: L. MÁRMORA, *Las políticas de migraciones internacionales*, CEPAL, Buenos Aires, 2000.

(2) Como se ha dicho, «la cuestión de los trabajadores migrantes y sus vínculos con el desarrollo se ha convertido en un fenómeno global que afecta a la mayoría de las naciones del mundo. Es una prioridad de los programas de políticas internacionales, regionales y nacionales», OIT, Prefacio, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Ginebra, 2007.

(3) En realidad, «el nuevo contexto muestra contradictorias tendencias hacia la globalización, pero simultáneamente hacia la regionalización», *Ensemble, Revista Electrónica de la Casa Argentina en París*, año 4, número 7.

I. ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: CUESTIÓN MIGRATORIA

La evolución de la realidad migratoria ha traído consigo que se produzcan determinados avances en el ordenamiento jurídico internacional y que, con dificultad, se estén logrando algunos de los objetivos que deben estar presentes en toda política internacional que se elabore en materia migratoria, aunque, en el fondo, «el régimen actual de políticas no brinda la protección necesaria, sobre todo a los migrantes irregulares»⁽⁴⁾. En esta línea, se observan algunos elementos que bien pueden definir la situación jurídica actual de las migraciones internacionales.

De manera paulatina, las migraciones internacionales comienzan a ser tratadas, desde la perspectiva jurídica, con *cierta autonomía normativa y procedimental* y se ha iniciado el camino para que encuentren *un respaldo institucional* suficiente. Todavía, se hace difícil deslindar *un campo específico que esté constituido por normas que regulen específicamente los flujos migratorios y los derechos que corresponden a los migrantes*. Por citar algunos campos, las cuestiones referentes al asilo, a la protección de los refugiados, a las minorías, así como a la nacionalidad o la extranjería, o la regulación concreta de la circulación y movilidad por las fronteras están muy presentes en las regulaciones que se ocupan de la realidad migratoria⁽⁵⁾. Así, numerosos sectores del ordenamiento jurídico internacional se ven afectados por las migraciones y ello complica la elaboración de una normativa que sea capaz de ofrecer soluciones aceptadas por el conjunto de Estados⁽⁶⁾.

Ahora bien, como tendremos la oportunidad de comprobar, se ha establecido una *estrecha vinculación entre migraciones internacionales y derechos humanos* y, de este modo, la regulación se desarrolla en el marco de la cooperación internacional. Se ha ido avanzando en esta dirección y, así, las cuestiones migratorias no pertenecen sólo al ámbito estatal sino que han penetrado, en su regulación jurídica, muchos de los elementos que definen la posición internacional en materia de derechos humanos y en los principios fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico internacional. Como se ha dicho, «el respeto de los derechos humanos de los migrantes entraña la búsqueda constante de un equilibrio entre las atribuciones de los Estados acerca de su soberanía y los deberes que tienen con los migrantes en el marco del derecho internacional (...)»⁽⁷⁾.

A la postre, la conformación de un cuerpo jurídico en materia de migraciones internacionales se ha decantado por la búsqueda de soluciones en la relación que existe entre estos dos aspectos. En efecto, «existe una tensión permanente entre el derecho soberano de los Estados para controlar y regular la admisión, permanencia y tránsito de extranjeros en

(4) CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia, Informe de Política*, Ginebra, 2010.

(5) Es de interés la lectura del trabajo de E. FELLER, «Asylum, Migration and Refugee Protection: Realities, Myths and the Promise of Things to Come», 18 *International Journal of Refugee Law*, 2006, pp. 509-536.

(6) En este caso, por ejemplo, se decía en referencia a la *Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias* que esta «Convención se aplica solamente a los trabajadores migratorios y no a los refugiados, cuya situación es manejada por la Convención referente al Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. Sin embargo, la complejidad de los flujos migratorios contemporáneos desafía esta distinción». UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes, Informativo Kit*, 2005.

(7) Más aún, «los debates sobre migración y derechos humanos están dominados por esa búsqueda y se mueven de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas, teniendo presente las fuerzas de la globalización», *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2006, p. 287.

sus respectivos territorios y las necesidades de movilidad que manifiestan crecientes contingentes de población, motivados por las condiciones en las comunidades de origen y por la incuestionable demanda en los países de destino (...)»⁽⁸⁾. Pero lo más importante es que esta colisión encuentra reflejo en la normativa sobre migraciones en la que, por un lado, los Estados siguen teniendo en sus manos el control de los flujos migratorios y, por otro lado, van asumiendo progresivamente obligaciones internacionales en la materia. Ha quedado muy bien expresado al decir que «la soberanía del Estado es el punto tradicional de partida al momento de considerar el derecho migratorio internacional. Los Estados tienen autoridad sobre su territorio y su población. Ellos pueden decidir quién puede y quién no puede ingresar a su territorio. Los Estados pueden asegurar sus fronteras y decidir sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión», pero, también, es cierto que «los Estados ya no tienen una autoridad ilimitada sobre los asuntos migratorios. El derecho internacional, incluyendo los tratados a escala bilateral, regional o internacional, algunas veces limitan la autoridad del Estado sobre cuestiones como el ingreso, la salida, y la remoción. Los Estados ahora tienen un número de responsabilidades internacionales que limitan o restringen su autoridad sobre la migración»⁽⁹⁾.

En definitiva, nos encontramos en una fase del ordenamiento jurídico internacional en la que, progresivamente, el fenómeno migratorio recibe respuestas tanto de los ordenamientos jurídicos internos como del Derecho Internacional, siendo así que *la cooperación internacional* se ha convertido, en los últimos años, en *un factor imprescindible* de la regulación jurídica de los flujos migratorios y de sus consecuencias.

I. LA CONFORMACIÓN PROGRESIVA DE UN ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE MIGRACIONES

La instauración de un conjunto de normas que regulen el fenómeno migratorio en la escena internacional se enfrenta, como decimos, a la dificultad de combinar dos elementos y que suponen, en realidad, la articulación tanto de las normas internas de los Estados como de las normas de naturaleza y proyección internacional. Como se ha indicado, «el fenómeno migratorio se ha convertido en los últimos años en un asunto de primer orden en las agendas y en el debate a nivel internacional, tanto para los gobiernos como para la sociedad civil y los organismos internacionales. Que se enfrentan al desafío de encontrar un equilibrio entre la adecuada protección de los derechos humanos de la población migrante y la necesidad de ordenar y regular los flujos migratorios que se producen en la región»⁽¹⁰⁾. De ahí que no sea nada fácil que la comunidad internacional establezca *un marco jurídico suficiente* que regule, de la manera más completa posible, este fenómeno. Las migraciones

(8) *Ibid.*, p. 287.

(9) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, *Derecho Migratorio internacional*, sección 1.6, <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/intl-migration-law/lang/es>>.

(10) De este modo, «la migración es con frecuencia vista como una cuestión puramente económica y de desarrollo, dominada por discusiones sobre los flujos migratorios regionales y mundiales y su impacto sobre la totalidad de las poblaciones. Sin embargo, una mirada más estrecha a la migración saca a relucir su lado humano y los derechos fundamentales que muy a menudo están en juego», Presentación: *Migraciones y derechos humanos*: Reunión de personas expertas. San José, Costa Rica, 9-11 de agosto, 2004, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

internacionales, desde la perspectiva normativa, no sólo son muy complejas porque siempre estarán presentes las competencias que corresponden a los Estados sino que, además, quedarán afectados múltiples sectores que están ligados a estas competencias.

A pesar de todas estas dificultades, se han elaborado instrumentos, tanto en el plano universal como regional, que abordan la cuestión de las migraciones y que proporcionan *los enfoques más significativos en la regulación de los flujos migratorios y en el reconocimiento de derechos*⁽¹¹⁾. Ahora bien, el examen de la normativa internacional en la materia nos revela la existencia de «*instrumentos dispersos y con un carácter muy fragmentario* que, en la mayoría de los casos, proporciona a los Estados indicaciones a la hora de tratar jurídicamente la migración por los ordenamientos jurídicos internos, sin que se impongan obligaciones internacionales muy precisas. Pero, también, la realidad jurídica de las migraciones internacionales se plasma en instrumentos que, con mayor o menor fortuna, ponen el acento en aquello que más interesa en el ámbito de la cooperación internacional, prioritariamente a través de la visión de las migraciones *desde la óptica del respeto de los derechos humanos*»⁽¹²⁾.

Sobre estas bases, se pueden identificar aquellos instrumentos internacionales que, de un modo u otro, están conformando el ordenamiento jurídico internacional en materia de migraciones, y que representan los avances más relevantes que se han producido en los últimos años. Resulta claro que el conjunto de *la normativa sobre migraciones internacionales es todavía insuficiente* para afirmar la existencia de un marco normativo completo. No obstante, la labor realizada hasta ahora camina en la dirección de señalar, con trazo grueso, los principales componentes de una política internacional migratoria⁽¹³⁾.

En esta línea, es necesario destacar el papel que juega la adopción, en 1990, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de *la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias*⁽¹⁴⁾ que, como se ha dicho, «es el tratado internacional más exhaustivo en el campo de

(11) Presentación por Anders B. JOHNSON del Programa *Migración: desde la perspectiva de los derechos humanos*, Seminario para los miembros de las comisiones de derechos humanos y otras comisiones encargadas de los temas de migración, Ginebra, 24-26 de octubre de 2007.

(12) Sólo *desde la cooperación internacional* es posible realizar una tarea normativa útil en la regulación de las migraciones internacionales, siendo así que «la cooperación de las instituciones intergubernamentales, los gobiernos y las entidades de enlace y las organizaciones no gubernamentales es fundamental para contribuir a un mundo más seguro y con plena vigencia de los derechos humanos», ya que «es bueno siempre tener presente que algunas concepciones sobre las migraciones constituyen fuertes peligros para la paz y la convivencia y alientan la xenofobia, el racismo y otras formas de discriminación», F. MICHELLE DELLE PIANE, Prólogo a la obra *Las Migraciones humanas en el Mercosur: una mirada desde los derechos humanos*, Observatorio de Políticas Públicas de Derechos humanos en el Mercosur, 2009.

(13) La situación, desde la perspectiva jurídica, se podría resumir diciendo que «la experiencia reciente en materia de protección y asistencia de todo tipo de poblaciones migrantes debería conducir a un replanteamiento de las acciones en dicho campo. Se reconocen avances en materia de generación de instrumentos de observancia general y aplicación a poblaciones migrantes, pero también en materia de protección y defensa específica de derechos de migrantes, M. Á. CASTILLO, «Migración y derechos humanos», <<http://www.huellasmexicanas.org/alejandra/migracion-y-derechos-humanos/migracionyderechoshumanos.pdf>>, p. 193.

(14) Un trabajo muy completo: R. CHOLEWINSKI, P. DE GUCHTENEIRE y A. PECOUD (eds.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, International Organization for Migration, Ginebra-París, 2009.

la migración y de los derechos humanos», ya que «establece términos estandarizados de acceso a los derechos humanos de los migrantes»⁽¹⁵⁾. La ventaja es que se dispone de un instrumento jurídico de gran alcance en el que se diseñan los principales aspectos que deben estar presentes en el tratamiento jurídico de la migración internacional, aunque debe recibir el respaldo de los Estados y plasmarse sus indicaciones en los ordenamientos jurídicos internos y en otros instrumentos internacionales⁽¹⁶⁾.

Aunque no nos corresponda realizar un análisis exhaustivo de esta Convención, sí merece la pena destacar algunos aspectos de interés en el marco de este trabajo, de tal manera que se subraye cómo la Convención contribuye, de manera decisiva, a ir tejiendo *un entramado jurídico sobre las migraciones internacionales* que proporcione, en el futuro, un marco completo de regulación de este fenómeno. No debemos olvidar que esta Convención es consecuencia de un proceso normativo en este campo, puesto que como se nos recordaba «es el resultado de un largo proceso en el ámbito internacional. Los flujos migratorios siempre han sido una preocupación de la comunidad internacional y de las agencias de la ONU»⁽¹⁷⁾. Por esto, merece la pena señalar, al menos, los siguientes aspectos:

Por un lado, la elaboración de un instrumento así responde a la necesidad de la comunidad internacional de disponer de un texto que abarque, de manera amplia, el conjunto de los aspectos que configuran las migraciones internacionales y de abordar esta cuestión mediante la adopción de *obligaciones de naturaleza convencional*. Como lo ha señalado M. A. CANO LINARES, «la Convención fue elaborada, (...) con la finalidad de contribuir de un modo eficaz en la prevención y eliminación de la explotación de los trabajadores migrantes, abordando de forma completa el proceso migratorio y estableciendo una serie

(15) Aunque hay que apresurarse a decir que este instrumento no ha recibido un extenso apoyo por parte de los Estados que componen la actual comunidad internacional, <<http://www.december18.net/es/article/migracion-y-derechos-humanos-la-convencion-de-naciones-unidas-sobre-los-derechos-de-los-trab>>. Vid., en particular, M. A. CANO LINARES, «Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios», <https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/ma_cano_derechos_humanos_migrantes.pdf>; P. DE GUCHTENEIRE y A. PÉCOU, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas», *Migraciones*, núm. 24, 2008, pp. 9-55; C. M. DÍAZ BARRADO y C. DÍAZ SILVEIRA, «Los derechos laborales de los migrantes. Especial consideración a los procesos de integración sudamericanos», *Cuadernos Iberoamericanos de Integración*, núm. 17, Madrid, 2010; J. BONET PÉREZ, «La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares», en *Un mundo sin desarraigo: El Derecho Internacional de las migraciones*, F. MARINO MENÉNDEZ (coord.), Madrid, 2006; A. CHUECA SANCHO, y P. AGUELO NAVARRO, «La Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 10, 2005, pp. 117-126; y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «La entrada en vigor de la convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm., 2, 2003, pp. 9-51.

(16) Es verdad, por lo tanto, que «la Convención no es un instrumento operativo, pues ni siquiera países que promovieron su adopción y participaron activamente en el grupo de trabajo la han ratificado. Pero no son ésas las únicas dificultades con que tropieza el acuerdo; existen numerosas dudas sobre su efectividad, dado que el mismo proceso de negociación determinó que el texto final contenga varias ambigüedades y contradicciones; se dice que posee virtudes y defectos, pues por una parte generó nuevos derechos y extendió otros, pero por la otra, plantea traslapes y limitaciones de derechos existentes», M. Á. CASTILLO, *Migración y derechos humanos*, cit., pp. 193-194.

(17) UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, cit. Sobre la labor de Naciones Unidas, en general, es conveniente la consulta del trabajo de P. AGUELO NAVARRO, «Derechos humanos y personas migrantes. El Sistema internacional de Naciones Unidas», Introducción, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, 1 de noviembre de 2005.

I. ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: CUESTIÓN MIGRATORIA

de criterios para el tratamiento, el bienestar y los derechos humanos de todos los migrantes, documentados o no, así como una serie de obligaciones tanto de los Estados de origen como de los de destino»⁽¹⁸⁾.

Más allá de las declaraciones de contenido y alcance político, la Convención de Naciones Unidas, a pesar de sus debilidades, sienta las bases para enfrentar el fenómeno migratorio tanto por las Organizaciones internacionales como por los Estados a través de sus relaciones de cooperación o mediante la adopción de normas internas. En efecto, la Convención reseña, con amplitud, el marco jurídico de las migraciones internacionales, aunque ponga el énfasis en la protección de *los trabajadores migrantes*. Por esto, como se indica, «constituye un tratado internacional exhaustivo con respecto a la protección de los derechos de los trabajadores migratorios»⁽¹⁹⁾.

Por otro lado, como veremos, esta Convención sitúa las migraciones *en el ámbito específico de los derechos humanos* y, sobre todo, culmina un proceso en el que los migrantes son observados por la comunidad internacional como *un grupo humano especialmente vulnerable*. Como se ha dicho, «en la década de los setenta, se reconoció que los migrantes constituían un grupo vulnerable y que la promoción de los derechos humanos para esta población requería de una convención especial de la ONU», de tal manera que «los migrantes son un grupo altamente vulnerable. Frecuentemente sufren de varias formas de explotación y de abusos serios de sus derechos humanos y de su dignidad»⁽²⁰⁾. *La vulnerabilidad* en las migraciones se convierte así en un componente esencial para proceder a su regulación jurídica.

En el fondo, se dispone de un instrumento que aborda específicamente el fenómeno migratorio y que destina sus normas a regular la situación de los migrantes, ya que la comunidad internacional, con anterioridad a la adopción de este Convenio, al menos desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, carecía de un instrumento que se ocupase de esta cuestión. Es verdad que «las ambigüedades y las deficiencias en los instrumentos internacionales existentes (aplicables a todos) se componen de diversos vacíos adicionales en la protección, en lo que se refiere a determinados y específicos grupos migrantes o situaciones migratorias»⁽²¹⁾. Pero, también, aunque la Convención de Naciones Unidas es portadora de estos vacíos, supone, en realidad, un instrumento que proyecta en el plano internacional los principales aspectos que definen al fenómeno migratorio en el marco de la cooperación internacional⁽²²⁾.

En definitiva, a través de este Convenio, la comunidad internacional dispone de una base normativa que, a pesar de sus insuficiencias tanto sustantivas como de aplicación,

(18) M. A. CANO LINARES, *Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios*, cit.

(19) UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, cit. Vid., también, J. YAU, «Promise and prospects of the UN's Convention on Migrant Workers», Migration Policy Institute, <www.migrationinformation.org>, 2005.

(20) UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, cit.

(21) B. GHOSH, «Derechos humanos y Migración: el eslabón perdido», *Migración y Desarrollo*, número 010, Red Internacional de Migración y Desarrollo, 2008, p. 42.

(22) De esta manera puede inspirar el conjunto de políticas migratorias, L. MÁRMORA, *Las políticas de migraciones internacionales*, cit.

señala los fundamentos en los que se debe asentar la regulación jurídica de las migraciones internacionales. Lo dice la propia Convención, en su Preámbulo, al indicar «la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional», y tener muy en cuenta «la repercusión que las corrientes de trabajadores migratorios tienen sobre los Estados y los pueblos interesados», por lo que resulta preciso «*establecer normas que puedan contribuir a armonizar* las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares»⁽²³⁾. Cuanto menos, podemos afirmar que «la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (...) es el único instrumento internacional de derechos humanos que hace referencia explícita a los derechos de los migrantes»⁽²⁴⁾.

Desde una óptica también universal, pero con un alcance más parcial, cabe recordar la labor que ha llevado a cabo la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT) en materia de migraciones. Desde luego, esta Organización es muy consciente del significado y alcance del fenómeno migratorio y, por ello, aborda esta cuestión teniendo muy en cuenta que «con la globalización, la migración internacional no va a disminuir en el siglo XXI, sino a aumentar» y que «los actuales flujos migratorios internacionales son cada vez más complejos y diversos, y la experiencia migratoria está cambiando en lo que respecta a su forma, estatus, orientación y duración»⁽²⁵⁾. No se puede decir, sin embargo, que la OIT haya abordado, porque no le corresponde, el fenómeno migratorio en toda su amplitud.

En este sentido, cabe recordar, sin duda, el quehacer normativo de esta Organización, que se ha plasmado, básicamente, en una serie de instrumentos que se centran, específicamente, en *los trabajadores migrantes*. Así, es verdad, como señala la propia Organización, que «*la protección de los trabajadores migrantes exige una base jurídica sólida asentada en el derecho internacional*. Al elaborar la legislación y las políticas nacionales sobre protección de los trabajadores migrantes, los gobiernos deberían guiarse por los principios básicos del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y sus respectivas Recomendaciones núms. 86 y 151, en especial los relacionados con la igualdad de trato entre los nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y las normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes»⁽²⁶⁾.

Lo importante, en realidad, es que en el seno de la OIT se han elaborado *instrumentos específicos sobre los migrantes* que no sólo han contribuido a fijar los contenidos de la Convención de las Naciones Unidas sino que, al mismo tiempo, proporcionan, al menos

(23) Ver, en concreto, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Convenio de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migrantes, de 18 de diciembre de 1990», *REDI*, 1992-2, pp. 711 ss.; y T. A. ALEINKOFF y V. CHETAIL (eds.), *Migration and international Legal norms*, La Haya, 2003.

(24) CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, «Migración Irregular», *Tráfico Ilícito de Migrantes*, cit.

(25) OIT, «Resumen Ejecutivo. Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos», 2012, <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf>.

(26) OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, cit.

en el marco laboral, bases para el desarrollo del ordenamiento jurídico internacional en la materia. Los principios que latén en esta normativa en relación con las migraciones internacionales responden a la necesidad de contar con «un enfoque de la migración basado en los Derechos: Las políticas nacionales e internacionales de migración requieren mayor coherencia y cooperación. Entre los ámbitos importantes para los mandantes tripartitos de la OIT figura la reglamentación de los flujos de migración laboral, el monitoreo de los procesos de contratación, el reconocimiento de las competencias laborales de los trabajadores migrantes, la transferencia de los derechos de seguridad social, la protección contra los riesgos profesionales, la mejora de las condiciones de trabajo y la mejora de los vínculos entre migración y desarrollo»⁽²⁷⁾.

En resumen, aunque con una visión de las migraciones muy centrada en *el ámbito laboral*, tal y como corresponde a las competencias de la OIT, el ordenamiento jurídico internacional dispone de ciertos instrumentos que abordan el fenómeno migratorio y que señalan algunas de las directrices, más fundamentales, en las que debe caminar la elaboración de *un marco jurídico más completo* que ofrezca soluciones eficaces a las diversas dimensiones en las que se expresan las migraciones internacionales. Como lo ha indicado M. A. CANO LINARES, la normativa básica de la OIT en materia de migraciones ha sido punto de referencia esencial «proporcionando las bases para la elaboración de una legislación y conducción de la migración laboral a escala nacional»⁽²⁸⁾.

En el plano regional, hay que estar muy atentos a lo que nos aporta el *fenómeno de la integración*, porque será en éste en el que se susciten, con toda seguridad, las mejores respuestas a la cuestión migratoria o, al menos, en los diversos procesos de integración encontramos la normativa más elaborada en relación con la regulación de los flujos migratorios y el reconocimiento de derechos. En esta línea, merece la pena tener en cuenta, más en particular, la tarea que se ha realizado tanto en Europa como en el continente americano, siendo conscientes de que no se trata de analizar pormenorizadamente los diversos instrumentos que se han adoptado, sino, sobre todo, de señalar las grandes líneas que se contemplan en los principales instrumentos adoptados y en las políticas migratorias a las que dan lugar, en el camino conducente a la configuración de un orden jurídico internacional de las migraciones internacionales.

No es necesario insistir en la preocupación que se ha expresado en el seno de la *Unión Europea* en torno al fenómeno migratorio, sobre todo en los últimos años, lo que explica que este proceso de integración, con todos los matices que se quiera, disponga de «una política común en materia de inmigración»⁽²⁹⁾. Como hemos señalado, «la determinación de una política común en materia de inmigración por parte de la Unión Europea se ha

(27) Información sobre migración laboral elaborada por la Organización Internacional del Trabajo, Situación trabajadores migrantes en el mundo, <http://www.oit.org.mx/images/stories/noticias/pdf/Migracion_laboral_OIT.pdf>.

(28) M. A. CANO LINARES, *Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios*, cit., p. 10.

(29) Entre otros, I. M. CLAVERA ARIZTI, «Controles en fronteras, asilo e inmigración», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 1.º semestre 2006, pp. 113 ss. E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario* 13/2002, pp. 833 ss. Y A. OLESTI RAYO, «Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, pp. 13 ss.

constituido, sin lugar a dudas, en uno de *los aspectos más relevantes en la evolución de este proceso de integración*. La aprobación por los Ministros de Justicia, en septiembre de 2008, del denominado “Pacto Europeo de Inmigración y Asilo” pone de relieve que los Estados comunitarios están decididos a abordar esta cuestión en toda su intensidad y, sobre todo, que ha llegado el momento de ofrecer soluciones a *las múltiples cuestiones y problemas* que se generan como consecuencia de los constantes flujos migratorios hacia Europa»⁽³⁰⁾.

Lo importante para nosotros es que la inmigración, tal y como está aconteciendo en la actualidad, produce consecuencias no sólo de contenido económico y social, que son realmente importantes, sino, también, tiene un relevante impacto en *los aspectos concernientes a la propia construcción europea* y, por ende, en los contenidos normativos del derecho comunitario. El fenómeno de la inmigración se nos presenta así como *un fenómeno multi-dimensional* que va a afectar, con toda seguridad, al conjunto de los ámbitos de actuación de la Unión Europea y de los Estados miembros y que, cada vez más, ha de ser tenido en cuenta a la hora de diseñar muchas de las políticas comunitarias.

Más allá de las posiciones normativas más concretas que la Unión Europea ha venido adoptando en relación con determinadas prácticas referidas al fenómeno migratorio, señalemos ahora, con trazo grueso, que en *el Tratado de Lisboa* se destinan normas específicas a esta cuestión. En efecto, en el artículo 3 del *Tratado de la Unión* se nos dice, en su párrafo 2, que «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, *inmigración* y de prevención y lucha contra la delincuencia»; y el Capítulo 2 del Título IV del *Tratado de Funcionamiento* se destina, específicamente, a regular las «políticas sobre controles en las fronteras, asilo *e inmigración*», señalándose, con toda nitidez, en el artículo 79, que «la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas»⁽³¹⁾.

La ingente normativa elaborada en el seno de la Unión Europea en el marco de las migraciones internacionales no sólo revela que se ponen los acentos en la migración hacia el territorio de la Unión, *de ahí que se hable de políticas de inmigración*, sino, también, nos pone de manifiesto dos aspectos que resultan de interés a los efectos de este trabajo.

Por un lado, la integración política que se viene desarrollando en la Unión Europea hace que *competencias que tradicionalmente correspondían a los Estados* en materia

(30) C. M. DÍAZ BARRADO, «La Unión Europea ante el reto de una política común en materia de inmigración», *Los retos jurídicos de la Unión Europea*, Madrid, 2008.

(31) Debemos adelantar, como lo ha dicho A. CHUECA SANCHO, que «la política común de inmigración, que la UE diseña desde hace tiempo, no favorece ciertamente la libre circulación de las personas procedentes de fuera de la UE ni siquiera en el ámbito Mediterráneo. Más bien sirve para trabar o limitar esa libre circulación», en «Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 19, 2010.

migratoria comiencen a ser asumidas por los órganos comunitarios o, por lo menos, las políticas nacionales quedan condicionadas por las indicaciones y orientaciones que se derivan de la normativa comunitaria en este sector. Como se ha indicado «no es casual que la primera directriz planteada por la Comisión se refiera a la actuación de los Estados miembros (...) en esta competencia compartida de la Comunidad mantiene un especial protagonismo el Estado. Por ello si se pretende contar con una política de inmigración común no puede sostenerse en planes y actos comunitarios, es imprescindible que exista una voluntad de compartir una misma gobernanza de la inmigración»⁽³²⁾.

Por otro lado, aunque la normativa de la Unión esté impregnada de las características que definen el fenómeno de la migración en el espacio europeo, el contenido de esta normativa *influirá decisivamente en el tratamiento jurídico que se dé a las migraciones en la escena internacional*. En otros términos, la conformación de un marco, más completo, que regule los flujos migratorios tendrá muy en cuenta los avances e indicaciones que se plasmen en la normativa que emane de la Unión Europea, por ser uno de los procesos de integración, que acontecen en la actualidad, en los que, con mayor dedicación, se han abordado las cuestiones migratorias. Esto es lo que late tras las palabras de M. L. ESPADA RAMOS, al decir que «Europa ha de hacer frente necesariamente al hecho de la inmigración de personas no pertenecientes al espacio comunitario, desde el convencimiento profundo de sus valores y desde el compromiso con la defensa de la persona humana. Y a la vez ha de hacerlo desde la racionalidad de políticas que han de ser coherentes y realistas, porque los flujos migratorios no los va a detener por la fuerza de los instrumentos legales o policiales, sino por las soluciones justas y pragmáticas dentro del espacio europeo y en las relaciones de cooperación con los países de origen»⁽³³⁾.

Ahora bien, junto a las posiciones que la Unión Europea viene manteniendo en materia migratoria y que, como decimos, se han plasmado *en instrumentos de naturaleza y alcance normativos*, conviene recordar también las decisiones adoptadas, por lo menos, en dos de los procesos de integración que tienen *lugar en el continente americano* en los que, a decir verdad, no se ha avanzado decisivamente en el establecimiento de una política común en esta materia, aunque sí se aportan indicaciones que pueden ser útiles a la hora de conformar un marco jurídico en esta materia en el ordenamiento jurídico internacional.

Por una parte, cabe recordar algunas realizaciones que han tenido lugar en el *espacio andino* en el que destacaría, sobre todo, *la Decisión 545*, titulada «Instrumento Andino de Migración Laboral» que, como se dice, «contempla normas para la progresiva y gradual circulación y permanencia de nacionales andinos en la Subregión, con fines laborales bajo relación de dependencia, en condiciones de igualdad de trato y de oportunidades»⁽³⁴⁾. Los

(32) A. LACALLE MARCOS, «La construcción de la política comunitaria de inmigración», *Colección Mediterráneo Económico: Procesos migratorio, economía y personas*, número 1, 2002, pp. 87-104.

(33) M. L. ESPADA RAMOS, «Asilo e Inmigración en la Unión Europea», *EUROPEA, Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 86, octubre-diciembre 1994.

(34) COMUNIDAD ANDINA, <<http://www.comunidadandina.org/exterior/migraciones.htm>>. Un trabajo muy completo en P. TORALES, M. E. GONZÁLEZ y N. PÉREZ VICHICH, *Estudios sobre Migraciones Internacionales*, número 60, *Migraciones laborales en Sudamérica: la Comunidad Andina, Sector de la Protección Social, Programa de Migraciones Internacionales*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

avances más significativos se han producido en relación con las normas que regulan los flujos migratorios en la región andina y que afectan a los ciudadanos de los Estados que pertenecen a este proceso de integración. Por esto se ha indicado, con razón, que «los países andinos han decidido sumar esfuerzos para lograr que sus habitantes puedan circular libremente en la subregión, ya sea cuando lo hagan por razones de turismo, de trabajo o fines que impliquen cambio de residencia habitual»⁽³⁵⁾.

A ello responden, al menos, algunas normas elaboradas por las instituciones de la Comunidad andina: en particular, *la Decisión 503*, adoptada en 2001, relativa al *Reconocimiento de documentos nacionales de identificación* que vincula, de manera muy directa, el fenómeno migratorio con la identidad andina, partiéndose del principio de que «la libre circulación por los territorios de la Subregión Andina, de conformidad con las normas migratorias internas, es un derecho de los nacionales andinos y de los extranjeros con residencia permanente en cualquier País Miembro, a fin de consolidar progresivamente la identidad andina», por lo que «es necesario armonizar las disposiciones relativas a la identificación de las personas dentro de la Subregión, para facilitar la adopción de medidas tendentes a permitir su libre circulación»⁽³⁶⁾.

Por si fuera poco, los Estados miembros de esta Comunidad han penetrado, también, en sectores que, de forma muy directa, afectan al fenómeno migratorio y a *los derechos de los trabajadores migrantes*. En esta línea, corresponde resaltar la adopción de la Decisión 548, que establece un *Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios*, y la Decisión 583, por la que se consolida un *Instrumento Andino de Seguridad Social*, sobre la base de que «es necesario garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como consecuencia de la migración, no vean mermados sus derechos sociales», lo que se complementa con la Decisión 584, que refuerza el *Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*. En suma, la Comunidad andina ha generado una serie de instrumentos normativos que bien pueden servir de guía, aunque sea parcialmente, en la conformación de un derecho internacional sobre migraciones⁽³⁷⁾.

Por otra parte, también en el seno del Mercosur ha preocupado la cuestión migratoria o, por lo menos, como se ha dicho, este proceso de integración «nos plantea interesantes cuestiones para sumar al debate de las políticas migratorias internacionales»⁽³⁸⁾. No obs-

(35) Comunidad Andina, <<http://www.comunidadandina.org/exterior/migraciones.htm>>.

(36) En la misma dirección camina la Resolución 527, concerniente a la *Modificación del Contenido y Formato de la Tarjeta Andina de Migración (TAM)*, adoptada en 2006. Lo que se ha completado con dos normas más: la Decisión 504, sobre la Creación del Pasaporte Andino, de 2001; y la Decisión 525, relativa a las *Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino*, de 2002.

(37) No es posible olvidar que en la *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, de 2002, se contempla un apartado sobre Derechos de los migrantes y sus familias.

(38) N. PÉREZ VICHICH, «Expert group meeting on international migration and development in Latin america and the Caribbean population division», Department of economic and social affairs United Nations Secretariat, Mexico, 30 de noviembre-2 de diciembre de 2005, *El Mercosur y la migración internacional*, un/pop/egm-mig/2005/05 28 november 2005, p. 16. Una visión muy completa en E. TEXIDÓ, G. BAER, N. PÉREZ VICHICH, A. M. SAN-TESTEVAN y Ch. P. GOMES, *Estudios sobre migraciones internacionales*, número 63, *Migraciones laborales en Sudamérica: el Mercosur ampliado sector de la protección social*, Programa de migraciones internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

tante, los instrumentos que se han ido adoptando por las instituciones mercosureñas en materia migratoria y vinculados, básicamente, a facilitar la libre circulación de personas, son más técnicos y fragmentarios que los que han sido adoptados en los otros procesos de integración estudiados⁽³⁹⁾, aunque cabría resaltar, en particular, el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile* de 2002. En otros términos, quizá fuera preciso contar con algún instrumento de carácter general que ofreciese indicaciones respecto a las posiciones que los Estados del Mercosur mantienen en esta materia⁽⁴⁰⁾. Quizá sí corresponda señalar, como marco general para la regulación de los flujos migratorios en este proceso de integración, que, desde la perspectiva de los derechos humanos, la *Declaración Socio-Laboral* del Mercosur, de 1998, se refiere a los trabajadores migrantes, en particular en su artículo 4, aunque no se ofrezcan muchas indicaciones normativas al respecto⁽⁴¹⁾.

Más allá, corresponde señalar la labor que se ha llevado a cabo en el *espacio iberoamericano* en materia de migraciones internacionales. Hemos de recordar que la *Cumbre Iberoamericana* celebrada en Montevideo en 2006 se dedicó a analizar por parte de los 22 Estados iberoamericanos «el proceso actual de las migraciones de personas de unos a otros países, regiones y continentes, los problemas que se plantean y las posibles soluciones», y adoptó, lo que es más importante aún, un instrumento político-jurídico denominado «*Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo*». Este instrumento supone la expresión más elaborada de las posiciones que se han adoptado, en el seno de la Comunidad iberoamericana, en esta materia y, como se ha dicho, «comprende una agenda positiva en la materia. Con pleno respeto de la potestad soberana de los Estados en la formulación de sus políticas migratorias, contiene decisiones encaminadas a enfrentar nuevos desafíos por medio de la conformación de un espacio para abordar el tema al más alto nivel político», siendo así que este instrumento «se singulariza como uno de los textos más importantes del proyecto iberoamericano desde sus comienzos en 1991»⁽⁴²⁾.

(39) En esta línea podemos señalar, entre otros instrumentos: la Resolución GMC-3 de 1995 sobre Nómina y reglamento administrativo de los organismos coordinadores en el área de control integrado; la Decisión CMC - 15, de 2000, sobre Reglamentación del régimen de tránsito vecinal fronterizo entre los Estados partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República Chile; la Decisión CM - 14, de 2000, relativa a la reglamentación del régimen de tránsito vecinal fronterizo entre los Estados partes del Mercosur; la Decisión CMC - 46, de 2000, concerniente a la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur; la Resolución GMC-74, de 1996, por la que se aprueba el nuevo modelo de tarjeta de entrada salida; la Resolución GMC - 75, de 1996, sobre reconocimiento mutuo de documentos de identidad de personas; la Decisión CMC - 19, de 1999, que supone el Entendimiento sobre tránsito vecinal fronterizo entre los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile.

(40) En verdad, «en el tratamiento de la cuestión migratoria en el ámbito del Mercosur, emerge un concepto de gran relevancia para esta problemática: la libre circulación. Esta noción ha sido considerada, en ámbitos políticos y académicos, como un primer paso hacia el desarrollo de un espacio común entre los países, que eventualmente podría abrir camino al desarrollo de políticas públicas y nuevos derechos que sean objeto de atención comunitaria», O. AGUIRRE, G. MERA y L. NEJAMKIS, «Migrantes y ciudadanos: Avances y contracciones del Mercosur», <<http://webiigg.sociales.uba.ar/pobmigra/archivos/PonenLibreCirculac.pdf>>.

(41) Asimismo, recordemos que, en 2001, se firma en Asunción la *Declaración sobre el tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes*. Vid., en general, H. KRATOCHWIL, «Movilidad Transfronteriza de Personas, Migración Laboral y Procesos de Integración Regional en América Latina», *La dimensión social de la integración regional*, Centro de Formación para la integración regional, 1995.

(42) II FORO IBEROAMERICANO SOBRE MIGRACIÓN Y DESARROLLO, FIBEMYD, 2010. Vid., en particular: C. M. DÍAZ BARRADO, «Migraciones y Comunidad iberoamericana de naciones: una marco general»,

Estamos en presencia de un instrumento político con cierta eficacia jurídica que debe servir de guía en el proceso de conformación de un entramado de cooperación en el ámbito migratorio y que nos puede servir para apreciar cómo se regula esta cuestión en el ordenamiento jurídico internacional. El *Compromiso de Montevideo* representa un avance por lo que se refiere a su naturaleza y contenido y, además, aporta la perspectiva iberoamericana al fenómeno de la migración. No se puede decir que tenga fuerza vinculante pero sí que constituye el *instrumento de referencia* y que, por lo tanto, incorpora indicaciones y principios que los Estados iberoamericanos deben tener en cuenta a la hora de abordar este fenómeno tanto en sus ordenamientos jurídicos internos como en los convenios que celebren al efecto.

En definitiva, la comunidad internacional no sólo ha observado la importancia que representan las migraciones internacionales sino que, al mismo tiempo, desde diversas perspectivas y dimensiones, se ha ocupado de ir generando normas que regulen los aspectos más sobresalientes de los flujos migratorios y, también, de los derechos que corresponden a los migrantes. Se supera así esa visión según la cual «la Comunidad internacional, tan preocupada por los migrantes y sus familiares, no está suficientemente sensibilizada por este colectivo»⁽⁴³⁾. Pero habría que insistir en que si bien no se puede hablar, con propiedad, de un marco completo y acabado en materia migratoria en el ordenamiento jurídico internacional, sí se dispone, sin embargo, de algunos instrumentos que sirven de base y fundamento para adoptar posiciones sólidas sobre el fenómeno migratorio y, prioritariamente, para que las migraciones internacionales adquieran *cierta autonomía normativa e institucional* en la sociedad internacional contemporánea. La procedencia de esta normativa es diversa y el significado y alcance de los instrumentos que se han adoptado son muy distintos en cada caso, pero todos ellos caminan básicamente en la misma dirección, destacando algunas tendencias⁽⁴⁴⁾, en términos normativos, de las migraciones internacionales.

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA VISIÓN POSITIVA DE LAS MIGRACIONES

En la normativa internacional *predomina una visión positiva de las migraciones internacionales* a pesar de las dificultades que se han señalado, en ocasiones, en relación con este fenómeno y aunque se haya puesto el acento, en muchos casos, en los efectos perjudiciales de los flujos migratorios. Las competencias de los Estados a la hora de ordenar la migración han apostado por la cooperación internacional o, al menos, esto es lo que se refleja, como más significativo, en los instrumentos internacionales que se han adoptado. Está cla-

Migraciones internacionales y Co-desarrollo: El caso de Ecuador, Cáceres, 2012, pp. 9-24.

(43) A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Al fin ya se ha hecho realidad la obligatoriedad de las Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares», <http://www.icam.es/docs/ficheros/200407190008_6_8.pdf>, p. 2.

(44) Como señala la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, «no existe una legislación internacional que haya desarrollado las leyes de la migración internacional. Es una rama del derecho que se ha desarrollado a través del tiempo y que continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de cooperación internacional, <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/intl-migration-law/lang/es>>».

ro que «la migración internacional constituye uno de los procesos sociales y económicos más importantes y complejos de los últimos tiempos. Representa para los Estados un reto que debe ser atendido de manera eficiente debido a los efectos que genera, tanto en la vida de las personas y en el ejercicio de sus derechos, como en el desarrollo de los países, la economía y la gobernabilidad»⁽⁴⁵⁾.

Ahora bien, muchos factores están condicionando que se presente *una visión muy poco positiva de las migraciones*⁽⁴⁶⁾ y que, en consecuencia, aparezcan algunas tendencias, que se plasman en las normas internacionales, que restringen derechos o imponen obligaciones más estrictas a los migrantes⁽⁴⁷⁾. En particular, puesto que «los Estados tienen el derecho de regular los movimientos en sus fronteras», se puede decir que «la cooperación internacional dirigida a reducir la migración irregular contempla tanto un aspecto punitivo relacionado con la ejecución de la ley como un enfoque para la protección y los derechos humanos». Así, viene sucediendo que, «influenciadas por la lucha contra el terrorismo, las políticas migratorias han ido cambiando su enfoque cada vez más para dar mayor importancia a la ejecución de la ley en detrimento de la protección»⁽⁴⁸⁾. La seguridad de los Estados, así como la defensa de elementos identitarios, ha conducido, en ocasiones, a *la identificación entre migración y delincuencia* y a que se produzcan «rechazos sociales» en relación con las migraciones internacionales⁽⁴⁹⁾.

Estos aspectos están presentes, sin duda, en la regulación internacional del fenómeno migratorio y quedan expresados a través de *determinadas posiciones normativas*. Por esto, no le falta razón a A. CHUECA SANCHO, cuando afirma que «en materia migratoria, la Unión Europea padece desde hace tiempo una inconfundible obsesión securitaria, pretendiendo reforzar la ciudadela o fortaleza europea. Esta obsesión no ha sido superada ni en el Programa de Estocolmo (que en su apartado 6 continúa repitiendo los clichés acuñados anteriormente en Tampere y La Haya) ni en el Tratado de Lisboa; esta obsesión se concreta sobre todo en los extranjeros que se hallan en situación irregular»⁽⁵⁰⁾.

(45) «Migraciones y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes», *Serie Informes Defensoriales* —Informe núm. 146, Defensoría del Pueblo. Perú, noviembre del 2009—.

(46) Buena parte de las razones se pueden apreciar en el análisis de M. COLLYER, «Migrants, Migration and the Security Paradigm: Constraints and Opportunities», *Mediterranean Politics*, 2006, pp. 255-270.

(47) Incluso, esto sucede, de manera más clara, en los ordenamientos jurídicos internos. No les falta razón a P. CHARRO y P. BENLLOCH cuando afirman, respecto a la legislación española, que «las sucesivas reformas de la normativa de extranjería demuestran que se continúa apostando, por mucho que se pretenda demostrar lo contrario, por dar preponderancia al control de flujos relegando con ello el objetivo integrador», P. CHARRO BAENA y P. BENLLOCH SANZ, «Trabajadores extranjeros en España: ¿inflexibilidad del estatuto jurídico frente a flexibilidad del mercado?», <https://www.urjc.es/ceib/espacios/migraciones/curso/materiales/P_Charro_Trabajadores_extranjeros_Espana.pdf>.

(48) CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS, *Migración Irregular*, cit.

(49) Como se ha dicho, «los Estados han desplegado una gran cantidad de nuevos instrumentos para impedir el ingreso de migrantes, tales como los muros y las barreras de defensa; los requisitos de visa de alto costo; las sanciones de transporte; los controles fronterizos militarizados; la detención; técnicas de escaneo de retina y otras técnicas de escaneo biométrico; el almacenamiento internacional computarizado de datos, entre otros», en «Los migrantes irregulares son particularmente considerados una amenaza para la seguridad y el mercado laboral de las comunidades receptoras», *ibid*.

(50) Á. G. CHUECA SANCHO, «Aproximación a la política de inmigración de la UE en el Mediterráneo», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 19, 2010. Un trabajo de gran interés: C. JIMÉNEZ PIERNAS,

No obstante, el examen pormenorizado de los instrumentos internacionales que, de manera específica, abordan la migración internacional permite afirmar que estos instrumentos rezuman, en esencia, *la prioridad por los aspectos de cooperación* y, en consecuencia, *por la visión positiva del fenómeno migratorio*. Por esto, se pueden señalar, por lo menos, *dos elementos* que favorecen que las migraciones internacionales sean concebidas en el ordenamiento jurídico internacional de manera positiva y de acuerdo con los principios propios que inspiran este ordenamiento jurídico. Prevalencia, en definitiva, de los aspectos relativos a la cooperación internacional y a la defensa y protección de derechos.

Por un lado, las migraciones internacionales reciben un tratamiento jurídico en el marco de *la protección internacional de los derechos humanos*. En otros términos, el fenómeno migratorio ha de ser regulado sobre la base de *las normas internacionales relativas al respeto y protección de los derechos fundamentales*. Así se ha expresado, con toda nitidez, que «se deberían promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación. En especial, todos los trabajadores migrantes deberían disfrutar de los principios y derechos contenidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, de 1998, que se reflejan en los ocho Convenios fundamentales de la OIT, y en los convenios pertinentes de las Naciones Unidas sobre derechos humanos»⁽⁵¹⁾. Se establece, de este modo, una estrecha *vinculación entre migración internacional y derechos humanos* que va a estar presente en el conjunto de la normativa internacional en la materia. La práctica internacional revela, con toda claridad, una tendencia a contemplar el fenómeno de las migraciones internacionales, *desde la perspectiva de los derechos humanos*.

Con ello, se produce una más de las quiebras que se vienen produciendo en el concepto de soberanía estatal. La visión en la que priman, tan sólo, los intereses de los Estados ha ido cediendo en los últimos años «de una manera análoga a la evolución del concepto de soberanía de una dimensión absoluta a una relativa, la noción de un ejercicio de esa soberanía, ligado al derecho de controlar las fronteras y de decidir y ejecutar la política nacional de inmigración ha venido cambiando, de una rigidez absoluta, a una modalidad relativa, ligada a la evolución jurídica de los derechos humanos»⁽⁵²⁾. Con esto, se está produciendo *un cambio profundo en la óptica de la cuestión migratoria* que tiende a reforzar el papel de la cooperación internacional⁽⁵³⁾.

Las migraciones internacionales penetran en el sector concerniente a la protección internacional de los derechos humanos y los migrantes se convierten en destinatarios de las normas reconocidas en el ordenamiento jurídico internacional. Esto lo podemos apreciar,

«La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 2002. Quizá el instrumento que más polémica ha generado sea 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.

(51) OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Ginebra, 2007.

(52) J. A. BUSTAMANTE, *Migración internacional y Derecho Humanos*, Universidad nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 94, México, 2002, p. 168.

(53) *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*, cit., p. 37.

por ejemplo, tanto en la *Convención de las Naciones Unidas*, habiéndose señalado que «la Convención hace énfasis en la conexión entre migración y derechos humanos, la cual se convierte cada vez más en un asunto político crucial de interés mundial»⁽⁵⁴⁾, como en el *Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo*, en el que se sostiene que «es imperativo situar la persona del migrante en el centro de los programas o proyectos migratorios, garantizando que las políticas migratorias respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes».

En el primer caso, «el principal objetivo de la Convención es fomentar el respeto de los derechos humanos de los migrantes. Los migrantes no son solamente trabajadores, son también seres humanos»⁽⁵⁵⁾, y así se refleja en muchos de los artículos de la Convención, en particular en el artículo 7, en el que se afirma que «los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición». En el segundo caso, debemos seguir sosteniendo que «las Políticas y Programas que afecten a los flujos migratorios en Iberoamérica deben estar en consonancia con el respeto irrestricto de los derechos humanos»⁽⁵⁶⁾.

Más todavía, ello ha conducido a que examine el fenómeno de las migraciones internacionales no sólo desde la perspectiva de los derechos humanos sino, específicamente, desde un enfoque de *los migrantes como grupo humano especialmente vulnerable*. No cabe ninguna duda de que «un hecho incuestionable es que las poblaciones migrantes constituyen grupos altamente vulnerables en cuanto a la vigencia de sus derechos fundamentales», siendo así que «todas las poblaciones migrantes y no sólo las de migrantes internacionales, independientemente de la temporalidad de su estancia en el lugar de recepción, enfrentan procesos de adaptación e integración en las sociedades de acogida. En muchas circunstancias, esos procesos no ocurren en condiciones de respeto y vigencia de sus derechos fundamentales»⁽⁵⁷⁾. Esto otorga a las migraciones internacionales *un perfil propio en el ordenamiento jurídico internacional* que obliga a establecer tanto normas de protección como políticas que tiendan a impedir o prohibir determinados comportamientos a los Estados.

La vulnerabilidad de los migrantes deriva de las situaciones y circunstancias en las que se encuentran los migrantes y han sido perfectamente descritas. En efecto, «todos los

(54) UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, cit.

(55) *Ibid.* En efecto, se puede observar tanto una «repetición de los derechos básicos de los individuos presentes en la Declaración Universal, con el fin de humanizar el trato a los trabajadores migrantes» y, también, «la provisión de derechos adicionales con el fin de desincentivar la migración irregular». C. DOÑA REVECO, *Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias*, Documento de trabajo I, Santiago de Chile, 2003, p. 8.

(56) C. M. DÍAZ BARRADO, *Migraciones y Comunidad iberoamericana de Naciones*, cit.

(57) M. Á. CASTILLO, *Migración y derechos humanos*, cit.

migrantes tienen una característica en común: viven y trabajan en un país del cual no son nacionales. Por consiguiente, enfrentan el desafío de adaptarse a una sociedad que no es la suya y que podría rechazarlos. Más aún, como no-ciudadanos, usualmente gozan de menos derechos que la población nativa. Ellos sufren directamente de la idea tan difundida que afirma que los migrantes no tienen derecho a la protección total de la legislación relativa a los derechos humanos». Por lo que cabría concluir que «los migrantes son un grupo altamente vulnerable», de tal manera que «frecuentemente sufren de varias formas de explotación y de abusos serios de sus derechos humanos y de su dignidad»⁽⁵⁸⁾. En la propia *Convención de las Naciones* se reconoce «la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo», lo que conduce, irremediamente, puesto «que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes», a que se lleve a cabo «una protección internacional apropiada».

De ahí que resulte de gran interés definir, en términos jurídicos, a los titulares de los derechos que se reconocen, lo que justifica los esfuerzos realizados por la normativa internacional para identificar a los *trabajadores migratorios*, así como la búsqueda de todas las situaciones afines, de tal modo que se impidan la exclusión de las personas de este grupo humano. En otras palabras, el derecho internacional camina en la dirección de considerar a los trabajadores migrantes como *un grupo humano específico destinatario de determinados derechos*⁽⁵⁹⁾.

Por otro lado, a pesar de ciertas posiciones y manifestaciones, también normativas, la sociedad internacional y su ordenamiento jurídico no expresan, con intensidad, una posición negativa que suponga la *criminalización de las migraciones internacionales*. Esta preocupación se hace realidad en determinadas indicaciones jurídicas que permiten afirmar que «se debería prestar especial atención a las numerosas desventajas y a la discriminación a la que se enfrentan con frecuencia esos trabajadores por razón de género o de raza o por su condición de migrantes. Además, las cuestiones relacionadas con el movimiento transfronterizo de trabajadores no pueden abordarse eficazmente cuando los países actúan de forma aislada; por ello, la cooperación internacional en la gestión de las migraciones laborales puede ser un valioso instrumento para atender los intereses nacionales»⁽⁶⁰⁾.

El *Compromiso de Montevideo* lo expresa con toda claridad al decir que «migrar no es un delito, por lo que los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante» y, sin duda, el contenido de la *Convención de las Naciones Unidas* debe ser interpretado, también, en esta dirección. Así se decía en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Convención internacional para los trabajadores migratorios, al señalar que ésta «debería desempeñar un papel principal en la defensa de los derechos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y al abordar todos los aspectos de los procesos migratorios. Debería contribuir a ampliar los planteamientos sobre el fenómeno

(58) UNESCO, *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes*, cit.

(59) Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, *Migración Irregular*, cit.

(60) OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, cit.

I. ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: CUESTIÓN MIGRATORIA

de la migración y a luchar *contra la criminalización y estigmatización* de los emigrantes no documentados»⁽⁶¹⁾.

La orientación principal es que la migración sea contemplada *no como un delito* sino como un comportamiento habitual en las relaciones internacionales y, a la postre, como el resultado natural de la cooperación internacional entre los Estados. De ahí que se abogue por «evitar las políticas que penalizan la migración», ya que, en el fondo, «son inadecuadas e irrealizables, y perjudican los derechos y la dignidad de los migrantes»⁽⁶²⁾.

En definitiva, los dos componentes más esenciales de la regulación migratoria internacional: *las competencias del Estado y la cooperación internacional*, tienden a conjugarse en una visión en la que prevalezcan los derechos de los migrantes y su protección, con independencia de la existencia de algunas normas y mecanismos institucionales y procedimentales que pongan límites al fenómeno migratorio. Podríamos coincidir, entonces, en que «es preciso adoptar un enfoque integral, coherente y efectivo que equilibre estas tres vertientes de la política: el cumplimiento de la ley, el interés económico y la protección. En este contexto, la protección de los derechos se debe considerar no sólo como un deber jurídico sino también como una política acertada»⁽⁶³⁾. De esta manera, se combinan sabiamente los intereses políticos y los objetivos normativos.

III. LA PROHIBICIÓN DE DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS EN RELACIÓN CON LAS MIGRACIONES

El logro de una protección eficaz y apropiada de los derechos de los migrantes se ha centrado no sólo en el establecimiento de normas internas que reconozcan los derechos que les corresponden, inspiradas en las indicaciones que proporciona el ordenamiento jurídico internacional, sino, también, en *la lucha contra aquellos comportamientos* que ponen en peligro el disfrute de los derechos que se deben atribuir a los migrantes. Los instrumentos internacionales apuntan así en una dirección: hay que evitar, a toda costa, que, en la regulación de las migraciones internacionales, los Estados den cabida a prácticas que atentan, de manera directa, *contra los derechos de este grupo humano vulnerable*. La situación de debilidad en la que se encuentran los migrantes justifica que se adopten *medidas específicas*, al hilo de la regulación de los flujos migratorios, que alejen comportamientos que implicarían la violación de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales sobre migraciones.

(61) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* sobre «La Convención internacional para los trabajadores migratorios», SOC/173, Bruselas, 2004 (cursiva añadida).

(62) *Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Migración Irregular, cit.*

(63) Más aún, «por el contrario, tales políticas son del interés del Estado y de sus ciudadanos, así como de los migrantes. Todos los estados tienen obligaciones en el ámbito de los derechos humanos, ya sea que éstos emanen de tratados o del derecho consuetudinario. Cualquier intento por prohibir las migraciones a través de políticas de ejecución de la ley sin prestar la atención necesaria a la situación y a los derechos inherentes de los migrantes, estará destinado al desacierto. El orden jurídico internacional de los derechos humanos constituye una fuente abundante de normas que los estados pueden utilizar para responder de manera congruente, jurídica y humana a las distintas situaciones de los migrantes irregulares y víctimas del tráfico ilícito de personas», *Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Migración Irregular, cit.*

En esta dirección, merece la pena centrar nuestra atención tanto en *la lucha contra el racismo y la xenofobia* como en *la lucha contra el tráfico de personas*. No obstante, hay que advertir que estas prácticas no afectan sólo a los migrantes sino, también, a otros grupos humanos como pueden ser, por citar algunos casos, los refugiados, las minorías étnicas, o los extranjeros en sentido estricto, pero no cabe duda alguna de que, en el marco de los flujos migratorios, *adquieren una especial significación y tienen características propias*, a pesar de que los instrumentos internacionales aún no hayan extraído todas las consecuencias al respecto.

En la migración internacional se dan las circunstancias y condiciones para que tengan lugar comportamientos de esta índole. Es verdad que los migrantes «enfrentan una serie de dificultades derivadas del racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia, que se expresan en formas de discriminación de diverso cuño, así como también en abusos, violencia y engaños en el caso de la trata de personas, y en amenazas a la integridad física. Estos hechos se combinan y entrecruzan según el origen étnico, la nacionalidad, el sexo y la edad, la inserción laboral, los medios empleados para migrar o la situación jurídica de los migrantes»⁽⁶⁴⁾. Una de las recomendaciones, en el seno de la OIT, ha sido, en particular, que «los gobiernos, en consulta con los interlocutores sociales, deberían promover la integración y la inclusión sociales y, al mismo tiempo, respetar la diversidad cultural, prevenir la discriminación contra los trabajadores migrantes y adoptar medidas para combatir el racismo y la xenofobia»⁽⁶⁵⁾. Por lo demás, *la trata de seres humanos* se encuentra estrechamente vinculada a las migraciones internacionales. Por esto, no debe extrañar que «uno de los principales desafíos para la OIM y sus Estados Miembros es luchar contra la trata de personas, puesto que es una forma de migración irregular cuyos fines de explotación implican la violación de los derechos humanos de los migrantes»⁽⁶⁶⁾.

No se trata ahora de examinar, con detalle, los principales instrumentos internacionales en la materia pero sí de señalar, con trazo grueso, que estos instrumentos contribuyen a mejorar el *estatus jurídico de los migrantes internacionales*.

Por lo que se refiere a *la lucha contra el racismo y la xenofobia* no sólo se han adoptado instrumentos de alcance universal sino que, también, se pretende combatir estas prácticas en los ámbitos regionales, preferentemente en *la Unión Europea*. Más allá de *la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada en 1965, se comprueba que el quehacer de las Naciones Unidas no ha incidido, por lo menos normativamente, en la vinculación entre esos comportamientos y el fenómeno migratorio. Faltaría, por lo tanto, una acción decidida para extraer las consecuencias que el racismo y la xenofobia producen en la migración internacional, con independencia de la aplicación de los principios que se contienen en los instrumentos generales sobre derechos humanos o los relacionados con la lucha contra la discriminación e, incluso, lo establecido en el artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas, ya mencionado.

(64) J. MUÑOZ, «Derechos humanos, migraciones y ciudadanía universal», *Diálogos Migrantes*, núm. 2, 2009, pp. 8-20.

(65) OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, cit. (cursiva añadida).

(66) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, <http://www.oimconosur.org/varios/index.php?url=trata_que>.

Ahora bien, en el seno de *la Unión Europea* sí se han producido algunos avances en esa relación. Por de pronto, la lucha contra la discriminación, en la Unión Europea y en la acción exterior, ha encontrado un excelente reflejo en *la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo*. Así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en la que se fija la «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos» se parte del principio de que «La Unión Europea está comprometida con la defensa de los derechos fundamentales, la lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades para todos», siendo así que «desde hace muchos años, la UE ha estado a la cabeza de los esfuerzos para acabar con la discriminación por razón de sexo y promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Recientemente, ha adoptado diversas medidas para proteger a las personas frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»⁽⁶⁷⁾.

La idea central que inspira la normativa comunitaria en esta materia se expresó, y la podemos encontrar, en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 en el que se afirmó, en el punto 21, que «el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, *sin olvidar el principio de no discriminación* respecto de los ciudadanos del Estado de residencia»⁽⁶⁸⁾.

También ha habido alguna expresión sobresaliente en el espacio iberoamericano, por lo que merece la pena recordar que en el *Compromiso de Montevideo* se dice que «el racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación contra los migrantes y sus familiares, son incompatibles con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho». Lo que se completa con la visión de que se deben «crear condiciones que favorezcan una mayor armonía, tolerancia y respeto entre los migrantes y el resto de la sociedad del país en que se encuentran, a fin de eliminar tales manifestaciones contra aquéllos».

En lo que concierne a *la trata de seres humanos*, la comunidad internacional ha avanzado, de manera más decisiva, en la prohibición de comportamientos de este tipo. Por esto hay que seguir sosteniendo que «tanto en el plano universal como en los niveles regionales se han venido adoptando instrumentos que, de manera directa o indirecta, regulan las

(67) Muchos de estos aspectos pueden verse en el *Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea* [COM (2005) 389 final]. Cfr. C. M. DÍAZ BARRADO, «La dispersión y la sectorialización de los derechos humanos en el seno de la Unión Europea», *Homenaje a M. Pérez González*, 2012 (en prensa).

(68) Un buen análisis de esta cuestión por M. S. MORÁN BLANCO, que nos recordaba que «en el Consejo Europeo de Lisboa, celebrado en marzo de 2000, la UE definió una estrategia general de diez años de duración encaminada a conseguir, entre otros objetivos, aumentar la tasa de empleo de los grupos infrarrepresentados en el mercado de trabajo, entre ellos las personas con discapacidad, las minorías étnicas y religiosas y los migrantes. Dicha estrategia se articuló en torno a dos aspectos: la legislación y las políticas en materia de lucha contra la discriminación», en «Diversidad étnica, lingüística y religiosa en la Unión Europea y protección de los derechos de las minorías», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, año 2010, número 25, pp. 11-34.

cuestiones concernientes a la trata de seres humanos y que, sobre todo, establecen normas que prohíben determinados comportamientos y reconocen derechos a las víctimas de esas prácticas»⁽⁶⁹⁾. En la labor de las Naciones Unidas observamos algún instrumento destinado a combatir la trata de seres humanos *vinculándose específicamente al fenómeno migratorio*. Existe una gran diversidad respecto al significado, contenido y alcance de los instrumentos adoptados en relación con la trata de seres humanos, y uno de los instrumentos más relevante será el *Protocolo para prevenir, suprimir y castigar la trata de personas, especialmente mujeres y menores*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), adoptados en Nueva York, en 2000, de tal manera que el citado Protocolo, como puede observarse, queda vinculado a un instrumento encargado de combatir la delincuencia transnacional organizada, quizá porque sea en este ámbito donde se plantean con mayor frecuencia, y donde es más necesario adoptar medidas para prevenir y eliminar la trata de seres humanos.

Ahora bien, junto a ello, se ha procedido a adoptar, también, el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*, en 2000⁽⁷⁰⁾, y que complementa, asimismo, la citada Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, lo que nos pone de manifiesto que se toma conciencia de que en el marco de la migración se pueden producir supuestos de trata de seres humanos como manifestación del crimen internacional organizado. En esencia, se parte de la consideración de que «no existe un instrumento universal que aborde todos los aspectos del tráfico ilícito de migrantes y otras cuestiones conexas», pero queda claro que «la trata, la migración irregular y el tráfico ilícito de migrantes son conceptos interrelacionados. *La trata de personas incluye la dimensión migratoria*»⁽⁷¹⁾.

En la Unión Europea diversas normas abordan la lucha contra la inmigración irregular, centrándose específicamente en esta cuestión⁽⁷²⁾, aunque queda claro, en todo caso, el objetivo de *luchar contra la trata de seres humanos* que, como se sabe, puede tener lugar en el marco de los flujos migratorios. En este sentido, conviene tener en cuenta la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a *la lucha contra la trata de seres humanos*; y, asimismo, resulta de interés comprobar el contenido de la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a *la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos*

(69) C. M. DÍAZ BARRADO, «Human rights and the Council of Europe convention on action against trafficking in human beings», *Council of Europe Convention on action against trafficking in Human Beings. Expert Seminar*, Madrid, España, 2-3 de diciembre de 2008, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2009.

(70) Un examen interesante en C. BROLAN, «An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from Refugee Protection Perspective», 14 *International Journal of Refugee Law*, 2002, pp. 561-596.

(71) (Cursiva añadida). Un trabajo muy completo: *Trata de personas y tráfico ilícito de migrante en México y América Central. Guía normativa*, UNICEF-OIM, 2007. Vid., también, ACEM, *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral, Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006.

(72) Unos trabajos muy completos: A. OLESTI RAYO, «La acción de la Unión Europea contra la inmigración irregular», en DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Madrid, 2009, pp. 41-65; «La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla, 2005, pp. 943-964.

o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes⁽⁷³⁾.

No es preciso que recordemos todas las normas que han emanado en esta materia, pero sí recordar que la Unión Europea debe situar, necesariamente, estas cuestiones en el marco *del espacio de libertad, seguridad y justicia* y, antes de todo, ha de ir sentando las bases para la elaboración de una normativa en materia de inmigración que combata los comportamientos de la delincuencia organizada pero que, en todo caso, reconozca y proteja los derechos fundamentales»⁽⁷⁴⁾.

En suma, la normativa internacional comienza a abordar específicamente las cuestiones relativas a ciertos comportamientos que atentan contra los derechos de los migrantes, lo que refuerza la visión de las migraciones internacionales desde la perspectiva de los derechos humanos y, además, se establece una relación entre la prohibición de esos comportamientos y los flujos migratorios.

CONSIDERACIONES FINALES

No se puede decir que exista un derecho internacional migratorio que goce de autonomía suficiente, pero sí que la comunidad internacional, en el marco de las consecuencias de la cooperación internacional, viene abordando, cada vez con mayor amplitud, *el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones*. Las tendencias que se descubren en el ordenamiento jurídico internacional nos revelan que *la protección de los derechos humanos* es el marco jurídico más apropiado para la regulación de las migraciones internacionales y que los ordenamientos jurídicos internos deben prestar una especial atención a la normativa internacional en esta materia. La combinación entre normas de alcance universal y los avances que se vienen produciendo a escala regional es lo que permite sostener que, paulatinamente, se va disponiendo de instrumentos que, a pesar de las interpretaciones que quepan, caminan en una clara dirección: el respeto y la protección de los derechos de los migrantes, así como *evitar prácticas y comportamientos específicos que atenten contra el disfrute de esos derechos*.

Es verdad que los instrumentos internacionales son aún muy dispersos y que, por supuesto, queda por realizar la tarea destinada a perfilar los contenidos y alcance de las normas internacionales en materia migratoria. Pero no es menos cierto que los componentes de la cooperación internacional comienzan a imponerse, eso sí con dificultades, frente a la soberanía absoluta de los Estados en la regulación de los flujos migratorios. Con el tiempo, las migraciones internacionales se han de concebir como un *sector específico* del ordenamiento jurídico internacional. En la actualidad, tan sólo se están poniendo las bases para ordenar normativamente un fenómeno de tanta complejidad. En efecto, como

(73) C. M. DÍAZ BARRADO, «Algunos rasgos de la política de inmigración en la Unión Europea: derechos humanos y cooperación», *Migraciones internacionales y Co-desarrollo: El caso de Ecuador*, Cáceres, 2012.

(74) Ver, en todo caso, los instrumentos que se contienen en «Libre circulación de personas, asilo e inmigración», en <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/index_es.htm>.

lo ha señalado la Organización Internacional para las Migraciones: «con el incremento en la movilidad global, los Estados han comenzado a darse cuenta de que la migración ya no es algo que puedan gestionar por sí solos. Han reconocido la necesidad de la cooperación regional e internacional sobre el tema. Las normas internacionales han venido incrementándose, conforme los Estados trabajan juntos en un esfuerzo por gestionar la migración. El derecho migratorio internacional es una rama del derecho que se ha desarrollado durante el tiempo, y continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de la cooperación internacional»⁽⁷⁵⁾.

(75) OIM, *Derecho Migratorio Internacional*, <<http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/lang/es>>.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DENTRO DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA

ALEJANDRO PEÑA PÉREZ

Abogado de Infante & Peña Abogados

RESUMEN

Arraigo, Circunstancias Excepcionales y Razones Humanitarias: evolución histórica dentro del Derecho de Extranjería

El presente trabajo se centra en el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados de Arraigo, Circunstancias Excepcionales y Razones Humanitarias y su importancia dentro del Derecho de Extranjería.

Para ello se han usado como herramientas hermenéuticas: la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, así como de la Audiencia Nacional; y el estudio de la normativa de Derecho de Extranjería en los últimos 30 años, esto es, desde la promulgación de la LO 7/1985 hasta nuestros días. Y todo ello relacionado con la figura jurídica del Visado, tan importante en este ámbito, especialmente por lo que respecta a la Exención del mismo, tan destacada durante años, que dejará paso a lo que hoy es la Inexigibilidad de Visado.

Por último, este estudio trata también de poner de relieve la aplicación del Derecho de Extranjería realizada por la Administración, la cual destaca por su carácter restrictivo, así como las nefastas consecuencias de ello.

Palabras clave: Arraigo, Circunstancias Excepcionales, Razones Humanitarias, concepto jurídico indeterminado, exención de Visado, *numerus clausus-numerus apertus*.

ABSTRACT

Settlement, Exceptional Circumstances and Humanitarian Reasons: historical trends in Immigration Law

This work focuses on the study of indeterminate legal concepts of Settlement, Exceptional Circumstances and Humanitarian Reasons and its importance in the Immigration Law.

This has been used as hermeneutical tools: the established jurisprudence of the Supreme Court and National Court; and the study of rules of law relating to foreigners in the past 30 years, since the enactment of the Organic Law 7/1985 to present. And all relating to the legal concept of Visa, so important in this area, particularly with respect to the Exemption of it, as highlighted for years, which will give way to what is now the Non-requirement of Visa.

Finally, this study also seeks to highlight the application of Immigration Law by the Administration, which is notable for its restrictive nature and the dire consequences.

Key words: Settlement, Exceptional Circumstances, Humanitarian Reasons, indeterminate legal concept, exemption of Visa, *numerus clausus-numerus apertus*.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

1. **La RAE y los conceptos jurídicos indeterminados.**
2. **Definición jurídica: sus expresiones más destacadas.**
 - A) Arraigo.
 - B) Circunstancias excepcionales.
 - C) Razones humanitarias.
- II. **SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL. EVOLUCIÓN NORMATIVA: DE LA LO 7/1985 A LA LO 2/2009.**
 1. **LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.**
 2. **LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.**
 3. **LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000.**
 4. **LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000.**
 5. **LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000.**
- III. **APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: ¿POTESTAD DISCRECIONAL O REGLADA? ¿NUMERUS CLAUSUS O NUMERUS APERTUS?**
- IV. **CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIA NACIONAL.**
- V. **CONCLUSIONES.**

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo se orienta al estudio en profundidad de los conceptos jurídicos indeterminados de Arraigo, Circunstancias Excepcionales y Razones Humanitarias (en adelante AA, CE y RH), cuya trascendencia en el Derecho de Extranjería se antoja esencial e indiscutible.

Como consecuencia de ello, se parte del hecho de considerar como pilar fundamental la consolidada jurisprudencia nacida de forma especial en el seno del Tribunal Supremo, con el fin de sostener una concepción firme y arraigada, nunca mejor dicho, de estos conceptos. Para ello se ha considerado básica ahondar en una definición fundamentada de estos términos, seguido de una exposición de su regulación en el Derecho de Extranjería desde la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, primera Ley de Extranjería tras la promulgación de la Constitución, hasta la última reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. En este itinerario resulta de gran importancia resaltar la trascendencia que durante los últimos 30 años ha tenido el Visado como figura jurídica dentro del Derecho de Extranjería, y cuyo protagonismo irá aumentando con el paso de las

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

reformas legales. De este modo, la figura de la Exención de Visado, tan destacada durante años, dejará paso a lo que hoy se conoce como la Inexigibilidad del mismo.

Este estudio trata también de poner de relieve la particular aplicación del Derecho de Extranjería por la Administración, caracterizada por un marcado carácter restrictivo, asentada durante tantos años, en lo referente al modo de concebir y aplicar el Derecho de Extranjería.

Con todo ello, se pretende demostrar tres principios elementales inherentes al Derecho de Extranjería de los últimos 30 años: en primer lugar, la mala praxis de la Administración en la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados; en segundo lugar, la importantísima labor de los Tribunales en el control y corrección de esta práctica; y finalmente, la involución sufrida durante las últimas tres décadas en la concepción de estos supuestos dentro del Derecho de Extranjería.

I. DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Como paso previo resulta necesario dar una definición lo más completa posible de lo que debe entenderse por los conceptos de AA, CE y RH. En primer lugar, cabe hablar de una definición literal según el sentido que la Real Academia Española (RAE) da a estos conceptos. En segundo lugar, debemos partir también de una definición jurídica y jurisprudencial, que engloba estas nociones dentro de la figura del concepto jurídico indeterminado, concepto indispensable para entender la transcendencia de estos supuestos dentro del Derecho de Extranjería.

1. La RAE y los conceptos jurídicos indeterminados

Comenzando con el concepto de AA, la RAE define este término como «Acción y efecto de arraigar», y por arraigar, entre sus muchas acepciones, como «1. Echar o criar raíces» o «3. Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas» (1).

Por lo que respecta a las CE, la RAE delimita ambos conceptos separadamente. Define Circunstancia, por lo que a este estudio interesa, como «3. Conjunto de lo que está en torno a alguien...», y Excepcional como «1. Que constituye excepción de la regla común», y «2. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez».

Por último, respecto al concepto de RH, se define el término Razón como: «4. Argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo» y «5. Motivo (causa)». Por otro lado se define Humanitaria como «1. Que mira o se refiere al bien del género humano», acepción más adecuada para este estudio.

Estas definiciones se aproximan bastante al sentido que los conceptos de AA, CE y RH han adquirido en Derecho de Extranjería. Ello es así con la concepción de AA, la cual se

(1) Se pueden consultar estas definiciones en el siguiente enlace: <<http://buscon.rae.es/draeI/>>.

encuentra claramente identificada con un vínculo territorial, social o familiar que conlleva implícito en sí mismo. O las CE, que delimitan una situación personal concreta y especial de la persona afectada por las mismas, y que merece un trato distinto al marcado por la regulación general. Y qué decir de la definición de RH, la cual se identifica con determinados motivos o causas que por un interés superior y supremo hace que se deba considerar al individuo dentro de un marco mínimo de protección, y por tanto poseedor de ciertas garantías inherentes a todo ser humano.

Todas ellas, definiciones de la RAE, son definiciones que, al menos hipotéticamente, coinciden con la formulación teórica del Derecho de Extranjería, pero que, como se verá, gran número de veces la coincidencia entre su formulación teórica y su aplicación práctica por la Administración dista mucho de poder ser considerada homogénea y uniforme.

Por otro lado, para un adecuado entendimiento de las nociones de AA, CE y RH hay que relacionar dichos términos con el del concepto jurídico indeterminado. Y ello por la enorme disyuntiva que existe respecto al valor que dicho concepto tiene en el Derecho de Extranjería, en especial por la antitética interpretación que de los términos estudiados realizan abogados y defensores de los Derechos de los inmigrantes, de un lado, y la interpretación restrictiva que caracteriza a la Administración, en el otro extremo. En esta guerra dialéctica y jurídica resulta de gran valor la interpretación realizada desde hace años por los Tribunales, que han impuesto evidentes criterios de justicia al corregir la mala *praxis* en la aplicación del Derecho de Extranjería que define, desgraciadamente y por regla general, la labor de la Administración.

En este sentido, la doctrina resulta clara a la hora de dar contenido al significado del concepto jurídico indeterminado. Don Luis COSCULLUELA MONTANER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, considera que «en los conceptos jurídicos indeterminados, como su nombre indica, la norma no determina con precisión absoluta el alcance del concepto que utiliza. Así sucede, por ejemplo, con los conceptos de buena fe, buen padre de familia, buena conducta, normalidad, mérito, justo precio...»⁽²⁾.

Partiendo de este prisma, la percepción de AA, CE y RH como conceptos jurídicos indeterminados no conllevará duda alguna. Todos ellos parten de una concepción abstracta que se plasma en una serie de supuestos de hecho que intentan dar cobertura legal dentro del Derecho de Extranjería, y cuya concreción dependerá del caso concreto, y especialmente de quién realice la interpretación de dicho concepto.

En conclusión, **podemos entender por concepto jurídico indeterminado aquel que no viene delimitado en su contenido exacto ni en su significado cierto en las normas jurídicas, de tal modo que habrá que acudir al caso concreto para delimitar si nos encontramos o no dentro del supuesto amparado por dicho concepto, y por ende, de dicha norma.** Pero en esta concreción del significado, no dispone la Administración de toda libertad, sino que existen una serie de controles que no puede exceder a la hora de ejercer su potestad. Merced a esto, este Catedrático afirma que «tampoco aquí existe un

(2) COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Las Potestades Administrativas: Clasificación», Lección 12, *Manual de Derecho Administrativo* (12.ª edición), 2001, p. 319.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

margen valorativo para la Administración; la situación a que se refiere el concepto jurídico indeterminado existe o no de modo objetivo, con arreglo a estándares socialmente aceptados»⁽³⁾.

De estas palabras se deriva un axioma fundamental a la hora de interpretar y definir todo concepto jurídico indeterminado, y dentro de ellos, los conceptos de AA, CE y RH: la Administración no puede decidir de manera arbitraria cuándo, cómo y de qué forma da sentido y contenido al concepto jurídico indeterminado. Ello viene respaldado por el Tribunal Supremo en jurisprudencia consolidada, al considerar que, a la hora de concretar el sentido y alcance de un concepto jurídico indeterminado, la Administración «actúa con un margen de apreciación que no le dispensa de aportar al expediente el material probatorio necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantiza la legalidad y oportunidad de la misma, así como su congruencia con los motivos y fines que la justifican —sentencia de 22 de junio de 1982—»⁽⁴⁾.

Otro axioma que se deriva de la aplicación de todo concepto jurídico indeterminado es que cada caso requiere un estudio específico a efectos de decidir si resulta o no de aplicación en ese supuesto preciso el concepto jurídico indeterminado, siendo de importancia crucial la labor de los Tribunales. La jurisprudencia del TS también se muestra uniforme al considerar que «la concreción de este concepto jurídico indeterminado o “standard” valorativo, debe configurarse en cada caso, por los Tribunales»⁽⁵⁾. O, según expresión del Tribunal Constitucional, «concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto concreto»⁽⁶⁾; también «el carácter extraordinario de dichas circunstancias constituye un concepto jurídico indeterminado que los órganos jurisdiccionales deben concretar»⁽⁷⁾.

Dentro de toda la jurisprudencia que pueda citarse al respecto, quizás sea la STC 153/2005, de 6 de junio, en su FJ 2, la que ha logrado expresar la noción del concepto jurídico indeterminado más completa y esclarecedora posible: «todo concepto jurídico indeterminado o abierto, ha de ser dotado de contenido concreto en cada supuesto mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico».

En virtud de todo lo expuesto, cabe insistir en el valor que las nociones de AA, CE y RH desempeñan como conceptos jurídicos indeterminados, y la importancia que dicha

(3) COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Las Potestades...», p. 319.

(4) Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 21 de julio de 1987; 9 de julio de 1987, Recurso núm. 52432/1982; y 13 de junio de 2003, Recurso núm. 527/1999. También la Audiencia Nacional ha respaldado este criterio, valiendo como muestra Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (en adelante SAN) de 11 de noviembre de 2005, Recurso núm.; y 4 de julio de 2006, Recurso núm. 854/2003, según las cuales «la locución “peligro para la seguridad del país” entraña un concepto jurídico indeterminado, siendo así que en la valoración del mismo la Administración Pública puede disponer de un cierto margen de apreciación, que, sin embargo, no puede confundirse con la técnica de la discrecionalidad administrativa».

(5) STS de 10 de mayo de 1986.

(6) STC 220/2004, de 29 de noviembre (FJ 6); STC 82/2006, de 13 de marzo (FJ 6); STC 4/2007, de 15 de enero (FJ 3); STC 178/2007, de 23 de julio (FJ 2); STC 38/2008, de 25 de febrero (FJ 2); STC 93/2008, de 21 de julio (FJ 2); STC 94/2008, de 21 de julio (FJ 2); STC 142/2010, de 21 de diciembre (FJ 3).

(7) STC 163/2002, de 16 de septiembre.

concepción acarrea dentro del Derecho de Extranjería, y de manera especial, en su aplicación práctica a cada caso concreto.

2. Definición jurídica: sus expresiones más destacadas

De acuerdo con la anterior exposición, los términos AA, CE y RH tienen la consideración de conceptos jurídicos indeterminados. Por tanto, las nociones de AA, CE y RH tienen una importancia vital dentro del Derecho de Extranjería. Por ello cabe hacerse una pregunta trascendental: como conceptos jurídicos indeterminados, ¿qué hay que entender por AA, CE y RH dentro del Derecho de Extranjería? La respuesta no resulta fácil, aunque la labor de los Tribunales se antoja imprescindible para poder aproximarse a una definición jurídica de lo que ha de entenderse por dichos conceptos. Veamos pues.

A) *Arraigo*

De estos tres conceptos, quizás el que mayor trascendencia haya tenido a nivel jurisprudencial ha sido el concepto de AA. En su definición más genérica, y siempre dentro del Derecho de Extranjería, el Tribunal Supremo viene entendiendo el AA «como un status del individuo solicitante, en situación de estudios, reagrupación familiar, la integración en la misma, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia»⁽⁸⁾.

Partiendo de esta primera premisa, la misma jurisprudencia considera que el «arraigo hay que entenderlo como los vínculos que unen con España al extranjero, ya sean de tipo familiar, social, económico, laboral, académico o de otra similitud»⁽⁹⁾, o como «la situación de aquel individuo que se encuentra unido al territorio nacional por unos especiales e importantes vínculos personales familiares o socioeconómicos»⁽¹⁰⁾.

Esta definición de AA proporcionada por el Tribunal Supremo enlaza con las bases marcadas con anterioridad, incrementándose como plus a valorar esa vinculación especial del extranjero con determinados aspectos propios asentados en España, ya sea a nivel familiar, social, económico, laboral, académico, etc. Esta definición otorgada jurisprudencialmente se ha plasmando durante todos estos años dentro del Derecho de Extranjería en dos ámbitos de actuación concretos: por un lado, como criterio a tener en cuenta a efectos de poder regularizar la situación administrativa de un extranjero; y por otro, como circunstancia especialmente relevante a efectos de impedir o suspender su expulsión del territorio nacional.

Siendo que el primer apartado será tratado en profundidad en las siguientes páginas, merece la pena detenernos en la vinculación existente entre los supuestos de AA y la san-

(8) STS de 9 de marzo de 2007, Recurso núm. 6497/2003; 27 de abril de 2007, Recurso núm. 9501/2003; 31 de mayo de 2007, Recurso núm. 797/2004; 31 de mayo de 2007, Recurso núm. 861/2004; 7 de junio de 2007, Recurso núm. 8411/2003; 21 de junio de 2007, Recurso núm. 8863/2003; 28 de junio de 2007, Recurso núm. 783/2004; 28 de junio de 2007, Recurso núm. 9483/2003; 19 de julio de 2007, Recurso núm. 313/2004; 25 de julio de 2007, Recurso núm. 1949/2004; y 27 de diciembre de 2007, Recurso núm. 7957/2003.

(9) Ver nota 8.

(10) STS de 25 de julio de 2007, Recurso núm. 1669/2004.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

ción de expulsión. En este sentido, seguramente el principal criterio de AA tenido en cuenta cuando hablamos de la sanción de expulsión es el Arraigo familiar. No existe seguramente otro hecho de mayor importancia a tener en cuenta como es el tener vínculos familiares en España. Así lo manifiesta la STC 140/2009, de fecha 15 de junio, al afirmar que «el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boultif c. Suiza, o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania)».

A idéntica conclusión ha llegado el TS, que siguiendo un criterio más amplio del concepto de Arraigo, afirma que «ha repetido incansablemente que el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general (Sentencias de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2001, entre otras)»⁽¹¹⁾.

No obstante, si existe una decisión judicial que resulta trascendentalmente relevante en este ámbito del Derecho de Extranjería, ésta no es otra que la importantísima STS de fecha 26 de enero de 2005, Recurso núm. 1164/2001, que vino a resolver sobre un expediente de expulsión en contra de una madre de ciudadano español, estableciendo de forma tajante que «la existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación [...]. Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. [...] Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre».

(11) STS de 2 de junio de 2001, Recurso núm. 1486/1999; 24 de noviembre de 2004, Recurso núm. 6922/2002; 8 de noviembre de 2007, Recurso núm. 6428/2003; 8 de noviembre de 2007, Recurso núm. 8074/2002; 23 de noviembre de 2007, Recurso núm. 6774/2003; 13 de diciembre de 2007, Recurso núm. 835/2004; 13 de diciembre de 2007, Recurso núm. 3093/2004; 20 de diciembre de 2007, Recurso núm. 3084/2004; 9 de enero de 2008, Recurso núm. 2975/2004; y 31 de enero de 2008, Recurso núm. 8807/2003.

En concreto, la primera de las citadas Sentencias vino a resolver al caso concreto que «Los miembros de la familia del solicitante de la medida cautelar, mujer e hijos, tienen derecho a residir en España, por lo que el derecho de aquél a convivir con ellos es prevalente, a efectos de acceder a la suspensión cautelar de la expulsión o de la salida obligatoria del territorio español, frente a los generales en ejecutar ésta de inmediato».

La Sentencia citada viene a plasmar de forma magistral la vinculación y la trascendental importancia que el Arraigo familiar desempeña dentro de Derecho Sancionador de Extranjería, más relevante aún si nos encontramos, como en el supuesto en cuestión, ante la madre de un ciudadano de nacionalidad española. Derivado de ello, cabe concluir que no existe mayor situación de Arraigo de un extranjero en España que el hecho de ser progenitor de un ciudadano español.

No obstante, el Arraigo familiar como criterio limitativo de la sanción de expulsión trasciende también nuestras fronteras, destacando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Entre sus muchas resoluciones, valorándose el Derecho a la Vida en Familia, cabe destacar su Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, Asunto Carpenter, C-60/00, según la cual «la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia en el ejercicio por el Sr. Carpenter de su derecho al respeto de su vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio».

La misma Sentencia acaba concluyendo que «Una decisión de expulsión de la Sra. Carpenter adoptada en circunstancias como las del litigio principal no respeta un justo equilibrio entre los intereses en conflicto, a saber, por una parte, el derecho del Sr. Carpenter al respeto de su vida familiar y, por otra, la defensa del orden público y la seguridad pública. [...] Ante esta situación, la decisión de expulsión de la Sra. Carpenter constituye una injerencia no proporcionada a la finalidad perseguida».

Sin embargo, no cualquier expresión de AA ha sido valorada de idéntica forma por la jurisprudencia. En este sentido, el TS viene considerando que «la mera disponibilidad de una oferta de trabajo no presupone la existencia del arraigo» o que «la permanencia anterior en España, pero desde fechas muy próximas a la de la solicitud [...] tampoco lo presupone»⁽¹²⁾, o finalmente que «la oferta en sí misma no denota una vinculación laboral, [...] solo es denotativa de una vocación futura de vinculación de llegar a materializarse la misma, y que en su caso debe utilizarse para la obtención del permiso de trabajo en régimen ordinario, mas no es en sí misma, conceptualmente, expresiva de la situación de arraigo»⁽¹³⁾.

(12) STS de 7 de junio de 2007, Recurso núm. 8411/2003; 28 de junio de 2007, Recurso núm. 9483/2003; 19 de julio de 2007, Recurso núm. 313/2004; 25 de julio de 2007, Recurso núm. 1669/2004; y 27 de diciembre de 2006, Recurso núm. 7957/2003.

(13) STS de 12 de abril de 2007, Recurso núm. 8437/2003; 19 de abril de 2007, Recurso núm. 9537/2003; 24 de mayo de 2007, Recurso núm. 321/2004 y núm. 403/2004; 28 de junio de 2007, Recurso núm. 783/2004; y 22 de noviembre de 2007, Recurso núm. 2469/2004.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

También por lo que respecta al Arraigo familiar el Tribunal Supremo ha mostrado una interpretación más restrictiva con pronunciamientos como que «tal arraigo no se aprecia por el hecho de que un pretendido pariente suyo (que dice residir legalmente en España) mantenga una unión de hecho con la hermana de la actora»⁽¹⁴⁾; o que «la estancia de hermanos del recurrente en territorio español, no se considera suficiente para que ello determine tal situación de arraigo, ya que debe estarse a los vínculos familiares más próximos a tenor de los criterios más estrictos imperantes en la actualidad sobre lo que deba considerarse como núcleo familiar»⁽¹⁵⁾.

B) Circunstancias excepcionales

Al igual que ocurre con el concepto de AA, la jurisprudencia es abundante sobre lo que debe entenderse por este concepto jurídico indeterminado. Estas primeras manifestaciones jurisprudenciales tienen, no obstante, su expresión con el concepto inicial de «razones excepcionales», concepto existente en la originaria LO 7/1985 y en sus Reglamentos de desarrollo, y que venía a acuñar de manera unívoca los conceptos usados hoy día, en especial CE y RH. Respecto a dicho concepto de Razones Excepcionales, el TS ha mantenido que «constituyen un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser integrado discrecionalmente por la autoridad gubernativa competente, en base a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto contemplado»⁽¹⁶⁾, o que «presupone la determinación de un concepto jurídico indeterminado, que debe estar íntimamente relacionado con las circunstancias concurrentes en cada caso concreto»⁽¹⁷⁾.

Con la actual concepción como CE, el TS ha mantenido jurisprudencialmente que «El carácter excepcional o no de las circunstancias [...] debe ser examinado ponderando en cada caso las que concurren, con el fin de, examinándolas en conjunto, precisar si resulta de aplicación el concepto jurídico indeterminado»⁽¹⁸⁾.

Derivado de ello, la concreción de las CE a nivel jurisprudencial se encuentra íntimamente ligada a toda la jurisprudencia emitida sobre el concepto de AA. Como consecuencia de ello, el TS viene entendiendo que «han de tenerse como circunstancias “excepcionales” el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias, por el hecho de

(14) STS de 27 de abril de 2007, Recurso núm. 9501/2003.

(15) STS de 28 de junio de 2007, Recurso núm. 783/2004.

(16) STS de 22 de febrero de 1991; 23 de noviembre de 1993, Recurso núm. 1347/1988 y Recurso núm. 902/1991; 11 de octubre de 1994, Recurso núm. 3848/1991; y 24 de abril de 1999, Recurso núm. 7983/1994.

(17) STS de 4 de octubre de 1994, Recurso núm. 8687/1992.

(18) STS de 14 de octubre de 1997, Recurso núm. 1295/1993; 3 de febrero de 1998, Recurso núm. 6250/1993; 17 de marzo de 1998, Recurso núm. 6110/1993; 26 de octubre de 1998, Recurso núm. 4447/1994.

Estos pronunciamientos han sido reafirmados con el paso de los años, entre otras, por STS de 19 de mayo de 1998, Recurso núm. 361/1994; 23 de junio de 1998, Recurso núm. 1883/1994; 11 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2688/1994; 24 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2706/1994; 9 de diciembre de 1998, Recurso núm. 3089/1994; 15 de diciembre de 1998, Recurso núm. 4185/1994; 19 de enero de 1999, Recurso núm. 4448/1994; 9 de febrero de 1999, Recurso núm. 2503/1993; 9 de marzo de 1999, Recurso núm. 8090/1994; 23 de marzo de 1999, Recurso núm. 8658/1994 y núm. 8648/1994; 20 de abril de 1999, Recurso núm. 355/1995; 8 de mayo de 1999, Recurso núm. 1165/1995; 7 de marzo de 2000, Recurso núm. 961/1996; 14 de marzo de 2000, Recurso núm. 9563/1995; 6 de junio de 2000, Recurso núm. 2267/1996; y 3 de octubre de 2000, Recurso núm. 4530/1996.

seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (sentencias de 13 de mayo de 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995 y 20 de enero de 1996, entre otras)⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, como ya ocurriera en la delimitación de AA, el Tribunal Supremo no tiene un criterio absoluto a la hora de concretar las CE aplicables al supuesto en cuestión. Prueba de ello, y de la excepcionalidad de dicho concepto jurídico indeterminado respecto a la norma general, el Supremo ha manifestado en jurisprudencia reiterada que «siempre se ha de tener en cuenta, en aras del interés público nacional, que tales circunstancias o razones no pueden tener el carácter de simple conveniencia, utilidad o importancia, sino que en todo caso ha de valorarse la real excepcionalidad de los motivos»⁽²⁰⁾. Con posterioridad a este último pronunciamiento, existe jurisprudencia que reitera estos extremos manteniendo que «la doctrina de éste Tribunal Supremo, por todas sentencias de 23 de mayo y 6 de junio de 2000, en cuanto, para estimar concurrente el concepto jurídico indeterminado «razones excepcionales», no bastan motivos ordinarios, sino que se exige imperativamente lo fuera de común, esto es que revistan los caracteres de la excepcionalidad exigida»⁽²¹⁾.

C) Razones humanitarias

En primer lugar, es necesario matizar que a diferencia de los conceptos de AA y CE, más relacionados con el Derecho de Extranjería (puro y duro), por regla general, el concepto jurídico indeterminado RH se encuentra más vinculado con el Derecho de Asilo y sus vías subordinadas de protección internacional. Por esta circunstancia, en el estudio sobre la regulación existente sobre este término dentro del Derecho de Extranjería, las principales vías de acceso a la regularidad vendrán relacionadas de manera fundamental con supuestos en los que los Tribunales han considerado improcedente reconocer el estatuto de refugiado, existiendo, no obstante, fundamentos suficientes para considerar que los motivos aducidos sí son merecedores de ser considerados como RH dentro del ámbito de actuación del Derecho de Extranjería. Como consecuencia de ello resulta de vital importancia la jurisprudencia de la Audiencia Nacional emitida a este respecto.

(19) STS de 14 de octubre de 1997, Recurso núm. 1295/1993; 3 de febrero de 1998, Recurso núm. 6250/1993; 17 de marzo de 1998, Recurso núm. 6110/1993; 19 de mayo de 1998, Recurso núm. 361/1994; 23 de junio de 1998, Recurso núm. 1883/1994; 26 de octubre de 1998, Recurso núm. 4447/1994; 11 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2688/1994; 24 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2706/1994; 9 de diciembre de 1998, Recurso núm. 3089/1994; 15 de diciembre de 1998, Recurso núm. 4185/1994; 19 de enero de 1999, Recurso núm. 4448/1994; 9 de febrero de 1999, Recurso núm. 2503/1993; 9 de marzo de 1999, Recurso núm. 8090/1994; 23 de marzo de 1999, Recurso núm. 8658/1994 y núm. 8648/1994; 20 de abril de 1999, Recurso núm. 355/1995; 8 de mayo de 1999, Recurso núm. 1165/1995; 7 de marzo de 2000, Recurso núm. 961/1996; 14 de marzo de 2000, Recurso núm. 9563/1995; 6 de junio de 2000, Recurso núm. 2267/1996; 27 de junio de 2000, Recurso núm. 2964/1996; 3 de octubre de 2000, Recurso núm. 4530/1996; y 30 de abril de 2008, Recurso núm. 5490/2004.

(20) STS de 22 de febrero de 1991; 23 de noviembre de 1993, Recurso núm. 1347/1988 y núm. 902/1991; 11 de octubre de 1994, Recurso núm. 3848/1991; 24 de abril de 1999, Recurso núm. 7983/1994.

(21) STS de 13 de junio de 2000, Recurso núm. 2329/1996, y 10 de octubre de 2000, Recurso núm. 7555/1995. En relación con el contenido de ambas resolución, es de destacar la STS de 10 de octubre de 2000, Recurso núm. 7555/1995, según la cual «la simple oferta o el contrato de trabajo no integra el concepto legal de circunstancias excepcionales, en el que hemos incluido la reagrupación familiar y el arraigo reiteradamente».

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

Partiendo de esta premisa inicial, al igual que en los anteriores supuestos, las RH vienen amparadas por la casuística del caso concreto. La Audiencia Nacional a través de jurisprudencia consolidada viene considerando, en la relación triangular Derecho de Asilo–RH–Derecho de Extranjería, que «La consecuencia lógica y general de la denegación de la solicitud de asilo es la salida obligatoria o expulsión del territorio español del extranjero, *ex* artículo 17.1 de la Ley 5/1984. Ahora bien, esa norma general admite, en el apartado segundo del citado precepto, como excepción, que se aprecien razones humanitarias no para conceder el derecho de asilo que ha sido denegado, sino para autorizar la permanencia del solicitante de dicha protección en territorio español»⁽²²⁾.

Vemos, pues, cómo el nexo de unión entre el Derecho de Asilo y el Derecho de Extranjería viene delimitado por la existencia de RH aplicable al supuesto en cuestión. Más claro resulta esta vinculación de las SSAN de fecha 26 de septiembre de 2005, Recurso núm. 252/2005, y de fecha 1 de marzo de 2006, Recurso núm. 374/2005, según las cuales, «en virtud del art. 17.2 de la Ley de Asilo, hay que señalar que dicho precepto establece que, por razones humanitarias u otras de interés público, podrá autorizarse la permanencia en España del interesado, cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en el marco de la legislación general de extranjería».

Una vez delimitada la existencia de estas razones, resulta imprescindible articular una definición adecuada para este concepto jurídico indeterminado. Así, en su aplicación en el Derecho de Extranjería, considera este órgano jurisdiccional que «La integración de este concepto jurídico indeterminado de “razones humanitarias” se conecta en la Ley de Asilo, con la situación singular en que pueden encontrarse determinadas personas que, como consecuencia de conflictos y disturbios graves de carácter político se hayan visto obligadas a abandonar su país, aunque no cumplan los requisitos que establece el artículo 3.1 de la indicada Ley de Asilo»⁽²³⁾.

Pero además de como posible vía de regularización, las RH sirven asimismo como criterio a tener en cuenta a la hora de frenar una expulsión o una salida obligatoria. Al igual que ocurriera con el concepto de AA, ello se debe fundamentalmente al hecho de que la gran mayoría de los extranjeros que obtienen amparo legal por esta vía proceden de países cuyas condiciones no aconsejan su retorno forzado. En este sentido el TS viene afirmando que «Las razones humanitarias, debidas a la situación de conflicto bélico o social del país de origen, han sido reiteradamente invocadas por la Jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo para suspender órdenes de expulsión u obligatorias salidas del territorio español mientras se sustanciaba el pleito principal (Sentencias de 30 de septiembre de 1996, 2 de marzo, 11 y 22 de mayo y 12 de diciembre de 2000 y 17 de abril de 2001), de

(22) SAN de 26 de octubre de 2001, Recurso núm. 466/2000; 28 de septiembre de 2001, Recurso núm. 762/2000; 12 de noviembre de 2003, Recurso núm. 228/2001; 16 de junio de 2004, Recurso núm. 33/2003; 24 de noviembre de 2004, Recurso núm. 163/2003; 22 de diciembre de 2004, Recurso núm. 533/2003; 17 de marzo de 2004, Recurso núm. 781/2002; 19 de enero de 2005, Recurso núm. 276/2004; 1 de junio de 2005, Recurso núm. 718/2003; 13 de julio de 2005, Recurso núm. 704/2003; 7 de septiembre de 2005, Recurso núm. 29/2004; 26 de septiembre de 2005, Recurso núm. 252/2005; 16 de noviembre de 2005, Recurso núm. 401/2004; 8 de febrero de 2006, Recurso núm. 601/2004; 1 de marzo de 2006, Recurso núm. 374/2005; 13 de marzo de 2007, Recurso núm. 298/2005; 21 de julio de 2008, Recurso núm. 449/2004; y 23 de septiembre de 2009, Recurso núm. 1229/2008.

(23) Ver nota 22.

manera que cualquier razón humanitaria [...] debe llevar a la misma solución favorable a la suspensión de la obligación impuesta de abandonar España»⁽²⁴⁾.

El Alto Tribunal considera también como RH suficientes a efectos de fiscalizar este tipo de Actos Administrativos los siguientes supuestos: «la comprobada enfermedad del solicitante de la medida cautelar» u «otra circunstancia análoga»⁽²⁵⁾; el «riesgo que para la integridad personal del solicitante de asilo pudiera suponer su retorno»⁽²⁶⁾; en «supuestos de personas procedentes de países donde los graves conflictos sociales son notorios»⁽²⁷⁾ o «políticos y sociales»⁽²⁸⁾; y de manera más genérica, cuando «se hayan acreditado hechos que así lo aconsejan»⁽²⁹⁾.

II. SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA ESPAÑOL. EVOLUCIÓN NORMATIVA: DE LA LO 7/1985 A LA LO 2/2009

El Derecho de Extranjería tiene expresión normativa en España desde hace varios siglos. En efecto, ya en el siglo XIX encontramos normativa en España que hace referencia a este fenómeno migratorio, como son, a modo de ejemplo, el *Real Decreto, de 17 de noviembre de 1852, sobre la clasificación, residencia y condición civil de los extranjeros en España*, o la *Real Orden de 7 de junio y 3 de octubre de 1895, sobre observancia de determinados artículos del Real Decreto de Extranjería*.

Por lo que a este estudio respecta, no retrocederemos tanto en el tiempo, sino que el objetivo primordial de este trabajo radica en la regulación que del Derecho de Extranjería se ha prodigado en los últimos 30 años, más concretamente desde la aparición de la LO 7/1985 hasta la última modificación sufrida en esta rama del Derecho por medio de la LO 2/2009, y en especial, la regulación de los distintos supuestos de AA, CE y RH.

Este punto de partida se fundamenta básicamente en la importancia de que la LO 7/1985 es la primera Ley de Extranjería aprobada en España tras la promulgación de la Constitución en 1978, con el valor que la configuración de la ley como orgánica conlleva implícita, por un lado, y los Derechos y Libertades reconocidos en la Constitución a favor de los extranjeros, por otro.

Desde entonces, los cambios sufridos en la regulación del Derecho de Extranjería han sido vertiginosos, y una parte fundamental de estos cambios ha afectado de manera impor-

(24) STS de 17 de abril de 2001, Recurso núm. 8183/1998; 22 de mayo de 2001, Recurso núm. 2412/1998; 2 de junio de 2001, Recurso núm. 1486/1999; 11 de diciembre de 2001, Recurso núm. 5368/1999; 12 de diciembre de 2001, Recurso núm. 4693/1997; 15 de junio de 2002, Recurso núm. 5936/1999; 13 de julio de 2002, Recurso núm. 545/2000; y 26 de enero de 2006, Recurso núm. 8246/1997.

(25) STS de 2 de junio de 2001, Recurso núm. 1486/1999.

(26) STS de fecha 17 de abril de 2001, Recurso núm. 8183/1998; 22 de mayo de 2001, Recurso núm. 2412/1998; y 12 de diciembre de 2001, Recurso núm. 4693/1997.

(27) STS de 11 de diciembre de 2001, Recurso núm. 5368/1999; y 15 de junio de 2002, Recurso núm. 5936/1999.

(28) STS de 13 de julio de 2002, Recurso núm. 545/2000.

(29) STS de 26 de enero de 2006, Recurso núm. 8246/1997.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

tante a los supuestos de AA, CE y RH. Una pieza clave a este respecto vendrá marcada por el Visado como motor de la nueva concepción de Derecho de Extranjería, y su evolución durante estos casi treinta años. Importancia vital que descansa también, por lo que a este estudio respecta, en el desarrollo futuro de las denominadas en un principio como Exenciones de Visado, y que a día de hoy ha mutado su denominación, así como sus consecuencias jurídicas, hacia una no exigibilidad de los mismos en aquellos supuestos amparados legalmente.

1. LO 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España⁽³⁰⁾

Como se dijo anteriormente, la LO 7/1985 es la primera Ley de Extranjería nacida en España tras la promulgación de la Constitución. Con ella se pretendía realizar una regulación «plena y acorde»⁽³¹⁾ de los Derechos y Libertades que la Constitución reconoce a los extranjeros. Así lo expresa su propia Exposición de motivos, según la cual el espíritu de la LO 7/1985 pretendía responder al «mandato constitucional» y a la «necesidad de una norma básica», destacando «su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles»⁽³²⁾.

Durante este periodo del Derecho de Extranjería, además de la LO 7/1985, es necesario destacar la existencia de la normativa que desarrolló dicha Ley Orgánica, compuesta por el *Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985*⁽³³⁾, derogado posteriormente por el *Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero*⁽³⁴⁾. También son de destacar, en especial por la relevancia en este trabajo, la *Circular 7/1994, de 28 de julio, de la Secretaría de Estado de Interior, sobre exenciones de visado para la obtención de permisos o tarjetas para permanecer en territorio español*⁽³⁵⁾; la *Orden del Ministerio de Justicia, de 11 de abril de 1996, sobre Exención de Visado*⁽³⁶⁾; y la *Orden del Ministerio de la Presidencia, de 19 de noviembre de 1997, por la que se concreta el Régimen de los Permisos de Residencia de extranjeros en España por Circunstancias Excepcionales*⁽³⁷⁾.

Entrando ya en materia, por lo que respecta a la regulación de los supuestos de AA, CE y RH en este periodo normativo, la propia Exposición de Motivos se pronuncia expre-

(30) BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985. En vigor hasta el día 1 de febrero de 2000, fecha en la que entró en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

(31) La LO 7/1985 fue recurrida ante el TC, siendo anulados por Sentencia 115/1987, de 7 de julio, los artículos 7, el inciso «y solicitar del órgano competente su autorización», artículo 8.2, 26.2, párrafo segundo, y 34.2.

(32) No obstante, dicha afirmación no se corresponde con el hecho de que el *Título I, Derechos y Libertades de los Extranjeros*, realice el reconocimiento de los Derechos contenidos en el mismo a favor de los extranjeros que «se hallen legalmente», con exclusión expresa de los extranjeros que se encuentren en España en situación administrativa irregular.

(33) BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986.

(34) BOE núm. 47, de 23 de febrero de 1996.

(35) BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1994.

(36) BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996.

(37) BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 1997.

samente sobre la situación de regularidad o irregularidad en la que se puede encontrar un extranjero (situaciones de legalidad o ilegalidad, si se citan palabras textuales), afirmando que «la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones».

Resulta cuanto menos curioso el hecho de calificar la posible irregularidad de un extranjero en España como alteraciones en la convivencia social, lo cual da a entender lo lejos que se encontraba la percepción de las migraciones de la época a la percepción actual. Motivo de ello, la LO 7/1985 reconoce desde un inicio aquellos vínculos de especial trascendencia de determinados extranjeros con España, que no son otra cosa que el reconocimiento de evidentes supuestos de AA. Así, la Exposición de Motivos considera que la LO 7/1985 debe «favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española», y concluye añadiendo que «Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjera más ocasionales»⁽³⁸⁾.

Entrando ya a valorar el cuerpo normativo, la primera referencia expresa a un supuesto de AA, CE y RH lo encontramos en el artículo 12.4 de la LO 7/1985, según el cual «El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o *permanencia en territorio español a los extranjeros* con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, *siempre que medie causa suficiente*».

Esta «causa suficiente» fue identificada en su momento con el concepto Razones Excepcionales que figuraba en el RD 1119/1986, primer reglamento de ejecución de la LO 7/1985, cuya definición hay que poner en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que fue citada *ut supra*. A raíz de ello, el artículo 5.4 del RD 1119/1986 prevé la posibilidad de acceder a la permanencia legal en España vía Razones Excepcionales mediante la Exención de Visado, figura de vital importancia en adelante. Dicho precepto dispone que se «podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa».

Este precepto es a su vez complementado por el artículo 22.3 del Reglamento, según el cual se «podrá eximir al solicitante de la presentación de alguno de los documentos, señalados con las letras b) (Visado para residencia), c) y d) en el punto anterior, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa».

Esta primera previsión de la figura de la Exención de Visado debe ser puesta en relación con una característica fundamental de la LO 7/1985, y que acompañará a la regulación del Derecho de Extranjería hasta la aparición de la LO 14/2003, característica que no es otra que el hecho de que el acceso a la Residencia Legal en España se concibe como una

(38) Continúa la Exposición de Motivos aclarando que «Dentro de esta línea merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración».

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

vía de acceso automática a la que tiene Derecho el extranjero que se halle en España, según se desprende del artículo 13.1.a) de la LO 7/1985⁽³⁹⁾.

De los preceptos citados se desprenden dos conclusiones básicas a tener en cuenta. En primer lugar, que la LO 7/1985 permitía el acceso a la residencia legal del extranjero que se encuentra en situación de estancia legal, hecho que desaparecerá con la aprobación de la LO 14/2003. En segundo lugar, y más importante, la poca trascendencia jurídica que tenía en ese momento el Visado como elemento central en Derecho de Extranjería, trascendencia que se ha ido incrementando con el transcurso de los años y se encuentra afianzada actualmente, siendo hoy la piedra angular del Derecho de Extranjería⁽⁴⁰⁾.

Como consecuencia de dicha intrascendencia se perfila y desarrolla la figura de la Exención de Visado, que se encuentra plasmada en los artículos 5.4 y 22.3 del RD 1119/1986, ya citados. La misma encontrará su fundamento en la existencia de Razones Excepcionales. No obstante, es de destacar que el RD 1119/1986 no previera supuesto alguno en el cual quedarán concretadas estas Razones Excepcionales. Esta circunstancia provocó la intervención constante de los Tribunales, los cuales marcaron los extremos sobre los que debía entenderse y delimitarse la concurrencia de Razones Excepcionales.

Esta situación desapareció, en cambio, tras la entrada en vigor del RD 155/1996 y la derogación del RD 1119/1986, realizando una regulación más completa de los Permisos de Residencia por motivos de AA, CE y RH y de la figura de la Exención de Visado. Tras su aprobación, y en desarrollo del mismo, se aprobaron la Orden del Ministerio de Justicia, de 11 de abril de 1996, sobre Exención de Visado, y la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 19 de noviembre de 1997, por la que se concreta el Régimen de los Permisos de Residencia de extranjeros en España por Circunstancias Excepcionales.

Por lo que respecta al RD 155/1996, su artículo 53.1, acuñando por vez primera el concepto CE, estipula que «Podrá otorgarse un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos previstos en la disposición adicional primera del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, así como cuando concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas, tipificadas como delitos, racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional que así lo justifiquen».

Esta primera previsión, si bien se refiere a un Permiso de Residencia por CE, responde a supuestos más vinculados a la existencia de RH, como son los supuestos de protec-

(39) «1. Los extranjeros pueden encontrarse en España en alguna de las situaciones siguientes: a) Estancia, que no podrá superar los noventa días, a no ser que, antes de terminar dicho plazo, obtengan prórroga de estancia o permiso de residencia».

(40) Esta menor trascendencia del visado dentro de la concepción del Derecho de Extranjería puede verse, al margen de los supuestos de Exención de Visado, en el simple hecho de que un extranjero que se encuentra en situación de estancia legal puede acceder al permiso de residencia sin necesidad de disponer de Visado de Residencia. Así se contempla en el artículo 13.1 de la LO 7/1985 y artículo 6.7 del RD 1119/1986. Esa escasa trascendencia la refrenda también el artículo 7.6 del RD 1119/1986, según el cual la obtención de un Visado de Residencia no vincula a la autoridad competente en España a expedir el correspondiente Permiso de Residencia. Por último, la minusvaloración del Visado se plasma claramente en los preceptos que regulan la posibilidad de que exista la Exención de Visado, entre los que se encuentran los artículos 5.4, 22.1.a), 22.2, 22.3, 33.3 y 66.3 del RD 1119/1986.

ción internacional subsidiaria contenidos en el Derecho de Asilo, y el resto de supuestos mencionados en la norma. En desarrollo del precepto mencionado se dictó⁽⁴¹⁾ la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 19 de noviembre de 1997, que venía a delimitar los supuestos concretos de CE a efectos de conceder el Permiso de Residencia. Estos supuestos venían delimitados en su artículo 1⁽⁴²⁾.

Resulta interesante destacar que la Orden considera en su artículo 2.4 que «No se precisará la presentación de visado ni de exención del mismo». Dicha mención, si bien no será la norma general en esta época, será la máxima que se impondrá en los años venideros impuesta por la LO 14/2003.

Además del artículo 53.1, el RD 155/1996 regulaba expresamente la Exención de Visado y la obtención del Permiso de Residencia en el artículo 56. Concretamente, el apartado 8.º⁽⁴³⁾ regulaba la Exención de Visado como paso previo a la obtención del Permiso de Residencia por RH o CE, mientras que su apartado 9.º⁽⁴⁴⁾ se hacía una referencia genérica al amparo de la cual podía concederse esa Exención de Visado.

Al igual que ocurriera con el contenido del artículo 53 de este Real Decreto, este precepto no enumera supuestos que pudieran amparar la Exención de Visado. Nuevamente es una norma con rango inferior, la Orden del Ministerio de Justicia de 11 de abril de 1996, la que desarrolla los supuestos a tener en cuenta⁽⁴⁵⁾.

(41) Aunque tras la aprobación del RD 155/1996 se aprobó la *Circular 3/1996, de 5 de junio, de la Dirección General de Política Interior, sobre permisos de residencia por circunstancias excepcionales*, o la *Circular 7/1994, de 28 de julio, de la Secretaría de Estado de Interior, sobre exenciones de visado para la obtención de permisos o tarjetas para permanecer en territorio español*, e Instrucciones complementarias de la Dirección General de Trabajo y Migraciones, el desarrollo de estos supuestos adquiere mayor relevancia con la Orden de 19 de noviembre de 1997.

(42) «Las disposiciones de esta Orden se aplicarán:

a) A las personas consideradas como desplazadas, según establece el apartado 1 de la disposición adicional primera del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

b) A aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, el Ministro del Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, al concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

c) A las personas en las que concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobos, o de interés nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país.

d) A las personas en las que concurren razones de seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país».

(43) «8. El extranjero que solicite permiso de residencia y carezca del correspondiente visado deberá acreditar que ha sido eximido con anterioridad de la obligación de visado por la autoridad que haya de resolver sobre la concesión del permiso de residencia».

(44) «9. Excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior. En los supuestos que pueda existir cualquier duda sobre el criterio a seguir para la resolución de la exención del visado, la autoridad competente deberá solicitar informe previo a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo».

(45) Según dicha Orden, concretamente en su Apartado Segundo, se preceptúa que:

«2. Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concorra alguno de los siguientes supuestos:

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

Con dicha Orden, por primera vez en Derecho de Extranjería, se hacía una previsión expresa de supuestos de AA, CE y RH en virtud de los cuales podía estimarse la Exención de Visado y concederse *a posteriori* el Permiso de Residencia. En una regulación donde se prevén hasta 12 supuestos concretos, esta Orden marcará un antes y un después en el Derecho de Extranjería contemporáneo.

En efecto, en primer lugar, estos 12 supuestos reconocen situaciones concretas de AA [(e), f), g), h), i), j)], de CE [a), k)] y de RH [b), c), d), l)], hasta entonces no previstas. En segundo lugar, el legado de estos 12 supuestos quedará marcado en la normativa posterior, hasta el punto de que su contenido se mantendrá en la regulación de la Exención de Visado en el RD 864/2001. Por último, estos 12 supuestos y la interpretación restrictiva que la Administración hizo de los mismos derivó en la intervención asidua de los Tribunales, los cuales marcaron el ámbito de actuación y el alcance real de la figura de la Exención de Visado.

Además de la Exención de Visado, la LO 7/1985 y sus reglamentos de ejecución contienen en su articulado referencias claras a criterios de AA que merece la pena destacar. Concretamente, el artículo 18.3 de la LO 7/1985 hace descansar la «preferencia para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo, a los extranjeros que acrediten hallarse» en una situación de AA, fundamentados primordialmente en la existencia de

-
- a) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público.
 - b) Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico, religioso o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado.
 - c) Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden para obtener el visado, o por carecer de vínculos personales con dicho país.
 - d) Extranjeros a los que les ha sido inadmitida a trámite o denegada una solicitud de asilo, pero a los que, previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se ha autorizado su permanencia en España, conforme a lo dispuesto en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.
 - e) Extranjeros menores de edad:
 - Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España.
 - Que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España, de forma que reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.
 - f) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.
 - g) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.
 - h) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas.
 - i) Extranjeros que hayan residido previamente de forma legal en España durante un período mínimo de dos años ininterrumpidos en los diez años anteriores.
 - j) Extranjeros que hayan sido españoles de origen.
 - k) Extranjeros que colaboren o hayan colaborado con las autoridades en procedimientos administrativos o judiciales.
 - l) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado».

vínculos familiares, lazos históricos o una permanencia considerable en territorio español. Esta preferencia la encontramos también plasmada en el RD 1119/1986, el cual prevé la concesión de un Permiso de Residencia Especial regulado en el artículo 21.1.c) cuando exista, entre otras, una situación de especial AA. O en el reconocimiento del Permiso de Residencia a favor de los ciudadanos de Gibraltar y sus familiares, por razones «arraigo económico, social o familiar en nuestro país» (artículo 21.3).

2. LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁽⁴⁶⁾

La LO 4/2000 derogó la LO 7/1985. Sorprendentemente, esta nueva Ley Orgánica carece de Exposición de Motivos, algo totalmente ilógico si se tiene en cuenta que la modificación acaba con casi 15 años de regulación a través de la LO 7/1985. Sin embargo, esta carencia de explicaciones viene superada por la clara intención de acondicionar el Derecho existente en la nueva realidad del fenómeno migratorio, realidad que había superado con creces las previsiones legales contenidas en la LO 7/1985 y el RD 155/1996.

Por lo que respecta al objeto de este estudio, la LO 4/2000 destaca en primer lugar por la consolidación a nivel normativo de rango legal de la figura de la Exención de Visado. El artículo 25.1 establece que «excepcionalmente, por motivos humanitarios, de colaboración con la Justicia o de atención sanitaria, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año».

Este hecho consolidó un principio base del Derecho de Extranjería de esos años: la poca trascendencia jurídica del Visado. Esta afirmación vendrá corroborada por el desarrollo del Real Decreto 864/2001⁽⁴⁷⁾.

No obstante, el amparo legal de la Exención de Visado sí otorga un mayor valor y mayores garantías a esta figura dentro del Derecho de Extranjería. Aunque durante esta época, y hasta la aprobación del RD 684/2001, resultaba de aplicación el RD 155/1996, y con ello los supuestos de Exención de Visado contenidos en el mismo y en la Orden de 11 de abril de 1996, la LO 4/2000, tras una remisión genérica a la existencia de «motivos humanitarios, de colaboración con la Justicia o de atención sanitaria», se refiere en particular a la Exención de Visado del cónyuge de extranjero residente legal, quedando condicionado al cumplimiento de los requisitos contenidos en dicho precepto. No en vano, la Exención de Visado a favor del cónyuge sería la primera exención prevista por una Ley de Extranjería hasta el momento.

(46) BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

(47) En efecto, los criterios jurídicos sobre la valía del Visado son los mismos que citamos en el estudio de la LO 7/1985 y del RD 1119/1986. En este caso, el artículo 8.7 del RD 864/2001 sigue manteniendo la minusvaloración del Visado de Residencia en idénticos términos.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

Por otro lado, dentro de las situaciones de Residencia Temporal, en el artículo 29.3 también se reconoce un supuesto de AA según el cual «podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia».

El AA vinculado a la permanencia de un extranjero en España durante cierto tiempo será uno de los supuestos de AA más reincidentes, manteniéndose en la regulación posterior, alterándose exclusivamente los periodos de permanencia exigidos. Este tipo de Permisos no tendrán la consideración de Permiso de Residencia por AA o CE, sino que, heredados de la normativa anterior, el artículo 36.1 los califica como Permisos de Residencia Especiales.

Por lo que respecta a las RH, la LO 4/2000 contiene una referencia a ellas en el artículo 31.2, que regula la residencia de apátridas y refugiados, el cual expresa que «Los extranjeros desplazados que sean acogidos en España por razones humanitarias o a consecuencia de un acuerdo o compromiso internacional, así como los que tuviesen reconocida la condición de refugiado, obtendrán la correspondiente autorización de residencia».

Cabe indicar que las menciones contenidas en los artículos 25.1 (Exención de Visado), 29.3 (AA) y 31.2 (RH) son las únicas referencias de la LO 4/2000 al respecto.

3. LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000⁽⁴⁸⁾

La LO 8/2000, primera de las reformas de la LO 4/2000⁽⁴⁹⁾, vino a modificar de manera sustancial la Ley de Extranjería tan solo 11 meses después⁽⁵⁰⁾.

Por lo que a este estudio respecta, la Exposición de Motivos hace mención expresa al Permiso de Residencia por CE o RH otorgándole entidad propia, al prever expresamente «la posibilidad de concesión de un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias o circunstancias excepcionales». Esta previsión deja entrever la relevancia que tendrá en esta reforma este tipo de Permisos de Residencia.

Con este panorama, en la LO 8/2000 el valor y la importancia relativa del Visado mantiene la herencia adquirida de la LO 7/1985 y la LO 4/2000. Donde sí encontramos un cambio significativo es en la regulación de los Permisos de Residencia por razones de AA,

(48) BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

(49) Concretamente, la LO 4/2000 ha sido modificada en sus escasos 11 años de vigencia en 5 ocasiones: LO 8/2000, de 22 de diciembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre; LO 14/2003, de 20 de noviembre; LO 2/2009, de 11 de diciembre; y LO 10/2011, de 27 de julio.

(50) La propia Exposición de Motivos fundamenta esta primera reforma de la LO 4/2000 en tres ideas: Primero, se argumenta que la LO 4/2000 vio superadas sus previsiones «en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma»; Segundo, se aduce la necesidad de acomodar el Derecho de Extranjería a los compromisos asumidos por España en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de fecha 15 y 16 de octubre de 1999; Tercero, por la supuesta intención de tener que acomodarlo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual acarree el efecto contrario. La LO 8/2000 dio un paso atrás en el reconocimiento de los Derechos y Libertades de los que son titulares los extranjeros, ya que esta reforma sustrajo de manera flagrante determinados Derechos a los extranjeros en situación irregular de manera inconstitucional (como así lo decretaron la STC 236/2007, y posteriormente las SSTC 259/2007, 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007, y 265/2007).

CE y RH. El artículo 31, anterior 29, reconoce de manera generosa los distintos supuestos. Si bien se deroga el Arraigo de 2 años previsto por el antiguo artículo 29.3, no obstante se reconocen como nuevos supuestos los siguientes:

«3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. [...]

4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente».

En el precepto citado, apartado 3.º, encontramos, en primer lugar, la posibilidad de obtener nuevo Permiso para aquellos que no hubiesen podido renovarlo en su momento, o para los extranjeros que puedan demostrar una permanencia en España durante un mínimo de 5 años. Ambos supuestos resultan afines a la definición de AA que hemos manejado en este estudio y procedente de la jurisprudencia del TS. Ambos supuestos igualmente, así como los previstos en la cláusula genérica contenida en el artículo 31.4 de la LO 8/2000, encuentran una remisión al desarrollo reglamentario realizado por el RD 864/2001, el cual resultará de gran importancia, tanto por el hecho de concretar los elementos definitorios de los supuestos de AA, CE y RH como por la necesidad de un reglamento de ejecución que viniera a plasmar esta nueva etapa del Derecho de Extranjería iniciada por la LO 4/2000 y hasta ese instante carente de desarrollo reglamentario.

En el desarrollo reglamentario del artículo 31.3 de la LO 8/2000 encontramos el artículo 41.2 del RD 864/2001, según el cual:

«2. El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos: [...]

- b) Los que hubiesen tenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar habiendo permanecido de forma continuada en territorio español sin permiso de residencia durante los 2 años anteriores.
- c) Los que acrediten una permanencia continuada, sin permiso de residencia, en territorio español durante un período mínimo de 5 años.
- d) Aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 3 años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles».

Es de destacar especialmente el apartado d), supuesto de AA del que derivará en un futuro la figura del Arraigo Social vigente actualmente⁽⁵¹⁾.

Por lo que respecta a la cláusula genérica contenida en el artículo 31.4 de la LO 8/2000, el artículo 41.3 del RD 864/2001 establece que:

(51) La figura del Arraigo Social tiene su origen más inmediato en el artículo 45.2 b) del RD 2393/2004, mantenido prácticamente sin modificaciones por el artículo 124.2 del actual RD 557/2011.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

«3. Igualmente, se concederá un permiso de residencia temporal, en atención a las circunstancias excepcionales que concurren en su caso:

- a) A las personas beneficiarias de la protección temporal prevista en el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre.
- b) A aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, se ha autorizado la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.
- c) A las personas en las que concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobos, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
- d) A las personas que colaboren con las autoridades administrativas y judiciales españolas, o en las que concurren razones de interés nacional o seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España».

Los supuestos contenidos en este apartado 3.º se refieren plenamente a CE y RH. Pero la característica más importante de ambos casos, artículo 41.2 y 41.3, es que para estos supuestos no resulta necesario Visado de Residencia, según preceptúa su artículo 46.a)⁽⁵²⁾. Nos encontramos, por tanto, ante los primeros supuestos de inexigibilidad de visado, que no debe ser confundido con la figura de la Exención de Visado⁽⁵³⁾.

Pero centrando la atención en este momento en la figura de la Exención de Visado, para tratarla de forma plena, dentro de la LO 8/2000 y el RD 864/2001 hay que acudir, en primer lugar, al artículo 31.7 de la Ley Orgánica, según el cual «7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia».

Dicho precepto es desarrollado por el artículo 49.1 del RD 864/2001, que dispone que «Excepcionalmente, cuando el extranjero que pretenda solicitar la concesión inicial de un permiso de residencia, carezca del preceptivo visado, podrá solicitar conjuntamente que se le exima del mismo», y acto seguido su apartado 2.º contiene una relación de supuestos entre los cuales podrá concederse la Exención de Visado⁽⁵⁴⁾. Si se observa la lista contenida en el artículo 49.2 del RD 864/2001 es idéntica a la contenida en la Orden

(52) «Deberá acompañarse a las solicitudes de permiso de residencia temporal, presentadas por primera vez, la siguiente documentación: a) Visado de residencia en vigor, salvo en los supuestos previstos en los apartados 2.b, c y d, y 3 del artículo 41 de este Reglamento, y en los casos en que proceda su exención, en que se estará a lo establecido en los artículos 49 y 51.5 del mismo».

(53) Puede reconocerse también junto a estos primeros supuestos de inexigibilidad de visado, y no de exención del mismo, el contenido en el artículo 41.6 del RD 864/2001.

(54) «2. Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 de este Reglamento, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concorra alguno de los siguientes supuestos:

del Ministerio de Justicia de 11 de abril de 1996. Existe por tanto una continuidad en los supuestos de AA, CE y RH.

4. LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000⁽⁵⁵⁾

La LO 14/2003 viene precedida por la LO 11/2003, pero por lo que a este estudio respecta, la LO 11/2003 resulta de poca notoriedad. Sin embargo, la LO 14/2003 supone un cambio radical en la concepción del Derecho de Extranjería, en especial en la concepción del Visado como piedra angular.

Resulta de gran importancia destacar la introducción de la Disposición Adicional 4.^a, por medio de la cual se crean las inadmisiones a trámite dentro del Derecho de Extranjería. Concretamente, la causa 7.^a es la encargada de delimitar la posibilidad de presentación o no de una solicitud a efectos de poder obtener una Autorización⁽⁵⁶⁾ para poder residir y/o trabajar en España de manera legal, trabando la misma «Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3».

-
- a) Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado.
 - b) Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país.
 - c) Extranjeros menores de edad o incapacitados:
 - Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España.
 - Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.
 - d) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia *en España* al menos durante un año.
 - e) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia *en España* al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.
 - f) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas.
 - g) Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española.
 - h) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado.
 - i) Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 de este Reglamento.
 - j) Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener el correspondiente permiso de residencia por causas ajenas a su voluntad.
 - k) Extranjeros ascendientes de ciudadano español o extranjero residente legal en España que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar.
 - l) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público».

(55) BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

(56) Otro cambio importante es el destierro del término Permiso, que desde entonces pasa a denominarse Autorización, según establece la Disposición Adicional Única de la LO 14/2003.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

Según el precepto citado, la irregularidad administrativa pasa a ser un impedimento para poder regularizar la situación en España, salvo los supuestos contenidos en el nuevo artículo 31.3, el cual dispone que «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado».

Con la LO 14/2003, de una tacada, el legislador elimina, de un lado, el antiguo apartado 7.º de la LO 8/2000, que reconocía la figura de la Exención de Visado, y aún los supuestos de Arraigo contenidos en el apartado 2.º y la cláusula genérica 3.ª en un solo mandato. Quedan, por lo tanto, concentradas las razones de AA, CE y RH en una única previsión legal, la contenida en el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería.

Por lo que respecta a la eliminación de la Exención de Visado, como se ha señalado repetidas veces, la entrada en vigor de la LO 14/2003 acarrea como uno de sus principales objetivos el dotar al Visado de una trascendencia jurídica inexistente hasta el momento para convertirlo en la piedra angular del Derecho de Extranjería. La Exposición de Motivos reconoce como mandato esencial «dotar al visado de una nueva función adicional, cual es la de servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido».

Pero si existía alguna duda sobre la intrascendencia que hasta entonces tenía el visado, la Exposición de Motivos sentencia que «En la actualidad el visado carece de efecto alguno, una vez el extranjero ha entrado en España». Esta carencia de efectos se ha expresado de manera holgada en este estudio, y los preceptos citados así lo demuestran. Estos nuevos efectos del Visado quedan plasmados a lo largo del articulado de la LO 14/2003, como son los artículos 4.2, 25.2, en especial, artículos 27.2 y 36.1, y en los preceptos del RD 2393/2004, artículos 36, 52, 57.9, 60, 67 y 70.

Como consecuencia de estos nuevos efectos del Visado, la Exposición de Motivos acaba concluyendo que «si el visado no sólo sirve para entrar en España, sino que también habilita a permanecer y, en su caso, a trabajar, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino, también, para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar». No obstante su desaparición, y hasta la aprobación del RD 2393/2004 en ejecución de las reformas introducidas por la LO 14/2003, las antiguas Exenciones de Visados encontraron amparo legal, y por tanto aplicación práctica, una vez más, en la Exposición de Motivos⁽⁵⁷⁾. Esta falta de habilitación reglamentaria existente entre la entrada en vigor de la LO 14/2003, y del RD 2393/2004 en ejecución de la misma, propiciaron que en esta franja de tiempo las extintas Exenciones de Visado siguieran aplicándose al amparo legal

(57) Esta contemplaba que su desaparición «no significa que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica de supuestos excepcionales, habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico».

del nuevo artículo 31.3 de la Ley de Extranjería. Posteriormente, la entrada en vigor del RD 2393/2004 acabó definitivamente con la figura de la Exención de Visado, pudiéndose hablar desde entonces únicamente de Inexigibilidad de Visado⁽⁵⁸⁾.

Ante estos hechos, como hemos explicado, la excepción a la norma general la encontramos en el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería. Dicho precepto ampara, en primer lugar, la concesión de una Autorización de Residencia por motivos de AA, CE y RH en aquellos casos en los que concurran circunstancias que así lo aconsejen y que no se den en el resto de procedimientos genéricos para obtener la mencionada Autorización. En segundo lugar, el artículo 31.3 de la LO 14/2003 se dirige a aquellos extranjeros que se encuentran irregularmente en España, eximiéndolos de obligación de poseer el correspondiente Visado con carácter previo.

Tal importancia ha adquirido el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería, completado por el artículo 45 del RD 2393/2004, que puede decirse sin lugar a dudas que se ha convertido prácticamente en la única vía de regularización para aquellos extranjeros que se encuentran irregularmente en España⁽⁵⁹⁾. En concreto, el artículo 45 del RD 2393/2004 reconoce los supuestos desarrollados reglamentariamente en los que no resulta exigible el visado⁽⁶⁰⁾.

(58) Aunque haya quien pueda entender que Exención de Visado e Inexigibilidad de Visado son diferentes calificativos para una misma figura jurídica, dicha afirmación resulta errónea. Según considera la RAE, se define exención como «efecto de eximir», y por eximir «Librar, desembarazar de cargas, obligaciones, cuidados, culpas», mientras que por exigencia la «acción y efecto de exigir», y por exigir «Pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho».

De lo citado podemos definir la Exención de Visado como la facultad que tiene la Administración para liberar a un extranjero de la obligación de proveerse del respectivo Visado para Residir en España. En consonancia con ello se encuentra la obligación que tenía todo extranjero de solicitar de manera previa o simultánea con la solicitud del Permiso de Residencia la correspondiente solicitud de Exención de Visado. Por el contrario, podemos entender la Inexigibilidad de Visado como la decisión del legislador para que en determinados supuestos, y siendo la excepción a la regla general, no resulte necesario el estar en posesión de Visado para acceder a una serie de Autorizaciones delimitadas en el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería.

En este sentido, la principal diferencia entre ambas figuras radica en que la Exención de Visado descansa en la condonación de la obligación de presentar el Visado para acceder al estatus de residente legal, mientras que la Inexigibilidad de Visado se fundamenta en que para determinado tipo de Autorizaciones no resulta necesaria la obtención de dicho visado. Y esta última postura del legislador tiene su fundamento y su lógica en la nueva trascendencia que se otorga al visado con la LO 14/2003. Si el visado resulta imperativo como norma general, su exención vacía de contenido a la reforma llevada a cabo. Sin embargo, el hecho de no exigirlo en determinados supuesto concede coherencia al sistema planteado, a la misma vez que conserva como excepción la no necesidad de Visado para determinadas Autorizaciones que cumplan ciertos requisitos, dentro de la regla general que es la necesidad del Visado para el resto de procedimientos dentro del Derecho de Extranjería.

(59) Además de esta vía, cabría apreciar el artículo 94 del RD 2393/2004, y con carácter preferente y privilegiado, para los extranjeros que queden incluidos en dicha normativa como familiares en Régimen Comunitario, el artículo 2 del RD 240/2007 y los supuestos previstos por su Disposición Final Tercera.

(60) «2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos:

- a) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.
- b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

A primera vista, del estudio de este artículo se desprende de manera manifiesta el gran desequilibrio que existe entre los supuestos contemplados en la LO 8/2000 y el RD 864/2001 y los contenidos en el RD 2393/2004. Un desequilibrio que supuso un evidente retroceso en las vías de regularización existentes, no solo a nivel cuantitativo, sino también en el ámbito cualitativo. Especialmente es de destacar la desaparición de los 9 supuestos de Arraigo contenidos en el RD 864/2001 (artículos 41.2 y 49.2), los cuales pasan a tener una representación escasa de los 3 supuestos contenidos en el artículo 45 del RD 2393/2004, dos de los cuales, Arraigo Laboral (que depende de la demostración de existencia de una relación laboral irregular) y Arraigo Familiar (destinado a hijos de padre o madre españoles de origen), se encuentran limitados en su uso a supuestos de hecho exclusivos y excluyentes.

Al margen de este artículo 45, dentro del RD 2393/2004 solamente cabe destacar, en primer lugar, el artículo 94, destinado a regularizar la situación administrativa de los hijos menores de extranjero residente legal, precepto que supuso de forma idéntica un paso atrás en su regulación en comparación con el artículo 49.2.c) del RD 864/2001. Los dos años de permanencia irregular como paso previo a la posible regularización son más una condena que un criterio lógico a exigir para poder regularizar a un menor.

Por último, citar que con la entrada en vigor del Real Decreto 240/2007 se introdujo la Disposición Adicional 19.^a en el RD 2393/2004, la cual viene a reconocer varios supuestos

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa.

- c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

3. Se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su reglamento de aplicación, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

4. Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos:

- a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4, del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.
- b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.
A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.
- c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

5. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, se podrá conceder una autorización a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. A estos efectos, dichas autoridades podrán instar a los organismos competentes la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos».

a través de los cuales poder obtener una Autorización de Residencia por Circunstancias Excepcionales para ciertos familiares que no sean beneficiarios del Régimen Comunitario previsto por el artículo 2 del RD 24/2007.

5. LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000⁽⁶¹⁾

La reforma introducida por la LO 2/2009 ha sido una de las mayores reformas de la Ley de Extranjería en sus 11 años de vigencia⁽⁶²⁾. Dentro de esta nueva reforma, y por lo que respecta a la regulación de los supuestos de AA, CE y RH, es necesario decir que los cambios tuvieron poca relevancia. El artículo 31.3 no sufrió alteración alguna. Como novedades a destacar, se encuentran el nuevo artículo 31 bis, titulado «Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género». Este precepto regula por primera vez de manera expresa y autónoma la situación de mujeres inmigrantes que sean víctimas de violencia machista, reconociéndose el Derecho a la obtención de una Autorización de Residencia por Circunstancias Excepcionales, que el RD 557/2011 asimilará prácticamente con la Residencia de Larga Duración⁽⁶³⁾. Reconoce igualmente una figura casi inexistente antes en el Derecho de Extranjería: una Autorización Provisional durante el tiempo que tarde en dictarse sentencia penal (artículo 133 del RD 557/2011).

Hay que destacar también un nuevo artículo 59 bis dirigido a las «Víctimas de trata de seres humanos».

Respecto al artículo 31.3, no sufriendo alteración alguna, la expectativa estaba en saber cuáles de los supuestos contenidos en el RD 2393/2004 se mantendrían en el futuro reglamento. Una vez aprobado el nuevo Reglamento, RD 557/2011, los cambios más significativos ha sido los siguientes. En primer lugar, los supuestos contenidos en el RD 2393/2004 se mantienen prácticamente inmutables⁽⁶⁴⁾. En segundo lugar, las nuevas situaciones ampa-

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

(62) La misma vino justificada en su Exposición de Motivos por la necesidad de «incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando para ello una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales», de «incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la indicada Ley Orgánica, las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente» y la necesidad de «adaptar la referida Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España, que presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la Ley».

(63) Ciertamente, dispone el artículo 134.1.a) que «La duración de la autorización será de cinco años».

(64) En concreto, el Arraigo Laboral (artículo 124.1) reduce la vigencia de la relación laboral a demostrar a una duración no inferior a seis meses. Por su parte, el procedimiento de Arraigo Social (artículo 124.2) reconoce la posibilidad de presentar contrato de trabajo con distintos empleadores, otorga potestad en la elaboración del Informe de Integración Social a las Comunidades Autónomas y por vez primera se prevé la posibilidad de que los contratos a presentar se vean afectados por «la aplicación de la situación nacional de empleo». La nueva figura de Arraigo Familiar (artículo 124.3) vuelve a reconocer la situación excepcional de ser padre o madre de ciudadano español. Ya por último, dentro de los supuestos por razones humanitarias, en los casos de enfermedad sobrevenida de carácter grave (artículo 126.2), se exime del requisito de que lo sea en el caso de necesidad de «prolongar la permanencia de un menor extranjero que se haya desplazado temporalmente a España a efectos de tratamiento médico en base a lo previsto en el artículo 187 de este Reglamento, una vez agotada la posibilidad de prorrogar la situación de estancia y siempre que dicha permanencia sea imprescindible para la continuación del tratamiento».

El resto de supuestos del artículo 45 del RD 2393/2004 no sufrieron cambios o resultan poco relevantes.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

radas por la LO 2/2009 quedan reflejadas en nuevos preceptos⁽⁶⁵⁾. Por otro lado, el artículo 94 del RD 2393/2004 se divide en los nuevos artículos 185 y 186 del RD 557/2011 (según haya nacido o no el menor en España o en el extranjero).

En virtud de lo visto, si bien la reforma de la Ley de Extranjería resultó de gran importancia a nivel general, por lo que respecta a los supuestos de AA, CE y RH, dichos preceptos se muestran más homogéneos con la LO 14/2003 y el RD 2393/2004. Ello se traduce en la consolidación de la visión del Derecho de Extranjería de los últimos años.

III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: ¿POTESTAD DISCRECIONAL O REGLADA? ¿NUMERUS CLAUSUS O NUMERUS APERTUS?

Una vez estudiada la definición literal y jurisprudencial de los conceptos de AA, CE y RH, y vista su evolución normativa, es el momento de valorar cómo ha venido aplicando la Administración estos conceptos jurídicos indeterminados. Esta labor debe ser apreciada desde dos puntos de vista.

En primer lugar, es necesario delimitar los márgenes de la potestad de la Administración a la hora de decidir cuándo estamos ante un supuesto de AA, CE y RH. ¿Estamos ante una potestad discrecional o una potestad reglada? En segundo término, y al no poder establecer *a priori* una lista cerrada y casuista de supuestos de AA, CE y RH, ¿deben ser considerados como *numerus clausus* o como *numerus apertus*?

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, cabe decir que es incuestionable que la Administración tiene cierto margen de apreciación en la aplicación del Derecho de Extranjería. No obstante, ese límite en el que se mueve la Administración se encuentra en muchos casos lejos de la discrecionalidad administrativa, y en los casos en los que se reconoce cierta discrecionalidad resulta necesario controlar su ámbito de actuación con el fin de que la Administración no caiga en conductas arbitrarias. En este sentido, esa disyuntiva entre potestad reglada y potestad discrecional gira por regla general en torno a ese «podrá» constante que encontramos a perpetuidad en los preceptos que regulan y han regulado los supuestos de AA, CE y RH en Derecho de Extranjería⁽⁶⁶⁾.

Respecto a esa disyuntiva, la jurisprudencia del TS viene considerando que «esta Sala ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 24 de abril de 1993 (recurso de apelación núm. 11942/1990), 18 de mayo de 1993 (recurso de apelación 1821/1989) y 10 de

(65) Sucintamente, las nuevas figuras quedan plasmadas de la siguientes manera: *Residencia Temporal y Trabajo por Circunstancias Excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género*, Capítulo II (artículos 131-134); *Residencia Temporal y Trabajo por Circunstancias Excepcionales por colaboración contra redes organizadas*, Capítulo III (artículos 135-139); y *Residencia Temporal y Trabajo por Circunstancias Excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos*, Capítulo IV (artículos 140-146).

(66) Nos referimos en concreto a los artículos: 12.4 LO 7/1985; 5.4 y 22.3 RD 1119/1986; 53.1, 56.9 RD 155/1996; 2 Orden de 11 de abril de 1996; 25.1 y 29.3 LO 4/2000; 31.3, 31.4 y 31.7 LO 8/2000 y 41.2, 49.1 y 2 RD 864/2001; 31.3 LO 14/2003 y 45 RD 2393/2004; y 31.3 LO 2/2009 y 123, 124, 125, 126 y 127 RD 557/2011.

julio de 1993 (recurso de apelación 964/1991), siguiendo doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1982, repertorio Aranzadi 4829; 13 de julio de 1984, Aranzadi 4673, y 9 de diciembre de 1986, Aranzadi 1023), la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la única solución justa del caso, sino que aquella viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados y, en consecuencia, no se está, en el caso que nos ocupa, ante una potestad discrecional sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir “razones excepcionales”»⁽⁶⁷⁾.

Este «podrá» es el que ha llevado al equívoco de que la Administración se crea con el Derecho de manera casi general a decidir, no de forma discrecional sobre determinados aspectos, sino de manera totalmente arbitraria y desajustada a Derecho. Referido de manera especial a la valoración sobre la existencia de RH, la Audiencia Nacional viene considerando que «la potestad discrecional otorga a la Administración un amplio margen de libertad para elegir la respuesta que considere más adecuada para el interés general, pero sin que ello conlleve que pueda ejercitarse de forma arbitraria, [...]. Los límites de la discrecionalidad, esto es, de libertad de apreciación, vienen constituidos por la arbitrariedad de las decisiones administrativas no razonables [...], de modo que para eliminar la existencia de esta conducta resulta obligada la existencia de motivación»⁽⁶⁸⁾.

De la jurisprudencia citada se desprende en primer lugar la labor realizada por parte de los Tribunales como fiscalizadores de la potestad de la Administración, y por ende, de la correcta interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados. En segundo lugar, que la Administración en el ejercicio de sus competencias a la hora de valorar la Exención de Visado o su Inexigibilidad no está ante una facultad discrecional, «sino ante el deber de otorgar la dispensa del visado» si existe la concurrencia de un supuesto de AA, CE y RH.

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, esto es, la existencia o no de una lista tasada de situaciones a las que cabe calificar de manera exclusiva y excluyente como supuestos de AA, CE y RH, desde un inicio la respuesta debe ser negativa. El Tribunal Supremo se ha manifestado así de tajante, y pronunciándose sobre el concepto de AA

(67) STS de 8 de noviembre de 1993, Recurso núm. 1212/1991; 21 de mayo de 1994, Recurso núm. 3526/1991; 4 de octubre de 1994, Recurso núm. 8687/1992; 20 de diciembre de 1994, Recurso núm. 5499/1991; 21 de diciembre de 1994, Recurso núm. 7979/1994; 24 de diciembre de 1994, Recurso núm. 6504/1991; 14 de febrero de 1995, Recurso núm. 7328/1991; 19 de diciembre de 1995, Recurso núm. 9509/1991; 2 de enero de 1996, Recurso núm. 4711/1992; 2 de enero de 1996, Recurso núm. 3604/1992; 19 de julio de 2006, Recurso núm. 4857/2003; 16 de diciembre de 1997, Recurso núm. 5367/1993; 15 de diciembre de 1998, Recurso núm. 2982/1994.

(68) SAN de 11 de marzo de 2004, Recurso núm. 150/2003; 17 de marzo de 2004, Recurso núm. 190/2003 y núm. 280/2003; 21 de abril de 2004, Recurso núm. 399/2003, núm. 679/2002 y núm. 889/2002; 28 de abril de 2004, Recurso núm. 340/2003 y núm. 329/2003; 5 de mayo de 2004, Recurso núm. 130/2003 y núm. 189/2003; 12 de mayo de 2004, Recurso núm. 29/2003 y núm. 60/2003; 21 de junio de 2004, Recurso núm. 39/2003; 19 de mayo de 2004, Recurso núm. 500/2003 y núm. 119/2003; 2 de junio de 2004, Recurso núm. 200/2003; 23 de junio de 2004, Recurso núm. 210/2003 y núm. 250/2003; 14 de julio de 2004, Recurso núm. 179/2003; 21 de julio de 2004, Recurso núm. 300/2003, núm. 339/2003 y núm. 569/2003; 23 de julio de 2004, Recurso núm. 169/2003 y núm. 440/2003; 28 de julio de 2004, Recurso núm. 270/2003; 22 de septiembre de 2004, Recurso núm. 789/2003 y núm. 800/2003; 29 de septiembre de 2004, Recurso núm. 209/2003; 3 de noviembre de 2004, Recurso núm. 829/2003; 10 de noviembre de 2004, Recurso núm. 559/2003 y núm. 199/2003; 24 de noviembre de 2004, Recurso núm. 829/2003 y núm. 249/2003.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

ha considerado que «el referido precepto reglamentario define un supuesto en que ha de entenderse acreditado el arraigo, mas sin que pueda considerarse que efectúa una definición, como “*numerus clausus*”, de lo que deba entenderse por arraigo, cuyo concepto resulta de su perfil legal y jurisprudencial»⁽⁶⁹⁾.

Estos pronunciamientos judiciales han sido consecuencia de la interpretación realizada por la Administración a este respecto, o mejor dicho, por la restrictiva interpretación realizada en su aplicación del Derecho de Extranjería. Y esta interpretación, que resulta la regla general y no la excepción, viene teniendo su expresión en dos vertientes distintas: primero, en el hecho de negar la máxima, respaldada y corroborada por la jurisprudencia citada, de que para reconocer la existencia de un supuesto de AA, CE y RH habrá que acudir a cada caso concreto, que puede no coincidir con los supuestos previstos en la normativa vigente, y que no por ello resultan de menor valía que estos; y segundo, en la negativa a admitir como válidos supuestos manifiestamente evidentes e innegables de AA, CE y RH no previstos en el desarrollo reglamentario, pero que tienen su legitimidad directa en el precepto legal al amparo del cual se reconoce la existencia de razones de AA, CE y RH⁽⁷⁰⁾.

Estas posturas de la Administración se han visto escenificadas de manera especial tras la entrada en vigor del RD 2393/2004. Así es, con carácter general, la Administración venía (y viene) entendiendo que el desarrollo reglamentario al que remitía el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería, y llevado a cabo por el artículo 45 del RD 2393/2004, tenía carácter taxativo, entendiendo como *numerus clausus* la lista de supuestos recogidos en dicho precepto. Como se ha dicho, ha sido la labor desempeñada por los Tribunales la que ha determinado la inclusión en la norma jerárquicamente superior (artículo 31.3 de la Ley de Extranjería) de los conceptos jurídicos indeterminados AA, CE y RH, no permitiendo ni habilitando a la Administración a establecer una lista cerrada de supuestos tasados, ya que con ello se estaría limitando la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, que en última instancia deberán ser determinadas por los Tribunales.

En este sentido, es *vox populi* que dicha interpretación fue confirmada por medio de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 8 de enero de 2007, Recurso núm. 38/2005, reiterada por Sentencias de fecha 9 de enero, Recurso núm. 40/2005, y 10 de enero, Recurso núm. 39/2005, recaídas sobre recurso planteados contra el RD 2393/2004, la cual establece que «sucede respecto al extremo que estamos estudiando lo mismo que

(69) STS de 27 de diciembre de 2006, Recurso núm. 7957/2003; 12 de abril de 2007, Recurso núm. 8437/2003 y núm. 6699/2003; 19 de abril de 2007, Recurso núm. 9537/2003; 24 de mayo de 2007, Recurso núm. 321/2004 y núm. 403/2004; 28 de junio de 2007, Recurso núm. 783/2004; y 22 de noviembre de 2007, Recurso núm. 2469/2004.

(70) Valga como muestra la nefasta postura mantenida por la Administración durante la vigencia del RD 2393/2004, del cual fue excluido como criterio de Arraigo el hecho de ser madre o padre de un menor español, supuesto previsto en el artículo 49.2 f) del RD 864/2001 como Exención de Visado. Este supuesto de Arraigo, excluido del RD 2393/2004, ha sido reconocido de manera constante por los Tribunales al amparo de la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley de Extranjería.

Esta desafortunada postura por parte de la Dirección General de Inmigración, y posteriormente del denominado en ese momento Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, supuso la intervención de la Oficina del Defensor del Pueblo a través de su Recomendación de fecha 10 de septiembre de 2007, recaída en el Expediente núm. 07016036.

No obstante, como afirma el refrán, de errores se aprende, y resulta lógico y reconfortante que el hecho de ser madre o padre de ciudadano español vuelva a ser reconocido expresamente por el artículo 124.3 del RD 557/2011 como un supuesto de innegable Arraigo Familiar.

respecto a las autorizaciones por razones humanitarias. La regulación del precepto no es exhaustiva, [...] aparte de que puede aplicarse directamente el mandato del artículo 31.3 de la ley orgánica».

Sin embargo, tanto la idea de que la potestad de la Administración no cabe ser considerada como discrecional en este ámbito del Derecho, como la posibilidad legal y jurisprudencial de aplicar directamente el mandato contenido en el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería para alegar la existencias de razones de AA, CE y RH, ambas ideas, decía, no han conseguido calar en la práctica administrativa, y puede decirse, sin temor a equivocaciones, que la arbitrariedad de la que viene haciendo gala la Administración en este sentido sigue siendo hoy el pan nuestro de cada día.

Quien suscribe está totalmente convencido de que queda todavía mucho trabajo por hacer, y quién sabe si la actual situación de crisis económica global, que afecta de manera tan violenta a España, y el reciente cambio de gobierno, no sean un caldo de cultivo vaticinador de malos tiempos para el Derecho de Extranjería, en general, y para los futuros supuestos AA, CE y RH, en particular.

IV. CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL SOBRE SUPUESTOS DE ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS: TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIA NACIONAL

Vista la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional vienen realizando de estos conceptos jurídicos indeterminados, en especial en su labor correctora de la mala *praxis* de la Administración en su particular aplicación de los supuestos de AA, CE y RH, resulta de gran interés citar los criterios más comunes tenidos en cuenta por ambos Tribunales a la hora de valorar, y estimar o desestimar, este tipo de supuestos.

Partiendo del valor que conllevan en sí estos conceptos jurídicos indeterminados, y con el fin de no caer en el mismo error en el que tropieza la Administración, como regla general hay que asumir que las resoluciones judiciales estudiadas hacen referencia a un sinnúmero de supuestos de hechos concretos. Partiendo de esta idea, no se puede negar, sin embargo, la existencia de criterios comunes en cada uno de estos casos, permitiendo una clasificación genérica en base a criterios afines.

De conformidad con ello, puede decirse que el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional han venido valorando la existencia de razones de AA, CE y RH, entre otros, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- **Arraigo Familiar** en casos en los que queda acreditado: existencia de vínculos familiares con nacionales españoles⁽⁷¹⁾; unión de hecho similar a la conyugal esta-

(71) SSTs de 3 de febrero de 1998, Recurso núm. 6250/1993; 17 de marzo de 1998, Recurso núm. 6110/1993; 23 de junio de 1998, Recurso núm. 1883/1994; 24 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2706/1994; y 9 de diciembre de 1998, Recurso núm. 3089/1994.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

ble y continuada⁽⁷²⁾; convivencia familiar estable y la existencia de medios de vida suficientes⁽⁷³⁾; o invocación del principio de reagrupación familiar⁽⁷⁴⁾.

- **Arraigo Social en España** junto con otras circunstancias, como arraigo familiar⁽⁷⁵⁾.
- **Arraigo Laboral** estable⁽⁷⁶⁾.
- **Existencia de CE o RH** acreditadas como: existencia de riesgo para la vida o la integridad física del solicitante⁽⁷⁷⁾; casos de persecución o intento de secuestro⁽⁷⁸⁾; situación de crisis o inestabilidad política⁽⁷⁹⁾; o clima de inseguridad en el país de origen⁽⁸⁰⁾.

Por el contrario, esta misma jurisprudencia no ha considerado relevante las circunstancias personales del solicitante, y por tanto acreditativas de AA, CE y RH, a modo de ejemplo, en los siguientes supuestos:

- **Arraigo Familiar insuficiente:** vínculos familiares lejanos⁽⁸¹⁾; falta de convivencia efectiva y estable⁽⁸²⁾; falta de compromiso real de contraer matrimonio⁽⁸³⁾; existencia de elementos negativos relevantes⁽⁸⁴⁾; o ausencia del principio de reagrupación familiar⁽⁸⁵⁾.

(72) STS de 6 de junio de 2000, Recurso núm. 2267/1996.

(73) SSTs de 19 de mayo de 1998, Recurso núm. 361/1994; 11 de noviembre de 1998, Recurso núm. 2688/1994; y 14 de marzo de 2000, Recurso núm. 9563/1995. También, SAN de 17 de marzo de 2004, Recurso núm. 781/2002 y 22 de diciembre de 2004, Recurso núm. 533/2003.

(74) SSTs de 8 de noviembre de 1993; 21 de mayo de 1994, Recurso núm. 3526/1991; 21 de diciembre de 1994, Recurso núm. 7979/1994; 19 de mayo de 1995, Recurso núm. 9509/1991; 2 de enero de 1996, Recurso núm. 4711/1992 y núm. 3604/1992; 26 de octubre de 1998, Recurso núm. 4447/1994; 15 de diciembre de 1998, Recurso núm. 2982/1994; 28 de diciembre de 1998, Recurso núm. 5533/1994; 19 de enero de 1999, Recurso núm. 4448/1994; 24 de abril de 1999, Recurso núm. 7983/1994; 9 de marzo de 2000, Recurso núm. 11190/1996; 29 de junio de 2000, Recurso núm. 2990/1996; 1 de abril de 2004, Recurso núm. 5681/1999; 4 de noviembre de 2005, Recurso núm. 3952/2003; y 22 de julio de 2011, Recurso núm. 5467/2007.

(75) SAN de 2 de junio de 2004, Recurso núm. 200/2003.

(76) STS de 8 de mayo de 1999, Recurso núm. 1165/1995.

(77) SSAN de 13 de julio de 2005, Recurso núm. 704/2003, y 7 de septiembre de 2005, Recurso núm. 29/2004.

(78) SSAN de 26 de octubre de 2001, Recurso núm. 466/2000; 28 de septiembre de 2001, Recurso núm. 762/2000; y 12 de noviembre de 2003, Recurso núm. 228/2001.

(79) STS de 14 de octubre de 1997, Recurso núm. 1295/1993.

(80) SAN de 16 de junio de 2004, Recurso núm. 33/2003; 24 de noviembre de 2004, Recurso núm. 163/2003; 13 de marzo de 2007, Recurso núm. 298/2005; y 21 de julio de 2008, Recurso núm. 449/2004.

(81) STS de 29 de junio de 2000, Recurso núm. 2990/1996.

(82) SSTs de 9 de febrero de 1999, Recurso núm. 2503/1993, y 23 de marzo de 1999, Recurso núm. 8648/1994.

(83) STS de 7 de marzo de 2000, Recurso núm. 961/1996.

(84) STS de 22 de febrero de 1991.

(85) STS de 20 de abril de 1999, Recurso núm. 355/1995.

- **Arraigo Laboral insuficiente:** disponer de una oferta de trabajo junto con otras circunstancias de poca relevancia⁽⁸⁶⁾ o contar con un contrato de trabajo en zonas o épocas de escasez de mano de obra⁽⁸⁷⁾.
- **Falta de Arraigo Social en España**⁽⁸⁸⁾.
- **Inexistencias de CE o RH** debidamente acreditadas: invocación genérica sin acreditar la existencia real de las mismas⁽⁸⁹⁾; ser víctima de violencia de género⁽⁹⁰⁾; huir de una situación paupérrima en el país de origen y de incierto futuro⁽⁹¹⁾; alegar razones de naturaleza económica y social⁽⁹²⁾.

V. CONCLUSIONES

Tras la labor de investigación realiza en el presente estudio, de acuerdo con las premisas mantenidas cabe finalizar realizando las siguientes conclusiones:

- Los conceptos jurídicos indeterminados AA, CE y RH, a pesar de su definición académica, necesitan en la delimitación de su contenido de la labor de los Tribunales, que, a diferencia de la Administración, se encargan de integrar su correcto significado comprobando caso por caso la existencia de alguno de los supuestos definidos por dichos conceptos.
- Del estudio de la regulación de los supuestos de AA, CE y RH en el Derecho de Extranjería desde la LO 7/1985 hasta la LO 2/2009 se desprende claramente la restricción lenta y paulatina de los mismos con cada reforma, partiendo de la extensa lista de Exención de Visado que se encontraba en la Orden de 11 de abril de 1996 y en el artículo 49.2 del RD 864/2001, hasta los limitados supuestos contenidos en el RD 2393/2004, primero, y el RD 557/2011 actualmente. Esta restricción ha afectado de manera especial a los supuestos de AA, principales

(86) SSTs de 9 de marzo de 1999, Recurso núm. 8090/1994; 23 de marzo de 1999, Recurso núm. 8658/1994; y 3 de octubre de 2000, Recurso núm. 4530/1996.

(87) SSTs de 23 de noviembre de 1993, Recurso núm. 902/1991 y núm. 1347/1988.

(88) SSTs de 11 de octubre de 1994, Recurso núm. 3848/1991 y 15 de diciembre de 1998, Recurso núm. 4185/1994.

(89) SSAN de 12 de abril de 2004, Recurso núm. 331/2001; 19 de enero de 2005, Recurso núm. 276/2004; 1 de junio de 2005, Recurso núm. 718/2003; 3 de diciembre de 2008, Recurso núm. 216/2008; y 7 de octubre de 2009, Recurso núm. 781/2009.

(90) SAN de 26 de septiembre de 2005, Recurso núm. 252/2005.

(91) SSAN de 12 de mayo de 2004, Recurso núm. 29/2003 y núm. 60/2003; 19 de mayo de 2004, Recurso núm. 119/2003 y núm. 500/2003; 23 de junio de 2004, Recurso núm. 210/2003 y núm. 250/2003; 14 de julio de 2004, Recurso núm. 179/2003; 21 de julio de 2004, Recurso núm. 300/2003 y núm. 339/2003; 21 de julio de 2004, Recurso núm. 569/2003; 23 de julio de 2004, Recurso núm. 440/2003 y núm. 169/2003; 28 de julio de 2004, Recurso núm. 270/2003; 22 de septiembre de 2004, Recurso núm. 800/2003; 3 de noviembre de 2004, Recurso núm. 829/2003; 10 de noviembre de 2004, Recurso núm. 559/2003 y núm. 199/2003; 24 de noviembre de 2004, Recurso núm. 829/2003 y núm. 249/2003.

(92) SSAN de 22 de septiembre de 2004, Recurso núm. 789/2003, y 29 de septiembre de 2004, Recurso núm. 209/2003.

II. ARRAIGO, CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES Y RAZONES HUMANITARIAS

vías de regularización permanente usadas por los extranjeros en situación administrativa irregular. Puede hablarse claramente de una involución del Derecho de Extranjería en este aspecto.

- Igualmente se concluye del estudio que la Administración se caracteriza por una interpretación eminentemente restrictiva de los supuestos de AA, CE y RH en tres esferas diferentes: primero, en la aplicación de los supuestos contenidos en la normativa de desarrollo vigente en cada momento; segundo, en la negativa a admitir la existencia de otros supuestos no amparados en la normativa de desarrollo, pero igualmente válidos a efectos de acreditar la existencia de razones de AA, CE y RH; y tercero, y en consonancia con las ideas anteriores, la negativa absurda de no admitir el imperativo legal de aplicar directamente el actual artículo 31.3 de la Ley de Extranjería como legitimador directo de la existencia de supuestos reales y demostrables de AA, CE y RH.
- Por último, la importantísima labor llevada a cabo por los Tribunales de Justicia en el control y en la corrección de la Administración en su particular aplicación del Derecho de Extranjería, caracterizada por su limitada concepción de los supuestos de AA, CE y RH, indicando con ello el camino correcto a seguir a todos aquellos que trabajan en defensa de los Derechos de los extranjeros en España. Esta labor se aprecia de forma evidente en la enorme casuística de este tipo de supuestos reconocidos por la jurisprudencia citada.

III. DERECHO DE ASILO Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA ⁽¹⁾

MERCEDES VIDAL GALLARDO

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid*

RESUMEN

Derecho de asilo y protección internacional de la libertad religiosa

Las creencias religiosas se convierten en uno de los factores determinantes para que los distintos Estados, también el español, puedan otorgar protección a aquellas personas que son perseguidas con motivo del ejercicio de su libertad de conciencia fuera de nuestras fronteras. Lo que pretendemos con este trabajo es aproximarnos a la figura del asilo como instrumento para la protección internacional del derecho de libertad religiosa. Este estudio nos obliga, con carácter previo, a hacer un análisis de lo que representa esta institución, su significado, evolución y régimen jurídico a distintos niveles: internacional, europeo y nacional, para después centrar el estudio en uno de los motivos que en los últimos años ha cobrado particular relevancia: la concesión del derecho de asilo por motivos religiosos en el ordenamiento jurídico español, así como la valoración del pronunciamiento de nuestros tribunales sobre este tema.

Palabras clave: Derecho de asilo, estatuto de refugiado, libertad de conciencia, libertad religiosa, protección internacional de la libertad religiosa.

ABSTRACT

Right of asylum and international protection of religious freedom

Religious beliefs become one of the main factors so that the different states, including Spanish, can protect those people who are persecuted because of the practice of their freedom of conscience in a foreign country. The purpose of this work is to view the asylum as a means for the international protection of the right of religious freedom. Previously, we have to consider what this institution represents, its meaning, evolution and legal development at different levels: international, European and national. Afterwards, we will focus on one of the reasons that has been outstanding in the last years: the concession of asylum for religious reasons in the Spanish legal system as well as the evaluation of the pronouncement of our courts about this subject

Key words: Right of asylum, refugee status, freedom of conscience, religious freedom, International protection of religious freedom.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.
- II. EL DERECHO DE ASILO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Instrumentos jurídicos de integración de la diversidad*, DER2009-06965. (Subprograma JURI).

1. Del sentido de sus orígenes al significado actual.
2. Del derecho de asilo al estatuto de refugiado.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ASILO.

1. Perspectiva internacional.
2. Dimensión europea.
3. Legislación española.

A) Precedentes legislativos.

B) La vigente Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

IV. LAS CREENCIAS RELIGIOSAS COMO OBJETO DE TUTELA INTERNACIONAL.

V. PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

VI. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

1. Resoluciones favorables a la concesión del derecho de asilo.
2. Resoluciones contrarias a la concesión del derecho de asilo.

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La globalización del fenómeno migratorio ha llevado a los Estados receptores a poner en marcha nuevas estrategias que les permitan mantener un cierto control de los flujos migratorios, siempre dentro del respeto de los Derechos Humanos. Si bien la política de asilo se rige, en términos generales, por las mismas directrices que orientan la política migratoria *strictu sensu*, que abarcan no sólo el control de estos flujos, sino también actuaciones orientadas a conseguir el mayor grado posible de integración de los inmigrantes, el tema del derecho de asilo constituye siempre un capítulo aparte porque encuentra su fundamento en motivaciones diferentes.

La concesión del estatuto de refugiado responde a una situación directamente vinculada a la condición de demandante de asilo o de protección subsidiaria en un país distinto al de procedencia, con el objetivo de garantizar su seguridad, aspecto, este último, que no se encuentra en ninguna de las demás figuras relacionadas con el derecho de extranjería. Y este es el común denominador que subyace en las distintas situaciones en las que un Estado reconoce el derecho de asilo y otorga el estatuto de refugiado a un extranjero: la persecución que éste sufre de un tercer país por motivo de su raza, religión, nacionalidad, o bien por razón de su pertenencia a determinado grupo social o por sus opiniones políticas.

Desde este punto de vista, las creencias religiosas se convierten en uno de los factores determinantes para que los distintos Estados, también el español, puedan otorgar protec-

ción a aquellas personas que son perseguidas con motivo del ejercicio de su libertad de conciencia fuera de nuestras fronteras. En otras palabras, por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, las actuaciones, provengan o no de autoridades estatales, llevadas a cabo en terceros países, que vulneren el ejercicio de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente (art. 16.1), como es el derecho de libertad religiosa, pueden dar lugar a la intervención de otro derecho de configuración legal en nuestro ordenamiento constitucional como es el derecho de asilo (art. 13.4). Precisamente, al análisis del estatuto jurídico de este derecho dedicaremos las primeras páginas de nuestro estudio, para después centrarnos en uno de los motivos, los de carácter religioso, que están cobrando particular relieve en nuestros días, en una sociedad diversamente plural como la nuestra, en aras al reconocimiento de este derecho.

II. EL DERECHO DE ASILO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

1. Del sentido de sus orígenes al significado actual

El término «*asylus*» nace en Grecia y hace referencia a aquello que no puede ser capturado, convergiendo en este concepto dos elementos recíprocamente implicados. Por una parte, se encuentra la protección que se ofrece a la persona perseguida y, por otra, el lugar en que esa persona va a sentirse segura, lo cual implica el elemento de la inviolabilidad⁽²⁾. Otro componente histórico del Derecho de asilo es el religioso⁽³⁾. Los lugares donde se garantizaba la seguridad del perseguido eran iglesias, templos o altares, zonas sagradas que ponían de manifiesto la dimensión sacra de la institución, así como la consideración de la Iglesia como lugar de asilo⁽⁴⁾.

La aparición de los Estados nacionales y el surgimiento de un poder civil soberano provocaron una «laicización» de la institución⁽⁵⁾. Pero la primera manifestación del derecho de asilo en sentido moderno del término, es decir, como protección que un Estado otorga

(2) PALOMAR OLMEDA. A., «El Derecho de asilo», en *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*. Aranzadi, 2.ª ed., 2006, p. 567.

(3) LÓPEZ GARRIDO. D., *El derecho de asilo*, Ed. Trotta, 1991, p. 8. En opinión de este autor «probablemente fue con la Iglesia Católica, en el período que enfrentó al Imperio y al Papado, con la que la institución del asilo adquirió su máxima fortaleza. Es en la época feudal cuando la autoridad eclesiástica se constituye en verdadero reducto, dentro de los lugares sagrados, que protege de los poderes civiles y hace inmune frente a ellos a quien allí es acogido».

(4) GARCÍA MACHO. R., *El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española. Estudios sobre la Constitución española*, tomo II, Madrid, 1992, p. 767. En este contexto, «se consideraba el derecho de asilo como un correctivo de la justicia humana, haciéndose una llamada a Dios como garante del derecho frente a los abusos del hombre y su propia justicia...».

(5) De esta forma «surge la figura del derecho de asilo, con la finalidad de garantizar a los individuos el ejercicio de sus derechos más fundamentales, figura que nada tiene que ver con el derecho de asilo religioso que, si bien es antecedente del mismo, no suponía el reconocimiento de una potestad estatal, ni se encontraba refrendado por la comunidad internacional». Vid. RODRÍGUEZ MOYA. A., «Derecho de asilo y libertad de conciencia», en *Religión, Religiones, Identidad, Identidades, Minorías*. Actas del V Simposio de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones, Valencia, 1-3 de febrero de 2002. coord. por AMÉRIGO. F., 2003, p. 361.

libremente frente a sus propias autoridades a un determinado tipo de personas perseguidas o que han sido expulsadas de su patria, se introduce en el siglo XVIII⁽⁶⁾. Se considera refugiado al extranjero que busca asilo en un determinado país por compartir los valores del país de acogida, valores que no son respetados en el país del que proviene⁽⁷⁾. Desaparecen las persecuciones exclusivamente religiosas y se origina un tipo nuevo de personas que huyen de la justicia y buscan asilo a causa de sus ideas. Se trata de personas que carecen totalmente de lo que hoy llamaríamos problemas de integración pero que, por sus circunstancias, se ven obligados a abandonar su país de origen y a solicitar acogida en un país ideológicamente más afín a sus convicciones.

Así las cosas, el Estado, cada Estado, es libre de aceptar discrecionalmente, sin ninguna posibilidad de control ni interno ni internacional, a sus propios refugiados, normalmente aquellos que concuerdan con sus ideas. Concebido en estos términos el derecho de asilo, no hay el menor atisbo de su consideración como derecho subjetivo a la obtención de una protección, ni siquiera de derecho humanitario, sino más bien una auténtica declaración de soberanía del Estado que afirma su voluntad de imponer los principios en los que se basa su organización sobre los compromisos internacionales previos⁽⁸⁾.

Se trata, en consecuencia, de una concepción de asilo característica del Estado liberal, que ha permanecido prácticamente inalterada durante los dos últimos siglos. En este sentido, el derecho de asilo no puede ser considerado como una pretensión de Derecho público que el extranjero está legitimado a formular. Por el contrario, sólo es posible hablar de derecho de asilo en el sentido de un derecho a otorgarlo⁽⁹⁾. En esta primera aproximación, el asilo se configura como una institución dependiente, en sus condiciones y alcance, de la voluntad del Estado y consiste en la posibilidad de otorgar a un extranjero refugio en su territorio y, en consecuencia, sustraerlo de sus autoridades nacionales sin que éstas puedan considerar inamistosa la protección dispensada⁽¹⁰⁾.

Sobre estas referencias históricas, se ha asentado en el marco internacional y nacional una regulación que tiene en común con sus antecedentes históricos el pretender «preservar la vida y los derechos fundamentales de aquellos que sufren algún tipo de persecución dentro de las fronteras del territorio donde habitualmente desarrollan su actividad»⁽¹¹⁾. Las razones de persecución que originan la protección dispensada por el derecho de asilo son

(6) Este concepto de asilo, del que es heredero el término acuñado en nuestros días, se contiene en la declaración del artículo 120 de la Constitución *Montagnarde* de 24 de junio de 1793, en el que se declara que «La República francesa da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por causa de la libertad, pero rechaza a los tiranos».

(7) Vid. WITHOL DE WERDEN, C., «Réfugié politique: une notion en crise», en *Esprit*, mayo de 1990, p. 73.

(8) SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo en la Constitución española*, Ed. Lex Nova, 2001, p. 20. GARCÍA MORILLO, J., «Líneas inspiradoras de la legislación reguladora del asilo», en *Derecho de Asilo y Refugio*, Ministerio del Interior, Madrid, 1985, pp. 230 y ss.

(9) GORTÁZAR TOTAECHE, C., *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 77.

(10) SANTOLAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo...*, op. cit., pp. 20-21. «Se concreta en un permiso de entrada y residencia en el país de acogida y en la negativa a la concesión de la extradición, para el caso de que ésta sea solicitada». En este mismo sentido, vid. ALONSO PÉREZ, F., «Refugiados y desplazados: derecho de asilo», en *Revista Española de Derecho Militar*, 65, 1995, pp. 145 y ss.

(11) PALOMAR OLMEDA, A., «El Derecho de asilo», en *Tratado de extranjería...*, op. cit., p. 568.

las que se han ido ampliando con el tiempo y que han dado lugar a un concepto más amplio que el que deriva de su inicial concepción⁽¹²⁾.

2. Del derecho de asilo al estatuto de refugiado

Asilo y refugio representan dos instituciones profundamente interrelacionadas y esta interrelación se pone de manifiesto también en el significado de sus propios términos⁽¹³⁾. Sin embargo, se aprecian importantes diferencias entre ambas figuras desde un punto de vista jurídico y así, en el plano internacional, la tradicional figura del asilo territorial no ha conseguido una codificación convencional, mientras que el estatuto de refugiado cuenta con una normativa de referencia que configura el «refugio» como una especie de modalidad de asilo⁽¹⁴⁾.

En una primera aproximación, podemos entender por derecho de asilo «la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas o persecuciones de las autoridades de otro Estado, incluso por parte de personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades»⁽¹⁵⁾. Esta protección se traduce en una acogida que el Estado ofrece al extranjero que lo solicita por estar perseguido y correr peligro su vida o libertad por razones políticas o ideológicas (incluidas las convicciones religiosas) en su país de origen. El Estado puede o no conceder el asilo discrecionalmente a un extranjero que busca su amparo, pero lo que no puede, en ningún caso, es devolverlo al país donde esa persona sufre persecución. Se trata de una figura general y cada Estado es libre de incluirla en su normativa interna con mayor o menor alcance. En este sentido, el derecho de asilo se configura como un derecho discrecional del Estado de acogida a conceder su protección territorial al extranjero que busca amparo, persona que tiene el derecho a buscar asilo pero no derecho a que éste le sea concedido⁽¹⁶⁾.

(12) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Asylum and refugee in Spain», en *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, 1/2002, pp. 189 y ss.

(13) La palabra asilo significa «sitio inviolable», «lugar privilegiado de refugio para los perseguidos», *Vid. Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española/Espasa Calpe, Madrid, 1994, t. 1, p. 139. En cambio, el término refugio hace referencia a la acción de «acogida» o «amparo», *Ibidem*, t. 4, p. 225.

(14) Podemos citar la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, además de contar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que fue creado por la Asamblea General de la ONU por Resolución 319 (IV), de 3 de diciembre de 1949.

(15) DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 629.

(16) DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias», en *La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, vol. II, 2009, p. 1313. Sobre el asilo y la condición de refugiado, *Vid. PÉREZ SOLA, N.*, «El derecho de asilo y la condición de refugiado: balance de 26 años de desarrollo legislativo», en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 25, 2011, pp. 269-308; BANDRÉS MOLET, J.M., «El derecho de refugio y asilo. Un derecho en crisis», en *Tiempo de paz*, núm. 29, 1993, pp. 30-34; VIDAL FUEYO, M. C., «Aproximación a la naturaleza jurídico-constitucional del derecho de asilo», en *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español*, Burgos, 1996, pp. 669-678; LIÉBANA ORTIZ, J. R., «El derecho de asilo y los refugiados en la legislación española: una aproximación histórica, política y jurídica», en *Inmigración, interculturalidad y convivencia*, coord. por Francisco Herrera Clavero, José María Roa Venegas, María Inmaculada Ramírez Salguero, Santiago Ramírez Fernández, Francisco Mateos Claros, 2004, pp. 173-184.

En cambio, la institución del refugiado sí que tiene una regulación detallada. En efecto, el refugiado cuenta con un organismo internacional, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, y su definición y régimen jurídico son objeto de regulación por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de refugiado, modificada por un Protocolo de 1967. Según estos instrumentos internacionales, aceptados mayoritariamente en nuestros días, el refugiado es la persona que sufre o tiene fundados temores de sufrir persecución individualizada por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por razón de sus opiniones políticas, encontrándose fuera de su país y sin poder o querer regresar a él⁽¹⁷⁾. Además, la concesión de este estatuto por parte de un Estado le obliga a no devolver al peticionario al territorio donde es perseguido o donde peligre su vida o libertad (también denominado principio de no expulsión, de no devolución, o de *non-refoulement*)⁽¹⁸⁾.

En consecuencia, podemos considerar que la institución del refugio se encuentra actualmente incardinada en la más amplia de asilo, la cual se traduce en un conjunto de garantías provisionales de entrada y de estancia que se conceden a un extranjero por parte del Estado de acogida, discrecionalmente y con carácter previo al reconocimiento jurídico-administrativo del estatuto de refugiado de la Convención de Ginebra⁽¹⁹⁾. De la misma forma, el reconocimiento del derecho de asilo a un extranjero lleva aparejado el otorgamiento de una posterior protección territorial del Estado, como consecuencia de la determinación de la condición de refugiado, que se concede según las normas internas estatales articuladas en virtud de lo establecido en la citada Convención⁽²⁰⁾.

Esta ha sido, precisamente, la vía a través de la cual nuestro ordenamiento, de forma similar a lo que ha sucedido en los países de nuestro entorno, ha superado la dicotomía asilo/refugio⁽²¹⁾. Y así, hoy se puede afirmar que el concepto de refugiado hace referencia a las personas que sufren persecución en los términos de la Convención de Ginebra, que luego examinaremos, mientras que asilado es la persona que, precisamente por ello, ha recibido la protección de un determinado país, según el procedimiento previsto por éste, en los términos y con el alcance fijados en su normativa interna, pero que en cualquier caso debe respetar el estatuto mínimo previsto en esta Convención⁽²²⁾, a pesar de lo cual ambas

(17) Artículo 1.2 de la Convención de Ginebra de 1951. Vid. PÉREZ BARAHONA, S., «El estatuto de refugiado en la Convención de Ginebra de 1951», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 1, 2003, pp. 226-250; GALPARSORO GARCÍA, J., «La crisis del derecho de asilo», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 1, 2002, pp. 37-45; AA.VV., *Refugiados: Derecho y Solidaridad*, Sevilla, 1994.

(18) Artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951.

(19) Vid. DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», Capítulo 5.º, en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *Derecho Comunitario Material*, Ed. MacGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 57.

(20) *Ibidem*, p. 58.

(21) Sobre el estudio del derecho de asilo en el ámbito del derecho comparado vid. GALEOTE, G., «El derecho de asilo en España y en Francia: entre margen de discrecionalidad y margen de actuación», en *Pandora*, núm. 9, 2009, pp. 53-69; RUIZ DE SANTIAGO, J., «Significación de la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado en el Derecho Comparado», en *Derecho de Asilo y refugio...*, op. cit., pp. 134-167; FORGET, J. C., «Régimen jurídico internacional del asilo y refugio», en MARIÑO, F. (coord), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1996, pp. 230-267.

(22) Se configura así el asilo como «la obligación jurídica y jurídicamente controlable de otorgar protección territorial a quien lo solicita en un país determinado, reuniendo las condiciones de la Convención de Ginebra». SANTO-

instituciones, la del asilo y el refugio, han experimentado, en el derecho internacional, un fenómeno de creciente asimilación jurídica motivado por las tendencias recientes de la Sociedad Internacional⁽²³⁾.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ASILO

La necesidad de articular políticas de inmigración, tanto en el plano interno como internacional, para dar respuesta a las complejas realidades que plantea este fenómeno, se ha ido incrementando en los últimos años. Por eso, la mayor parte de los Estados de la Comunidad Internacional afrontan la cuestión en sus legislaciones, ya sea como país emisor, de tránsito o de acogida de inmigrantes. En este contexto, la decisión relativa a las condiciones en que los extranjeros pueden entrar y permanecer en el territorio de un Estado o, en su caso, salir de él, sigue correspondiendo, en el momento actual del Derecho Internacional, a cada Estado. No obstante, se trata de una institución, la del asilo, que no sólo tiene una proyección internacional, sino que también cuenta con una regulación europea que compromete a los Estados miembros de la Unión y que está integrada por normas que pueden contribuir a comprender mejor el tratamiento jurídico que el ordenamiento español otorga a este derecho.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, el contenido legal del derecho de asilo se encuentra condicionado, por un lado, por los Tratados internacionales que en materia de Derechos Humanos tiene suscritos España y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico⁽²⁴⁾ y, por otro lado, por nuestra pertenencia a la Unión Europea que, tras la entrada en vigor de Tratado de Ámsterdam en 1999, produjo la transferencia del derecho de asilo del Tercer al Primer Pilar de la Unión, alejando de sí las políticas de asilo de interés común para erigirse como una política comunitaria, con todo lo que ello implica, especialmente en su vertiente de derecho directamente aplicable.

LAYA MACHETTI, P., *El Derecho de asilo...*, op. cit., p. 20. En opinión de este autor, «precisamente sobre la base de estos elementos: acogida necesariamente en su propio territorio o no, carácter interno o internacional de la obligación de acogimiento, fundamento constitucional, infraconstitucional o en textos internacionales, es posible construir una diferenciación conceptual de ambas figuras jurídicas...», *Ibidem*, p. 18.

(23) Vid. DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 16.ª ed., Tecnos Madrid, 2007, Cap. XXVI; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1301-1308. No obstante, la aparición de fenómenos de inmigración sin precedentes por los más variados motivos económicos y políticos ha dado lugar a que surjan una serie de figuras que podríamos denominar híbridas (refugiados económicos, ecológicos, refugiados o desplazados en masa, refugiados *de facto*, refugiados «en órbita») que han desbordado y desvirtuado los conceptos tradicionales de asilo y refugio, produciéndose una tendencia de identificación jurídica hacia la categoría más restrictiva pero más consolidada por las normas internacionales, como es el concepto de refugiado al que se refiere la Convención de Ginebra. Todas estas situaciones atípicas son objeto de estudio por LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo...*, op. cit., pp. 121-126. Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., «El asilo y sus modalidades en Derecho Internacional», en *Derecho de extranjería, asilo y refugio...*, op. cit., pp. 146 y ss.

(24) De acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

1. Perspectiva internacional

Como hemos puesto de manifiesto, el refugio, que no el asilo, es una institución jurídica internacionalmente regulada y los Estados, a partir de esta regulación convencional, han asumido compromisos en materia de asilo, sin haber perdido ésta la condición de ser una facultad soberana. Así las cosas, la preocupación por reconocer un estatuto jurídico a los refugiados por parte de la comunidad internacional trae su origen en la primera guerra mundial. En esta época, en el seno de las Naciones Unidas comienzan a aparecer los primeros convenios sobre los refugiados. Es precisamente en una Convención de 28 de octubre de 1933⁽²⁵⁾ en la que se reconoce por primera vez la obligación de *non-refoulement* que, sucintamente, consiste en que el Estado donde el demandante de asilo pretende que se le dé refugio no devuelva al refugiado a su Estado de origen, donde su vida o libertad corren peligro. Posteriormente, se concluyen una serie de acuerdos que van a regular la situación de los refugiados de origen alemán⁽²⁶⁾, pero se trata de Convenios o Acuerdos «sectoriales» que no ofrecen una visión global del problema de los refugiados. Como consecuencia de la segunda guerra mundial, el problema de los refugiados alcanza gran relevancia en la comunidad internacional, y es en esta época cuando Naciones Unidas crea la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), en 1946, que posteriormente se transformará en el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 1949 y, un año después, la Asamblea General de la ONU adopta el Estatuto de este Alto Comisionado encargado de proteger legalmente a los refugiados sin ningún tipo de limitaciones por razón de su origen⁽²⁷⁾.

Sin embargo, no será hasta 1951 cuando se convoque la Conferencia de Plenipotenciarios que, reunidos en Ginebra, adopten el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, que entrará en vigor en 1954. Este documento reconoce la condición de refugiado con algunas limitaciones temporales y espaciales, puesto que del estatuto en él previsto sólo se van a poder beneficiar aquellos que sean refugiados como consecuencia de acontecimientos acaecidos con anterioridad a enero de 1951. Asimismo, la Convención permite a los Estados proteger a los refugiados que provengan de cualquier parte del mundo o hacerlo sólo respecto de los que proceden de Europa (límite espacial)⁽²⁸⁾.

(25) Esta Convención versa sobre «la Condición de los refugiados rusos, armenios y asimilables» y es fruto de los acuerdos adoptados anteriormente para los refugiados de esta procedencia. *Vid. Convention relative au statut International des réfugiés. Signée à Geneve, le 28 octobre 1933 (Belgique, Bulgarie, Denmark, Egypte, France, Italie, Noruège et Tchecoslovaquie). Recueil des Traités de la SDN*, núm. 3663.

(26) *Vid. «Arreglo Provisional relativo a la condición de refugiados procedentes de Alemania» (1936), Convención concerniente a la condición de refugiados procedentes de Alemania (1938) y Protocolo Adicional al arreglo provisional y a la Convención (1939). Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., Derecho de asilo y no rechazo del refugiado..., op. cit., p. 100.*

(27) *Vid. Resolución 319 (IV), de 3 de diciembre de 1949, y Resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.*

(28) No fue hasta 1967, fecha en que se firma el Protocolo Adicional al Convenio, cuando se elimina el límite temporal, mientras que el límite especial sólo se suprime en parte, respecto a las nuevas adhesiones, es decir, Estados que no son parte del Convenio, manteniéndose para quienes ya estuvieran incorporados al Convenio y quieran adherirse al protocolo. El artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra reconoce la condición de refugiado en los siguientes términos: «a los efectos de la presente Convención, el término refugiado se aplicará a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera

Sin embargo, nada se dice en esta Convención sobre el derecho de asilo, a pesar de lo establecido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sobre el derecho a buscar y disfrutar de asilo en otros Estados si se sufre persecución. Por lo tanto, del texto ginebrino no cabe inferir un deber general de Derecho Internacional Público que obligue a los Estados a garantizar el asilo a todo extranjero que lo solicite, sino que únicamente reconoce el principio de no devolución⁽²⁹⁾. En otras palabras, este Convenio no proporciona al individuo un derecho subjetivo al asilo, sino que el derecho de asilo sigue siendo una competencia soberana de cada Estado⁽³⁰⁾. En definitiva, únicamente se positiviza el principio u obligación de *non-refoulement* que, como obligación de Derecho Internacional general, impide a un Estado enviar al extranjero a un país en el que pudiera sufrir violación de sus derechos fundamentales⁽³¹⁾.

2. Dimensión europea

La necesidad de alcanzar una interpretación conjunta de la definición de refugiado, de las formas subsidiarias de protección y la adopción de un procedimiento de asilo único, constituye uno de los grandes retos de la Unión Europea en esta materia⁽³²⁾. Su objetivo es conseguir un nivel mínimo de protección por parte de todos los Estados miembros, reduciendo las disparidades entre las legislaciones y las prácticas llevadas a cabo en cada uno de ellos. La política europea de asilo tiene su punto de partida en el Tratado de Ámsterdam de 1997, a partir del cual se han promulgado un extenso número de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento interno mediante los oportunos cambios legislativos. Entre estas normas, afectan directamente al derecho de asilo las siguientes:

acogerse a la protección del país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

(29) Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia.*, Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 19.

(30) La Asamblea General de la ONU aprobó mediante la Resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967, una Declaración sobre Asilo Territorial en la que también se contemplaba la obligación de *non-refoulement*. Años más tarde, en 1984, se aprueba la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes —Asamblea General, Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 [vigor 26 de junio de 1987]—, cuyo artículo 3.1 establece que: Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

(31) GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., *Derecho de asilo...*, op. cit., p. 287.

(32) Sobre el Derecho de asilo en el marco de la Unión Europea, vid. TRUJILLO HERRERA, R., *La Unión Europea y el derecho de asilo*, Dykinson, 2003; MARTÍN ARRIBAS, J. J., *Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y del derecho de asilo*, Dykinson, 2000; JIMENA QUESADA, L., «El derecho de asilo en la Unión Europea: una posible fuente de conflictos entre órganos europeos y su influencia en el sistema constitucional español», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 18 (extra), 1994, pp. 235-250; QUEROL SÁNCHEZ, D., «Derecho de asilo desde la visión de la Unión Europea y España», en *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, coord. CHUECA SANCHO, A., 2010, pp. 283-290; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, 2002; HERNÁNDEZ VILLALÓN, Y., «Situación actual del Derecho de asilo en la Unión Europea», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 15, 2003, p. 1; CERIGIONI, E., «Fortaleza europea: comentarios a las políticas sobre refugiados en la Unión Europea», en *Gazeta de antropología*, núm. 20, 2004, artículo 31, <<http://hdl.handle.net/10481/7282>>.

- *Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de Julio*, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. También contiene medidas de fomento de un esfuerzo equitativo de los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, lo cual ha permitido la configuración de un estatuto de protección temporal⁽³³⁾.
- *Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre*, sobre el derecho al reagrupamiento familiar, en la que se incluyen disposiciones destinadas a los refugiados que pueden obtener condiciones más beneficiosas a través de esta figura⁽³⁴⁾.
- *Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril*, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan de otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁽³⁵⁾.
- *Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre*, relativa a las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁽³⁶⁾.

(33) DOCE L 212, 7-8-2001. A través del Real Decreto 1325/2003, por el que se aprueba el Reglamento sobre el régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, se ha concretado la formalización de la protección temporal en el marco de un nuevo estatuto de desplazado. Conviene recordar que este Real Decreto reforma el Reglamento de Asilo y Refugio y el Reglamento de Extranjería en relación con la permanencia en el territorio nacional por razones humanitarias y así «se podrá autorizar la permanencia en España siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado».

(34) DOCE L 251, 3-10-2003. Además, al objeto de plantear una futura incorporación a la sociedad receptora, los titulares del estatuto de refugiado quedarán favorablemente afectados por la Directiva sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre).

(35) DOCE L 304, 9-9-2004. Esta Directiva resulta novedosa en la medida en que engloba tanto la protección dispensada a quienes se les reconozca la condición de refugiado con arreglo a la Convención de Ginebra, como la protección subsidiaria dispensada a quienes, pese a no reunir las condiciones para ser reconocidos como refugiados, se encuentran en una situación que impide su expulsión o devolución con arreglo a otros instrumentos internacionales, estableciéndose los cimientos de un futuro estatuto de protección para aquéllos. Interesa destacar que el objetivo de esta Directiva no es otro que la adopción de normas mínimas comunes sobre los requisitos y el estatuto de refugiado y de otros tipos de protección internacional, el cese y exclusión del estatuto de refugiado, así como de la protección subsidiaria.

(36) DOCE L 326, 13-12-2005. Esta norma aborda los principios y garantías fundamentales que deben informar el acceso al procedimiento, el derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud. Se recogen garantías para los solicitantes y, en especial, para los menores no acompañados. Es de señalar que esta disposición precisa la forma de designación de terceros países seguros y el concepto de primer país seguro. Otro referente comunitario en la materia fue el Consejo Europeo de Tampere de 1999 y el desarrollo del programa allí acordado para la consecución efectiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia, proponiendo un nuevo programa que permita a la Unión avanzar en la consecución real de este objetivo. Es por esta razón que en el Consejo Europeo, en noviembre de 2004, se adoptó el Programa de La Haya que toma como punto de partida las bases de la política común de asilo e inmigración pero se centra en la adopción de una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la inmigración ilegal. También otorga protección efectiva a aquellos solicitantes en los que concurran los requisitos derivados de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de refugiado. En estos instrumentos normativos «se contienen las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales». *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, p. 90860.

3. Legislación española

La principal fuente jurídica de legitimación del derecho de asilo en nuestro país viene representada por el artículo 13.4 de la CE, en el que se reconoce que «la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España». Aunque la Constitución remita su desarrollo a la Ley, el hecho de que el asilo cuente con un expreso reconocimiento constitucional otorga una serie de efectos jurídicos garantizadores a este derecho, sin perjuicio de lo establecido en la normativa estatal dictada en desarrollo del mismo.

A) Precedentes legislativos

En el contexto internacional y europeo expuesto y, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 13.4 de la CE, en el ordenamiento español se han dictado sucesivas normas para dotar de regulación jurídica a esta institución⁽³⁷⁾.

- a) *Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*⁽³⁸⁾.

El primer desarrollo constitucional español del derecho de asilo tiene lugar en 1984 y responde a una triple línea de actuación que podemos sistematizar de la siguiente forma:

- *Motivos de asilo*: si bien, en un principio, esta institución sólo beneficiaba a los delincuentes comunes, nunca a los políticos, desde finales del siglo XVIII la tendencia se invierte, de modo que en esta norma se protege a los perseguidos políticos, extendiéndose su ámbito de aplicación a quienes sufren persecución por motivo de su raza, religión, o nacionalidad, incluso a quienes hayan cometido delitos políticos o conexos que no lo sean en España.
- *Protección que ofrece el asilo*: la protección primaria y esencial consiste en no devolver a la persona al Estado perseguidor y, por tanto, desestimar las peticiones de extradición. De ahí que la solicitud de asilo suspenda, hasta la decisión definitiva, el fallo de cualquier proceso de extradición del interesado que se halle pendiente o, en su caso, la ejecución del mismo (art. 5.2). De cualquier modo, la expulsión del extranjero nunca se realizará al país perseguidor, salvo casos de extradición formalmente acordada (art. 19.1)⁽³⁹⁾.

(37) No obstante, con anterioridad a estas normas se habían dictado algunas disposiciones provisionales y parciales. Entre otras, la Orden de 16 de mayo de 1979 del Ministerio del Interior núm. 124/1979, que regula el reconocimiento del derecho de asilo, y la Orden del Ministerio del Interior de 31 de agosto de 1979, núm. 214/1979, que prorroga el plazo para presentar la solicitudes de reconocimiento de tal condición. Sobre los antecedentes doctrinales a esta norma, *vid.* MARINO MENÉNDEZ, F., «Algunas observaciones sobre la nueva ley de asilo española», *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, núm. 4, Madrid, 1981, pp. 961-962; LÓPEZ GARRIDO, D., *El derecho de asilo...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; ORTEGA TEROL, J.M., «Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993, núm. 16, septiembre-Diciembre, pp. 125 y ss.

(38) Vigente hasta el 20 de noviembre de 2009.

(39) Además, el asilo puede comprender también las medidas prevista en el artículo 2 de esta norma, entre otras: autorización de residencia en España, expedición de documentos de viaje y de identidad, autorización para realizar actividades profesionales, laborales o mercantiles, así como asistencia social y económica.

- *Reconocimiento del derecho de asilo como un derecho del Estado.* En consecuencia, se traspaasa al Gobierno la decisión última sobre las solicitudes de asilo, quien goza de discrecionalidad, inspirándose en el artículo 1.2 y en el principio de que cada petición de asilo tiene sus propias características y debe examinarse individualmente. No obstante, existen límites a la discrecionalidad del gobierno provenientes de las normas internacionales y de unos mínimos estándares, como son la exigencia de no discriminación e igualdad de trato⁽⁴⁰⁾.
- b) *Ley 9/1994, de 19 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*⁽⁴¹⁾.

El estatuto recogido en la norma anterior es objeto de una reforma legal parcial con la publicación de la Ley 9/1994. El alcance de esta reforma se concreta en los siguientes aspectos:

- *Corrección de las disfuncionalidades en la aplicación de la norma y adaptación al contexto internacional.* Las necesidades de esta reforma se habían puesto de manifiesto ya con la aprobación de la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, en la que se instaba al gobierno a «adoptar las medidas necesarias para garantizar la necesaria celeridad en el examen individualizado de las solicitudes de asilo» y a «impedir la utilización fraudulenta con fines de inmigración económica del sistema de protección de los refugiados». Al mismo tiempo, la aprobación de instrumentos internacionales en materia de asignación de responsabilidad para el examen de las solicitudes de asilo y la progresiva armonización de las legislaciones nacionales, aconsejan la revisión de las normas vigentes sobre el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión del asilo⁽⁴²⁾.
- *Replanteamiento del estatus de refugiado:* a través de esta reforma, la institución del asilo aparece configurada como la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Con-

(40) GARCÍA MACHO, R., *El derecho de asilo...*, op. cit., p. 776. Cita en defensa de su tesis el trabajo de ESPADA RAMOS, M. I. y MOYA ESCUDERO, M., «La Ley reguladora de asilo y condición de refugiado de 16 de marzo de 1984 ¿nacionalismo o internacionalismo?», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 6, núm. 1, Madrid, 1985, p. 82; Vid. BLANQUER, D., *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general*, Madrid, 1997, Edit. Civitas; BUENO ARÚS, F., «Comentarios a la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado», en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios a la legislación penal*, t. VIII, vol. 2, *El extranjero y la legislación penal española*, Madrid, 1988, pp. 821-1040; CHUMBITA ZALDARRIAGA, H., «Asilo en España: Del derecho del Estado al Estado de Derecho», *Sistema*, núms. 50-51, noviembre de 1982, pp. 61-78.

(41) El bloque de legalidad se completa con el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, y la Disposición Final Tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y modifica la regulación de 1995.

(42) Vid. ORTEGA TEROL, J. M., «Algunas cuestiones acerca del derecho de asilo y refugio (Análisis jurisprudencial y perspectivas de desarrollo legislativo)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 1993, pp. 135-157; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «El derecho de asilo de los ciudadanos de la Unión en el interior de la UE», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, núm. 3, 1995, pp. 837-858; MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Algunas observaciones sobre la futura ley de asilo española», en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, núm. 4, 1981, pp. 955-965.

vención de Ginebra de 1951, es decir, a quien debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En cuanto al asilo por razones humanitarias, que se podía conceder a determinados extranjeros que no sufrieran persecución, se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería.

- *Simplificación del procedimiento de concesión de asilo.* Se trata de evitar que el procedimiento se convierta en un fin en sí mismo en el que se amparen pretensiones que carezcan manifiestamente de la justificación suficiente como para conseguir el propósito que inspira la institución. De esta forma, se establece una fase previa en el examen de las solicitudes que permita la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean manifiestamente abusivas o infundadas, así como aquellas otras cuyo examen no corresponda a España, o en que exista otro Estado en condiciones de prestar la protección⁽⁴³⁾. Por tanto, la entrada en territorio español de los extranjeros que pidan asilo en la frontera quedará condicionada a la admisión a trámite de su solicitud⁽⁴⁴⁾.

B) *La vigente Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*

La finalidad de nuestro legislador con la aprobación de esta norma no ha sido otra que la de actualizar y adecuar la regulación interna a la normativa comunitaria en la materia. Se trata de incorporar al ordenamiento español algunas normas comunitarias, cuya trasposición constituye el primer paso del Sistema Común de Asilo. De la misma forma, era preciso adecuar la anterior Ley 5/1984 (modificada por la Ley 9/1994) al panorama normativo internacional que ha evolucionado considerablemente desde la aprobación de la Convención de Ginebra y a cuyos nuevos retos es preciso dar respuesta a través del Derecho⁽⁴⁵⁾.

(43) Esta medida responde, por una parte, a las consideraciones recogidas en la Proposición no de Ley de 1991, en la que se pone de manifiesto que «el sistema de protección a los refugiados políticos se ve desvirtuado en la práctica por el número creciente de solicitudes, en su mayoría de inmigrantes económicos, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país».

(44) En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 9/1994, de 19 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, va aún más lejos y afirma que «la reforma en cuestión se acompaña con la conclusión número 30 del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, según el cual “sería útil que los procedimientos nacionales de determinación del estatuto de refugiado prevean disposiciones especiales para tratar con celeridad las solicitudes que se consideren tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad ya que tales solicitudes no constituyen motivos para pedir que se les reconozca el estatuto de refugiado”».

(45) En relación con la nueva Ley de asilo *vid.* SARDINA CÁMARA. P., «Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 23, 2010, pp. 303-306; SÁNCHEZ LEGIDO. A., «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración ilegal: A propósito de la nueva Ley de asilo», *Inmigración y asilo: problemas actuales y*

Se trata de una norma que regula el núcleo esencial de la protección internacional, protección que da lugar a la obtención de algunos de los derechos consagrados en la Convención de Ginebra que han sido desarrollados por las directivas comunitarias: básicamente el derecho a la no devolución del refugiado al país de origen donde sufre persecución, a la autorización de residencia y trabajo, así como a una serie de prestaciones sociales⁽⁴⁶⁾. De forma explícita y por primera vez en nuestra legislación, se contempla como objeto de esta Ley no sólo el derecho de asilo (art. 2), sino también la protección internacional subsidiaria (art. 4), que se venía aplicando en la práctica sin una previsión legal específica. Además, intenta delimitar conceptos básicos que definen la condición de refugiado (tales como persecución, motivos de persecución y agente perseguidor) y completar el listado de causas que ocasionan el cese o exclusión de la protección, entre otros aspectos. Su objetivo es establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios⁽⁴⁷⁾, así como los apátridas, puedan gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, perfilando el contenido de dicha protección internacional. De entre las novedades introducidas por esta Ley, merecen especial mención las dos siguientes:

- a) Se eleva el estándar de protección internacional al equiparar los dos estatutos en que ésta se traduce: el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria⁽⁴⁸⁾. También distingue con claridad los ámbitos de asilo y de extranjería, lo que va a permitir

reflexiones al hilo de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, coord. TRUJILLO PÉREZ, A. J. y ORTEGA TEROL, J. M., 2010, pp. 54-92; TRUJILLO PÉREZ, A. J., «Claves parlamentarias de la nueva ley reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria», en *Inmigración y asilo...*, op. cit., pp. 54-92; ROMÁN LUÁN, B., «La nueva Ley de Asilo: (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria)», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 22, 2009, pp. 147-160; GARCÍA MAHAMUT, M. R., «Reflexiones Constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria», en *Revista de derecho político*, núm. 78, 2010, pp. 43-93; ORTEGA JIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J., «Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo», en *Iuris: Actualidad y práctica del Derecho*, núm. 145, 2010, pp. 42-49; NIETO GARCÍA, A. J., «Derecho de asilo de menores, menores extranjeros no acompañados y otras personas vulnerables», en *Diario La Ley*, núm 7597, 2011.

(46) En virtud de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 12/2009, bajo la rúbrica de Derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria, «La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España».

(47) Expresamente, el artículo 1 de esta Ley excluye del ámbito de aplicación, *a sensu contrario*, a los nacionales de países comunitarios como consecuencia del establecimiento de un sistema común en materia de asilo e inmigración procedente del Tratado de Ámsterdam de 1997. En este sentido, «se da por supuesto que la Unión Europea, como espacio común único de libertad, seguridad y justicia, está integrada por países con democracias claramente reconocidas», comprometidos, a su vez, con los Derechos Humanos. *Vid.* SARDINA CÁMARA, P. I., «Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre...», op. cit., p. 303.

(48) El primero se puede obtener cuando se cumplen los requisitos de la Convención de Ginebra, y la segunda representaba hasta esta Ley una protección cualitativamente inferior y se vinculaba a la apreciación de razones humanitarias respecto de aquellas personas que no reunían los mencionados requisitos. La nueva Ley equipara ahora ambos regímenes en garantías y contenido y, además, define la protección subsidiaria en términos rigurosos, al concebirla como aquella que se dispensa a quienes, sin reunir los requisitos de la Convención de Ginebra para ser refugiado, tiene motivos fundados para creer que, en caso de regresar a su país de origen, estarían en riesgo de sufrir daños graves como pena de muerte, tortura, tratos inhumanos o degradantes o amenazas en el contexto generalizado de violencia ante un conflicto armado internacional o interno, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley.

III. DERECHO DE ASILO Y LIBERTAD RELIGIOSA

reconocer el estatuto de refugiado únicamente a quienes no ofrezcan dudas en su temor fundado de sufrir persecución por los motivos legalmente tasados, circunscribiendo la protección internacional a sus exactos términos e impidiendo que la institución del asilo pueda utilizarse de manera fraudulenta por parte de inmigrantes económicos.

- b) Se recogen de forma expresa las características de género y de orientación sexual (art. 3), como causas que pueden dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado por pertenencia a un determinado grupo social⁽⁴⁹⁾.

Configurado así el derecho de asilo, éste se traduce en la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado, condición predicable de «toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual⁽⁵⁰⁾, se encuentra fuera de su país, o el apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él» (art. 3).

IV. LAS CREENCIAS RELIGIOSAS COMO OBJETO DE TUTELA INTERNACIONAL

De la normativa expuesta podemos concluir que las creencias religiosas, tanto a nivel internacional como comunitario, se han convertido en un elemento decisivo para la concesión del derecho de asilo y el reconocimiento del estatuto de refugiado. Pero las solicitudes de asilo por motivos religiosos presentan una especial complejidad debido a la dificultad de precisar el término «religión» contenido en la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951, concepto éste no perfilado en la norma⁽⁵¹⁾. No obstante, lo que debemos entender por «religión», a los efectos de otorgar la tutela internacional derivada del derecho de asilo, ha sido objeto de atención tanto a nivel internacional por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), como en el ámbito de la Unión Europea⁽⁵²⁾.

(49) Otra de las novedades de la nueva Ley estriba en que se produce un fortalecimiento de las garantías inherentes al procedimiento de obtención de protección internacional y se regulan expresamente no sólo las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, sino también las que se refieren al reagrupamiento familiar (art. 41). Igualmente, desarrolla el régimen de exclusión, revocación y cese de la protección internacional, lo cual pretende evitar que se pueda utilizar el asilo para cometer delitos o actividades que pongan en peligro la seguridad del Estado (art. 8).

(50) El Capítulo I de la Ley establece las condiciones para el reconocimiento del derecho de asilo, determinando qué tipo de actos de persecución están comprendidos en este concepto (art. 6), así como los motivos de persecución (art. 7), junto a las causas de exclusión (art. 8) y de denegación (art. 9).

(51) Los trabajos preparatorios de esta Convención muestran que la persecución por motivos religiosos fue parte integral y aceptada en la definición de refugiado a lo largo del proceso de borrador. Sin embargo, no hubo intento por definirla como tal.

(52) El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los derechos y libertades fundamentales consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al decidir respecto a las solicitudes con base en motivos religiosos, es útil, por tanto, referirse al artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Así las cosas, el concepto elaborado por ACNUR en sus Directivas sobre protección internacional relativas a las solicitudes de asilo por motivos religiosos, en el marco de la Convención de Ginebra, interpreta el término religión en el contexto del derecho internacional de los refugiados, comprensivo tanto de la libertad de pensamiento y de conciencia como de religión⁽⁵³⁾. También incluye el derecho a no profesar o negarse a profesar una religión o a sostener una creencia religiosa particular⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, las solicitudes de asilo fundamentadas en motivos religiosos pueden implicar alguno de los siguientes elementos:

- a) religión como creencia,
- b) religión como identidad,
- c) religión como forma de vida⁽⁵⁵⁾.

En este contexto, el término creencia incluye el pensamiento teísta, no teísta y ateo⁽⁵⁶⁾. El concepto de identidad no sólo se refiere a la pertenencia a una comunidad que observa determinadas prácticas comunes, rituales, tradiciones étnicas y ancestrales, sino también comprende el ámbito de las convicciones teológicas⁽⁵⁷⁾. Finalmente, la religión es conce-

de 1948 y los artículos 18 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. También son relevantes los Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos (Observación General núm. 22, adoptada el 20 de julio de 1993, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/ADD.4, 27 de septiembre de 1993), la Declaración de 1981 sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones; la Declaración de 1992 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, y los informes del Relator Especial sobre Intolerancia Religiosa: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/FramePage/intolerance+En?OpenDocument>>.

Estos estándares internacionales de Derechos Humanos proporcionan una guía para definir el término «religión» en el contexto del derecho internacional de los refugiados, que permite revisar las acciones emprendidas por los Estados para restringir o prohibir ciertas prácticas.

(53) *Vid. Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*, 1979, Ginebra, reeditado en 1992, párrafo 71. Como señala el Comité de Derechos Humanos, «la religión no está limitada... a las religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características institucionales o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales», Observación General núm. 22, *cit. supra*, nota 49.

(54) No obstante, no se trata de un derecho ilimitado, y la normativa internacional sobre Derechos Humanos prevé una serie de límites legítimos para el ejercicio de la libertad religiosa. En este sentido, el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

(55) A esta triple acepción se refiere LLAMAZARES cuando pone de manifiesto que «creencias y convicciones afectan a lo más profundo de la personalidad de ahí que sean merecedoras del mismo tipo de protección jurídica», y así, define las convicciones como «ideas o creencias, de realidades o ideales, vividas y sentidas, en razón de su entidad objetiva, como parte integrante de la propia identidad personal». LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4.ª ed., Ed. Thomson, Pamplona, 2011, pp. 18 y 19.

(56) Como ponen de manifiesto las Directrices sobre Protección Internacional de 28 de abril de 2004, párrafo 6, «las creencias pueden constituir convicciones o valores acerca de lo divino, de la realidad definitiva o del destino espiritual de la humanidad. Los solicitantes de asilo también pueden ser considerados herejes, apóstatas, cismáticos, paganos o supersticiosos, incluso por otros fieles de su credo religioso y ser perseguidos por esa razón».

(57) *Ibidem*, párrafo 7, en el que se establece que «un solicitante se puede identificar con un grupo en particular o puede tener un sentido de pertenencia a ella (a la religión) o ser identificado por otros como perteneciente a ella. En muchos casos, los perseguidores apuntan a grupos religiosos que son diferentes del suyo porque ven esa identidad religiosa como una amenaza a su propia identidad o legitimidad».

III. DERECHO DE ASILO Y LIBERTAD RELIGIOSA

bida para el creyente como un aspecto fundamental de su forma de vida que condiciona el modo de relacionarse con los demás y con el mundo⁽⁵⁸⁾.

De acuerdo con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el derecho de libertad religiosa incluye el derecho a manifestar la religión o las creencias de la elección de la persona, ya sea individualmente o colectivamente, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza, tanto en público como en privado⁽⁵⁹⁾, y en parecidos términos se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.1), de manera que nadie puede «ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección» (art. 18.2). Además, en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, «no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma» (art. 27).

Desde el punto de vista de la Unión Europea⁽⁶⁰⁾, como resultado de la consideración de la política de asilo como una política de interés común para los Estados miembros⁽⁶¹⁾, se articulan algunas disposiciones relativas a la aplicación armonizada del término refugiado⁽⁶²⁾, disposiciones en las que se hace mención expresa a la religión como motivo de persecución. Se entiende el concepto de religión en sentido amplio, comprensivo de las creencias teístas, no teístas y ateas. Además, se considera que la persecución por motivos religiosos puede revestir distintas formas, desde la prohibición total de la práctica de culto y de la enseñanza de la religión, hasta medidas gravemente discriminatorias contra personas que pertenecen a un determinado grupo religioso, medidas que se ponen de manifiesto cuando el Estado prohíbe o reprime la práctica religiosa, incluso en el ámbito privado⁽⁶³⁾. También puede darse la persecución por motivos religiosos cuando los ataques se dirigen contra una persona que no desee profesar ninguna religión determinada o que no quiera cumplir total o parcialmente con los ritos o costumbres ligados a una religión⁽⁶⁴⁾.

(58) Desde este punto de vista, la religión se puede manifestar en muchas actividades, como el uso de ropas distintivas o la observancia de determinadas prácticas religiosas, incluyendo honrar las fiestas religiosas o respetar requerimientos dietéticos. Estas prácticas, aunque pueden parecer triviales para los no creyentes, pueden formar parte de la forma de vida para quien sí lo es.

(59) El artículo 18 establece que «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

(60) Vid. CHUECA SANCHO, A. G., «El derecho humano a la libertad de religión y convicciones en una Europa intercultural», en Estudios en *Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 3, 2008, pp. 297 y ss.

(61) Artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea.

(62) Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (96/196/JAI), Diario Oficial núm. L 063 de 13-3-1996 p. 0002-0007.

(63) *Ibidem*, artículo 7.2, apartado 2.

(64) *Ibidem*, artículo 7.2, apartado 3.

En el mismo sentido es reconocida la libertad religiosa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽⁶⁵⁾ y, tras la incorporación del derecho de asilo al marco comunitario, la Directiva 2004/83, de 29 de abril, también hace referencia al concepto de religión que debe tenerse en cuenta a estos efectos. Comprende, en particular, «(...) la profesión de creencias teístas, no teístas o ateas, la participación o la abstención de participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basada en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta»⁽⁶⁶⁾.

V. PROTECCIÓN DE LOS EXTRANJEROS POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Llegados a este punto, corresponde examinar en qué términos nuestro ordenamiento jurídico otorga protección a personas no nacionales⁽⁶⁷⁾ frente a violaciones de su derecho de libertad religiosa que han tenido lugar fuera de nuestras fronteras. No podemos pasar por alto el hecho de que España se ha adherido a la Convención de Ginebra de 1951⁽⁶⁸⁾. Con ello asume el compromiso de aplicar sus disposiciones sin discriminación por razones de raza, religión o país de origen (art. 3). En concreto, respecto al derecho de libertad religiosa e ideológica, los Estados contratantes se comprometen a «otorgar a los refugiados que se encuentren en su territorio un trato por lo menos, tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y respecto a la libertad de instrucción religiosa de sus hijos» (art. 4). Por tanto, el Estado español, al suscribir el Convenio, se obliga a garantizar el ejercicio del derecho de libertad religiosa de los refugiados, evi-

(65) Señala su artículo 9, bajo la rúbrica de Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática».

ARLETTAZ, F., «La libertad religiosa de los extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 21, 2009, pp. 63-65. GARCÍA MAHAMUT, R., «Algunas reflexiones sobre la libertad religiosa y la protección internacional (derecho de asilo y protección subsidiaria) en el ordenamiento jurídico español», en *Jornadas Jurídicas sobre libertad religiosa en España*, Coord. FERREIRO GALGUEIRA, J., Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 246.

(66) *Vid.* artículo 10.1.b) de la Directiva 2003/83, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; dentro de los motivos de persecución, aborda el concepto de religión en estos términos.

(67) Recordemos que, según la Ley 12/2009, únicamente tienen derecho a la protección dispensada por el derecho de asilo los nacionales no comunitarios o los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

(68) *Vid.* Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrado en Ginebra el 28 de julio de 1951, así como al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de Nueva York de 31 de enero de 1967, Madrid, 26 de septiembre de 1978.

III. DERECHO DE ASILO Y LIBERTAD RELIGIOSA

tando que se vean vulnerados en el país de destino los mismos derechos que les obligaron a abandonar el país del que huyeron⁽⁶⁹⁾.

La actual Ley española reguladora del derecho de asilo y del estatuto de refugiado también define lo que debemos entender por «motivos religiosos» a la hora de otorgar la protección que el derecho de asilo lleva aparejada. Y considera que «el concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta» (art. 7 de la Ley 12/2009).

A partir de estas premisas, cabe preguntarse si el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa y de culto, previsto en el artículo 16.1 de la Constitución y desarrollado por la Ley 7/1980, de Libertad Religiosa (LOLR), puede servir de paradigma para la protección de los extranjeros por motivos religiosos a través de la institución del asilo. En otras palabras, si el concepto de derecho de libertad religiosa y de «religión» objeto de tutela por el derecho de asilo tiene cabida en el contenido del derecho de libertad religiosa y de culto regulado en el artículo 2.1 de la LOLR para dar lugar a la protección internacional de los extranjeros por motivos religiosos dentro de las fronteras de nuestro país. Para ello, analizaremos por separado las distintas manifestaciones del derecho de libertad religiosa amparadas por el ordenamiento jurídico español⁽⁷⁰⁾ y compararemos si existe parangón en el ámbito del derecho internacional de asilo para otorgar la protección que esta institución representa.

Desde este punto de vista, el derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico español comprende las siguientes acciones:

a) *Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna* [art. 2.1.a) LOLR]. La Ley española reguladora de derecho de asilo del año 2009 es más partidaria de acuñar los términos del derecho internacional de los refugiados y habla de «la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas», en similares términos a como lo hace ACNUR en sus instrumentos internacionales (Directivas sobre protección internacional relativas a las solicitudes de asilo por motivos religiosos en el marco de la Convención de Ginebra o la Directiva 2004/83)⁽⁷¹⁾.

b) *Cambiar de confesión o abandonar la que tenía*. El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a cambiar de religión o de creencia, y de la misma manera se pronuncia el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entendemos que el hecho de que no se contemple esta posibilidad en la actual

(69) Vid. RODRÍGUEZ MOYA, A., «Derecho de asilo y libertad de conciencia», *op. cit.*, p. 364.

(70) Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M. C., «Extranjería y derecho de libertad religiosa», en *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos...*, *op. cit.*, pp. 731-751.

(71) Se utiliza idéntica expresión, como vimos, en la Posición Común de 4 de marzo de 1996 definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (96/196/JAI).

Ley de asilo no evita que los actos de persecución efectuados con motivo del cambio de religión o por actos de apostasía den lugar a esta protección internacional.

c) *Manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.* De forma similar se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 18, en la que se protege el derecho a manifestar la religión o las creencias de la elección de la persona y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconoce «la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado» (art. 9.1).

d) *Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales* [art. 2.1.b) LOLR]. También la Ley 12/2009 contiene un reconocimiento expreso a la libertad para practicar actos de culto o abstenerse de ellos en los siguientes términos: «(...) la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta» [art. 7.1.b)]⁽⁷²⁾.

e) *Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole (...); elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*⁽⁷³⁾. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 4 de la Convención de Ginebra, donde se reconoce el derecho del refugiado a instruir a sus hijos en su propia religión. A estos efectos, pueden ser relevantes la existencia de códigos de vestimenta, restricciones de movimiento, prácticas tradicionales o trato desigual o discriminatorio, incluyendo el sometimiento a leyes y/o sanciones discriminatorias⁽⁷⁴⁾, de ahí las limitaciones establecidas por el ordenamiento español al ejercicio de este derecho, como veremos posteriormente.

f) *Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas.* La protección de esta dimensión colec-

(72) En algunos países de religión oficial no resulta fácil la práctica de actos de culto distintos de los de la religión estatal, sobre todo públicamente. En este sentido, la Directiva 2004/83, al valorar los motivos de persecución, señala que se tendrá en cuenta, entre otros elementos, «la participación o la abstención de participar en actos de culto formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basados en cualquier creencia religiosa u ordenados por ésta» [art. 10.1.b)].

(73) En este mismo sentido se pronuncia el artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

(74) En algunos países las jóvenes son entregadas en nombre de la religión para que ejecuten deberes de esclavas o proporcionen servicios sexuales a los clérigos o a otros hombres. También en el nombre de la religión, las menores de edad pueden ser forzadas a contraer matrimonio, ser castigadas por crímenes de honor o ser sometidas a mutilación genital forzosa. Otras son ofrecidas a las deidades y compradas por individuos que creen que ellas les concederán ciertos deseos. *Vid.* núm. 24 de las Directrices sobre Protección Internacional n. 6: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

tiva del derecho de libertad religiosa por parte de nuestro ordenamiento jurídico viene ratificada por la Ley de asilo 12/2009⁽⁷⁵⁾, que recoge, a su vez, tanto las prescripciones de la Directiva 2004/83 y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como las Directrices sobre protección internacional de las solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados⁽⁷⁶⁾.

En consecuencia, el elenco de derechos que comprende el ejercicio de la libertad religiosa en nuestro ordenamiento jurídico es también predicable de la protección internacional de esta libertad. Sin embargo, no todas las restricciones al ejercicio de la libertad religiosa pueden dar lugar a la tutela dispensada por la protección internacional que deriva del derecho de asilo⁽⁷⁷⁾. Y en este extremo también podemos apreciar la coincidencia que existe entre nuestra legislación y el derecho de los refugiados. Así lo pone de manifiesto la LOLR al reconocer que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la Libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática» (art. 3.1), en la misma línea del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁷⁸⁾.

Como ha puesto de manifiesto el Comité de Derechos Humanos, estas limitaciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente y guardar la debida proporción con la necesidad específica de la que dependen⁽⁷⁹⁾. Por tanto, al ponderar la legitimidad de la restricción o limitación, es necesario analizar cuidadosamente por qué y cómo fue impuesta. Y así, se han venido aceptando el establecimiento de restricciones o limitaciones para prevenir actividades criminales (por ejemplo, asesinatos rituales), prácticas tradicionales peligrosas o prácticas religiosas que atenten contra el interés superior de los menores, según lo recogen los estándares legales internacionales⁽⁸⁰⁾.

(75) En esta norma se reconoce, artículo 7.b), el derecho a «... participar en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones de opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria...».

(76) El núm. 11 reconoce que «el derecho a la libertad religiosa incluye la libertad de manifestar la religión o las creencias de su elección, ya sea individualmente o colectivamente... la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza, tanto en público como en privado...».

(77) También el núm. 4 de las Directrices sobre Protección Internacional de abril de 2004 pone de manifiesto que «no obstante, el término “religión” no es ilimitado y el derecho internacional de los Derechos Humanos prevé una serie de límites legítimos para el ejercicio de la libertad religiosa...».

(78) El artículo 18 (3) del Pacto Internacional permite restricciones a «la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias», y se refiere solo a las limitaciones que «están prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás».

(79) Vid. Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 22. Añade esta observación: «No se podrán imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se podrán aplicar de manera discriminatoria».

(80) Vid. núm. 15 de las Directrices sobre Protección Internacional, bajo la rúbrica de «Restricciones o limitaciones al ejercicio de la libertad religiosa». Otra restricción justificable, incluso necesaria, podría implicar la penalización de los discursos que incitan al odio, incluyendo los que invocan razones religiosas. Es irrelevante el hecho de que una restricción al ejercicio de la libertad religiosa tenga el apoyo de la mayoría de la población en el país de origen del solicitante o que se limite a la manifestación de la religión en público.

En definitiva, se trata de situaciones que ni dan lugar a la protección interna del ejercicio de la libertad religiosa, ni a la protección que dispensa el derecho de asilo, aunque representen prácticas limitativas del ejercicio de este derecho, si bien habrá que analizar caso por caso para comprobar si se está en presencia de alguna situación como las descritas⁽⁸¹⁾.

Llegados a este punto podemos concluir que el contenido del derecho de libertad religiosa y de culto, en los términos previstos en la LOLR, sirve de referencia para la protección de los extranjeros en España a través de la institución del asilo. En otras palabras, la vulneración fuera de nuestras fronteras del derecho de libertad religiosa reconocido por nuestro ordenamiento jurídico da lugar a la protección internacional, siempre y cuando, recordemos, el instructor encargado de examinar la solicitud de asilo compruebe que se dan además las circunstancias previstas en la Ley de 2009⁽⁸²⁾.

VI. EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS RELIGIOSOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El reconocimiento del estatuto de refugiado tiene lugar en virtud de un procedimiento administrativo en el que el instructor del expediente encargado de evaluar la solicitud no sólo debe tener en cuenta el aspecto material de la protección internacional de los extranjeros por motivos religiosos, sino también la vertiente formal, de manera que ésta se convierte en un elemento esencial en la tramitación del expediente. La propia Ley 12/2009 reconoce que «para que se resuelva favorablemente la solicitud bastará que aparezcan indicios suficientes de persecución o de daños graves» (artículo 26.2). De ahí que la credibilidad del relato, como ha puesto de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia, se convierta en una cuestión central, y por eso se suelen realizar pruebas para constatar el grado de conocimiento de la religión invocada por el solicitante de asilo como objeto de protección. No obstante, en el caso de que se deniegue la condición de refugiado y el derecho de asilo, y una vez agotada la vía administrativa, el solicitante puede interponer recurso contencioso-administrativo⁽⁸³⁾.

(81) El reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión del derecho de asilo por motivos religiosos cuenta con una amplia tradición en nuestro país. Así, en el año 2005, la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio propuso al Ministro del Interior la concesión del derecho de asilo a 202 personas, de las cuales 12 lo fueron por motivos religiosos, y en el año 2006, de 134 propuestas, 17 lo han sido por razones de religión. *Vid. Memoria Estadística de la Oficina de Asilo y Refugio*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2006.

(82) De conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 7.b), es preciso la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- a) Que exista en la persona un temor fundado de sufrir una persecución lo suficientemente grave por su naturaleza o carácter reiterado como para temer sufrir daños graves en caso de regresar a su país de origen.
- b) Que esta persecución se produzca con motivo del ejercicio del derecho de libertad religiosa en los términos, formas y manifestaciones indicadas.
- c) Que exista un riesgo real de que la persona sufra tal daño en caso de ser devuelta a su país de origen.
- d) Que la persona se encuentre fuera de su país de origen cuando solicita asilo.
- e) Finalmente, que dicha persecución provenga de agentes bien estatales, bien terceros, pero en ningún caso el Estado de origen puede o quiere proporcionar la protección contra la persecución.

(83) El artículo 29.1 de la Ley 12/2009 dispone que «las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa, salvo en el caso de que se haya presentado la petición de reexamen prevista en el apartado

En este sentido, son diversos los pronunciamientos judiciales de los tribunales españoles que abordan la cuestión del derecho de asilo por motivos religiosos. En la práctica, es mucho más frecuente encontrar resoluciones que desestiman la pretensión del demandante de asilo que aquellas otras que ordenan la admisión a trámite de la solicitud, pues la determinación de la necesidad de protección acordada en vía administrativa es fruto de todo un procedimiento que obliga a valorar al instructor, encargado de estudiar la solicitud de asilo, la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la legislación española. Por eso, hemos agrupado las resoluciones judiciales en dos grupos, diferenciando aquellas que ordenan la admisión a trámite de la solicitud de asilo por razones religiosas de aquellas otras que consideran que no hay razones suficientes para otorgar la tutela que la institución del asilo lleva aparejada.

1. Resoluciones favorables a la concesión del derecho de asilo

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido favorable al reconocimiento del derecho de asilo amparado en razones de índole religiosa. Entre otras sentencias, podemos señalar las siguientes:

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2007*⁽⁸⁴⁾.

Con estimación del recurso interpuesto, se ordena a la Administración que admita a trámite la solicitud de asilo presentada por los recurrentes, nacionales de Rusia. Declara el Tribunal que el «relato expuesto por los solicitantes describía una grave persecución por motivos étnicos y religiosos, encuadrable, en principio, entre las causas o motivos de asilo reconocidos en la Convención de Ginebra de 1951...» (FJ Tercero). Afirma el Tribunal Supremo que «no es obstáculo para la admisión a trámite de la solicitud de asilo el hecho de que esa persecución no proviniera directamente de agentes estatales y se enmarcara en un contexto de criminalidad mafiosa. Y ello, por cuanto es jurisprudencia ya consolidada la que viene declarando que procede otorgar la condición de refugiado y el consiguiente derecho de asilo, a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de (...) religión (...), no sólo cuando tal persecución provenga de las Autoridades del país de origen, sino cuando proceda de sectores de la población cuya conducta sea deliberadamente tolerada por las Autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz» (FJ Tercero). Pues bien, en el relato de los actores se alude expresamente a esa situación de pasividad de la Autoridad.

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2007*⁽⁸⁵⁾.

Estima el recurso de casación y anula la resolución que inadmitió a trámite la petición de asilo de los recurrentes, que habían alegado una persecución religiosa a causa de su condición de cristianos, aportando datos relativos a su pertenencia a la Iglesia católica de

cuarto del artículo 21, en que se entenderá que pone fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición, y serán susceptibles de recurso de reposición con carácter potestativo y de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

(84) Número de procedimiento: 6869/2003.

(85) Número de procedimiento: 9042/2003.

Irak, país sumido en una notoria situación de grave conflicto social y religioso. Insisten los demandantes de asilo que se vieron obligados a salir de Irak no por razones meramente económicas, sino por motivos religiosos, al ser cristianos y vivir sometidos a una fuerte presión por parte de la mayoría musulmana, «... por lo que no resulta de aplicación la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, que permite acordar la inadmisión a trámite de la solicitud sólo cuando no se haya relatado ninguna persecución protegible». Las eventuales dudas que aquel relato pudiera suscitar «no pueden resolverse con la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, sino que solo pueden despejarse tramitando el procedimiento y decidiendo finalmente si procede o no la concesión del asilo solicitada...» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006*⁽⁸⁶⁾.

Reconoce el Tribunal a la actora, nacional de Cuba, el derecho a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite. Afirma que «el relato de la solicitante expone una persecución de índole personal, por motivos religiosos, que, en principio, reviste carácter protegible a través de la institución del asilo» (FJ Quinto). La recurrente adujo que la habían echado de dos centros docentes por motivo de discriminación religiosa y que desde entonces tenía dificultades para acceder al trabajo por tal motivo. Al respecto declara el Tribunal que «la situación de marginación o discriminación en el ámbito laboral, o la práctica imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, pueden merecer la protección que otorga el asilo, siempre y cuando esa situación de marginación o discriminación esté originada en alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra de 1951» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2006*⁽⁸⁷⁾.

Ordena la Sentencia la admisión a trámite de la solicitud de asilo por entender que «basta que se exponga una persecución protegible para que la solicitud merezca el trámite, a fin de dar al solicitante la oportunidad de probar sus afirmaciones» (FJ Tercero). En este caso el actor expone haber sufrido una grave persecución por motivos étnicos y religiosos, con amenazas de muerte, a cargo de un grupo organizado que desarrolla su actividad ante la pasividad e indiferencia de las Autoridades locales; «dicho relato hace al menos posible la existencia de una persecución protegible, de forma que la solicitud merece el trámite» (FJ Tercero).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2006*⁽⁸⁸⁾.

Los hechos relatados, en contra del parecer de la Administración y de la Sala de instancia, que ratifica la decisión de aquélla, son de los que, conforme al artículo 3.1 de la Ley de Asilo 5/1984, constituyen causa para reconocer a una persona la condición de refugiado. El relato del solicitante expuso una persecución de índole personal, por motivos religiosos, que en principio reviste carácter protegible a través de la institución del asilo. Narró una persecución personal mantenida en el tiempo contra él, por causa de su religión, y aduciendo que había sufrido un despido y que desde entonces no ha tenido acceso al trabajo

(86) Número de procedimiento: 4681/2003.

(87) Número de procedimiento: 3957/2003.

(88) Número de procedimiento: 974/2003.

III. DERECHO DE ASILO Y LIBERTAD RELIGIOSA

por tal motivo. «La situación de marginación o discriminación en el ámbito laboral, o la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo, pueden merecer la protección que otorga el asilo, siempre y cuando esa situación de marginación o discriminación está causalizada en alguno de los motivos de persecución contemplados en la Convención de Ginebra de 1951» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005*⁽⁸⁹⁾.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación sobre inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, porque se infringe el artículo 5.6 b) de la Ley 5/1984, «... ya que los hechos relatados por la parte recurrente describen una persecución individualizada y protegible de tipo religioso, merecedora de admitir a trámite tal petición...» (FJ Tercero). Para la solicitante es imposible volver a Cuba ya que le obligarían a realizar actos contrarios a sus creencias religiosas, pues se trata de una católica practicante y en Cuba es legal el aborto y se realiza muy frecuentemente. En el hospital en que trabajaba se practicaban abortos a diario, los cuales se iba a ver obligada a practicar la solicitante, y los métodos para su producción son además tan cruentos que pelagra la vida de la madre junto a la “vida sagrada del niño” porque las confesiones religiosas se consideran contrarias al sentir comunista» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2005*⁽⁹⁰⁾.

Esta resolución «considera vulnerados los artículos 3 y 8 de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, porque la documentación que acompañó a su demanda ha justificado la concurrencia de causas para la concesión de asilo». Concretamente expone «... que ha alegado y justificado una persecución personal y concreta, por motivos religiosos de gravedad indudable en cuanto que se constata el asesinato de su padre y hermanos por los fundamentalistas islámicos, el incendio de su casa buscando también su muerte, su persecución para matarlo, su búsqueda por la policía ordenada por los responsables de ésta de origen musulmán y por los seguidores de la secta cuya jefatura ostentaba su padre para asesinarle por no aceptar sucederle...» (FJ Tercero).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2005*⁽⁹¹⁾.

En este caso el demandante de asilo, en su solicitud, alega que había sufrido una persecución personal basada en motivos religiosos, por su condición de pastor de la Iglesia cristiana baptista, a cargo de los musulmanes de la zona. Esa persecución que el recurrente decía sufrir por ser cristiano «... debe entenderse contemplada en el artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra de 1951, y por remisión a ella en el artículo 3.1 de la mencionada Ley de Asilo 5/1984, por lo que la solicitud de asilo formulada por aquél debe ser —desde esta perspectiva— admitida a trámite...»; «... no siendo ocioso recordar, una vez más, que es muy reiterada la jurisprudencia que ha recordado que se debe admitir a trámite la petición de asilo cuando las causas alegadas sean de aquéllas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, salvo que resulten manifiestamente falsas, inverosímiles o

(89) Número de procedimiento: 6449/2002.

(90) Número de procedimiento: 2671/2002.

(91) Número de procedimiento: 1858/2002.

carentes de vigencia, sin que en ese trámite sea preciso aportar pruebas o indicios de su existencia o realidad, lo que sólo se deberá exigir para resolver sobre la concesión o no del asilo...» (FJ Quinto).

2. Resoluciones contrarias a la concesión del derecho de asilo

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011*⁽⁹²⁾.

Esta resolución declara conforme a Derecho la Resolución del Ministerio del Interior, que denegó al recurrente, ciudadano nacional de Sierra Leona, el reconocimiento del derecho de asilo en España, solicitado por ser víctima de persecución al negarse a formar parte de un grupo religioso liderado por su propio padre. La Sala entiende que «la solicitud de asilo efectuada no se sustenta en ninguno de los motivos contenidos en la Convención de Ginebra (...), «en tanto en cuanto la narración realizada por el interesado, además de no ser verosímil, afectaría a sus convicciones éticas personales pero no reflejaría una situación real de persecución» (FJ Tercero). En cuanto a la petición efectuada con carácter subsidiario, consistente en que se declarase al menos el derecho del recurrente a la permanencia en España por razones humanitarias de acuerdo con el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, el TS señala que «no puede prosperar al no apreciarse en el caso del recurrente razones especiales apoyadas en motivos serios y fundados para determinar que el retorno a su país de origen supondría un riesgo real para su vida o su integridad física» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2008*⁽⁹³⁾.

Señala el Tribunal Supremo que «no se conculca tampoco el artículo 5.6 de la Ley 5/1984, al no poder admitirse como hecho notorio que justifique la admisión a trámite del asilo, que los cristianos de Nigeria estén perseguidos y desprotegidos en la totalidad del país, pues la actora no aportó el más mínimo dato sobre las circunstancias concretas de esas persecuciones, ni sobre la repercusión que tales enfrentamientos habían tenido sobre su persona» (FJ Segundo). En este sentido, no podemos admitir como «hecho notorio» que los cristianos de Nigeria, como tal colectivo, tan solo por el hecho de ser cristianos, estén perseguidos y desprotegidos en la totalidad del territorio del país y en términos tales que se vean obligados a abandonarlo y solicitar asilo en terceros Estados. Más bien al contrario, por el conocimiento que esta Sala tiene de otros muchos casos de solicitantes de asilo provenientes de Nigeria, hemos constatado que aun siendo cierto que en algunas zonas de dicho país existen graves conflictos religiosos entre la población musulmana y la cristiana, en otras zonas tal conflicto no existe o no existe con una intensidad tal que justifique la concesión del asilo por el solo hecho de ser cristiano y nacional de Nigeria (en este sentido, SSTs de 9 de febrero y 19 de abril de 2007, RRC 9645/2003 y 130/2004)» (FJ Quinto).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 2008*⁽⁹⁴⁾.

En esta resolución, de acuerdo con el informe de la instructora del expediente sobre las razones justificativas de la propuesta de inadmisión, con la que ACNUR se mostró de

(92) Número de procedimiento: 6973/2010.

(93) Número de procedimiento: 299/2004.

(94) Número de procedimiento: 364/2004.

acuerdo y que la resolución impugnada hizo suya, «(...) los motivos alegados no están recogidos en la Convención de Ginebra, al haber manifestado que busca un país para vivir y trabajar, y al aludir a conflictos religiosos entre musulmanes y cristianos, siendo así que en Edo State no hay mayoría musulmana ni está impuesta la Ley Islámica, tal y como sucede en algunos de los Estados norteros de Nigeria, además de constar que las autoridades de su país no promueven, autorizan, ni permanecen inactivas ante tales tipos de disturbios (...)» (FJ Tercero).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2006*⁽⁹⁵⁾.

En este caso, el actor alegó, como motivo de persecución personal, que tenía que tomar el puesto de su padre en la sociedad «echoco», y al negarse por motivos religiosos, porque es cristiano, se ve perseguido por los miembros de la tribu. Señala la sentencia que «hemos de partir de la base de que la persecución que el interesado alega y a la que refiere su temor no procede de ninguna autoridad o agente estatal de su país de origen, sino de personas del clan al que su familia pertenece. El dato es relevante, porque ciertamente, es reiterada la jurisprudencia que declara que procede otorgar el asilo a quien tiene fundados temores de ser perseguido en su país por motivos de religión (...), no solo cuando esa persecución provenga de las autoridades o agentes del Estado sino también cuando tal persecución provenga de sectores de la población, ahora bien, en este último caso, siempre y cuando esa conducta sea deliberadamente tolerada por las autoridades o éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz» (FJ Tercero). Pues bien, «en este caso el relato del solicitante no expresaba una persecución fundamentalmente imputable a las Autoridades de Nigeria, sino procedente de personas de un clan al que pertenecía su progenitor, al margen de cualquier intervención estatal, y nada dijo el solicitante en el sentido de que habiendo denunciado esas amenazas y daños, las Autoridades y Fuerzas de Seguridad de Nigeria hubieran permanecido inactivas o fueran impotentes para proporcionarle protección» (FJ Tercero).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2006*⁽⁹⁶⁾.

El demandante de asilo, en este caso, fundamenta su pretensión en la existencia de una persecución encuadrable dentro de las causas o motivos de asilo recogidos en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley de Asilo 5/1984, al haberse visto obligado a huir de su país de origen por motivos religiosos, concretamente por ser cristiano, en un país como Nigeria, de mayoría musulmana, donde se ha llegado a imponer la ley islámica, con tristes casos de lapidaciones y juicios religiosos por adulterio. Ahora bien, nada alega en este recurso de casación para desvirtuar o rebatir la apreciación de la Administración, asumida por la sentencia impugnada, «de que el conflicto religioso entre cristianos y musulmanes no se ha producido en la concreta zona donde residía; sin que pueda admitirse como “hecho notorio” que los cristianos de Nigeria, como tal colectivo, tan solo por el hecho de ser cristianos, estén perseguidos y desprotegidos en la totalidad del territorio del país, en términos tales que se vean obligados a abandonarlo y solicitar asilo en terceros Estados (en este sentido, STS de 7 de abril de 2006, rec. núm. 2136/2003)» (FJ Cuarto).

(95) Número de procedimiento: 7099/2003.

(96) Número de procedimiento: 5499/2003.

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2006*⁽⁹⁷⁾.

De las propias manifestaciones de la actora no se deduce la existencia de persecución personal e individualizada, sino que, como ha ocurrido a cientos de ciudadanos de ese país, de forma indiscriminada, se han visto envueltos en la guerra o conflictos religiosos entre musulmanes y cristianos, y que pueden ser evitados trasladándose a otra zona del país sin precisar tener que pedir el asilo en otro Estado. Por eso, señala la sentencia que «las circunstancias que justificarían el otorgamiento del asilo, es el “temor fundado” a sufrir persecución individualizada y personalizada por razones de raza o ideología política o creencia religiosa, porque la situación política de un país, incluso en guerra civil, en sí mismo, no es causa para el reconocimiento del derecho pretendido, como tiene unánimemente reconocido la jurisprudencia, si no se concreta en una persecución directa y personal hacia el peticionario, situación que no se acredita ni indiciariamente....». «En el caso de autos, ni del expediente administrativo ni de la prueba practicada en autos se puede deducir, que la supuesta persecución religiosa proviniera de las autoridades de Nigeria, o que estas hayan promovido o autorizado los hechos alegados, o hayan permanecido inactivos ante los mismos» (FJ Segundo).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005*⁽⁹⁸⁾.

El examen de lo actuado no pone de relieve, ni aun con el carácter meramente indiciario que considera suficiente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de asilo, ninguna concreta persecución personalizada y particularizada sufrida por la actora que determinaría la condición de asilado por cumplimiento de los requisitos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales suscritos por España y en especial la Convención de Ginebra de 1951. La recurrente hace especial mención a las circunstancias socio-políticas existentes en su país de origen, Nigeria, y a la persecución que en esa nación sufren los cristianos, por parte de los musulmanes, pero las circunstancias de ese género, globalmente consideradas, de represión política o privación genérica de las libertades no sirven para deducir sin más una persecución individualizada, cuya concurrencia debe acreditarse aún de forma indiciaria, pues como señala el Tribunal Supremo⁽⁹⁹⁾, «de otro modo todo ciudadano de una país, en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución». Aun cuando, como dice reiteradamente el Tribunal Supremo, en los supuestos de solicitud de asilo, no cabe exigir una prueba plena, si que debe acreditarse aun de forma indiciaria, un mínimo de persecución particularizada, lo que no ocurre en el caso de autos» (FJ Segundo).

- *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005*⁽¹⁰⁰⁾.

En esta resolución, el Tribunal Supremo considera que «las razones expuestas en la solicitud de asilo no expresaban ninguna persecución por motivos religiosos, como ahora preten-

(97) Número de procedimiento: 2136/2003.

(98) Número de procedimiento: 7325/2002.

(99) Entre otras en su Sentencia de 28 de abril de 2000.

(100) Número de procedimiento: 7212/2002.

de sostenerse, sino una salida de su país de origen por razones meramente económicas, no incardinables entre las causas de reconocimiento de la condición de refugiado. No hay en este relato ninguna exposición de una persecución protegible contra la actora, sino el deseo de buscar mejores condiciones económicas de vida» (FJ Segundo).

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

El aumento de la inmigración a escala mundial y, en particular, hacia la Unión Europea, responde a una realidad compleja que obedece a motivaciones dispares y produce efectos muy diversos. Uno de ellos es el originado por la necesidad de otorgar protección vital a las personas amenazadas, entre otras, por sus convicciones ideológicas y sus creencias religiosas, protección que es regulada internacionalmente a través de la figura del asilo, institución prevista en nuestra Constitución que ha experimentado una profunda evolución, de forma análoga a lo que ha sucedido con el fenómeno de la inmigración y el derecho de extranjería, no sólo en nuestro país, sino también en los países de nuestra área cultural.

Asilo y refugio, instituciones que surgieron por separado, han evolucionado en el ámbito del derecho internacional hacia una creciente asimilación jurídica puesto que el refugio se encuentra actualmente incardinado dentro de la noción más amplia de asilo. Conforme a la práctica internacional y europea, el asilo supone un conjunto de derechos y garantías que se conceden por un Estado a un extranjero solicitante del concreto estatuto de refugiado, de acuerdo con la Convención de Ginebra. Las consecuencias prácticas de la identificación de ambas instituciones ha provocado que, al ser el estatuto de refugiado más limitado, los Estados —particularmente los europeos— sólo conceden el asilo excepcionalmente, ya que muy pocos extranjeros logran cumplir los restrictivos requisitos establecidos por la Convención de Ginebra, de acuerdo con los procedimientos nacionales de cada país.

No obstante, la Unión Europea comparte con los Estados la regulación de estas materias y, aunque en principio la acción de la política europea se limitó al establecimiento de mínimos aspectos formales de procedimiento, con el tiempo las previsiones de los Tratados y la desbordante inmigración y llegada de refugiados a Europa han determinado un fuerte impulso político y jurídico para regular a nivel europeo aspectos sustantivos del derecho de asilo y del estatuto de refugiado.

En este marco de actuación, el derecho de libertad religiosa se erige en elemento determinante en virtud del cual las autoridades españolas pueden otorgar protección internacional a aquellas personas que son perseguidas en otros países precisamente por sus creencias religiosas. En este sentido, la prohibición, restricción o limitación del derecho de libertad religiosa fuera de nuestras fronteras da lugar a la aparición de un derecho de configuración legal en nuestro ordenamiento constitucional, como es el derecho de asilo.

En consecuencia, el pleno y libre ejercicio del derecho de libertad religiosa, como derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, va más allá de su ejercicio en territorio español y se proyecta, si bien de forma indirecta, en el ámbito de la comunidad internacional, protegiendo a aquellas personas que por razones religiosas son perseguidas o temen ser perseguidas en sus respectivos países de origen. No obstante, las circunstancias

socio-económicas por las que atraviesa nuestro país, análogamente a lo que sucede con el resto de los países de nuestro entorno, ha motivado un descenso considerable de solicitudes de asilo en suelo español en los últimos años (tanto las amparadas en motivos religiosos como cualquier otro de los motivos previstos legalmente). De la misma forma, los pronunciamientos judiciales se muestran cada vez más proclives a desestimar los recursos interpuestos contra la negativa de la Administración de admitir a trámite dichas solicitudes.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, a través de reiterada jurisprudencia, que los criterios aplicables para la concesión del derecho de asilo fundamentado en razones religiosas se concretan en los siguientes:

- a) existencia de temores fundados de sufrir una persecución por motivo de las creencias religiosas,
- b) estos motivos han de ser suficientemente graves por su naturaleza y entidad para constituir un atentado grave a los Derechos Humanos,
- c) para que se entienda producida una persecución es necesario que esos ataques y perjuicios sean suficientemente graves, sobrepasando las medidas imprescindibles para la imposición del orden público, prohibiendo o reprimiendo una práctica religiosa, incluso en el ámbito privado.

Esto viene a poner de relieve que, en nuestros días, la institución del asilo es concebida como un recurso *in extremis*, quizá por las ventajas que lleva aparejada, pero no deja de resultar llamativo que, en un mundo donde los Derechos Humanos son un valor en alza, sea necesario el peligro, casi de muerte, para que un ciudadano vea reconocidos sus derechos fundamentales. Considero que sería conveniente elaborar un marco jurídico más uniforme en materia de asilo y refugio para toda la Unión Europea, con un sistema más flexible y beneficioso para los solicitantes articulado a través de formas subsidiarias y complementarias de protección. Superada la primera fase, tendente a la armonización de las políticas de asilo nacionales, se hace necesario, en este momento, una política europea propia sobre planteamientos que giren en torno a los Derechos Humanos. Y es que, en definitiva, la solidaridad europea y el respeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son aspectos que se plasman visiblemente en materias y situaciones como las que viene a amparar el derecho de asilo⁽¹⁰¹⁾.

(101) Vid. DEL VALLE GONZÁLEZ, A. y ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Asilo y refugio: nuevos retos para la Unión Europea en el siglo XXI», en *Ateneo: Revista cultural del Ateneo de Cádiz*, núm. 6, 2006, pp. 30-31.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN UN ESCENARIO DE REFORMAS ESTRUCTURALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO ANTE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO DE RESIDENCIA Y TRABAJO⁽¹⁾

LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ

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

RESUMEN

**Los derechos sociales fundamentales
de los extranjeros en un escenario de reformas
estructurales y perspectivas de futuro
ante la Directiva de Permiso Único
de Residencia y Trabajo**

Con el presente estudio se pretende realizar un análisis de la técnica jurídica y dogmática del sentido, el alcance y las implicaciones del modelo vigente jurídico-constitucional y legal de reconocimiento, titularidad y ejercicio de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes en España. En el mismo, se tiene presente tanto la última reforma global y de conjunto introducida en la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 2/2009; la influencia directa del Tribunal Constitucional en la conformación del modelo; la puntual reforma sobre el derecho a la asistencia sanitaria introducida por medio del Real Decreto-ley 16/2012; y la atención debida a las perspectivas de futuro que se atisban sobre el modelo tras la aprobación de la Directiva de Permiso Único de Residencia y Trabajo a finales de 2011, planteando y respondiendo a un conjunto de interrogantes que se abren tras la misma y su futura transposición al ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Extranjeros, derechos sociales fundamentales, Ley Orgánica 4/2000, Directiva de Permiso Único de Residencia y Trabajo.

ABSTRACT

**Fundamental social rights
of foreigners in a stage
of structural reforms
and future prospects with the Directive
of Single Residence Permit and Work**

The present study aims to conduct a technical analysis of the legal and dogmatic sense, the scope and implications of the current model legal-constitutional and legal recognition, ownership and exercise of fundamental social rights of foreigners immigrants in Spain. In it, bearing in mind both the final and overall comprehensive reform introduced by the Organic Law 4/2000, through the Organic Law 2/2009, the Constitutional Court's direct influence in shaping the model, the timely reform on the right to health care introduced by Royal Decree Law 16/2012, and due attention to the prospects that peek on the model after the adoption of the Directive single residence and work in late 2011, posing and answering a set of questions that open after it and its future transposition into Spanish law.

Key words: Foreign, social rights, Law 4/2000, Directive Single Residence Permit and Work.

(1) El presente estudio se encuadra en la labor investigadora y en las actividades científicas que se desarrollan en el contexto del Proyecto de I+D+i *Políticas jurídicas de integración social de la inmigración* (DER2010-20068), del Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. LA LEY ORGÁNICA 4/2000 TRAS SU ÚLTIMA GRAN REFORMA DE CONJUNTO: ANÁLISIS SISTEMÁTICO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES.
 - II. EL MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES.
 - III. EL MODELO JURÍDICO-LEGAL DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES.
 - IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO SOBRE EL MODELO: INTERROGANTES Y DESAFÍOS ANTE LA FUTURA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO DE RESIDENCIA Y TRABAJO Y SU IMPACTO SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES.
 - V. CONCLUSIONES.
-

- I. LA LEY ORGÁNICA 4/2000 TRAS SU ÚLTIMA GRAN REFORMA DE CONJUNTO: ANÁLISIS SISTEMÁTICO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Tras la vorágine legislativa de reformas en un intervalo de años muy corto sobre la Ley Orgánica 4/2000 en los primeros compases del presente siglo y los avances y retrocesos de la política jurídica de inmigración que conllevó, se produjo una cierta estabilización del modelo durante seis años aproximadamente, desde 2003 a 2009. Este hecho no significó en ningún momento que la regulación político-jurídica existente fuese la más propicia y acorde con la realidad inmigratoria española: la misma no había dejado de crecer en su importancia y relevancia, a lo que hubo que añadir nuevas tendencias en la configuración de las mismas y la propia crisis económica, nacional e internacional⁽²⁾. Se generaron así nuevas perspectivas de tratamiento, novedosos desafíos y otras necesidades diferentes a las existentes o las mismas, pero reactualizadas. Factores y elementos a los que la política inmigratoria debía de responder desde un marco jurídico-legal adecuado a la realidad social del momento. Es entonces cuando, tras cerca de un año de tramitación, debates y enmiendas, se produjo la última gran reforma de conjunto del texto legal por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁽³⁾.

(2) *Vid.*, al respecto, los documentos del Observatorio Permanente de Inmigración, muy particularmente los informes anuales —2007, 2008, 2009, 2010— sobre *Inmigración y mercado de trabajo*, elaborados por Miguel PAJARES y publicados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Igualmente, AA.VV., *La inmigración en tiempos de crisis*, AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (eds.), Bellaterra, Barcelona, 2009.

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

Desde la perspectiva técnico-jurídica, esta última reforma puede calificarse como nueva ley de extranjería e inmigración⁽⁴⁾, pese a que el texto legal se titule como Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Esta adjetivación obedece a que las reformas introducidas a lo largo del articulado legal fueron bastantes y de considerable importancia, valor y alcance para el derecho regulador de la inmigración y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta, por la transversalidad que lo caracteriza. En consecuencia, en unos casos, se estuvo ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se introdujo algún artículo nuevo o varios en forma de apartados —*bis*, *ter*, etc.— y, por último, se realizaron precisiones técnicas y de redacción que no produjeron cambios relevantes, sino meramente aclaratorios.

Partiendo de la realidad social de la inmigración —por más que en el segundo párrafo del tercer punto de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009 se haga referencia al fenómeno migratorio en España— y transcurrido más de un quinquenio desde la última reforma global de conjunto que aconteció, era de absoluta necesidad para la Ley Orgánica 4/2000 su modificación. Sobre todo para adaptarla al conjunto de profundos cambios sociales y económicos que han sucedido a lo largo de estos años no sólo en España, sino también en el seno de la Unión Europea y que, en consecuencia, incidieron en la transformación paulatina y progresiva de la estructura política, económica y social. Unos cambios que no sólo afectaron a los nacionales y comunitarios, sino también a los propios extranjeros que ejercen su derecho a emigrar y que escogen España como país de destino.

Sin embargo, existieron también otros motivos de carácter político-jurídico que han de ser tenidos presentes de un modo específico. Por una parte, la ampliación del reconocimiento —en titularidad y ejercicio— de derechos humanos fundamentales a las personas inmigrantes extranjeras independientemente a su condición y situación administrativa, dando respuesta así al mandato del Tribunal Constitucional y su nueva doctrina social sobre los

2009, pp. 348-349. Monográficamente, AA.VV., *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*, MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (coord.), La Ley, Madrid, 2010, *passim*. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 8, 2010, pp. 1 y ss.; RAMOS QUINTANA, M. I., «Migraciones laborales: las paredes maestras de la reforma 2009 de la Ley de Extranjería en España», *Revista Tribuna Social*, núm. 240, 2010, pp. 67 y ss. BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J., y MOYA MALAPEIRA, D., «Valoración general de la reforma», en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 15-22. Hasta llegar a ésta, aportando una perspectiva de evolución sistemática, CAVAS MARTÍNEZ, F., «Estudio preliminar. Veinticinco años de Legislación sobre Extranjería e Inmigración en España», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA.VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 23 y ss. Asimismo, GARCÍA NINET, J. I., «Los derechos y libertades de los extranjeros en España. Un planteamiento general», en *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (Estudio tras el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril)*, AA.VV., GARCÍA NINET, J. I. (dir.), RUANO ALBERTOS, S. (coord.), Atelier, Barcelona, 2012, pp. 39 y ss.

(4) TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social: notas clave para su comprensión», *cit.*, p. 351. Se ha apuntado, en este sentido, que a diferencia de leyes de reforma anteriores, ésta reúne estos caracteres porque contempla aspectos importantes para la convivencia entre la sociedad de acogida y la población extranjera recién llegada, AJA FERNÁNDEZ, E., «La integración social de los inmigrantes», en *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F. J. y MOYA MALAPEIRA, D. (coords.), *cit.*, p. 26.

derechos de los inmigrantes extranjeros ya iniciada con las Sentencias 236 y 259/2007⁽⁵⁾, con lo que fue una decisión más de técnica jurídica que meramente política. Por otra parte, la transposición e incorporación al ordenamiento jurídico español de un elenco de distintas directivas europeas en estrecha relación con las migraciones⁽⁶⁾ expresamente mencionadas en la exposición de motivos de la misma. Y, por último, a la entrada en vigor del conjunto de obligaciones derivadas de la ratificación y entrada en vigor del Convenio núm. 197 del Consejo de Europa, sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Todo ello sin dejar de tener presente adicionalmente la exigencia de adecuar esta legislación al conjunto de postulados establecidos en el Pacto Europeo para la Inmigración y Asilo, con el fin de incluirla en el proceso de articulación y definición de una política común europea de inmigración.

En este sentido, fue en el título primero donde aparecieron novedades en la nueva regulación legal, que se pueden calificar como importantísimas y básicas, no sólo para esta reforma, sino también de cara al adecuado establecimiento del estatuto jurídico de derechos y libertades de los extranjeros en España. Y es que es en esta parte legal donde se reflejaron las reformas imperativas ordenadas por las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y su doctrina social establecida: el reconocimiento de la titularidad y ejercicio a todas las personas inmigrantes extranjeras en igualdad de condiciones que los españoles y conforme a las leyes que los regulan —independientemente a su condición y/o situación administrativa— de los derechos humanos fundamentales y su protección jurídica. En consonancia se reconoció la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga para todos los inmigrantes extranjeros; el derecho a la educación obligatoria, básica y gratuita a todos los extranjeros inmigrantes hasta los 18 años; y el derecho a la asistencia jurídica gratuita según lo fijado en los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias y según las recomendaciones del Defensor del Pueblo.

II. EL MODELO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES

Se ha de partir de que, en la configuración general del modelo jurídico-constitucional de reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España, es clave el artículo 13 de

(5) Sobre la instauración de esta nueva doctrina social, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 60-68. Atendiendo a la reforma legal, AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, Á., «La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión crítica desde los Derechos Humanos. (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)», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 22, 2009, pp. 127-133.

(6) La gran cantidad de las mismas incorporadas al texto legal y desarrolladas reglamentariamente en el Real Decreto 557/2011, de 13 de abril, ha supuesto la transposición fiel y de forma muy forzada de las mismas al ordenamiento jurídico español, creando nuevas situaciones a imagen de las establecidas en ellas. LÓPEZ GÓMEZ, J. M., «Análisis jurídico-laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011, pp. 54 y 92. Asimismo, *vid.*, al respecto, CHUECA SANCHO, A. y AGUELO NAVARRO, P., «Breve panorámica sobre el Derecho Migratorio Europeo 2008-2009 (su incidencia sobre las reformas del Derecho Interno Español)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 21, 2009.

IV. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO

la Constitución⁽⁷⁾. Su sentido y alcance es garantizar a los extranjeros que se encuentren en España el goce de los derechos que se reconocen en el Título I de la misma con un condicionante fundamental: *en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley*. Es decir, la Constitución no regula en sí misma los derechos de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional —en los grandes tratados y pactos internacionales— como a nivel infraconstitucional —en el desarrollo legal de los mismos, principalmente en la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social—. En consecuencia, de una parte, la Constitución española no es solo una Constitución exclusiva para las personas nacionales —si bien fue realizada por éstos—; y, de otra parte, el texto constitucional no ha desconstitucionalizado los derechos de los extranjeros —que tienen su fuente primaria en el mismo—, sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley⁽⁸⁾.

En este sentido, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España se han de deducir de los preceptos que integran el Título I —De los derechos y deberes fundamentales—, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudir, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado (STC 107/1984, FJ 4). En segundo lugar, al propio contenido del artículo 13, según el cual *los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley* —artículo 13.1—; teniendo presente que *solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales* —artículo 13.2—. Por tanto, como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I —De los españoles y los extranjeros— del Título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídicas diversas.

(7) De destacar, por su significación, son los estudios realizados sobre el mismo por MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 203 y ss.; IZQUIERDO SANS, C., SANTOLAYA MACHETTI, P., PÉREZ MANZANO, P. y BUISÁN GARCÍA, N., «Artículo 13», en *Comentarios a la Constitución Española*, AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.^a E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), La Ley, Madrid, 2009, pp. 227 y ss.; VIDAL FUEYO, M.^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 72 y ss. Asimismo, argumentando a la luz del ordenamiento jurídico español la existencia de razones jurídicas válidas y suficientes para catalogar como criterio interpretativo de los derechos fundamentales a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, FLORES MARTÍNEZ, A., «Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de derechos humanos en la Constitución española», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 131 y ss.

(8) *A sensu contrario*, partiendo de la desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros que realiza *a priori* vista el artículo 13 de la Constitución, se mantiene que para éstos los derechos fundamentales son siempre derechos de configuración legal comportando que el legislador, de un lado, tiene libertad para reconocerles o no la titularidad del derecho que se trate y, de otro, carece de tope alguno en el respeto del contenido esencial, DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 138-139.

La remisión realizada al legislador por este artículo 13 es en el sentido de negarle una total libertad para la regulación tanto de la titularidad como del ejercicio de todos y cada uno de los derechos del Título I. Y es que, atendiendo a lo establecido en la STC 107/1984, la aplicación del criterio fijado para la determinación de si un derecho pertenece o no a los extranjeros es la propia dignidad humana. Esto pone de manifiesto, a su vez, que los derechos fundamentales, por sí mismos, se encuentran ligados a ella y, como resultado, deben ser derechos que pertenezcan tanto en la titularidad como en el ejercicio a los extranjeros, independientemente a su nacionalidad y situación. Por tanto, para los derechos fundamentales de los extranjeros, el legislador tiene la libertad limitada a la hora de configurarlos, ya que tiene que respetar siempre su grado de conexión con la dignidad humana y, en consecuencia, no puede modular su contenido (STC 99/1985) ni negar su ejercicio a las personas nacionales de terceros Estados, al tratarse de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano de un Estado concreto.

De esta forma, es la propia dignidad de la persona —establecida constitucionalmente— la que es el primer, elemental y fundamental límite a la libertad del legislador para regular, según lo que establece el artículo 13 de la Constitución, el conjunto de derechos y libertades de los extranjeros en España. Ello es así porque en la interpretación sistemática de ésta, junto a los valores de la igualdad y la libertad, se ha de fundamentar la construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos humanos fundamentales⁽⁹⁾. Prueba de su importancia es que se conforma como el valor fundamental sobre el que se articula la dimensión moral del hombre sobre la que quedan ensamblados los derechos de la persona y que deriva en la realización de dos obligaciones morales: la de ser solidarios con aquellos que están insatisfechos física y moralmente y la de ser solidarios con los sujetos morales que carecen de participación en igualdad de condiciones en los ámbitos sociales⁽¹⁰⁾.

Ahora bien, ello no obsta a que el legislador pueda fijar condicionamientos adicionales en el ejercicio de los propios derechos por los extranjeros. Los mismos, en todo caso, han de respetar siempre lo que venga establecido constitucionalmente respecto de ellos. No se puede estimar el derecho que se trate en cada caso permitiendo que el legislador configure libremente su contenido, cuando ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. Es decir, los tradicionales requisitos de legalidad plasmados en la exigencia de la autorización para trabajar o el permiso de residencia no permiten al legislador privar al extranjero de derechos que le corresponden constitucionalmente en su condición de persona⁽¹¹⁾. Si se le permitiese, no sería respetado de ninguna forma el contenido esencial por la distinción entre titularidad y ejercicio y se daría paso a la consideración de los derechos fundamentales desde los criterios dogmáticos de la teoría tradicional de los

(9) GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 94-102.

(10) DE ASÍS, R., «Derechos humanos, inmigración y solidaridad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003, pp. 11 y ss.

(11) GARCÍA VAZQUEZ, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 48.

derechos patrimoniales, del derecho de propiedad, lo que supondría la degradación de las garantías inherentes a la dignidad humana⁽¹²⁾.

Esta posible situación conllevaría una desconstitucionalización de los derechos fundamentales y una desnaturalización de los mismos que se produce cuando se entiende que forma parte del contenido posible legal elementos típicos del contenido esencial —tales como la titularidad y el ejercicio en sí de los derechos—, porque nunca, en términos de principio, puede formar parte del contenido posible legal elementos esenciales o resistentes del derecho constitucional. Si ello es así, en tal caso se estaría invadiendo el límite del contenido esencial impuesto deliberadamente por el legislador constitucional al legislador infraconstitucional del derecho que se trate. Y es que una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales⁽¹³⁾. Así pues, se pone de manifiesto que ningún derecho fundamental puede ser considerado totalmente como de configuración legal —todo derecho fundamental goza de la garantía constitucional de un contenido esencial que actúa como límite infranqueable para el legislador infraconstitucional, *ex* artículo 53.1 de la Constitución⁽¹⁴⁾—, pues aunque en los supuestos en los que la intervención del legislador es necesaria para que el contenido del derecho quede configurado, el legislador habrá de respetar un contenido mínimo que en la Constitución se encuentra consagrado⁽¹⁵⁾ en clara consonancia y respeto a lo establecido internacionalmente⁽¹⁶⁾.

En esta dirección, el régimen de garantías constitucionalmente establecido para la protección de estos derechos es el que se recoge en el artículo 53.1 de la misma, por el que

(12) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Constitución Española, derechos de los extranjeros», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 41, 2001, pp. 19-22.

(13) MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada», *Lan Harremanak*, *Revista de Relaciones Laborales*, núm. I, 2003, p. 116.

(14) En todo caso, no se ha de ignorar que la cláusula del contenido esencial asume dos funciones típicas: la «defensiva» —expresada en el texto— y la «ofensiva». Y es que, atendiendo a esta última, las fórmulas del contenido esencial —independientemente de la recepción en un texto positivo— pueden cumplir —sobre todo en manos del Juez, pero también para el científico— una segunda función más positiva, si se quiere de «apelación» y «ofensiva». Para el presente y el futuro, ellas pueden circunscribir y fundar nuevos aspectos de los derechos fundamentales, que tradicionalmente no eran considerados como elementos —inmanentes— del contenido de estos derechos. Dichas fórmulas pueden fundar una ampliación y un enriquecimiento del ámbito de tutela de los derechos fundamentales hasta recoger nuevos «elementos», y pueden dar lugar a una intensificación del radio de acción hacia ulteriores direcciones de tutela. Sobre todo en el «proceso de crecimiento» de las libertades fundamentales, que se ha desarrollado con buenos resultados durante toda la mitad del siglo veinte, deviene inmediatamente perceptible este aspecto de las cláusulas judiciales o la de la doctrina constitucionalista relativa al contenido esencial. *Cfr.* HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Comares, Granada, 2003, pp. 322 y ss.

(15) VIDAL FUEYO, M.^a C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit., p. 62.

(16) Teniendo presente este argumento, se defiende que la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, contiene una doble remisión al derecho internacional: por una parte, los tratados internacionales permiten atemperar el principio de igualdad en la titularidad de los derechos fundamentales de nacionales y extranjeros; y, por otra parte, al derecho internacional de los derechos humanos vigente para España. JOVER GÓMEZ-FERRER, R., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 25-28.

se garantiza una protección ordinaria de los mismos que se ha de entender necesariamente atribuida también a los extranjeros en cuanto poseedores de ellos. Esto supone que la regulación de las condiciones de ejercicio por los extranjeros de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución ha de hacerse imperiosamente bajo el respeto del contenido esencial, puesto que bajo artículo 53.1 no cabe el establecimiento de diferencias en base a la nacionalidad⁽¹⁷⁾. Así, este conjunto de derechos tiene la protección ordinaria consistente en la tutela a través del recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, esta garantía es aplicable única y exclusivamente a los derechos como tales, no a las garantías institucionales y en ningún caso a los mandatos del legislador⁽¹⁸⁾.

De este modo, se comprueba que el artículo 13.1 de la Constitución proporciona al legislador una libertad considerable para la regulación de los derechos de los extranjeros, pero siempre y cuando las condiciones que establezca en la misma respeten la conexión de los derechos con la garantía de la dignidad humana, el contenido mismo del derecho constitucionalmente establecido y el contenido del mismo fijado en los Tratados Internacionales. Así, la remisión a la Ley no comporta una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros, porque el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del título I de la Constitución. Especialmente los contenidos en el artículo 10.1 y 2 de la misma: de un lado, la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social; y, de otro, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución se han de interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias ratificados por España.

En clara consonancia, para el Tribunal Constitucional existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, no resultando posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, FJ 3) porque gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, FJ 3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos: derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, FJ 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, FJ 7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con la cláusula consagrada *ex* artículo 10.2 de la Constitución (SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, 236/2007; 259/2007, entre otras). Ciertamente la dignidad humana impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garanti-

(17) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español», en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, AA.VV., FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (dir.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, p. 18.

(18) RIVERO LAMAS, J., «La garantía de los derechos y libertades constitucionales», en *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (dirs.), *cit.*, p. 1.985.

zarla efectivamente, por lo que ésta constituye y se configura como un mínimo infranqueable que, por imperativo constitucional, se impone a todos los poderes, incluido, como es obvio, el mismo legislador infraconstitucional⁽¹⁹⁾. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional.

Por su parte, el artículo 10.2 de la Constitución constituye el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Sobre este precepto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado advirtiendo de que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en la medida en que no estén también consagrados por la propia Constitución. Pero, sin embargo, sí obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. Así, el texto constitucional implica que toda interpretación de los derechos y libertades que consagra sea conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Hecho que tiene una gran relevancia para las personas extranjeras, pues la normativa internacional de derechos humanos superó hace muchísimos años ya la clásica distinción nacional-extranjero, proclamando la existencia de un conjunto de derechos cuya titularidad se predica de todo ser humano, dando lugar así un estándar mínimo internacional⁽²⁰⁾. Esto no significa que el Tratado Internacional invocado sea en sí mismo canon de constitucionalidad, sino que los artículos reguladores de derechos a nivel jurídico-legal han de ser contrastados con los preceptos constitucionales que enuncian y proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, siempre que sean interpretados de acuerdo con el contenido del Tratado de referencia. Se convierte así, en la práctica, este contenido en el propio y constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II del Título I de la Constitución (STC 36/1991, FJ 5). Adicionalmente, se ha señalado que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

De este modo, el principal criterio general y motivación básica perseguido es el adecuado establecimiento del estatus jurídico básico fundamental de derechos de la persona extranjera en España. La forma técnico-jurídica a tal fin es hacer primar la condición de persona, conforme a la relación que presenten cada uno de los derechos que lo integran con la propia dignidad personal y humana.

Esta firme apuesta y decisión del orden jurídico-constitucional es tanto manifestación clara del reconocimiento del compartir nacional con el ámbito de los valores e intereses

(19) En este sentido, se ha expresado que la STC 236/2007 ha hecho un uso resolutorio y de importancia de la dignidad humana en la atribución de derechos a los extranjeros. JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 10», en *Comentarios a la Constitución Española*, AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.ª E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs.), cit., pp. 185-186.

(20) VIDAL FUEYO, M.ª C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, cit. p. 70. En esta dirección, se argumenta y defiende que los tratados y textos internacionales reguladores de los derechos humanos constituyen el marco jurídico de la extranjería, dentro del cual se ha de ubicar la legislación y actuación estatal. GOIG MARTÍNEZ, J. M., *Inmigración y derechos fundamentales. Jurisprudencia, legislación y políticas migratorias en España*, Universitas Internacional, Madrid, 2008, p. 21.

que los instrumentos internacionales citados protegen, como expresión de la voluntad española en cuanto Nación de incluirse en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Sobre estos motivos, desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer —como contenido mínimo de sus derechos fundamentales— los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

En clara consonancia con esta tendencia interpretativa, corresponde examinar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege —es decir, su contenido esencial— para precisar, seguidamente, en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona. Ahora bien, acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España —*ex* artículo 10.2 de la Constitución, ubicado significativa e ilustrativamente dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona— (STC 91/2000, FJ 3). Una vez realizado esto, y también comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá corroborarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido si el derecho es de toda persona —derecho universal—, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que realmente no supongan una privación del mismo. Es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo —que precisamente es el que lo hace reconocible como tal— que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la nacionalidad del mismo y de la situación en que se encuentre.

Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sustentan las SSTC 236 y 259/2007 y la doctrina establecida por ellas⁽²¹⁾, seguida por la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 2/2009. Sobre esta doctrina y argumentación, se ha de dejar claro que se trata, en todo caso, de una interpretación

(21) Analizando, desde una perspectiva general, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre derechos de los extranjeros, pero con especial referencia a las mismas, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á., «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre (I)», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 6, 2008, pp. 16-28. Igualmente, RAMOS QUINTANA, M.ª I., «Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 19, 2008, pp. 47-80. Se ha apuntado, igualmente, que las citadas sentencias han reclasificado y reinterpretado los derechos y libertades de los extranjeros en España. ALONSO-OLEA GARCÍA, B., *Extranjería y Trabajo. Implicaciones constitucionales del Derecho de Extranjería en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011, pp. 33 y ss.

jurídica, de manera que la *ratio* de la norma se identifica sobre la base de una reflexión compleja en relación a su fundamento lógico y axiológico, que ha de saber unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas por la propia cultura de los derechos fundamentales —en este caso concreto—⁽²²⁾.

III. EL MODELO JURÍDICO-LEGAL DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES

Teniendo presentes los postulados interpretativos y fundamentos jurídico-políticos derivados del modelo jurídico-constitucional, en este contexto interpretativo es en el que se ha de tener presente que, en la regulación jurídico-legal de los derechos de los extranjeros, es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución referido a esta materia y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. En ello es clave el hecho de que a nivel internacional, como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjese un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido de los derechos internos reguladores deben ajustarse. Por tanto, la regulación jurídico-legal de cada uno de los Estados concretos ha de respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos —a modo de estándar universal— en las principales declaraciones, pactos y convenios reconocedores de derechos.

En clara consonancia, a nivel jurídico-legal, es el artículo tercero de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social⁽²³⁾, el que actúa como pórtico al reconocimiento de los derechos de los extranjeros en base interpretativa a tres criterios: en primer lugar, la igualdad de trato jurídica respecto al nacional en derechos reconocidos constitucionalmente a los extranjeros; en segundo lugar, la vigencia universal de los derechos fundamentales de las personas; y, en tercer lugar, la cláusula de interpretación conforme al estándar internacional de protección de los derechos humanos. Así, en correcta lógica y técnica-jurídica de conjunto, se le dedica un título por completo de la misma a los derechos, el título I: Derechos y libertades de los extranjeros, que a su vez se divide en cuatro capítulos y veintidós artículos. Es decir, poco menos de una tercera parte del global de la Ley en la que se reconocen la titularidad y las particularidades de ejercicio de los derechos de los extranjeros, ya sean fundamentales o no y sin categorizar en civiles, políticos y/o sociales.

Desde la perspectiva del constitucionalismo de carácter democrático-social, el sistema de derechos imperiosamente ha de ser contemplado desde el principio de integración por

(22) HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, Comares, Granada, 1999, *passim*.

(23) Sobre el mismo, MOLINA NAVARRETE, C., «Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas», en *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs.), Comares, Granada, 2001, pp. 105 y ss.

la igualdad de derechos⁽²⁴⁾. Es aquí donde la última reforma en la Ley Orgánica 4/2000, por medio de la Ley Orgánica 2/2009, desempeña un rol clave al insistir implícitamente —derivado de las SSTC 236 y 259/2007— en que la norma de desarrollo del artículo 13 de la Constitución, cuya expresión es el Título I, que se ocupa de los *derechos y libertades de los extranjeros*, no reproduzca con fidelidad la clasificación de derechos realizada hace casi tres décadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 107/1984, en su fundamento jurídico tercero.

Precisamente, cuando se sobreentiende y presume una estabilidad jurídico-legal desde los postulados comentados, en un futuro próximo se atisban cambios y una nueva reforma en la vigente Ley Orgánica 4/2000 con la transposición de la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, que se analiza en el siguiente epígrafe.

Sin embargo, una avanzadilla de esta dirección y tendencia jurídico-política que se propone desde la Unión Europea en relación a la inmigración extranjera y sus derechos, se ha producido en relación al derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. Por medio del Real Decreto 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, se ha reformado el derecho a la asistencia sanitaria establecido en el artículo 12 de la vigente Ley Orgánica 4/2000⁽²⁵⁾. Con esta reforma puntual de calado, se ha excluido este derecho para aquellas personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular. La excepción a esta exclusión para este colectivo concreto de personas extranjeras inmigrantes —*ex* artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud— se fija en que tendrán la misma en tres casos o supuestos concretos: 1) ante razones de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; 2) de asistencia al embarazo, parto y posparto; y, 3), los menores de dieciocho años, cualquiera que sea su situación.

Esta decisión del Ejecutivo tomada, de una parte, por la potestad que tiene para aprobar normas con rango de ley por razones de necesidad urgente —cuestión distinta y más discutible es que con la misma toque a derechos fundamentales— y, de otra parte, bajo el paraguas de la austeridad y del ahorro presupuestario, afecta de un modo directo a un derecho social fundamental de la persona definido constitucionalmente, como es el derecho a la salud —pese a que éste, *stricto sensu* y formalmente, no tenga la condición de fundamental—, que, a su vez, se vincula en forma de contenido esencial de otros derechos

(24) MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Al-bacete, 2009, pp. 34-38. Conectando este planteamiento con la dignidad humana desde el ámbito jurídico-legal, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.^a Á., «Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas», en *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, AA.VV., CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), cit., p. 126.

(25) Hasta el momento anterior a esta reforma puntual, *vid.*, al respecto, ARBELÁEZ RUDAS, M., «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España», en *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, AA.VV., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M.^a N. (dirs.), ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUIZ, F. J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), Comares, Granada, 2011, pp. 711 y ss.

humanos fundamentales de la persona, como el derecho a la integridad de la persona, o, directamente, la prohibición de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Se vuelve, así, en parte, al espíritu restrictivo de la reforma introducida en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 8/2000, por la que se limitaron contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes en función de su situación administrativa. Cuestión distinta al respecto es que esta medida introducida con esta reforma puntual y significativa se aplique por igual en todo el territorio nacional, pues es necesario tener presente que las competencias en materia sanitaria, según el artículo 148.1.21.^a de la Constitución, pertenecen a las Comunidades Autónomas y éstas, en sus Estatutos de Autonomía, con carácter de ley orgánica, recogen este derecho de una forma universal de todas las personas, indistintamente a la nacionalidad y condición administrativa. Es el caso de los Estatutos de Comunidades como Andalucía, Aragón, Cataluña y País Vasco, paradigmáticamente. Se abren así serios interrogantes técnico-jurídicos sobre esta reforma, si bien realmente lo importante —no rompiendo así con el pasado— es que de nuevo se están vulnerando derechos sociales fundamentales de la persona.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO SOBRE EL MODELO: INTERROGANTES Y DESAFÍOS ANTE LA FUTURA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO DE RESIDENCIA Y TRABAJO Y SU IMPACTO SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS INMIGRANTES

El Tratado de Lisboa de diciembre de 2007 —en vigor desde el uno de diciembre de 2009— supuso la simplificación normativa de la Unión. Desde ese momento, el Derecho Comunitario vigente se asienta tanto en el Tratado de la Unión Europea —con las modificaciones introducidas por el anterior— como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De resaltar es que, formalmente, en el artículo 79 de este último es cuando por vez primera en la historia de todos los textos jurídicos-normativos de la Unión aparece la mención específica a una política común en materia de inmigración⁽²⁶⁾ desde una óptica tridimensional particular —manifiesta en el apartado primero del mismo—: propuesta e invocación explícita para su desarrollo desde una solidaridad interestatal atendiendo a una gestión eficaz de los flujos migratorios; ofrecimiento de un trato equitativo a los nacionales de terceros Estados en situación de legalidad —regularidad administrativa—⁽²⁷⁾; y prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos⁽²⁸⁾. Predomina,

(26) ESTEBAN DE LA ROSA, G., «Políticas comunitarias sobre inmigración», en *La inmigración a Europa: una mirada desde Andalucía*, AA.VV., MAROTO JIMÉNEZ, F. (coord.), Litteralia, Jaén, 2009, pp. 22-24.

(27) Para un sector de la doctrina, este trato equitativo es una fórmula debilitada del principio de trato igual, MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, cit., p. 231.

(28) *Vid.*, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., «La política de migraciones y de inmigraciones en el espacio de la Unión Europea», en *La inmigración en Andalucía. Instituciones, aspectos jurídico-sociales y culturales*, AA.VV., MONEREO PÉREZ, J. L., GARCÍA CASTAÑO, F. J. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (dirs.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 27 y ss.

por tanto, la intención político-jurídica de control comunitario y estatal de la inmigración legal —regular— y erradicación y rechazo a la ilegal —irregular—, quedando los derechos de las personas inmigrantes extranjeras en un segundo plano, plegándose y subordinándose al objetivo controlador. Para hacer frente a esta política, se hace mención expresa en el artículo 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a que regirá el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados e, igualmente, para la dimensión financiera que conlleven las mismas.

Atendiendo a este marco y tomando como referencia el artículo 79.2, el Parlamento Europeo y el Consejo legislan con arreglo al procedimiento legislativo ordinario —mayoría cualificada en el Consejo y codecisión del Parlamento europeo, que a su vez ha de consultar a los Parlamentos nacionales— sobre los siguientes aspectos concretos: en primer lugar, medidas de control —condiciones de entrada y residencia, derechos, inmigración y residencia ilegal y lucha contra la trata de seres humanos, excluyendo la fijación de volúmenes de admisión—; en segundo lugar, atendiendo a la lógica de la integración por medio de los derechos y como eje principal de la política de inmigración, la concreción de los derechos de las personas extranjeras inmigrantes en situación de legalidad —regularidad— en los Estados miembros⁽²⁹⁾, con mención especial y específica para los condicionantes relativos a su libertad de circulación y residencia para con los demás Estados miembros; en tercer lugar, sobre la inmigración y residencia ilegales desde los aspectos de su expulsión y repatriación; y en cuarto lugar, sobre medidas de lucha contra la trata de seres humanos, especialmente mujeres y niños.

Todos estos elementos constitutivos de la política migratoria se abordan partiendo de que ésta constituye, en el actual Derecho Comunitario, una competencia compartida —artículo 2.C) del Tratado de Lisboa— en el marco todavía de la consolidación y ampliación del espacio de libertad, seguridad y justicia creado en su momento por el Tratado de Ámsterdam⁽³⁰⁾. Así, es un proceso abierto que está por definir y concretar aún más. La Unión y los distintos Estados miembros que la componen ocupan espacios de facultades diferentes en la materia, pero coordinadas entre sí. Resultado de ello, en aras de dar cumplimiento al objetivo constante de intentar establecer y poner en marcha —materialmente— una política comunitaria de inmigración, el estado actual de la misma se asienta sobre la base de la coordinación y la armonización de los sistemas nacionales en las materias directamente relacionadas con la inmigración sobre las que tiene competencia directa en este contexto, mientras que cada uno de los Estados mantiene en cada momento competencia exclusiva sobre aquellos espacios que la Unión no ha asumido⁽³¹⁾.

(29) El que para los nacionales de terceros Estados legales se atienda a los derechos como medio para su integración en cuanto eje de la política de inmigración pone de manifiesto que esta última se centra más en una estrategia de control que de integración, pues supone la instauración marginalista de políticas comunitarias de integración a través de un sistema de derechos debilitado. MONEREO PÉREZ, J. L. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «El modelo de regulación jurídico-político de la inmigración en España», en *Lavoratore Extracomunitario ed Integrazione Europea. Profili Giuridici*, AA.VV., Cacucci, Bari, 2008, p. 240.

(30) Significativo es que en el apartado b) del artículo 62 del mismo se haga referencia implícita a uno de los objetivos específicos con los que se creó el Espacio Schengen: garantía de control y vigilancia eficaz de las fronteras externas de la Unión Europea.

(31) Si la tendencia es la consecución de una verdadera Unión Europea de carácter político, se debe entender que, en el marco de estas competencias compartidas, las facultades que tienen los Estados se verán reducidas en el futu-

IV. LOS DERECHOS SOCIALES ANTE LA DIRECTIVA DE PERMISO ÚNICO

El reflejo jurídico de la progresiva construcción de esta política comunitaria de inmigración se encuentra expresado de un modo muy sistemático en el artículo 63 *bis* del mismo Tratado, en el que claramente se fija que la política comunitaria inmigratoria se destina a garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros Estados y una prevención de la inmigración ilegal y trata de seres humanos, así como la lucha contra estas últimas. Se consolidan así aspectos clásicos y tradicionales de la progresiva construcción de la política de inmigración comunitaria, junto a una perspectiva de futura reorientación en relación a la dimensión protectora de los derechos humanos fundamentales de las personas, más allá de su residencia legal o no. Esta última concepción es la que imperiosamente se ha de hacer real y efectiva más pronto que tarde, para que no prevalezca la primera sobre la segunda y sí más bien esta última sobre aquélla. En forma de avance, ello se constata en la vinculación que presenta en este Tratado la política de inmigración a la libre circulación de personas, sin mención expresa al mercado interior⁽³²⁾.

Sin embargo, en forma de retroceso, estos últimos planteamientos quedan seriamente dañados, afectados y resquebrajados con la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro⁽³³⁾. Ésta va más allá de la garantía existente de un tratamiento equitativo a los inmigrantes extranjeros que residen legalmente —en situación administrativa regular—, ya que se establece para ellos, en el marco de un formal derecho a la igualdad de trato, un conjunto de derechos comparables a los nacionales de los Estados comunitarios.

Se ha elaborado y aprobado una Directiva general —marco— definidora de los derechos de las personas inmigrantes extranjeras trabajadoras nacionales de terceros Estados en situación de legalidad —regularidad— a modo de estándar mínimo, sin perjuicio de las particularidades que sobre la materia puedan ir definiendo en momentos posteriores otras

ro por la expansión de las competencias a asumir en materia inmigratoria que la Unión puede ir adquiriendo. GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., «La distribución de competencias en materia de inmigración», *Revista Temas Laborales*, vol. I, núm. 100, p. 231. Junto al abandono de materias competenciales, la ampliación de la cobertura de las mismas, son las dos consecuencias directas e inmediatas derivadas de de las competencias compartidas. DÍEZ-PICAZO, L. M.ª, *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Civitas, Navarra, 2009, pp. 143-144.

(32) Este matiz implica la separación de la política común de inmigración de la concepción más puramente económica que tiene el mercado común, OLESTI RAYO, A., «Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 10, 2008, p. 5. Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «Modelos jurídico-políticos actuales de regulación de la inmigración y extranjería: revisión e implicaciones en una sociedad globalizada», *Revista Justicia Laboral*, núm. 47, 2011, pp. 21-27.

(33) Esta Directiva estuvo en el Consejo, durante algunos años y desde 2007, en el que fue presentada la propuesta por la Comisión, en situación de bloqueo absoluto, por las diferentes posiciones de los gobiernos de los Estados en relación a los derechos: desde la negativa al posible otorgamiento de un estatuto de derechos común a los extracomunitarios al rechazo a la vinculación de esta directiva, pasando por la defensa de las legislaciones nacionales para la garantía de los derechos. *Vid.*, al respecto, PARIZA, L. M., «Derechos humanos de los migrantes y normativa europea: un enfoque global para la política de inmigración de la Unión Europea», en *Derechos Humanos de las personas migrantes y reformas normativas*, BAYLOS, A., PARIZA, L. M. y MORENO, J. A., Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 2010, p. 37.

directivas más concretas referidas a grupos determinados de población inmigrante extranjera también legales que excluye expresamente la misma —nacionales de terceros Estados desplazados, residentes de larga duración y temporeros, significativamente—. Se trata de establecer así un principio de igualdad de trato mediante la atribución de un conjunto de derechos —de marcado carácter sociolaboral, esencialmente— para todas las personas inmigrantes extranjeras con residencia legal en su condición de trabajadoras, especialmente en materia de: condiciones laborales, destacando expresamente salario, despido, salud y seguridad en el trabajo; libertad de asociación y de afiliación sindical o profesional; educación y formación profesional; reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos; ramas de Seguridad Social; beneficios fiscales; acceso a bienes y servicios y obtención de los mismos ofrecidos al público; y servicios de asesoría prestados por las oficinas de empleo. Ahora bien, la atribución de estos derechos no es en términos absolutos e incondicionados, sino que se permite la restricción de la citada igualdad a criterio de cada uno de los Estados sobre la base de las siguientes condiciones particulares y para los siguientes derechos en forma de contenido material: en educación y formación profesional se puede limitar esta igualdad para aquellos que tienen un empleo o que lo hayan tenido y estén inscritos como desempleados, a aquellos que han accedido a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, que posteriormente acceden a un empleo y los créditos y becas de estudio, quedando recogida adicionalmente la posibilidad de fijar el conocimiento de la lengua o lenguas del Estado de acogida y el pago de las correspondientes tasas para el acceso a la educación universitaria, postsecundaria y la formación profesional no relacionada directamente con la actividad laboral específica; y en Seguridad Social, no se pueden restringir derechos para aquellos trabajadores extranjeros que tienen un empleo o que lo han tenido durante un período mínimo de seis meses —estando registrados como desempleados—. Sin embargo, frente a las mismas, sí se reconoce el derecho a las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo del trabajador extranjero, tanto para éste como para el supérstite, estando ambos en territorio del Estado miembro o en el caso de que el segundo resida en un tercer Estado.

Adicionalmente, junto a ello, para facilitar el objetivo de esta Directiva en relación al derecho a la igualdad de trato y el conjunto de derechos reconocidos bajo su amparo, en concordancia con su título, también se incluye el procedimiento —pretendidamente rápida, eficaz y gestionable— de expedición de un documento administrativo único de reconocimiento de la situación de residencia y trabajo legal de la persona inmigrante extranjera. Un permiso único al que quedan ligados los anteriores derechos y cuya efectividad es la misma, pero de los derechos, muchos de los cuales, precisamente, son derechos sociales fundamentales de la persona en su condición de trabajadora no necesarios para su ejercicio, por tanto, de su correcta —acorde a la legalidad— situación administrativa.

V. CONCLUSIONES

Por más que con la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se haya conformado un modelo progresivo de atribución de derechos para las personas extranjeras inmigrantes que, en un primer momento, parte de la universalidad de los derechos humanos fundamentales para ir condi-

cionando, en un segundo momento, otros en función de su configuración legal por medio de las autorizaciones administrativas, con su sentido y alcance —limitado, en algunas ocasiones—, se ha de tratar de consolidar, como mínimo, este modelo para profundizar en el mismo en una clara dirección aperturista en la atribución de derechos y de más garantías para aquellos de configuración legal. Se ahondaría así en una lógica social e inclusiva.

Desde esta tendencia jurídica y su efectiva plasmación en la realidad —desde el derecho mismo y su política— se debe evolucionar para no tratar de resquebrajar esta construcción jurídico-dogmática. Sobre todo, como ya se ha apuntado, ante la Directiva 2011/98/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y a trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente.

Con la misma, en el marco de una tendencia político-jurídica de control social de las personas extranjeras con residencia legal en la Unión Europea que profundiza su sentido y alcance, se vinculan derechos sociales fundamentales de la persona inmigrante extranjera a un permiso administrativo único, sobre la base del derecho a la igualdad de trato y mediante exclusiones o limitaciones de contenidos esenciales de los mismos, o adicionándoles la exigencia de períodos de residencia. Implícitamente, se olvida la Unión Europea de las personas extranjeras residentes ilegalmente, con lo que no los considera, no los tiene en cuenta o los invisibiliza, quedando así el supuesto derecho a la igualdad de trato vulnerado y en un segundo plano. Cuando, precisamente, este derecho es central en ella.

La transposición de esta directiva, en el caso español, puede generar un serio retroceso en la consolidación de la teoría de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras y en el modelo jurídico-constitucional y legal recogido por ella de reconocimiento, atribución y ejercicio de los mismos. Se retrocedería significativamente, tras años de evolución lenta y paulatina, a una regulación en términos similares a la establecida por la reforma experimentada en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 8/2000. No se debería ni plantear la concepción de que las autorizaciones administrativas han de marcar y condicionar el estatuto jurídico de estos derechos de la persona. Y, en el caso de que se plantee, necesariamente, el poder político y el legislador deben superar esta concepción atendiendo a los postulados e implicaciones nucleares del constitucionalismo democrático-social y su vigencia: la toma en consideración de los derechos humanos fundamentales regulados internacionalmente y su encuadramiento en las distintas constituciones de los Estados. Se dota así a aquéllos de una subjetividad, de una garantía y de una eficacia jurídica. Se transforman y conforman así en derechos de la persona garantizados por las instituciones jurídico-estatales.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

DOSSIER

**XXII ENCUENTRO DE LA ABOGACÍA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
(VALENCIA, 6-8 DE JUNIO DE 2012)
CONCLUSIONES PROVISIONALES**

**SEMINARIO 1:
CONCLUSIONES PONENCIA MARCO SOBRE EL RECURSO DE
AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
EXTRANJERÍA Y SEMINARIO SOBRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

CONCLUSIONES

Los letrados que nos dedicamos a trabajar en materia de Derechos Humanos y Extranjería y Asilo, PENSAMOS QUE:

1. Nuestro requerimiento de Justicia queda insatisfecho en la actualidad, por lo que nos vemos obligados a plantearnos la necesidad de acudir a instancias judiciales superiores de carácter nacional o supranacional, innovando y siendo creativos, debiendo plantearnos seriamente la posibilidad de actuar ante el TEDDHH de Estrasburgo, el TJUE de Luxemburgo y, en el caso español, ante el Tribunal Constitucional, en cuanto amparador de vulneraciones de derechos fundamentales y constitucionales, a través del recurso de amparo.

2. Agotada la vía judicial ordinaria, existiendo una vulneración de un derecho fundamental reconocido en los artículos 14 a 29 y 30 de la Constitución Española o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —normas todas ellas de aplicación directa en España—, debemos estudiar la posibilidad de acudir en demanda de Justicia ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, ante el TEDDHH, el TJUE o la Comisión de DDHH de Ginebra, respectivamente (hay que tener en cuenta que para acudir a Ginebra y Estrasburgo se exige agotar la vía judicial española previamente, siendo nuestro recurso de amparo constitucional computado a estos efectos).

La justificación de la especial transcendencia constitucional

3. Dado que, a partir de la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, se exige para la admisión del recurso de amparo —artículo 50.1.b) de la LO 2/1979— la justificación de la especial transcendencia constitucional de la demanda de amparo, seremos creativos y nos esforzaremos en desarrollar estrategias para llevar al Tribunal Constitucional al con-

vencimiento de la concurrencia de especial trascendencia constitucional y que la lesión de derecho fundamental que planteamos la tiene.

4. Se aconseja a los Letrados que se esfuercen por realizar una proyección estratégica, teniendo en cuenta que la lesión o vulneración de derecho fundamental crasa constituye sólo el primer requisito necesario, al que deberemos añadir un especial esfuerzo para convencer al TC en los términos recogidos por la STC en Pleno 155/2009 de 25 de junio, en cuyo Fundamento Jurídico Segundo —letras a) a la g)— el propio Tribunal Constitucional explica qué se entiende por «especial trascendencia constitucional».

5. Debemos esforzarnos por estudiar, conocer e invocar la Jurisprudencia europea en materia de derechos humanos que pueda encajar y reforzar nuestra demanda de amparo, en particular si realiza una interpretación más amplia que la que realiza el propio TC.

6. En otras situaciones de vulneración de derechos en las que el TC se haya pronunciado en numerosas situaciones anteriores con pronunciamientos distintos a los que se dé al concreto supuesto de hecho planteado, cabe alegar el incumplimiento generalizado en nuestro Partido Judicial del criterio sentado por el Tribunal, adjuntando otras resoluciones y sentencias que no sean las del concreto supuesto de hecho en el que se plantea el recurso de amparo.

7. En caso de existencia de lesión de derecho fundamental, pero no de trascendencia constitucional, utilizaremos otra alternativa o vía más adecuada, cual es acudir al TEDDHH, que mantiene un sistema de tutela subjetiva, a diferencia del sistema de tutela objetiva del TC español.

8. Habrá que estar a los pronunciamientos de los Tribunales europeos, como es el caso del Asunto *Arribas Antón contra España* que pende en Estrasburgo desde el 8 de marzo de 2011, en el que se plantea si la exigencia de la justificación de la especial trascendencia constitucional en materia de amparo por parte de nuestro TC puede ser un requisito excesivamente rigorista, dado que no es un requisito recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para ver si el TEDDHH enmienda la plana a nuestro TC en este punto. En otro caso, deberemos seguir trabajando para llevar al TC al convencimiento sobre la especial trascendencia constitucional, así como para lograr que el TC flexibilice su criterio en este punto.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

9. Es fundamental conocer, aplicar y reclamar justicia, siguiendo el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en su STC de fecha 21 de julio de 2008 (Ltdo. Sr. Rodríguez Candela), que estimó la demanda de amparo, reconociendo la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (que proscribe el artículo 24.2 CE) a causa de un señalamiento a más de dos años vista desde la resolución dictada en materia de extranjería (con cautelar denegada), pero no reparó ordenando el adelantamiento de dicho señalamiento, no obstante lo cual deja la puerta abierta a la reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Actualmente, el señalamiento se realiza por Decreto del Secretario Judicial, el cual no tiene previsto recurso ante el juez, por lo que cabrá acudir directamente al TC, tras el segundo Decreto que deniegue nuestra petición de reposición y de adelantamiento de nuestro señalamiento.

10. En el caso mencionado en la conclusión 9 resulta imprescindible acudir al TC y denunciar la vulneración de nuestro derecho antes de que concluya el proceso en que dicha vulneración se produjo, pues el análisis debe realizarse *ex ante* (por contraposición con el análisis que realiza, por ejemplo, el Tribunal europeo, que es *ex post facto*). Además, reclamaremos la indemnización oportuna sin esperar a que concluya el procedimiento contencioso-administrativo, evitando así la preclusión del plazo y la pérdida de la acción para ello.

11. Cuestión distinta es la relativa a la cuantificación de la indemnización por parte del Ministerio de Justicia (que no por parte del TC, que no cuantifica) por la vía de la responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia que puede dilatarse a un momento posterior, quedando en *stand by*.

12. Otra opción es la de acudir directamente al TEDH de Estrasburgo ante una STC que reconoce la vulneración y la dilación indebida, pero estima parcialmente nuestra demanda de amparo, al considerar que no cabe el adelantamiento de nuestro señalamiento como modo de reparación, obligándonos a acudir a la vía administrativa para la reparación patrimonial. El Tribunal de Estrasburgo sí cuantifica reparaciones indemnizatorias que deben ser asumidas y abonadas por parte del Ministerio de Justicia.

Otras cuestiones

13. Nos plantearemos qué vía es óptima —TC o Tribunal de Estrasburgo— en función de la capacidad de experimentación de cada uno y de en qué vía podemos obtener una mejor reparación del daño causado.

14. En supuesto de solicitud de internamiento de extranjero en CIE, la denegación de la audiencia del artículo 62.1 párrafo segundo LOEX —que para algunos operadores jurídicos no es sino la trasposición del art. 505 LECrim al procedimiento sancionador de extranjería y que, en consecuencia, resulta de aplicación, siquiera sea supletoriamente— por parte del Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia es una vulneración con trascendencia constitucional, impugnabile directamente en amparo, tras agotarse la vía del recurso de apelación por auto de la Audiencia Provincial competente.

15. Para poder obtener un pronunciamiento favorable a nuestros intereses del TC la lesión que denunciemos debe haber sido invocada previamente en la vía judicial desde el primer momento en que fuera posible, a través de los recursos ordinarios a nuestra disposición. No ocurre lo mismo si la lesión de derecho se produce en vía administrativa.

Recomendación al CGAE

16. Encargo o mandato a través de la Subcomisión de Extranjería del CGAE para que elabore un Protocolo de interposición de recurso de amparo general y otro específico por dilaciones indebidas.

SEMINARIO 2: DISPERSIÓN JURISPRUDENCIAL

CONCLUSIONES

Dada la amplitud de las cuestiones en las que existe dispersión jurisprudencial no se han tratado todos los asuntos en los que la dispersión jurisprudencial se constata, habiéndose obtenido, en relación a los temas objeto de debate, las siguientes conclusiones:

1.º Antecedentes policiales y penales

Se siguen valorando por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo los antecedentes policiales y penales a efectos de denegación de residencia, tanto inicial como modificación, renovación y larga duración, con criterios muy distintos en cada Comunidad Autónoma. Ante la disparidad de criterios existente, no es posible elaborar un mapa jurisprudencial por territorios, ni tan siquiera por Tribunales, constatándose, no obstante, que sigue vulnerándose la presunción de inocencia al tener en cuenta algunos Juzgados los antecedentes policiales.

2.º Expulsión o multa

Respecto a la opción de imposición de sanción de expulsión o multa, se constata que en algunos Juzgados, como Baleares, Madrid y Zaragoza, si no hay datos negativos, en general se impone la sanción de multa, siguiendo la doctrina del TS.

Pero en Valencia, Barcelona, Navarra y otras comunidades no se sigue en la mayoría de los casos la jurisprudencia del TS, considerando como datos negativos cualquier cuestión que no es de las contempladas por el TS (por ej. no comunicar a quién llamar en el momento de la detención, o necesitar un intérprete), por lo que se sigue sin aplicar la Jurisprudencia del TS en este sentido.

3.º Medidas cautelarísimas

El requisito de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para tramitar la suspensión de la ejecución de la expulsión como medida cautelar o medida cautelarísima en ciudades como Valencia es no solo que exista detención o internamiento, sino también acreditar la fecha concreta de expulsión para admitir a trámite la cautelarísima; sin embargo en las ciudades donde no hay CIE se admite la cautelarísima sin ninguna exigencia más.

4.º Denegación de residencia de familiares de ciudadanos UE

También son muy diversos los criterios de los Juzgados o Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TTSSJ en denegaciones de Residencia de Familiar de ciudadano de la

Unión por motivos de orden público, realizando diversas y variadas interpretaciones del concepto de orden público.

5.º Postulación procesal

Respecto al criterio de los Juzgados o Salas de lo Contencioso-Administrativo de TSJ acerca de la forma de acreditar la representación del recurrente en materia de extranjería, solo en algunos sitios, como Castilla-La Mancha y Pamplona, se acepta la designa colegial de turno para acreditar la representación, en el resto se exige poder notarial o *apud acta*.

RECOMENDACIÓN

En resumen, ante la inseguridad jurídica que crean los contradictorios pronunciamientos, habría que realizar un estudio más exhaustivo por materias y territorios, creando Comisiones de trabajo en cada Colegio, y abrir vías para unificar doctrina como la posibilidad de Interposición de Recurso de Casación en interés de la ley por parte de los Colegios.

SEMINARIO 3: DERECHO MIGRATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA

CONCLUSIONES

ANTECEDENTES

Fruto de la puesta en común de las experiencias de varios asistentes a este Seminario, respecto de cada uno de los ámbitos territoriales de actuación, se detecta un alto nivel de desconocimiento y falta de aplicación práctica, tanto de carácter normativo como jurisprudencial, por parte de los Abogados, así como del resto de operadores jurídicos, implicados en la materia de extranjería y asilo, de las normas de la Unión Europea y las resoluciones judiciales de los Tribunales de la Unión Europea, falta de empleo que es también predicable del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

CONCLUSIONES

1. La abogacía y la función de control del Derecho de la UE

Se propone que la abogacía, y en concreto los abogados especialistas en Derecho de extranjería y asilo, se convierta en el elemento incitador de la difusión y aplicación práctica del

derecho normativo y la jurisprudencia emanada de las instituciones de la Unión Europea, tanto frente a los jueces y tribunales españoles como frente al resto de operadores jurídicos (Notarios, Registradores, Fiscales, Procuradores, etc.) y no jurídicos (policía, trabajadores sociales, etc.).

2. El estudio del Derecho de la UE: sustantivo, especializado y procesal

En atención a ello, se insta a que, desde el Consejo General de la Abogacía Española, y por extensión a los consejos autonómicos de colegios de abogados, y a los propios colegios de abogados particularmente, directamente desde sus juntas de gobierno o, en donde estén constituidas, a través de las secciones de extranjería y asilo, se potencie de forma efectiva la tarea de difusión y puesta en conocimiento del Derecho y la Jurisprudencia de la Unión Europea, mediante la realización de acciones formativas específicas y periódicas sobre dichos ámbitos.

3. Cuestiones prejudiciales

Igualmente, se insta a que se potencie la reivindicación del planteamiento por los jueces nacionales, a instancia e impulso de los/as abogados/as especialistas en Derecho de extranjería y asilo, de cuestiones prejudiciales sobre derechos de la Unión Europea ante cualquier instancia judicial española.

4. Proactividad normativa

Por otro lado, se sugiere el establecimiento de foros o grupos de trabajo en relación a los anteproyectos o proyectos de la legislación de la unión europea afectante al Derecho de extranjería y asilo (ser proactivos en vez de reactivos).

De igual manera, se sugiere que dicho foro o grupo de trabajo se encargue de la supervisión de la correcta transposición de las normas de la Unión Europea al Derecho interno español, a fin de evitar omisiones, incongruencias, interpretaciones, etc., que lleven a denunciar dicha situación, y, si se produce, sirva de base para impugnar la incorrecta transposición.

5. Parejas de hecho y registros

Finalmente, en cuanto a la específica situación de las parejas de hecho y los registros públicos de parejas de hechos, por un lado, se interesa una postura firme de la abogacía frente a los abusos que se están cometiendo, incluyendo la inobservancia de las recomendaciones dictadas por distintos organismos e instituciones, como el defensor del pueblo español y autonómicos, y, por otro lado, se requiere del legislador nacional que regule normativamente las parejas de hecho y los registros públicos de parejas de hecho.

SEMINARIO 4
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

CONCLUSIONES

1. Estancias irregulares y expulsión

Se constata que en los supuestos de estancia irregular se sigue aplicando de forma sistemática el procedimiento sancionador preferente para la expulsión, sin que concurren los requisitos de los artículos 63.1 de la LODYLE y 234 del RD 557/2011, de 20 de abril.

2. Matrimonios y Registro Civil

Se denuncia la existencia de protocolos para detectar matrimonios de conveniencia, siendo los propios Registros Civiles los que remiten al ciudadano extranjero a una entrevista con el grupo de extranjeros de la policía.

PROPUESTA: Que se facilite a través de los distintos Colegios de Abogados la recopilación y coordinación de expedientes concretos en los que se haya producido alguna vulneración, a los efectos de presentar la correspondiente queja ante el Defensor del Pueblo y que puedan ser investigados.

3. Expulsión y ejecución inmediata

Se denuncia la práctica consistente en la notificación de la resolución de expulsión y la ejecución inmediata.

PROPUESTA: Que se exija la aplicación de la Ley y que se elabore un protocolo de actuación con el fin de proteger el derecho a la tutela judicial efectiva, que no impida o dificulte al letrado/a la presentación de la solicitud de las correspondientes medidas cautelarísimas.

4. El artículo 57.2 LOEX

En los expedientes sancionadores, por aplicación del artículo 57.2 de la LODYLE a internos privados de libertad, se constata la imposibilidad que tienen los extranjeros/as en prisión de designar abogado/a particular. Directamente se llama al letrado/a del Turno, obviando la posibilidad de nombrar uno de su confianza.

PROPUESTA: Que se exija cumplir con la obligación de informar al interno del derecho a designar letrado particular que le asista, si así lo desea.

Publicada, tras a finalización del XXII Encuentro, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados, de fecha 22-06-2012, la proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (162/335), en la que propone la reforma del art. 57.2 de la LO 4/2000 e interesa que constituya causa de expulsión de los extranjeros residentes que resulten sancionados, dentro o fuera de España, con pena privativa de libertad superior a 6 meses, desde la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española *se muestra oposición a la propuesta*, a la vez que recuerda al legislador que el mantenimiento en el vigente tenor del art. 57.2 de la LO de que la condena a prisión con una duración superior a un año constituya causa de expulsión del extranjero residente trae causa del art. 26.1.d) de la LO 7/1985 y que fue introducido en concordancia con el art. 93 del CP de 1973, para las penas de privación de libertad que no fueren susceptibles de remisión condicional, y, aun considerando la Abogacía que debería ser desterrada de la normativa de extranjería esta causa de expulsión, *lo que procede y se insta al legislador* es hacer coincidir el plazo de dos años previsto en el art. 81.2.º CP como duración de la pena de prisión susceptible de ser suspendida de ejecución y el del art. 57.2 LOEX como causa de expulsión.

5. El Programa ADEXTRA

Se denuncia que el programa ADEXTRA no recoge toda la información necesaria para conocer la situación real y actual de los extranjeros, produciéndose situaciones de detenciones ilegales o prácticas, cuanto menos, abusivas.

PROPUESTA:

- Exigir que las distintas Delegaciones y Subdelegaciones de Gobierno graben inmediatamente todas las solicitudes, recursos contra denegaciones, etc., que se presenten, a los efectos de tener constancia en tiempo real de cuál es la situación documental de los extranjeros en España.
- Solicitar al Juzgado, por OTROSÍ, que en el caso de que sea concedida la medida cautelar o cautelarísima de suspensión de la ejecución de la expulsión, se oficie a la policía a los efectos de que sea grabado inmediatamente en el programa ADEXTRA.

6. Notificación de resolución de expulsión

Se denuncian irregularidades en las notificaciones de las resoluciones de expulsión a los letrados/as y en el plazo de ejecución de las órdenes de expulsión.

PROPUESTA:

- Solicitar que se establezcan los cauces necesarios para que sea posible la coordinación con el letrado que lleva de inicio el proceso sancionador: Que se elabore un

protocolo de actuación por el Consejo General de la Abogacía para que, a través de los departamentos del Turno de Oficio de los distintos Colegios de Abogados, se informe del letrado que fue designado en el procedimiento sancionador.

— Exigir que se notifique inmediatamente al letrado el momento en el cual se tiene previsto ejecutar la expulsión del extranjero internado, evitando absurdas peregrinaciones por los distintos Juzgados competentes: Juzgado de Instrucción de guardia y Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

7. El Derecho Migratorio de la UE

Se propone que en las demandas que se presenten por los Letrados ante las distintas instancias Judiciales sea invocada la Jurisprudencia de la Unión Europea y de Organos Internacionales y que se manifieste la obligación de aplicar directamente las Directivas UE.

SEMINARIO 5: ASILO Y REFUGIO

CONCLUSIONES

1. Guía de actuación

Consideramos una oportunidad y una necesidad la difusión de la GUÍA DE ACTUACIÓN EN LA ASISTENCIA JURÍDICA A SOLICITANTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ACNUR en los Colegios de Abogados y muy especialmente entre los letrados de las secciones de extranjería: <www.acnur.es/.../acnur_guia_abogados2011_20120216095526_20120511120928.pdf>.

2. Formación

Se destaca la necesidad de aprender a detectar a personas con posibles necesidades de protección internacional:

- Es importante formular las preguntas adecuadas: ¿Por qué has salido de tu país? ¿Por qué no puedes regresar? ¿Qué te pasaría si vuelves a tu país?
- Debemos estar atentos a las personas en situación de riesgo, especialmente niños y mujeres, para detectar posibles casos de trata de personas
- Es necesario informar a la persona sobre la posibilidad de solicitar protección internacional.

Se destaca la importancia de investigar la información sobre el país de origen (COI) de la persona con necesidades de protección, antes de la entrevista y durante todo el procedimiento.

3. Papel activo del abogado

Se reclama un papel activo del letrado tanto en la formalización de la solicitud como en las siguientes fases del procedimiento, participando en las entrevistas, manteniendo el contacto con la persona solicitante de protección internacional y contactando con sus familiares o con otros profesionales (psicólogos, médicos, trabajadores sociales), así como con organizaciones que puedan aportar información relevante para el caso.

4. El intérprete

Se llama la atención sobre la importancia del papel del intérprete en el procedimiento; es necesario que la comunicación sea efectiva y que se establezca una relación de confianza. Se llama la atención sobre las dificultades para contar con el apoyo de intérpretes en la actual situación de recortes presupuestarios.

5. Cauces de comunicación

Se recomienda establecer cauces de comunicación entre los letrados que puedan participar en distintas fases del procedimiento, así como con el ACNUR y la OAR.

Recomendaciones

6. Informes. Se solicita al Consejo General de la Abogacía que traslade la petición de las Organizaciones Sociales y Secciones de Extranjería de los Colegios de Abogados de ser consultadas y participar de forma activa en la elaboración del reglamento de aplicación de la Ley 12/2009 pendiente, cuya aprobación se insta que lo sea a la mayor brevedad.

7. Programas de formación. Se solicita la organización de programas de formación eminentemente prácticos para letrados sobre los siguientes aspectos:

- las entrevistas;
- la prueba; estrategias de investigación de la información sobre el país de origen (COI).
- los procedimientos —CIE y frontera; territorio—; recursos; cautelarísimas;
- polizones.

SEMINARIO 6:
TRATAMIENTO DE LOS TURNOS DE OFICIO EN EXTRANJERÍA

CONCLUSIONES

En el Seminario sobre tratamiento de los Turnos de Oficio de Extranjería estuvieron presentes compañeros de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Madrid, Salamanca, Granollers, Mataró, Cádiz, Tarrasa, Málaga y Valencia. Con las intervenciones de dichos compañeros y las respuestas al cuestionario enviado sobre Turno de Extranjería de los Colegios de Lleida, Cantabria y Vizcaya, han sido elaboradas las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. Baremos

Se evidencia la diferencia existente en la baremación de los Turnos de Oficio de Extranjería, tanto por lo que respecta a la retribución a los compañeros que prestan el servicio como por las diferentes prestaciones que incluyen, y la periodicidad de los pagos. A modo de ejemplo, decir que hay Colegios de Abogados como el de Barcelona y el Valencia, entre otros, donde se retribuye la disponibilidad y otros, en cambio, como el de Cádiz, en los que no. De la misma manera, se pone de manifiesto que en algunos colegios las retribuciones del turno son mensuales, en otros trimestrales y en otros semestrales, así como la diferente cuantía de la retribución por asistencias o actuaciones.

Se propone que desde el Consejo General de la Abogacía Española se potencie la racionalización de los baremos en todo el territorio nacional.

2. Turnos específicos

Existen Colegios de Abogados en los que no existe Turno específico de Extranjería, asumiendo la asistencia a los ciudadanos extranjeros los compañeros del Turno Penal imperativamente. Se considera que sería recomendable conocer qué Colegios no disponen de Turno específico de Extranjería y promocionar e incentivar su creación en beneficio de un servicio de turno de oficio de calidad, eficacia, eficiencia y especialización que redunde en una mejor defensa del justiciable, ya que es evidente que la asistencia al justiciable será mejor cuando el abogado que la presta tiene la libertad, voluntad y motivación para la prestación del servicio que cuando viene impuesta por la adscripción a un Turno General.

Se recomienda a los distintos Colegios de Abogados que potencien la creación de específicas secciones de Extranjería.

3. Formación

Debe tenderse a la homogeneización de la exigencia de cursos de formación especializada para los letrados que quieran acceder al Turno de Oficio de Extranjería por primera vez, así como para la renovación de su pertenencia a dicho Turno especial, en cuanto a las horas lectivas y los contenidos, asegurando de este modo la especialización letrada en la asistencia al extranjero.

Se propone la homogeneización en todos los Colegios de Abogados del contenido y duración de los cursos de formación para acceder al turno especial de Extranjería.

4. Coordinación con otros turnos

Se entiende que sería recomendable y así lo proponemos que exista coordinación entre los Turnos de Oficio de Extranjería, Penal y Contencioso-Administrativo en el sentido de lograr una unidad de defensa del justiciable extranjero, tendiéndose, en la medida que el servicio de turno de oficio lo permita, a que sea el mismo letrado el que se ocupe de su defensa ante el Juzgado.

Se considera conveniente que, para la adecuada defensa del extranjero, ante la transversalidad que se produce en materia de Extranjería y los órdenes Penal y Contencioso-Administrativo, se potencie la coordinación entre los turnos de oficio de Extranjería, Penal y Contencioso, y que, en la medida que el servicio de turno de oficio lo permita, se ocupe de la asistencia jurídica en dichos órdenes un solo abogado.

5. Coordinación intercolegial

Siendo conscientes de las dificultades de defensa que se presentan cuando el Letrado se encuentra con un extranjero que tiene decretada la expulsión en una provincia y es internado en el CIE de otra diferente en cuanto al Juzgado competente para presentar cautelarísimas, conocer las actuaciones realizadas en el expediente sancionador en que se ha decretado la expulsión, el nombre del letrado que asistió al extranjero, etc., sería recomendable la coordinación entre colegios de abogados que facilitara las posibilidades de defensa en estas situaciones.

Debe potenciarse la colaboración intercolegial en los supuestos en los que el extranjero asistido es trasladado a un centro de internamiento ubicado en localidad distinta a la de la Administración en la que ha sido dictada la resolución de expulsión.

6. Denegaciones de entrada

En el seminario se abordó el tema específico de las denegaciones de entrada en el aeropuerto de Barajas y se constataron las dificultades existentes para poder comunicar con el extranjero o el letrado que le asiste.

Se recomienda que se difunda entre todos los Colegios de Abogados la información de que los números de teléfono de la sala de detenidos de Barajas para poder contactar con los extranjeros respecto de los que se decreta una denegación de entrada son 91 301 09 28, 91 305 42 13 y 91 746 63 97.

7. Ejecución de la expulsión en 72 horas

En cuanto a la ejecución de la expulsión en 72 horas, se considera que debería instarse a las Brigadas de Extranjería a que se cumpla la Ley en cuanto a respetar la asistencia al detenido, que se avise al letrado y se permita la entrevista con el extranjero, entendiendo que no es suficiente con la llamada al letrado por teléfono para notificar que se va a proceder a la expulsión pretendiendo cubrir el expediente con la constancia del telefonema al letrado de guardia.

Se considera que debe trasladarse a las brigadas de extranjería que la no exigencia de expediente sancionador en los supuestos de ejecución de la expulsión en el plazo de 72 horas no supone que no debe incoarse expediente alguno, debiéndose respetar al extranjero los derechos de audiencia y asistencia letrada.

8. La Circular 2/2012

Tras la Circular 2/2012 de la Dirección General de la Policía de 16 de mayo de 2012 sobre identificación de ciudadanos, se considera recomendable que se denuncien las actuaciones de la policía que contradigan lo dispuesto en dicha circular.

Se pide a los letrados que se muestran vigilantes en cuanto a la aplicación de la Circular 2/2012, de la Dirección General de Policía, y que denuncien aquellos supuestos en los que se produzca la detención del extranjero cuando éste se hubiera identificado.

9. Tasas judiciales

En materia del pago de tasas judiciales en el caso concreto de las actuaciones ante el Contencioso-Administrativo, consideramos que debería instarse la exención de las mismas como ocurre en Penal, dado que tratándose de derecho sancionador donde rigen los mismos principios que en Derecho Penal, no se justifica que se imponga el pago en el caso del Contencioso-Administrativo y se excluya en Penal.

Dada la especial naturaleza de la materia que conforma el Derecho de Extranjería, se propone la eliminación de tasas judiciales en el orden Contencioso-Administrativo cuando tenga por objeto la extranjería.

10. Sustitución de letrado

Utilizar la posibilidad que nos brinda la figura del subapoderamiento con base en el artículo 27 LEC en relación con el mandato civil para posibilitar la sustitución del letrado en las vistas de lo Contencioso-Administrativo.

Se insta a que por los letrados se emplee la figura del subapoderamiento como método de sustitución de los abogados en la celebración de vistas ante los juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

SEMINARIO 7: EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y EL AMPARO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

CONCLUSIONES

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

Tras la exposición de la Profesora MARÍA CERVERA VALLTERRA, de la Universidad de Valencia, en la que puso de manifiesto la normativa básica reguladora del TJUE (art. 19 TUE; arts. 251 a 281 del TFUE, Protocolo núm. 3 que contiene Estatuto del TJUE, Reglamento del procedimiento del TJ, Reglamento del procedimiento TG), y concretó los Órganos que lo forman (el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los Tribunales especializados), garantizando el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de Tratados, quedó evidenciado que el TJUE es el garante de la Constitucionalidad y legalidad de toda la actividad dentro de la UE, que constituye una pieza clave dentro del proceso de integración europea, y que integra el poder judicial en la Unión Europea, formando el poder judicial de la Unión Europea en el que se integran los Jueces Nacionales.

Vías de recurso ante el TJUE:

- Recurso de incumplimiento.
- Recurso de anulación o de ilegalidad.
- Recurso de omisión, de inactividad.
- La excepción de legalidad.
- El recurso por responsabilidad extracontractual.
- Recurso de casación.
- Y recurso indirecto: Cuestión de prejudicialidad.

Conclusiones realizadas por los letrados reunidos en este seminario

Por los asistentes al Seminario queda constatado el escaso conocimiento y, en consecuencia, la poca práctica de los Letrados españoles del acervo de la Unión Europea, y se concluye que el empleo del Derecho de la Unión Europea permite el objetivo de asegurar que el legislador nacional legisle, aplique e interprete correctamente las normas de la Unión Europea, que tiene mecanismos para denunciar la vulneración de los Reglamentos y/o Directivas de la Unión Europea, ya sea por una mala transposición o por la existencia de contrastes o el incumplimiento de la incorporación al Derecho nacional.

CONCLUSIÓN PRIMERA. Se recomienda el empleo por los letrados del recurso indirecto constituido por la cuestión de prejudicialidad (art. 267 TFUE), y se ofrecen las siguientes reglas prácticas:

- Dado que la competencia para el planteamiento de la cuestión prejudicial la tiene el Juez, el Letrado deberá impulsarla en la demanda, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, pues aunque el Juez de lo Contencioso —primera instancia— no tiene obligación de plantearla, se evita que ante la interposición del Recurso de Apelación sea rechazada como cuestión nueva).
- Además, la volverá a introducir en el acto de la Vista (ya en forma oral ya mediante *instructa*).
- La concreta proposición al Juez de que éste plantee cuestión de prejudicialidad podrá ser efectuada, mediante OTROSÍ DIGO, en el Recurso de Apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, y si éste decide su elevación al TJUE lo notificará a las partes mediante Auto, y el procedimiento quedará en suspenso hasta que sea resuelta la cuestión prejudicial, en la que las partes continuarán personadas ante el TJUE y, en el caso de tener reconocido el derecho a la justicia gratuita, lo mantendrán ante el TJUE.
- Si en la Sentencia que dicte el Tribunal Superior de Justicia no hay pronunciamiento sobre la cuestión de prejudicialidad o el Tribunal alega la «teoría del acto claro» —en base a la cual el Tribunal español no considera oportuno plantear la cuestión de prejudicialidad por entender que no existe duda alguna de la aplicación del Derecho de la Unión Europea—, podrá acudirse a la vía del Recurso de Amparo.
- La Sentencia en la que el TJUE se pronuncia sobre la cuestión de prejudicialidad no resuelve el caso concreto, pero ofrece un criterio interpretativo al Juez nacional, tiene autoridad de cosa juzgada y despliega efectos *erga omnes* en todos los Estados de la Unión Europea.

CONCLUSIÓN SEGUNDA. También se aconseja a los letrados el empleo de la denuncia ante la Comisión.

Son características de la denuncia ante la Comisión:

- a) Sencillez.
- b) Facilidad de acceso (introducir en el buscador «queja comisión europea»). Redactar e introducir documentos probatorios.

- c) La falta de respuesta de la Comisión posibilita la solicitud de auxilio del Defensor del Pueblo Europeo, que es nombrado por el Parlamento Europeo, y del que siempre se recibe contestación fundamentada jurídicamente.

CONCLUSIÓN TERCERA. Se considera necesario que desde el Consejo General de la Abogacía Española, desde los Consejos Autonómicos de Abogados y desde los Colegios de Abogados se potencie el conocimiento del TJUE, su jurisprudencia y la práctica procesal.

SEMINARIO 8: ARRAIGOS

CONCLUSIONES

El objetivo de este seminario ha sido tanto conocer los distintos criterios de actuación de las Subdelegaciones de Gobierno de los diferentes territorios como las propuestas para la unificación.

El debate fue muy rico en la exposición de la problemática, de la casuística, así como en la respuesta ágil por el representante de la Administración, que mantuvo en todo momento actitud muy receptiva respecto de las propuestas y sugerencias, así como un buen conocimiento de todas las Subdelegaciones.

Se trataron la mayoría de las cuestiones planteadas por la mesa.

1. Respecto al arraigo familiar recogido en el art. 124.3.A) del RD 557/2011

Se plantea por la Administración que este supuesto se configuró normativamente de forma independiente debido al elevado número de expedientes que llegaron a la Secretaría de Estado a través de la Disposición Adicional primera cuarta. Este supuesto adquirió especial relevancia, dado que se recibieron 524 expedientes entre el 2009 y el 2011.

Por parte de la Administración se manifiesta que la normativa no es extensa y que es muy clara respecto a la documentación exigida.

Las solicitudes de arraigo familiar desde el 30-6-2011 fueron aproximadamente las siguientes:

- 200 en agosto.
- 400 en septiembre.
- 1.300 en octubre.
- 1.800 en noviembre.
- 1.000 en diciembre.
- 1.400 en marzo.

El debate sobre la renovación de esta autorización de residencia lo resuelve el representante de la Administración remitiéndose al art. 202 del RD 557/2011, ya que en el RD no se establece claramente.

Entiende de aplicación el art. 202.2 en relación con el art. 71 del RD cuando se trate de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Si al renovar dicha autorización no se tiene contrato se renovaría la residencia con el criterio de residencias que establece el 400% del IPREM.

Por parte del Colegio de Lleida se plantea que la Subdelegación estaba planteando problemas en la acreditación de la nacionalidad española exigiendo el DNI del menor. Así como requiriendo del secretario del Juzgado que acreditara el cumplimiento de las obligaciones paternofiliales, a lo que el Juzgado no se prestaba. Por parte del representante de la Administración se tomó nota de estas exigencias, entendiendo que con el certificado de nacimiento es suficiente.

El representante de la Administración, a propuesta de compañeros Letrados de Madrid, se da por enterado de la posibilidad de incluir a los ascendientes como ciudadanos de la Unión y participa que esta propuesta será objeto de estudio.

2. Disposición Adicional 1.^a punto 4.^o del Reglamento de Extranjería

Se plantea por la DGI que se ha de solicitar a través de cualquier Oficina de extranjería y ésta lo remite a la DGI.

Se está aplicando en la práctica con gran exigencia, y es que esta vía no está pensada para circunstancias que no están cubiertas en supuestos ya recogidos por la normativa, por ejemplo solicitar una autorización de residencia excepcional basada en arraigo social de una persona que se halle en España por tiempo inferior a dos años.

Se podría encuadrar en este supuesto a aquellas personas que se hallan en peligro y temen por su seguridad (sirios o libios que se hallen en España).

Sí se admiten parentescos no encuadrados en el arraigo familiar, casos de menores que han perdido la tutela incluso a solicitudes de renovación de autorización concedida por enfermedad sobrevenida.

Se plantea la problemática de aquellas personas que por hallarse en situación irregular no puedan aportar informe médico para acreditar enfermedad sobrevenida tanto de forma inicial como en fase de renovación; esta situación va a generar situaciones de gran vulnerabilidad.

También podríamos solicitar la aplicación de esta disposición a las víctimas de delitos no contemplados en el Reglamento en esta disposición, como víctimas de agresión sexual.

3. Medios económicos

- **¿Cómo se valora la tenencia de medios económicos por el empleador? ¿Se atiende estrictamente al tenor del art. 66 RD o qué criterios se valoran? ¿Y al examinar el IRPF, solo se valora rendimiento neto, o se valoran otros conceptos?**

Respecto a esta cuestión el representante de la Administración reconoció que no hay una circular oficial en esta materia. Manifiesta que se está elaborando, que la Dirección está trabajando en ello porque evidentemente hay muchos elementos que valorar y si no se ha materializado es porque falta autorización superior.

La conclusión es que se sabe y se reconoce que cada Delegación de Gobierno está funcionando según unas ordenanzas internas que no son públicas, provocando gran inseguridad jurídica y diferencia de trato según territorio, lo cual tiene intención de cambiar. En conclusión, comparte la exigencia colectiva de necesidad de regulación.

- **¿Qué ocurre si el empresario o empleador estaba al corriente de sus obligaciones con Agencia Tributaria y Seguridad Social al momento de presentar la solicitud pero mantiene deudas cuando el expediente va a ser resuelto? ¿Se da trámite de audiencia al administrado o directamente se desestima la solicitud?**

En principio si el único motivo de denegación es la tenencia de deudas del empleador debería darse trámite de audiencia. En cambio, si se dan dos motivos de denegación sí es procedente la denegación, dando la posibilidad de revisión vía recurso de reposición.

La DGI entiende que no procede denegar una solicitud de renovación por deudas del empleador.

Respecto a la problemática de denegaciones de solicitudes porque la Administración constata bajas voluntarias de trabajadores que no se han mantenido por un año, entiende el Subdirector de la DGI que no se puede denegar una solicitud en base a este motivo.

- 4. Incidencia del arraigo social por cuenta propia, cuáles son los criterios utilizados para admitirlo. En todo caso cómo se valoran los medios económicos, interpretación del art. 105.1.D), concreción de «contar con recursos económicos suficientes para su manutención y alojamiento»**

En este supuesto se ciñe estrictamente a lo dispuesto en la norma, haciendo hincapié en la portación del informe. Se ha de acreditar suficientemente la inversión; se recomienda visibilizar la actividad mediante la tenencia de un local, caso de locutorio. Quedarían fuera de este supuesto los autónomos que se dediquen a la venta ambulante, supuesto paradigmático en el colectivo nigeriano.

- 5. Aportación de varios contratos (artículo 124.2.2.º RD 557/2011)**

- Se están aceptando contratos múltiples encuadrados en el sector agrario, se trata de contratos concatenados de seis meses, y según la DGI solo se da en Almería.
- Respecto a la aportación de varios contratos para una misma ocupación encuadrada en el Régimen General está funcionando para el sector doméstico, limpieza y hostelería.

6. Supuestos de arraigo social con exención del contrato de trabajo

¿En qué supuestos se accede a conceder autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales con la exención de contrato de trabajo? ¿En todo caso, cuál es el criterio de medios económicos?

Entiende la DGI que el criterio económico a aplicar sería el de la reagrupación familiar.

7. Otras cuestiones

— **Respecto a la acreditación de permanencia**, se pregunta si se pueden aceptar los envíos de dinero, aunque sigue estableciéndose como documento oficial el padrón, así como documentos de carácter oficial, no siendo necesario uno al mes, sino distintos documentos que acrediten que el extranjero se hallaba en esos periodos.

— Se planteó por el colegio de Málaga que se estableciera el criterio único para los **certificados de antecedentes penales de ciudadanos saharauis**, ya que Argelia no emite antecedentes penales. Se admitió por el representante de la Dirección General que hay flexibilidad según territorios, pero que a día de hoy ese conflicto no está resuelto.

— Es necesario **informe físico de reagrupación familiar**, no siendo suficiente con el envío telemático.

— El **informe de integración** solo se tendrá en cuenta en las renovaciones.

— Se plantea por el representante de la Dirección General que se van a poder presentar los expedientes de larga duración por **vía telemática**, así como renovaciones de cuenta ajena y cuenta propia con la misma actividad, y que se espera que en una semana se inicie la notificación electrónica.

— Como conclusión final la Dirección General asumió la coordinación y el funcionamiento de las distintas oficinas de extranjero del territorio, así como la accesibilidad, ofreciendo su mail personal para tratar todos los asuntos concretos, comprometiéndose a contestar individualmente y así tratar de solucionar incongruencias en la medida de lo posible.

SEMINARIO 9:

CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIES)

CONCLUSIONES

Las presentes conclusiones se formulan como propuestas para que se trasladen al Ministerio del Interior a fin de ser recogidas en el futuro Reglamento de los CIE en aquellos temas que puedan ser objeto de desarrollo en el mismo.

Bloque A. Sobre asistencia letrada

A.1. Conflicto comunicación abogados.

Ante la problemática en la localización de Abogados cuando concurren diferentes Letrados en el mismo expediente sancionador, y habida cuenta de las dificultades de facilitación de datos por parte de algunos Colegios de Abogados, se propone:

- Que el CGAE interese a los Colegios de Abogados a que adopten los mecanismos necesarios para que el Letrado que asista a un extranjero en materia de extranjería sea siempre el mismo. En el caso de que ello no sea posible,
- Que desde el CGAE se inste a los Colegios de Abogados a que faciliten a los otros Letrados los datos del Abogado extranjero del expediente administrativo, por prevalecer el derecho de defensa frente a la eventual aplicación de la Ley de Protección de Datos.

A.2. Acceso al expediente.

Que se interese al Ministerio del Interior a que faciliten a los Letrados el expediente administrativo completo sancionador.

A.3. Notificación ejecución expulsión.

Que se comunique al Letrado con 72 horas de antelación la fecha de la expulsión a los efectos de poder ejercer debidamente la defensa en atención al artículo 135 LJCA.

A.4. Derecho comunicación Abogado-defendido en CIE.

Ante la problemática y las dificultades de comunicación y notificaciones entre el Letrado y el extranjero interno, y teniendo en cuenta que el internamiento sólo restringe el derecho a la libertad ambulatoria, se propone:

- Que los internos puedan disponer libremente de sus teléfonos móviles en el CIE.
- Que se faciliten suficientes líneas públicas telefónicas en los CIE, con el fin de garantizar el derecho a la comunicación entre las personas internas y sus Letrados y familiares.
- Que además se establezca una línea de fax con la misma finalidad de garantizar tanto el derecho a la comunicación como el derecho de defensa.

A.5. Medida Cautelar y Cautelarísima.

Ante el conflicto operado por la reforma del artículo 135 de la LJCA, sobre medida cautelarísima y el conflicto al que puede abocar con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, interesa que se inste recomendación al Ministerio de Justicia y al CGPJ en el siguiente sentido:

- Que la solicitud de medida cautelar suspenda la eventual ejecución de la expulsión en tanto en cuanto el Juzgador no resuelva sobre la petición formulada.
- Que se inste al Ministerio del Interior en el sentido de recordar que la interposición de una medida cautelar suspende la ejecución de la expulsión hasta que el Juzgado resuelva sobre dicha solicitud, según los términos dictados por la STS de 11-09-2005 (Casación 1888/01), por la que se derogan el artículo 30.1, 2, 3, 6, 8 y 9 y el artículo 34 apartado 5 de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

Bloque B. Juzgados de Vigilancia de los CIE

B.1. Información de tutela judicial en los CIE.

Que se informe a las personas internadas en el momento de su ingreso en el CIE de la existencia y funciones de los Juzgados de Vigilancia y Control, así como del cauce para dirigirse a los mismos.

B.2. Quejas y peticiones del interno.

En atención al artículo 62.6 LOEX, que se garantice el derecho a ejercer libremente el derecho de los internos a interponer quejas y peticiones directamente ante el Juzgado de Vigilancia y control del CIE. Que se articulen los mecanismos para garantizar la confidencialidad del contenido de las peticiones y quejas de los internos al Juzgado y la celeridad en la transmisión de las mismas.

B.3. Funcionamiento de los Juzgados de Control.

Que los Juzgados asuman el control de la situación del interno en todo momento y en especial de cualquier desplazamiento que se produzca sobre su persona, con independencia de que dicha notificación también se realice al Juez que autoriza el internamiento.

Que cualquier medida sancionadora o coercitiva sobre las personas internas sea notificada inmediatamente al JVC.

B.4. Especialización y dotación de medios.

Especialización de los Juzgados de Vigilancia de los CIE, así como se tenga en cuenta dicha función en las normas judiciales de reparto.

B.5. Legitimación activa.

Que la legitimación activa para formular quejas y peticiones sea extensiva a quien muestre un interés legítimo.

Bloque C. Régimen de internamiento

C.1. Protocolo de detección de personas vulnerables.

Que los CIE cuenten con un protocolo de detección de personas vulnerables, posibles menores, víctimas de trata y solicitantes de asilo que deberá activarse en el momento del ingreso en el CIE por parte de los Servicios Sociales del mismo.

C.2. Servicio de orientación jurídica a extranjeros en los CIE.

Establecimiento en todos los CIE de un SOJ-SOJE gestionado por el Colegio de Abogados del ámbito territorial de cada CIE.

C.3. Derecho de información del interno.

Derecho de acceso al expediente administrativo, que deberá estar en el CIE a disposición del interno o de la persona que él designe.

Facilitación al interno de los datos telefónicos de contacto de los Abogados intervinientes en todo el expediente administrativo, peticiones de internamiento y en su caso letrados de causas penales.

Información a la persona interna de los trámites realizados para su expulsión durante su estancia en el CIE y resultado de dichos trámites.

C.4. Medidas coercitivas.

Que se tipifiquen tanto las infracciones como las medidas de régimen coercitivo.

Que en cualquier caso queden salvaguardados sus derechos constitucionales, en especial el derecho a la integridad física y psíquica y la comunicación libre con el exterior.

C.5. Comunicación de la expulsión.

Que se comunique a la persona interna la fecha de su expulsión, medio de transporte y ciudad de destino con una antelación mínima de 72 horas a fin de que la persona pueda gestionar su recogida en la ciudad de destino, contactar con sus familiares y/o allegados en España, y posibilitar su defensa letrada.

C.6. Que el futuro Reglamento de los CIE incorpore todas las recomendaciones formuladas por el Defensor del Pueblo en esta materia.

SEMINARIO 10:
ARTÍCULO 89 DEL CÓDIGO PENAL

CONCLUSIONES

PRIMERA. Para futuras modificaciones del artículo 89 CP, y en base al respeto al PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA DEL REO, concluimos la exigencia por parte del legislador de la observancia de dos requisitos en la aplicación de dicho artículo:

- 1.º Que el mecanismo de la sustitución de la pena por expulsión se habilite también a petición expresa del acusado/condenado.
- 2.º La existencia expresa y motivada en sentencia de la posibilidad de decisión de la sustitución en fase de ejecución de sentencia.

SEGUNDA. Atendiendo al principio de INTANGIBILIDAD de las sentencias, no se deberá abrir la posibilidad de sustituir la pena por expulsión por circunstancias inmotivadas en sentencia.

TERCERA. Atendiendo a la variedad de opiniones sobre la forma de interpretación de las circunstancias favorables al reo, ya sean éstas concomitantes o sobrevenidas, y a la variedad de pronunciamientos judiciales al respecto, se deben agotar por los letrados todas las vías de recurso posible para su consecución, incluyendo la posibilidad de interponer amparo constitucional.

CUARTA. Atendiendo a las consecuencias que se derivan en el ámbito administrativo de las condenas penales (y sus derivaciones), se debe por los Letrados/as tener una observancia restrictiva en el uso forense de las conformidades, debiendo informar adecuadamente al interesado de las implicaciones que se derivan de dichas conformidades en su situación como extranjero en España.

QUINTA. Desde el primer momento en que un Letrado/a tenga la dirección del proceso, y se encuentre en el mismo un elemento de extranjería, deberá desde ese mismo momento y de acuerdo a la fase procesal en la que se encuentre aportar todos aquellos elementos de arraigo, incluidos los supuestos de expectativas de derecho derivados de solicitudes administrativas previas no resueltas, como elementos en los que fundamentar razones suficientes y válidas para la oposición a la sustitución de la pena por expulsión.

SEXTA. El Juez de Vigilancia Penitenciaria no tiene atribuida competencia en materia de expulsión sustitutiva.

SÉPTIMA. Atendiendo a la naturaleza de medida privativa de libertad de los internamientos en los CIES, los Letrados deberán en fase de ejecución de sentencia controlar la inclusión de dichos periodos como computables a efectos de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad.

OCTAVA. Ha sido una opinión generalizada de los participantes de esta mesa la conclusión de que el artículo 57.7 de la LO 4/2000 imposibilita una protección y tratamiento adecuado de la víctima, atendiendo a que no se ejercita el *ius puniendi* del Estado.

NOVENA. Que el plazo DE PRESCRIPCIÓN de la medida penal de la expulsión sustitutiva debe quedar sujeto al plazo de la pena original (incluida los supuestos de devolución).

SEMINARIO 11: PRÁCTICAS REGISTRALES DE ACCESO A LA NACIONALIDAD Y EL MATRIMONIO

CONCLUSIONES

El momento en el que se adquiere la nacionalidad es en el momento de su inscripción, por ser ésta constitutiva. En determinados supuestos, debido a las dilaciones para efectuar dichas inscripciones, se producen incluso situaciones de vacío legal para los ciudadanos, llegando incluso a casos de apatridia.

PROPUESTA: Instar a la reducción del lapso de tiempo desde la concesión de la nacionalidad hasta su inscripción.

La *Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior* intenta eliminar la discriminación que establece en cuanto a la opción de nacionalidad el art. 20.1.b) del Código Civil, en cuanto a los hijos de personas originariamente españolas que han nacido en territorio español y las que no.

PROPUESTA: Se recomienda hacer uso de la posibilidad que otorga la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, que puede beneficiar a muchos nietos de emigrantes españoles.

Hay 300.000 personas que han obtenido la nacionalidad española través de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 52/2007 (Ley de Memoria Histórica), pero existen 300.000 expedientes más sin resolver, en los cuales se plantea mucha de las casuística debido a los distintos países en los cuales los emigrantes españoles residieron, de si fallecieron los que causaban el nexo de nacionalidad, dependiendo del momento de la celebración de los matrimonios, etc. De esos expedientes, muchos ya se prevé que conocerán los Tribunales, será así cuando supuestos que aún no están bien definidos podrán establecerse, es decir, dentro de unos cuantos años.

PROPUESTA: Se recomienda la utilización de la vía jurisdiccional para intentar hacer valer situaciones que desde el punto de vista administrativo o de 1.^a instancia no han sido reconocidas.

Existe una gran discrecionalidad por parte de los distintos Registros Civiles sobre el acceso a la nacionalidad española para los saharauis cuyos ascendientes fueron originariamente españoles, desde su otorgamiento por posesión de estado a simple presunción o a nada.

PROPUESTA: Dado lo politizado de esta cuestión, instar a dar una respuesta única y valiente a este grupo de personas.

Ante la problemática de menores nacidos en España de progenitores de distintas nacionalidades, de los cuales uno de ellos desaparece y resulta impracticable para el menor la determinación de su nacionalidad, es necesario recordar que la Convención sobre Derechos del Niño explicita que el menor tiene derecho a que se le otorgue una nacionalidad, unido al principio del Interés Superior del Menor, ante cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

PROPUESTA: Establecer líneas de actuación ante la Administración para la obtención de eventuales Cédulas de Inscripción para estos menores, incluso la posibilidad de instar ante los Juzgados de Familia la posibilidad de retirar la patria potestad al progenitor ausente.

Existe una gran discrecionalidad en la práctica de los distintos Registros Civiles en cuanto a demostrar el grado de integración en la sociedad española, desde entrevistas solo a no hispanohablantes, preguntas culturales, históricas del lugar concreto de residencia a todos los solicitantes, independientemente de su nacionalidad, hasta la obligación de escribir, etc.

PROPUESTA: Que se racionalicen los Test de Integración, para evitar las grandes diferencias actuales de unos Registros Civiles a otros.

En lo referente a la inscripción de parejas de hecho, dependiendo del territorio de residencia, existen diferencias importantes en cuanto a los requisitos, para acceder a su efectiva inscripción, siendo la diferencia más importante el exigir o no ser residente regular para acceder a la inscripción. En muchos casos, las leyes autonómicas obvian las Recomendaciones del Defensor del Pueblo a este respecto.

PROPUESTA: Se recomienda la utilización de la vía jurisdiccional para hacer cumplir la Ley a la Administración.

Se prevé que se inicie en las distintas Subdelegaciones del Gobierno, de forma generalizada, como ya ocurre en la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, que las parejas de hecho cuyo ciudadano no comunitario solicita el acceso al régimen de Familiar de Ciudadano de la Unión, por la vía del art. 2.b) del RD 240/2007, de 16 de febrero, el que las Unidades de Extranjería de las Subdelegaciones del Gobierno en las cuales se tramitan estas solicitudes, en caso de duda, acerca de la veracidad de dicha pareja inscrita, oficien las distintas Brigadas de Extranjería, a fin de que se verifique realmente su relación.

PROPUESTA: Se recomienda la utilización de la vía jurisdiccional para hacer cumplir la Ley a la Administración.

Existe un tremendo atasco en el Registro Central de Madrid, cuyo atraso en las inscripciones tiene como consecuencia situaciones de gran injusticia para los ciudadanos.

PROPUESTA: Instar a que el Ministerio de Justicia tome medidas de carácter urgente para agilizar dicho Registro Central, reduciendo de esta forma los tiempos de espera de las inscripciones.

CONCLUSIONES CONFERENCIA «PRENSA E INMIGRACIÓN»

Tras la Conferencia sobre «Prensa e Inmigración», en la que intervinieron los periodistas NICOLÁS CASTELLANO, LOLA BAÑÓN y AWATEF KHADJA, se constata que no se publicitan apenas noticias positivas relacionadas con la inmigración, y que los medios de comunicación, siguiendo el discurso político generalizado, han acabado introduciendo en la opinión pública el mito de que el ciudadano inmigrante es un acaparador de servicios públicos y un foco de problemas sociales y de convivencia.

Desde la Abogacía se propone, como reacción ante esta visión negativa de la inmigración, y para la visualización de la realidad del fenómeno migratorio en toda su complejidad, lo siguiente:

- A) La necesidad de constituir algún tipo de plataforma o foro mixto entre Abogados y periodistas, a través del que se establezcan canales de comunicación y confianza entre las dos profesiones, tendentes a que se visualice la actual situación de los ciudadanos inmigrantes en nuestro país.
- B) La conveniencia de tender puentes de comunicación entre los medios de comunicación españoles y árabes, puesto que en estos últimos no siempre se describe la realidad de las políticas de inmigración de los países de recepción de inmigrantes, al estar en ocasiones influenciados por los Gobiernos de los países generadores de migración.
- C) El empleo por parte de los Letrados de la publicidad a través de los medios de comunicación de aquellos supuestos de hecho que puedan generar estado de opinión sobre la conducta de las Administraciones frente al fenómeno migratorio, valorando, además, la posibilidad de que se produzca comunicación directa entre los inmigrantes sujetos del caso concreto y los periodistas, abandonando los Letrados la mal entendida protección paternalista de considerar que el extranjero no va a ser capaz de trasladar correctamente cuál es la situación que está viviendo.
- D) Utilizar, en la medida de lo posible, en los contactos con los medios de comunicación, un lenguaje que pueda ser comprendido, abandonando del discurso la terminología estrictamente jurídica, potenciando la figura del «Abogado reflexivo» frente al «Abogado explosivo».
- E) La realización de sesiones de formación para periodistas sobre temas jurídicos, así como sesiones de formación para Abogados sobre temas de comunicación.
- F) Frente a la dependencia de los grandes medios de comunicación a la publicidad de la Administración, se debe potenciar la utilización por la Abogacía de los medios digitales o redes sociales como vehículos para hacer llegar a la opinión pública la realidad de la inmigración.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Derecho de asilo: denegación. Condición homosexual del interesado. La reclamación derivada de una deuda contraída por una de sus parejas motivó que sufriera una agresión. Falta constancia fehaciente de su pertenencia a grupo social, étnico, político o religioso objeto de persecución ya que tales indicios no han quedado acreditados. Procede desestimar el recurso interpuesto.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **306/2011**

Ponente: **D. José Alberto Fernández Rodera**

Voz: **Denegación del derecho de asilo. Nacional de Georgia. Hechos alejados en el tiempo.**

Condición homosexual no demostrada

Se recurre en las presentes actuaciones resolución del Ministerio del Interior de 18 de enero de 2011, en la que se denegó el reconocimiento del derecho de asilo en España a Arturo, nacional de Georgia, por alegar hechos alejados en el tiempo y que no constituyen una persecución de las incluidas en la Convención de Ginebra de 1951, por el tiempo transcurrido entre su llegada a España y la presentación de la solicitud de asilo y por haber contactado voluntariamente con sus autoridades después de producirse los hechos alegados.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en la condición homosexual del interesado, en que la homosexualidad no está admitida en su país de origen y lleva aparejado rechazo social, y en que la reclamación derivada de una deuda contraída por una de sus parejas motivó sufriera una agresión.

Pues bien, el promovente nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de ser encuadrada en el régimen jurídico de asilo, dejando pasar tres años desde su llegada a Espa-

ña y la solicitud de asilo, circunstancia no muy coherente en quien necesitase protección tras abandonar su país. Por otra parte, no sólo resulta que la homosexualidad no está sancionada penalmente en Georgia, es que la existencia de actos esporádicos contra homosexuales o incluso un cierto clima social de rechazo, como ha subrayado esta Sala y Sección en otras ocasiones, no resulta suficiente para entender exista una masiva, sistemática o generalizada persecución por razones de orientación sexual.

Estos y otros aspectos relevantes para mejor abordar el *thema decidendi* son atendidos adecuadamente en el Informe de la Instrucción, cuyo tenor comparte el Tribunal en lo sustancial:

El solicitante afirma que mantiene una relación con el también solicitante de asilo Arturo, aunque en realidad sus historias no parecen que están relacionadas, ya que Arturo tuvo problemas por su relación con una persona de la Embajada de Turquía en Georgia que es difícil encajar cronológicamente con la mantenida con Olegario: la persona de la Embajada de Turquía desapareció en diciembre de 2006, y el

solicitante salió del país el 6 de octubre de 2007 mientras Olegario permaneció hasta mayo de 2009. Y en un caso el que lo persigue es un tal Juan Alberto y en el otro un tal Conrado.

Tengan o no relación ambas historias y el solicitante haya retomado en España una relación anterior, el caso es que no ha establecido suficientemente la necesidad de la protección solicitada.

Hemos consultado la información existente sobre la situación de los homosexuales en Georgia. Ante todo hay que señalar que la homosexualidad no está penalizada desde el año 2000, aunque las fuentes definen a Georgia como una sociedad que todavía mantiene actitudes homófobas sobre todo debido al papel preeminente de la Iglesia Ortodoxa (ver informe del Departamento de Estados de Estados Unidos de 11 de marzo de 2010).

A finales del año 2009 fue arrestado durante 12 días el militante gay Mariano, miembro de la Asociación Internacional de Gays y Lesbianas (ILGA), por lo que su caso tuvo mucha repercusión internacional (...).

Pero aparte de este hecho y de tratarse de una sociedad todavía muy tradicional, ninguna fuente nos indica que por el mero hecho de ser homosexual una persona debe ser considerada objeto de persecución en Georgia, de tal manera que habrá que estudiar cada caso atendiendo a las características particulares, y es entonces cuando lo que narra el solicitante (y su pareja) no resulta concluyente, sencillamente porque la condición de homosexual del solicitante no es el motivo de la persecución.

El solicitante mantiene una relación con una persona que desaparece, a continuación unos individuos (azerbayanos) le exigen que les pague 20 mil dólares que le debía esta persona. Si el que debiera el dinero fuera heterosexual y estuviera casado, seguramente los demandantes actuarían contra su mujer o su hijo para cobrarse la deuda. Es decir: no es la condición de homosexual la que motiva la persecución, sino un hecho que nada tiene que ver con la C.G. 51 como es el cobro de una deuda.

El solicitante dice que no puso denuncia porque el que lo llamaba, un tal Juan Alberto, trabajaba antes para la policía pero a continua-

ción nos informa que lo arrestaron, por lo que pierde bastante consistencia como agente perseguidor. Respecto a la paliza que afirma le propinaron, aparte de no saber en qué fecha ocurrió exactamente, en todo caso estaría relacionada, repetimos, con el cobro de una deuda, no con la orientación sexual del solicitante.

En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que el solicitante afirma que llegó a España el 6 de octubre de 2007, es decir: transcurren casi tres años desde su llegada a España y su petición de asilo, sin que existe un motivo razonable para dicha demora.

Y no solo eso: tiene un pasaporte expedido por la Embajada de su país en España en abril de 2010, lo que anularía cualquier temor frente a sus autoridades.

En virtud de lo expuesto, y a los efectos de la adecuada resolución del presente recurso debe, partirse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual es necesario tener en cuenta que a tenor del artículo 2 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, «el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967», siendo preciso considerar que la naturaleza fundamental del derecho de Asilo, recogido en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina que el examen y la apreciación de las circunstancias que lo determinan no se realice con criterio restrictivo, bastando alcanzar una convicción racional de su realidad para acordar la declaración pretendida, lo que en definitiva se desprende de la propia Ley, en su artículo 26.2, al utilizar la expresión «indicios suficientes». Como dice nuestro Tribunal Supremo en este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de

prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indicaría que *prima facie* acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por

pertenencia a grupo político social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurran.

Derecho de asilo: denegación. Un posible hostigamiento a dos menores por razones políticas vinculadas a sus padres no ostenta la gravedad exigida por la Ley. Se aprecia que las razones de venir a España y solicitar en nuestro país asilo eran de naturaleza económica y social, en lugar de dirigirse a otros más cercanos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **13 de octubre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **937/2010**

Ponente: **D. Eduardo Ortega Martín**

Voz: **Denegación del derecho de asilo. Nacional de Macedonia. Acoso de menores por vinculación política paterna**

Afirman los recurrentes en las dos demandas que han sido presentadas en el presente recurso que sus hijos, menores de edad, de 13 y 10 años en la fecha de la formulación de tales escritos, eran objeto de acoso por parte de los padres de sus compañeros por el hecho de que su padre fuera seguidor de un concreto partido político con influencias turcas y quizá por su origen religioso musulmán.

Con alguna mayor extensión, en su solicitud inicial ante el órgano administrativo, expresaban ser de nacionalidad macedonia y decían que los dos menores sufrieron maltrato por parte de tres familias por causa de que, en las elecciones, votaron al partido turco y no al que seguían aquellos otros sujetos. Pegaban además a sus hijos y además los amenazaban si los denunciaban.

Afirman, también, que en Macedonia no pueden mantener una vida digna ni darles de comer a sus hijos, ni tampoco educación, y que no tenían trabajo ni podían conseguirlo, ni pagar la habitación, por lo que los echaron.

(...)

Reprochan los recurrentes, en primer término, la existencia de motivaciones equívocas y contradictorias en las razones de denegación de su solicitud, toda vez que en la resolución que se impugna se dice que los hechos alegados

no constituyen «bien por su naturaleza», «bien por su gravedad» o «bien por la frecuencia», una efectiva persecución.

Y ciertamente puede decirse que el conjunto agregado de razones de desestimación que se acaba de expresar tiene un marcado carácter formulario o estereotipado, pero no por ello debe dar lugar al reconocimiento del derecho de asilo.

A juicio de la Sala, en todo caso, concurren en el supuesto presente los elementos de «naturaleza» y «gravedad» tan sólo relativos de los ataques (hostigamiento por parte de niños) como para concluir que no estamos, en efecto, ante un caso de persecución de los previstos en la Convención de Ginebra de 1951.

Nótese que para el surgimiento del derecho de asilo, según el art. 6 de la Ley, los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución deberán ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir «una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

Pues bien, un posible hostigamiento a los menores por razones políticas vinculadas a sus padres no ostenta la gravedad exigida por la Ley ni obliga, como solución racional, al abandono de su país.

(...)

Según este precepto, al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte de su país de origen no hay fundados temores a ser perseguido o un riesgo real de sufrir daños graves, y si es razonable esperar que el solicitante se queden esa parte del país.

En consecuencia, según los preceptos indicados, para el reconocimiento del derecho de asilo será preciso que concurra gravedad en el ataque, también negativa o, cuanto menos, pasividad en la protección por parte de las autoridades del país (cosa que no ha sido afirmada en el caso) y en fin que, de modo razonable, el interesado no pueda solventar los riesgos para su persona con un desplazamiento territorial dentro de su propio país.

Desde la perspectiva de la existencia de efectivos indicios de la persecución que se relata, lo cierto es que el Tribunal no encuentra lógico que determinados padres de otros alumnos pudieran llegar a conocer el sentido del voto de los recurrentes principales. Además ha transcurrido en efecto un relativo lapso de tiempo desde los últimos sufragios producidos.

Y en fin, tanto en el relato inicial, en vía administrativa, como, de modo más claro, en la

entrevista, se aprecia que en parcial medida las razones de venir a España y solicitar en nuestro país asilo eran de naturaleza económica y social (falta de trabajo y oportunidades, pérdida de la vivienda). Esas mismas razones sociales son las que han decidido a los recurrentes a venir a nuestro país, en lugar de dirigirse a otros más cercanos.

En segundo término el recurrente pretende el otorgamiento de la protección subsidiaria prevista en el art. 4 de la Ley (aunque, como hemos dicho, los recurrentes invocan erradamente el artículo 17.2 de la ley y ya derogada). Dicho precepto establece que el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10, y que no puedan o, a causa de dicho riesgo, no quieran, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de la misma Ley.

Sin embargo el recurrente no ha formulado motivo alguno, fuera de los ya analizados, de suficiente entidad —y menos con carácter de fundados— como para creer que el regreso a su país pudiera determinar riesgo de sufrir tales daños.

Asilo. Ciudadana rusa. Alega persecución sufrida por su pareja. Ausencia de credibilidad. No se ha probado la existencia de la relación sentimental alegada con la persona perseguida. No existen razones humanitarias, únicamente el deseo de vivir en España. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 10 de noviembre de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 1287/2009

Ponente: Dña. Ana Isabel Resa Gómez

Voz: Asilo. Ciudadana rusa. Alega persecución sufrida por su pareja. Ausencia de credibilidad

La recurrente, nacional de Rusia, solicitó asilo en España, manifestando que salió de su país

de origen porque recibió amenazas de la policía rusa, quienes continuamente la requería para

que manifestase el paradero de su novio Alim, activista político, llegando incluso a sufrir detención ilegal y daños en su domicilio.

Tramitado el expediente administrativo, por Resolución de 20 de febrero de 2009, dictada por el Ministro del Interior se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la recurrente.

(...)

El acto impugnado es la Resolución del Ministro del Interior de fecha 20 de febrero de 2009, por la que se acuerda: «Denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a D.^a Adoración, nacional de Rusia».

La actora fundamenta su pretensión en los mismos argumentos expuestos ante la Administración, al estimar que en su solicitud concurren los requisitos exigidos por las normas jurídicas para la concesión de la cualidad de refugiado, al existir indicios suficientes de la persecución en su país, por ser novia de un activista político.

Por la Abogacía del Estado se opone a la pretensión procesal al estimar no se han acreditado los datos fácticos que la normativa legal establece para otorgar la condición de refugiado y el derecho de asilo.

(...)

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, 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 la acreditación 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 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 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 pudiese dar lugar a presumir posibles persecuciones».

A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo es claro, a juicio de la Sala, que debe ser desestimado el presente recurso y confirmada la resolución impugnada, al no quedar acreditados los requisitos que la normativa legal establece para otorgar la condición de refugiado y el derecho de asilo.

En tal sentido el Tribunal Supremo ha señalado que no es suficiente la simple referencia a la conflictiva situación del país de origen, pues, como se recoge en numerosas sentencias —tales como, Sentencias de 13 de septiembre de 1999, 23 de enero, 13 de marzo y 21 de septiembre de 2001—, no basta con la existencia, en el país de la nacionalidad del solicitante, de una situación objetiva y generalizada de inseguridad y conflictividad, sino que es necesario que se haya proyectado sobre su persona de manera particular, ya que en otro caso, como se dice en dichas sentencias, todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos políticos o sociales, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo o del refugio, lo que no es, desde luego la finalidad de esas instituciones.

En el presente caso la Instrucción llega a la conclusión de que la solicitante no mantenía con Alim una relación del tipo que ella afirma y que por lo tanto la persecución que alega carece de credibilidad impidiendo con ello apreciar la existencia de una situación personal de persecución y desprotección que exija la protección propia del derecho de asilo.

Asilo. Nacional de Costa de Marfil. Pertenencia a grupo étnico perseguido: Djula. Relato contradictorio: el solicitante no acierta a desarrollar las siglas del partido político al que dice pertenecer. La mera pertenencia al partido político no es causa de persecución. Ausencia de temor fundado. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **10 de noviembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **1380/2009**

Ponente: **D. Ángel Novoa Fernández**

Voz: **Asilo. Costa de Marfil. Pertenencia a grupo étnico perseguido**

(...) la parte actora alega que existen indicios suficientes en el relato del recurrente que justifican la solicitud de asilo, pues nació el 1 de enero de 1966 en Tuba (Costa de Marfil). Don Carlos Jesús con carnet de militante activo desde la creación del partido político Rassemblement Des Republicains Democrates (RDR) presidido en el exilio por el Dr. Esteban (www.rdc.org), ha permanecido de forma continuada sin salir de su país, hasta que tras estallar en 2002 la guerra en Costa de Marfil su partido político y por ende su etnia djula, grupo étnico al que pertenece, son perseguidos, razón por la que huye.

De las alegaciones, de los hechos y la manera de relatarlos el recurrente, tal y como figuran en el expediente, debe considerarse por tanto verosímil y por ello fundado el riesgo a ser perseguido, que aún hoy persiste por la actuación de grupos armados, cuando menos ante la indiferencia de las autoridades locales, que persiguen a los pertenecientes al RDR, y a la etnia que forma el núcleo de dicho movimiento por la democracia, la etnia djula en Costa de Marfil.

Como prueba manifiesta que dicha situación real en el país del solicitante de asilo, que en nada dista de la guerra civil que reconoce nuestro español Ministerio de Asuntos Exteriores. Pese a ello, el informe de ACNUR que sirve de base para, tras la admisión a trámite inicial, procede después a la denegación del derecho de asilo, dejando de reconocer la persecución del movimiento opositor, llegando a sostener que de acuerdo con la documentación consultada no hay constancia de la existencia de guerra civil en estos momentos.

El Abogado del Estado se opone a la estimación del recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

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

En el Informe de Instrucción, desfavorable a la concesión del asilo solicitado, se expone que respecto a su filiación política afirma ser miembro del RDR, iniciales del partido político Rassemblement des Republicains, cuya traducción convencionalmente admitida es Reunificación o Agrupación de Republicanos. Cuando se le pide al solicitante que indique el nombre completo del partido político afirma que éste se llama «Resemblément de Republicains Democrates» (sic), es decir, no coincide en modo alguno con el auténtico significado de las iniciales; si tenemos en cuenta que el solicitante afirma ser militante desde 1993, dicho desconocimiento del nombre de su partido es profundamente contradictorio.

Por otra parte, recordamos que la mera condición de miembro del RDR por sí mismo no es causa de persecución en la zona controlada por el ejército gubernamental, especialmente el Abidján y el territorio circundante, donde la seguridad ha sido desde el inicio del conflicto marfileño a finales de 2002 mayor que en otros departamentos.

Además desde principios de 2003 Costa de Marfil quedó dividida en dos mitades: el sur, controlado por el ejército y el gobierno gubernamentales, y el norte, controlado por las tropas

rebeldes, habiendo quedado estabilizados los límites de estas dos mitades desde principios de 2003; este límite está siendo controlado por un contingente de tropas internacional en el que destacan las fuerzas militares francesas, sin que desde entonces se hayan producido hechos de armas de gran envergadura, sino puntuales incidentes entre ambos ejércitos, choques ocasionales. Desde entonces la inestabilidad que vive Costa de Marfil no deriva de grandes campañas militares, sino del vacío de poder y la grave inestabilidad institucional que degeneran en la falta de seguridad personal, grave estrangulamiento de los derechos civiles y políticos, y estallidos puntuales de conflictos interétnicos.

En este contexto, los ataques a la población dioula han sido muy puntuales tanto en el espacio como en el tiempo y han sido protagonizados, fundamentalmente, por grupos paramilitares progubernamentales contra población musulmana originaria del norte del país y con vínculos con Mali y Burkina Faso, mientras que la situación de inseguridad de las minorías dioulas del sur del país se objetivó en momentos concretos y puntuales, especialmente al inicio del conflicto.

Por otra parte, el solicitante no tiene dificultad alguna en ponerse en contacto con las mismas autoridades a las que dice temer y por las que decide huir del país con el objeto de obtener de ellas documentación que acredite su identidad y nacionalidad. El interesado solicita asilo en marzo de 2006 y aporta pasaporte y otra variada documentación marfileña expedida con posterioridad. Esta actitud ambivalente del solicitante en relación con las autoridades marfileñas en función de sus concretos intereses con la administración española es contradictoria y resta credibilidad a las alegaciones inicialmente efectuadas.

La esposa e hijos del solicitante permanecen en Costa de Marfil.

En conclusión, el solicitante acredita ser marfileño. El motivo de persecución alegados, su condición de miembro del RDR y dioula, no es causa de persecución en Abidján cuando el solicitante abandona Costa de Marfil, como acreditan numerosas fuentes informativas. Tampoco en la actualidad. Por otra parte, en función

de sus intereses, el solicitante se pone en contacto con las mismas autoridades a las que dice temer para obtener su pasaporte.

En la demanda, como hemos dicho, se alegan motivos genéricos de inseguridad de su país y de persecución a la etnia dioula, a la que pertenece. Sin embargo, no se aporta prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de la realidad de los hechos y circunstancias alegadas.

En todo caso, esta Sala ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones (entre otras, en Sentencia de 6 de julio de 2009), en la que teniendo en cuenta los informes existentes sobre evolución de la situación de Costa de Marfil, se ha concluido que los ataques a la población dioula han sido muy puntuales tanto en el espacio como en el tiempo, y protagonizados fundamentalmente por grupos paramilitares progubernamentales contra la población musulmana originaria del norte del país y con vínculos con Mali y Burkina Faso y posible simpatía con el RDR. En algunos barrios de Abidján la población dioula es absolutamente mayoritaria, produciéndose muy esporádicos y puntuales actos de violencia al inicio del conflicto, sin que por el hecho de ser dioula un ciudadano marfileño sea objeto de persecución.

(...)

En nuestro caso, como se ha expuesto, no existen condiciones que permitan considerar que concurra alguna de las circunstancias a que se ha hecho referencia, de modo que carecería de fundamento la adopción de la medida interesada.

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no apreciando la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho a asilo, conforme a lo previsto en el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, y en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, Instrumentos internacionales ambos a los que

expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo, y no apreciándose tampoco motivos relevantes que permitan acceder a la perma-

nencia en España del recurrente por las causas previstas en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, procede desestimar el recurso.

Asilo. Ciudadano de Sudán. Indefensión: inasistencia letrada y falta de intérprete en la tramitación del expediente de asilo. Instrucción de derechos por las autoridades ante quienes se solicita el asilo: renuncia a la asistencia jurídica. Falta de traslado al recurrente del informe del instructor: Omisión no relevante. Ausencia de persecución personal y directa por razones políticas. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 10 de noviembre de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 1603/2009

Ponente: D. Fernando Francisco Benito Moreno

Voz: Asilo. Nacional de Sudán. Renuncia a intérprete y letrado de oficio

El Tribunal Supremo ha señalado de forma constante que el derecho de defensa técnica que a los solicitantes de asilo reconoce el artículo 5.4 de la Ley 5/1984, de 16 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (LDA) proyecta su necesidad desde el comienzo mismo del expediente, y que el derecho a intérprete y a la asistencia letrada, esta refiriéndose a un asesoramiento técnico jurídico anterior a la solicitud, y no sólo para dar adecuada respuesta al cuestionario policial sino para, con el mismo, poder aportar pruebas o indicios en los que fundamentar la solicitud; De ahí que en casos en que se haya producido una deficiente información de derechos al interesado, en particular, la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio, puede producirse «una situación real y efectiva de indefensión».

Sin embargo, cuando como en el caso de autos se observa que la información se ha producido de forma adecuada, mediante la asistencia de intérprete, y que el interesado ha renunciado a la asistencia de letrado, incluso cuando cuenta con una información de derechos completa, que pormenoriza que su derecho comprende el de elegir letrado o contar con uno facilitado de forma gratuita por el Estado Español en caso de insuficiencia de recursos, no puede afirmarse que se haya producido una situación de indefensión; porque en tal caso, se ha renunciado al derecho con la información adecuada.

(...)

En definitiva, al solicitante de asilo se le informó debidamente de su derecho a la asistencia letrada en los términos expuestos y el mismo voluntariamente indicó que no la necesitaba, efectuando sus alegaciones por abogado designado por su exclusiva cuenta, eso sí, presente siempre un intérprete. Por lo que ni se ha vulnerado el ordenamiento jurídico ni se le ha causado al recurrente indefensión alguna.

Por lo que respecta a que del informe del instructor no se dio traslado al recurrente, tampoco puede considerarse como una omisión en los términos denunciados por éste, puesto que existió un trámite de audiencia (Folio 81), en el que en el plazo de diez días pudo formular alegaciones referentes a los documentos contenidos en el expediente, el cual una vez instruido, con fecha de 15 de marzo de 2009, se remitió a la Comisión Internacional de Asilo y Refugio, en su reunión de celebrada el día 30 de marzo de 2009, contando con la asistencia del ACNUR, tal y como se indica en Hecho Tercero de la resolución impugnada, cuyos términos no han quedado desvirtuados en el presente procedimiento.

(...)

El hoy actor, nacional de Sudán, señala en su petición de asilo:

«Que el día 1 de junio de 2003 fue al mercado como de costumbre, para vender sus produc-

tos agrícolas y cuando volvió encontró el poblado de Isua, donde vivía, muy desolado. La gente lloraba, las casas ardían y todo el mundo corría despavorido, huyendo de algo y él no sabía qué. Cuando preguntó a un vecino lo ocurrido, le dijo que los Janwais habían estado allí y habían arrasado todo y asesinado a cuatro personas en total, entre los que se encontraba su padre, a quien encontró muerto en la casa, la cual todavía estaba en llamas. Sabiendo que su vida corría peligro, ya que era simpatizante del partido “Movimiento Sudanes de Liberación”, al que también había pertenecido su padre, decidió huir del lugar y abandonar el país para poner su vida a salvo».

De las propias manifestaciones de la actora, —salida del país a causa de la guerra—, no se deduce la existencia de persecución personal y directa por razones políticas, étnicas o religiosas por parte de las autoridades del país, puesto que la solicitante no fue personalmente víctima de hecho alguno.

Como tiene unánimemente reconocido la jurisprudencia, y así ha sido recogida en innumerables sentencias de esta Sala, la situación de guerra civil de un país, en sí mismo, no es causa para el reconocimiento del derecho pretendido, si no se concreta en una persecución directa y personal hacia el peticionario, situación que no se acredita ni indiciariamente.

Como se pone de manifiesto en el informe de Instrucción, cuyas apreciaciones no han sido desvirtuadas por el actor:

«En primer lugar, el solicitante no presenta ningún documento que acredite su identidad ni su nacionalidad, existiendo indicios que hacen dudar de la veracidad de esta última.

Así el solicitante, entre los idiomas que dice hablar, no menciona el árabe, idioma oficial del que dice es su país de origen, sin que proporcione explicación alguna que justifique este desconocimiento, habiendo efectuado su solicitud de asilo en inglés.

En cuanto a los hechos en los que basa su petición, resultan incongruentes y contradictorios, ya que, en su relato menciona a los “jan-jawis”, de los que dice atacaron su pueblo; pero, sin embargo, cuando en la cuestión núm. 16 del Cuestionario sobre Sudán que obra en

el expediente se le pregunta quienes son éstos, manifiesta que “son los militares musulmanes”. Cuando la realidad es que son milicias árabes que el gobierno sudanés armó para luchar en Darfur. Demostrando así el interesado que desconoce quiénes sean realmente.

Asimismo, también en su relato, manifiesta que “su vida corría peligro por ser simpatizante del partido Movimiento Sudanes de Liberación”, pero, sin embargo, cuando a continuación se le pregunta si pertenece o ha pertenecido a algún grupo o partido político, Además, en el Cuestionario sobre Sudán a que antes se ha hecho referencia, el solicitante dice que no sabe nada acerca de Darfur, manifestando sin embargo, en la última pregunta de dicho Cuestionario, que durante su viaje atravesó Sur de Darfur y Oeste de Darfur. Por lo que, si esto fuera cierto, sí debería saber algo de esta región.

Habiendo además el interesado incumplido los deberes legalmente impuestos a los solicitantes de asilo en España, ya que, remitiendo esta Instrucción una citación al mismo, al domicilio que consta en su tarjeta en vigor hasta el mes de abril del presente año, para mantener otra entrevista en la que aclarase y ampliase sus alegaciones, no ha podido ser entregada por el Servicio de Correos, devolviéndola con la notación de “Desconocido”».

Informe que debe ser acogido en su totalidad por la Sala, puesto que no se ha desvirtuado en ninguna de sus apreciaciones, siendo ciertamente relevante que el solicitante no presente ningún documento que acredite su identidad personal, ni la nacionalidad que manifiesta poseer, así como el desconocimiento del país, pone en duda la veracidad de la persecución alegada. Tampoco puede pasarse por alto el hecho de que la supuesta persecución en la que basa su petición de asilo, año 2003, está lo suficientemente alejada en el tiempo, que justifique el temor a sufrirla, sobre todo teniendo en cuenta los cambios políticos habidos en el país desde esa fecha.

Es por ello, que de todo lo actuado, tanto en el expediente administrativo, como en este procedimiento, no se ha aportado elemento de convicción probatorio, o al menos, con valor de indicios suficientes (como permite el art. 8 de la

Ley 5/1984), según la naturaleza del caso, para deducir que el solicitante se encuentra injustamente perseguido en su país por profesar ideas o creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo.

Respecto de la aplicación de lo establecido en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo,

autorización a la permanencia en España, por razones humanitarias, la Sala, no aprecia que concurren una situación especial en el petitorio de asilo que le haga diferente a los cientos de personas que huyen de países similares a las que en la actualidad se encuentra Sudán.

Razones todas ellas que conducen a la desestimación total del recurso.

Asilo. Desestimación en vía administrativa al entender que el conocimiento y resolución es competencia de Italia. No se ha trasladado al recurrente a Italia en el plazo de seis meses. Responsabilidad del país en el que se ha presentado la solicitud: España. Estimación del recurso y retroacción de las actuaciones.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 10 de noviembre de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 574/2010

Ponente: D. José Luis Sánchez Díaz

Voz: Asilo. Responsabilidad del Estado en el que se presentó la solicitud.

Traslado a Italia

Se impugna la Resolución de la Subsecretaría de Interior, que desestima el recurso de reposición contra Resolución de fecha 5 de noviembre de 2009 por delegación del Ministro del Departamento, en la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la denegación de la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España a Loreto.

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que del examen de la documentación de asilo, se comprueba que corresponde a Italia el conocimiento del recurso y que la petición de autorización por razones humanitarias no puede ser examinada hasta que no sea recibida, a tenor del artículo 15 del Reglamento CE número 343/2003 del Consejo: Que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 24.2 de la Ley 12/2009.

La actora alega que hasta la fecha, 13 de diciembre de 2010, no se ha efectuado el traslado

de la solicitante desde España al Estado miembro responsable, en este caso Italia. A estas alegaciones se opone la Abogacía del Estado.

(...)

Pues bien, en el presente caso, no consta en el expediente que el traslado a Italia de Loreto por la Administración haya tenido lugar. Es más, consta que con fecha 26 de julio de 2010, posterior al 16 de enero de 2010, en que finalizó el plazo para efectuar el traslado a Italia, la actora compareció ante Notario de Madrid para otorgar poder para pleitos. Ha sido pues rebasado el plazo de seis meses previsto en el número 4 del artículo 19 del Reglamento CE/343/2003 —«Si el traslado no se realizara en el plazo de seis meses, la responsabilidad incumbirá al Estado miembro en el que se haya presentado la solicitud de asilo»—, no resultando de aplicación al presente caso los plazos de un año y dieciocho meses establecidos en el mismo precepto (hasta un año como máximo en caso de que el traslado no pudiera efectuarse por motivo de pena de prisión del solicitante de asilo, o hasta un máximo de dieciocho meses en caso de fuga del solicitante de asilo),

la responsabilidad incumbe al Estado miembro en que se haya presentado la solicitud de asilo, esto es, España.

Con fecha 16 de julio de 2009 Italia acepta la toma a cargo y el plazo para el traslado de la interesada a Italia finalizó el 16 de enero de 2010.

Así pues, el no traslado del interesado determina que corresponda a la Administración adoptar las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa reguladora, como resulta de lo dispuesto en el Reglamento CE/343/2003 y los artículos 64.5 de la Ley Orgánica 4/2000 y 158.4 del Real Decreto 2393/2004.

En consecuencia, y sin necesidad de entrar en el examen de otras cuestiones, esta Sala acuerda estimar el recurso, procediendo la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al trámite de audiencia —artículo 25.1 del Real Decreto 203/1995—, con objeto de que se continúe su tramitación en los términos previstos en la normativa reguladora. Y ello sin entrar a examinar y valorar las alegaciones de fondo que se exponen en la demanda, pues la razón de la denegación del asilo se concreta en que corresponde a Italia el conocimiento de la solicitud, como, efectivamente, sucedía, siendo el transcurso del plazo de seis meses establecido para efectuar el traslado lo que determina que España haya de asumir la competencia.

EXPULSIÓN

Expulsión de extranjeros. Ciudadano peruano. Estimación del recurso. Conducta «antisocial»: seis condenas penales en los últimos cuatro años. El recurrente obtiene, posteriormente a la resolución de expulsión, el permiso de residencia. No procede la expulsión si tiene derecho a la residencia legal en España. Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares

Fecha: 7 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 48/2012

Ponente: D. Fernando Socías Fuster

Voz: Expulsión de extranjeros. Ciudadano peruano. Residencia legal en España

Se impugnó la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Illes Balears, por medio de la cual se acordó imponer al ahora apelante —ciudadano peruano— la sanción de expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, a resultas de imputarse infracción grave prevista en el apartado a) del art. 53 de la LO 4/2000, de 11 de enero, (...) esto es, por «encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada por más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documento análogos cuando fueran exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los permisos en el plazo previsto reglamentariamente».

Interpuesto recurso jurisdiccional, el mismo fue desestimado al estimar cometida la infracción y considerarla proporcionada al apreciar que concurría dato negativo para la expulsión como lo es que hubiera sido condenado por sentencia hasta en seis ocasiones durante los últimos cuatro años, lo que acredita una conducta antisocial que no la oculta los elementos de arraigo invocados (hija de nacionalidad española o residencia en España desde hace varios años).

(...)

De la sentencia referenciada se desprende que se le denegó la residencia por resolución administrativa de 12 de noviembre de 2009, por lo que si la sentencia n.º 38/2011 se anuló esta resolución y se le reconoció que tenía derecho al

permiso, supone reconocer que tenía derecho a residir legalmente desde aquella fecha. Por ello, no podía expulsarse en 2010 a quien se le reconoce que en 2009 tenía derecho a residir legalmente en España.

Por último, sorprende que los antecedentes penales que ahora se invocan para la expulsión,

no los invocase la Administración para oponerse a la demanda (...). En la sentencia únicamente se hace referencia a antecedentes «policiales». También sorprende que la Administración no apelase la sentencia constándole los antecedentes penales que ahora pretende hacer valer para la orden de expulsión.

Expulsión de extranjeros. Suspensión de la ejecución de la sanción: la ejecución del acto no hace perder su finalidad legítima al recurso. Estimación del recurso. Medidas cautelares: arraigo familiar o económico: Empadronamiento y titularidad de pasaporte. Análisis del caso concreto en la suspensión.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

Fecha: 9 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 742/2009

Ponente: D. Joaquín Moreno Grau

Voz: Expulsión de extranjeros. Suspensión de la ejecución: arraigo

La demandante (...) ha interpuesto recurso de apelación frente al auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Murcia por el que no se accede a la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, que es la resolución del Delegado del Gobierno que acordaba la expulsión del hoy apelante del territorio nacional prohibiéndole la entrada en España por un periodo de cinco años, al encontrarse irregularmente en territorio nacional por carecer de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España, y ello al amparo del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...).

El auto apelado deniega la suspensión del acto impugnado solicitada por la parte recurrente por entender que, valorados los distintos intereses en conflicto, la ejecución del acto no hace perder su finalidad legítima al recurso (art. 130 LJ), en la medida de que puede denegarse la suspensión cuando de ella puede seguirse perturbación grave a los intereses generales; y no pudiendo desprenderse de los documentos obrantes en el expediente que el recurrente tenga arraigo y vinculación en nuestro país; siendo fácil en cualquier caso la reparación de los perjuicios que le podrían ocasionar, facilitando el regreso a España.

La parte apelante alega como fundamento de su recurso de apelación que no considera que pueda verse afectado el interés público por la suspensión de la resolución recurrida, y que debe preservarse el derecho a la tutela judicial efectiva que se vería afectada con la ejecución de la orden de expulsión. Y en cuanto al arraigo del apelante, la documentación aportada acredita suficientemente el arraigo que tiene en nuestro país.

(...)

Por otro lado, hay que tener en cuenta, como ha señalado esta Sección en repetidas ocasiones, que aunque la ejecución suponga la expulsión de la actora del territorio nacional, ello no supone que deba accederse de forma automática a la suspensión pretendida, sino que como ha señalado la jurisprudencia, hay que examinar el caso concreto si se da, en aplicación del principio *fumus boni iuris*, una vinculación familiar o económica de la interesada con nuestro país que suponga un «arraigo» que justifique la adopción de la medida cautelar solicitada; teniendo en cuenta, por otro lado, que la expulsión tampoco hace perder su finalidad legítima al recurso, ya que de prosperar la pretensión del actor, siempre podría regresar a España, sin que represente ningún obstáculo

para la tramitación del proceso, o limite su derecho de defensa, que el extranjero, no se halle en nuestro país mientras se tramita el proceso, ya que como antes decíamos está procesalmente representado y puede hacer alegaciones y proponer las pruebas que estime convenientes a su derecho en el proceso.

La actora aporta pruebas que acreditan que tiene cierto arraigo en nuestro país. Así, vemos que tienen pasaporte y está empadronada en Molina de Segura y es titular de cuentas bancarias. En consecuencia, valorando los distintos

intereses en conflicto, la Sala opta por revocar el auto impugnado y acceder a la medida cautelar solicitada teniendo en cuenta que dichos documentos demuestran que la apelante tiene cierto arraigo en nuestro país, y que según la jurisprudencia (SSTS de 30 de junio de 2006, 31 de octubre de 2006, 31 de enero de 2007, 29 de marzo de 2007, 27 de abril de 2007, 28 de junio de 2007 y 5 de julio de 2007), podría aplicarse la sanción de multa en sustitución de la expulsión, por aplicación del principio de proporcionalidad, en casos como el presente.

Expulsión de extranjeros. Medidas cautelares: suspensión de la resolución que acuerda la expulsión. Ausencia de documentación. Arraigo en España. Carácter casuístico de la adopción de la medida cautelar y carga de la prueba sobre los hechos para el solicitante. Empadronamiento en una ciudad: Hecho aislado que no implica arraigo. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

Fecha: 15 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 390/2011

Ponente: D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

Voz: Expulsión de extranjeros. Suspensión de la sanción. Empadronamiento

Se recurre el auto de fecha 7 de diciembre de 2010 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Ciudad Real por el que se acordó la solicitud de medida cautelar de suspensión de la resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real de 28 de abril de 2010 por la que se acordaba la expulsión de don Ángel del territorio español por su estancia irregular.

La razón de la medida es su situación de arraigo en España, la falta de motivación de la resolución de expulsión de las circunstancias particulares que cualificaran negativamente la situación del recurrente para que le fuera impuesta la sanción de expulsión y no la de multa y la apariencia de buen derecho. En este sentido se hacía eco de la doctrina del Tribunal Supremo en orden a la necesidad de motivación de la elección de la sanción de expulsión y no de multa cuando la estancia ilegal se trata tipificada en el art. 53.a) Ley Orgánica 4/2000.

El auto apelado, sin embargo, advierte las verdaderas conclusiones a las que se llega en la

Sentencia que cita y que son las que con carácter uniforme establece el Tribunal Supremo, incluso las que podrían derivarse de las actuaciones del expediente aunque no fueran recogidas expresamente en la resolución sancionadora, como motivo en las que descansar la elección de la expulsión sobre la multa.

Como hemos dicho en el presente caso la resolución sancionadora sí recogía expresamente como causa de expulsión, entre otras, una circunstancia que el Tribunal Supremo y esta Sala han venido reiteradamente entendiendo justificativa de la medida de expulsión, como era la falta de documentación del extranjero.

En tal sentido en el fundamento de derecho 5.º apartado 1.º de la resolución del Subdelegado del Gobierno en Castilla-La Mancha de 19 de noviembre de 2009 se dice: «El ciudadano extranjero se encontraba indocumentado en el momento de la identificación y detención, no habiéndose presentado hasta la fecha documentación alguna que acredite tanto su identidad (pasaporte de su país de origen), como el haber

entrado por un puestohabilitado al efecto....». Dejando a un lado otras circunstancias a las que el Tribunal Supremo y esta Sala no han deparado las mismas consecuencias, lo cierto es que la ausencia de documentación del extranjero que posibilitara su correcta identificación, sí ha sido considerada como causa de expulsión tal como se recoge en la propia Sentencia citada en el auto apelado, y por tanto en el presente caso no concurría a la hora de adoptar la medida cautelar la apariencia de buen derecho con la que la Sala ha descansado en ocasiones la adopción de la medida de suspensión cautelar de las resoluciones de expulsión cuando no constaban en el expediente, en ese momento procesal, las especiales circunstancias que el Tribunal Supremo ha considerado como causa de expulsión.

En consecuencia si se examina el expediente se aprecia que ni en el mismo ni ante el Juzgado Contencioso Administrativo que ha de resolver la medida cautelar consta el pasaporte del actor, de modo que en ese momento procesal concurre la circunstancia de indocumentación que impide suspender la eficacia de la resolución sancionadora en base al *fumus boni iuris*.

Ciertamente la Sala ha adoptado en otras ocasiones dicha medida cuando, haciendo una prospección de las actuaciones del expediente se evidenciaba la ausencia de alguna de las circunstancias que justifican la expulsión, pero como hemos visto no es este el caso.

(...)

Conforme a las anteriores consideraciones, en el concreto caso que ahora nos ocupa, nos llevan a que la solicitud de suspensión deba correr suerte desestimatoria, y que la situación de arraigo que invoca el apelante ha sido analizada por el juzgador de instancia, para considerarla no concurrente por insuficiente, y cuyos argumentos y valoración esta Sala da aquí por reproducidos. En definitiva, el hecho aislado del empadronamiento en una ciudad no implica el arraigo al que el Tribunal Supremo ha ligado la suspensión de los órdenes de expulsión de un extranjero sin ningún dato añadido sobre su integración social, laboral, económica o familiar en el país. Ni tan siquiera consta en este caso el empadronamiento del extranjero en algún Ayuntamiento de nuestro país ni se hace mención a la situación familiar del interesado que pudiera justificar ese arraigo. Por el contrario, a pesar de la mención a su situación de indocumentado desde el momento de su detención en ningún momento de la tramitación del pleito se ha aportado por el ciudadano extranjero la documentación que acredite su identidad.

Ese ha de ser el criterio que determina en este caso la confirmación del auto impugnado, en base de falta de arraigo del extranjero.

Sin embargo, como hemos dicho, para la desestimación de la apelación la Sala se basa en la falta de arraigo del extranjero.

Expulsión de ciudadano rumano. Principio de legalidad y tipicidad. Es factible la expulsión de ciudadanos comunitarios si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Se deben valorar la duración de la residencia, integración social y cultural, edad, estado de salud, situación familiar y económica. Desestimación del recurso contra la expulsión.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Fecha: 16 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 21/2012

Ponente: D. Agustín Picón Palacio

Voz: Expulsión de extranjeros. Ciudadano rumano: orden público o seguridad pública

La controversia entre las partes surge en torno a la procedencia de la expulsión ordenada por la administración de extranjería de un ciudada-

no de nacionalidad rumana a quien se incoó el procedimiento de expulsión. La circunstancia de que, entre otros, los ciudadanos miembros

de los países que integran la Unión Europea no son, propiamente, en España, ni españoles, ni extranjeros, sino que son ciudadanos comunitarios, determina la existencia de un régimen jurídico específico de los mismos, próximo, pero no idéntico, al de los españoles en territorio nacional y que nace del principio, y derecho, a la libertad de circulación y residencia que los ciudadanos comunitarios tienen respecto de los territorios de los estados que integran dicha Unión Europea y de que se hacen eco, actualmente y entre otros, los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea en la versión vigente desde el 1 de diciembre de 2009; 21.1, 45 y siguientes y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con idéntica vigencia; y 45 de la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Preceptos que establecen, en lo que ahora interesa, el principio de la libre circulación de los ciudadanos comunitarios en los países de la Unión Europea y el derecho de residir en los mismos. Facultades a las que se acaba de hacer referencia que, si bien tienden a separar netamente el régimen de los ciudadanos comunitarios de los propiamente extranjeros y a equipararlos al de los nacionales de cada territorio, sin embargo no llegan a identificar plenamente al régimen de estos últimos.

(...)

Por lo tanto, ha de concluirse que, aunque limitada y restringida en relación a los ciudadanos extranjeros in genere, es factible la expulsión de ciudadanos comunitarios del territorio nacional si existen motivos graves de orden público o seguridad pública, debiendo valorarse, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen y que, cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, estas decisiones deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de

las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. Siendo regla especial la de que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

(...)

Al apelante se le ha impuesto la medida de expulsión del territorio nacional sobre la base de razones de orden público y seguridad ciudadana. Ello exige, como se vio, que se tenga en cuenta su conducta personal, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente, sin que la existencia de condenas penales anteriores constituya, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas, debiendo valorarse, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen. Normativa de la que se sigue que la consecuencia dañosa de la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo puede adoptarse en razón de su conducta personal que constituya una amenaza real, actual y suficiente que afecte a un interés fundamental de la sociedad, lo que impone analizar la situación concreta del hoy apelante.

Es patente que el actor no consta haber sido condenado penalmente, pero sí está acreditado que entre el cuatro y el veintiséis de octubre de dos mil diez fue detenido en siete ocasiones por infracciones relativas a la propiedad, en una de ellas en relación con trece robos con fuerza en las cosas, y que en el mes de marzo de dos mil once lo fue en otras dos ocasiones. Con estos hechos, es plenamente aplicable cuanto hemos dicho en una ocasión similar, al afirmar que tal conducta es totalmente incompatible con la paz ciudadana y el respeto a los demás miembros de la sociedad, pues, quien da lugar, en poco tiempo, a tal pluralidad de actuaciones policiales, más allá del respeto a la presunción

de inocencia de que es acreedor en cuanto a cada uno de los supuestos que originaron las mismas, no puede ser entendido como una persona que respeta el orden público y la paz social y debe ser entendida como constitutiva de una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en la que residido y a cuya hospitali-

dad no pueden estimarse que haya correspondido. El comportamiento del demandante no es compatible con el respeto al orden público y la paz ciudadana españoles si continuamente desencadena actuaciones de las fuerzas del orden en la investigación de su conducta y lo es con una intensidad difícilmente admisible en una persona.

Expulsión del territorio nacional. Ciudadano de la República de Guinea Bissau. Alegación de autorización de residencia permanente legal en Portugal. La existencia de causa legal para decretar la expulsión de un ciudadano de un tercer Estado genera la prohibición de entrada, no sólo en España, sino en todo el Territorio Schengen. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Fecha: 20 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 37/2012

Ponente: D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Voz: Expulsión del territorio nacional. Ciudadano de la República de Guinea Bissau.

Permiso de residencia portugués

A la vista de los razonamientos que se contienen en la sentencia de instancia, lo que se viene a reprochar por el apelante en esta alzada, frente a los fundamentos que se contienen en la sentencia apelada para la decisión adoptada, es que no puede imponerse la sanción de expulsión y que, en todo caso, esa orden de expulsión no puede afectar a todo el espacio Schengen. El hecho en que se sustentan tales peticiones, que ya fue invocado en la instancia, es que en el acto del juicio se admitió que el recurrente tenía autorización de residencia permanente legal en Portugal, tanto para él como para su esposa e hija; hecho que se dio por admitido en el acto del juicio pero sin que consten los concretos documentos que justificarían esa residencia en Portugal; si bien es verdad que se había solicitado en la instancia prueba sobre la residencia legal en Portugal, prueba que se consideró innecesaria dada la admisión de contrario de dicha residencia. Y, en efecto, de los argumentos que se hacen en la sentencia apelada, se llega a la conclusión que ni la expulsión acordada en la resolución que se impugna constituye una sanción ni el Convenio Schengen impide la misma. En efecto, en cuanto a lo primero, como se razona por la Magis-

trada *a quo* y ya también esta Sala ha venido interpretando, el invocado artículo 57.5.º de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (...) en lo que aquí interesa, establece que la autorización de residencia permanente en España no es óbice para aplicar la medida, que no sanción, de expulsión que se autoriza en el párrafo segundo del precepto, sin que pueda ni excluirse dicha medida ni sustituirse, en virtud del principio de congruencia propia del Derecho Administrativo Sancionador, por la sanción de multa; y así lo declaramos, entre otras muchas, en nuestra sentencia 32/2011, dictada en el recurso de apelación 379/2010 y la más reciente de 17 de enero de 2012, dictada en el recurso de apelación 240/2011. Incluso cabría añadir que es la interpretación que subyace en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de abril de 2011, dictada en el recurso de revisión 32/2009, que si bien rechaza el recurso de revisión, sí declara que la aportación de un nuevo documento consistente en la autorización concedida por la Administración Penitenciaria a un recluso a quien se había aplicado la medida de expulsión al amparo del mencionado artículo 57 de la Ley Orgánica, resultaba irrelevante

a los efectos de la revisión de la sentencia de apelación que confirmaba la de instancia que ratificaba la medida de expulsión acordada por la Autoridad Gubernativa, porque «ha de llegarse a la conclusión de que el documento aportado no es decisivo para la resolución del proceso judicial que culminó con la sentencia impugnada, pues la causa que motivó la expulsión, esto es la condena privativa de libertad de tres años y un día de prisión, existía y, por tanto, el acto administrativo impugnado era conforme a derecho»; es decir, ante la existencia del presupuesto de hecho del artículo 57.2, la medida de expulsión es preceptiva sin que pueda oponerse ninguna de las exclusiones que se contienen en el apartado quinto del precepto, que es lo que se pretende en el escrito de apelación y que obligan a su desestimación. Y ante esos razonamientos no puede invocarse la referencia que se hace al concepto de orden público en las sentencias que se citan por la defensa del apelante, porque la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2007 (recurso de casación 504/2004), lo que examina es el concepto de orden público, pero a los efectos del artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de Apátrida, adoptada el 28 de septiembre de 1954, dada la condición y los hechos que en ella se examinan que son bien diferentes

de los que ahora nos ocupan. Y en cuanto al examen que se hace de la cláusula de orden público en nuestra sentencia de 15 de febrero de 2011 (recurso de apelación 370/2010), está referida a un supuesto también diferente al presente, es decir, la existencia de vínculo conyugal entre un ciudadano de un tercer Estado con una ciudadana de un País comunitario, haciendo aplicable la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; así como al 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; que conforme a su ámbito de aplicación, se refiere a los ciudadanos de la Unión Europea y a sus familiares, aunque sean nacionales de un tercer Estado. Y es evidente que la existencia de un permiso de residencia en Portugal, que es lo aducido por el recurrente, no le confiere la aplicación de ese estatus, al margen de que, como antes se dijo, la admisión de hechos en el acto de la vista no puede suponer una prueba plena sobre la existencia de dicha residencia.

Expulsión del territorio nacional. Interno en centro penitenciario por un delito contra la salud pública. Motivación de las resoluciones judiciales. Condena por la comisión de un delito que tenga prevista pena privativa de libertad superior a un año. No cabe juicio de proporcionalidad. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Fecha: 21 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 396/2011

Ponente: Dña. María Dolores Galindo Gil

Voz: Expulsión del territorio nacional. Interno en centro penitenciario. Condena de prisión superior a un año

Atendidos los particulares obrantes al expediente administrativo resulta que su incoación tiene por causa la denuncia del funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (...) adscrito al Grupo Operativo de Extranjeros de la Comisaría de Lugo con arreglo a la cual se hace constar

que en el centro penitenciario de Bonxe se halla interno el recurrente, cumpliendo condena privativa de libertad de 3 años y 17 días impuesta por el Juzgado de lo Penal número 1 de Algeciras, ejecutoria número 364/2007, por un delito contra la salud pública (cultivo elaboración),

por lo que se le estima incurso en el supuesto de expulsión previsto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

A su vez, precisando que la conducta del imputado constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad en atención a los motivos de la detención y con claro desprecio a la integridad física de las personas y bienes, todo ello unido a la naturaleza del delito por el ha sido condenado de especial incidencia en el entorno social dado el bien jurídico protegido (salud pública), se conforman como elementos a tener en cuenta en orden a la aplicación del artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, motivando, de este modo, la imposición de un período de 7 años de prohibición de entrada en territorio español.

(...)

Pues bien, más allá de la mera invocación genérica a una supuesta indefensión, el apelante no hace una exposición de cuales hayan sido las consecuencias derivadas del desconocimiento de la pena privativa de libertad que dice padecer, habida cuenta que el hecho cierto es que está privado de libertad en centro penitenciario y que, parece de todo punto razonable y verosímil afirmar que si alguna discrepancia o desconocimiento alberga sobre su situación personal, habría reaccionado interponiendo los recursos que el ordenamiento jurídico prevé para combatir la restricción al derecho fundamental de la libertad individual. Esto es así si tenemos en cuenta que la única relevancia que cabría otorgar a una alegación de esta naturaleza es la demostración a cargo del apelante de que está siendo víctima de un error por padecer una privación de libertad indebida y todo ello con el adecuado respaldo probatorio, lo que no consta que haya verificado en absoluto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la falta de motivación que reprocha de la sentencia de instancia no es tal pues la juez a quo parte de la comprobada condena a pena privativa de libertad por delito doloso contra la salud pública que ha determinado la incoación del expediente sancionador sin que, de forma derivada y necesaria, el apelante haya dotado de un contenido material y no solo formal, la infracción del derecho de defensa que invoca.

Por su parte, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de «condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año» (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4).

En una palabra, el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 aplicado, sólo establece la expulsión como consecuencia de la condena por la comisión de un delito que tenga prevista pena privativa de libertad superior a un año, sin la posibilidad alternativa de imposición de multa.

Por tanto, no cabe realizar ningún juicio de proporcionalidad que pueda llevar a la imposición de una sanción pecuniaria que no está prevista para ese caso, y en ese sentido ha de rechazarse igualmente la alegación de vulneración de los artículos 130 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en sede de «Medidas Cautelares» pues se cita es impertinente dado que disciplinan el régimen jurídico que permite, previa resolución judicial, excpcionar el principio de inmediata ejecutividad de los actos y disposiciones administrativas, exigiendo una solicitud autónoma dirigida a tal fin y sin que los parámetros que han de te-

nerse en cuenta en el juicio ponderativo que ha de llevarse a cabo por el órgano jurisdiccional (*periculum in mora*; *fumus boni iuris*) puedan extrapolarse como argumentos sustantivos para conseguir la anulación de la orden de expulsión, habida cuenta el automatismo de las previsiones del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 que ha operado como causa determinante de la expulsión del ciudadano extranjero apelante.

Saliendo al paso de la alegación relativa a sus circunstancias personales y familiares, esta Sala y Sección, en sentencia número 520/2009, de fecha 10 de junio de 2009, (...) hemos declarado que «(...) cabe concluir que no existe en este caso margen de discrecionalidad alguno para sustituir la orden de expulsión por una multa pecuniaria, ya que —como se ha indicado en el anterior fundamento de derecho—, tal expulsión no se contempla en el artículo 57.2 de la LODLE como una sanción por la comisión de una infracción administrativa, sino que es la consecuencia que el legislador ha añadido a una condena penal, en este caso por la comisión de un delito de robo con lesiones; pero es que aún si fuera posible esa alternativa, habría de atenderse a la conducta dolosa advertida con la imposición de la pena privativa de libertad, que ya

con la reforma de la ley de extranjería (operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre) se admite como supuesto de expulsión, lo que no sucedía con la normativa anterior en la que se impedía que las actividades ilegales incluyeran a las que se sancionaron penalmente (SSTS de 21 de marzo de 2007 y 7 de octubre de 2008), de modo que también debe confirmarse el pronunciamiento que sobre la pretensión alternativa se hizo en la sentencia apelada».

Por tanto, ni los datos de hecho previos ni los sobrevenidos a la orden de expulsión combatida, pueden producir el efecto de desvirtuar la aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000. Como acertadamente trae a colación la sentencia apelada, la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativo impide que puedan tenerse en cuenta otros criterios que no sean los inducidos por la situación de hecho y derecho coetánea al dictado de la resolución combatida y ello sin perjuicio de las posibilidades de revocación de la orden de expulsión que la normativa en materia de extranjería previene a través de los procedimientos correspondientes que serán las sedes adecuadas para formular tales alegaciones que, en consecuencia, son inocuas en el presente expediente.

Expulsión de extranjeros. Ciudadana nicaragüense. Del expediente administrativo no resulta ningún dato negativo sobre la conducta de la recurrente aparte de la estancia irregular. Medida desproporcionada. Estimación parcial.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Fecha: 22 de marzo de 2012

Recurso de Apelación: 257/2011

Ponente: Dña. María Isabel Zarzuela Ballester

Voz: Expulsión de extranjeros. Ciudadana nicaragüense. Desproporcionalidad de la sanción

La sentencia impugnada desestima el recurso interpuesto por la representación de la actora contra la resolución de 9 de abril de 2010 que desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución de 22 de octubre 2009 del Subdelegado del Gobierno en Huesca, por la que se acuerda la expulsión del territorio español de la recurrente, de nacionalidad nicaragüense, con una prohibición de entrada en España de tres

años, por incurrir en una infracción de carácter grave del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, (...) —encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, siempre que el interesado no

hubiese solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente—.

(...)

La sanción de expulsión es una alternativa que el artículo 57.1 de la LO 8/2000 posibilita aplicar en lugar de la sanción de multa, cuando la infracción impugnada sea la tipificada en las letras a) —como es el caso— b), c), d) y f) del art. 53. A la hora de optar por una u otra es indudable que habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 55 para la graduación de las sanciones, conforme al cual «el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia». Igualmente, han de ser valoradas, a tenor del referido artículo 57, las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor, como prescribe el artículo 119 del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de dicha Ley Orgánica. Debiendo señalarse que conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 25 de octubre de 2007, «... 2.º En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional». 3.º En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa. 4.º Sin em-

bargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora».

En el caso examinado, del expediente administrativo no resulta ningún dato negativo sobre la conducta de la recurrente o sus circunstancias, aparte de la mera estancia irregular. Al contrario sí constaba en las actuaciones que se hallaba documentada, toda vez que aportó pasaporte —STS de 19 de diciembre de 2007—, cuyo número (...) consta en los documentos aportados a las actuaciones, (...) —alta en el Padrón Municipal de Habitantes de Huesca, y resolución de asignación de número de Seguridad Social o de Afiliación—. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existían específicamente razones por las cuales procedía la imposición de sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. De manera que, frente a lo razonado en la sentencia recurrida, esta Sala considera, con base en la doctrina jurisprudencial expuesta, desproporcionada en el presente caso la sanción de expulsión que le fue impuesta a la recurrente, y procedente, por el contrario, la imposición de una multa, estimándose adecuada, dadas las circunstancias concurrentes, la de 600 euros; lo que determina, con estimación parcial del presente recurso de apelación, la revocación de la sentencia recurrida y anulación de la resolución administrativa en tal particular.

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

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

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

Fecha: **17 de febrero de 2012**

Recurso: **Recurso de suplicación núm. 7024/2011**

Ponente: **D.ª Sara María Pose Vidal**

Voz: **Trabajador extranjero que carece de autorización de trabajo. Efectos sobre el contrato de trabajo: despido improcedente: salarios de tramitación**

Resumen: «CUARTO: En sede de censura jurídica, por la vía del artículo 191.c) de la LPL, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 94 y 97 de la LPL y artículo 267 de la LOPJ, discrepando de la valoración de prueba efectuada por la Juez de instancia, añadiendo la infracción del artículo 36.4 de la LO 4/2000, así como de los artículos 1 y 2 del ET en relación con los artículos 55 y 56 del mismo texto legal.

Con carácter previo conviene recordar que el motivo de suplicación previsto en el artículo 191.c) de la LPL viene referido a la denuncia de infracción de normas jurídicas sustantivas o de jurisprudencia, carácter que no es predicable de los artículos 94 y 97 de la LOPJ, como tampoco del artículo 267 de la LOPJ, especialmente cuando no se plantea petición alguna de nulidad, que debería vehiculizarse, en su caso, por el apartado a) del mismo artículo 191 de la LPL, de modo que ninguna consideración ulterior es necesaria sobre este particular.

Entrando en la cuestión de fondo, y en aplicación de la doctrina unificada establecida por la Sala IV del TS, entre otras, en Sentencia de 21 de junio de 2011 (RCUD 3428/2010) y Sentencia de 29 de septiembre de 2003 (RCUD 3003/2002), señalando que en los casos en que existe prestación de servicios por parte de trabajador extranjero, no comunitario, que se encuentra irregularmente en España, surgen para el trabajador los derechos inherentes a la condición de tal, habida cuenta que conforme al artículo 33 de la LO 4/2000, de 11 de ene-

ro, pese a que su apartado 1.º dispone que “Los extranjeros mayores de 16 años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo”, se matiza en el párrafo segundo del número 3, que “Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener la autorización previa al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Matización que establece con toda claridad, que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo. Esta conclusión se reafirma aún de manera más patente, en la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando en el párrafo primero del número 3 del artículo 36, alude concretamente al “extranjero no autorizado para trabajar” —que es a tenor de lo dispuesto en el número 1, el que carece del permiso de residencia o autorización de estancia— y establece en tal caso que los empresarios “deben obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”. A lo que añade, el párrafo segundo de dicho número 3, que “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio

de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

En consecuencia, estamos ante una relación laboral iniciada el 1 de noviembre de 2009, en la que se produce el despido verbal el 23 de enero de 2011, por lo que conforme a las previsiones del artículo 56 del ET, se trata de un despido improcedente que debe llevar aparejadas las consecuencias fijadas por la sentencia de instancia, como así reitera la STS de 21 de junio de 2011, al indicar que el extranjero extracomunitario sin la pertinente autorización, pese a su situación irregular en España, precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita (LO 4/2000), no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación, es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad, sobre todo si tenemos en cuenta la primordial naturaleza indemnizatoria de tales devengos, con derecho igualmente a la indemnización correspondiente, por lo que procede la íntegra confirmación de la sentencia de instancia».

NOTA

La Sentencia del TSJ de Cataluña que ahora se comenta tiene nuevamente como telón fondo la interpretación del artículo 36.3 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000 y 14/2003 (art. 36.5 desde la reforma operada por la LO 2/2009). Como se sabe, dicho precepto ha permitido que los extranjeros en situación irregular hayan visto reconocidos, normativa y jurisprudencialmente (aunque no siempre por este orden) derechos laborales y de Seguridad Social haciendo abstracción de su situación administrativa, creando lo que se ha denominado un «estatuto jurídico del trabajador extranjero irregular».

En esta ocasión, se trata de un recurso de suplicación interpuesto por un trabajador extranjero que carecía de la correspondiente autorización de trabajo y que prestaba servicios a favor de una empresa dedicada a la explotación

agraria y a la de parking de caravanas desde 1 de noviembre de 2009, con la categoría profesional de guarda y salario de 1.108,35 euros al mes con prorrata de pagas extras. El empleador le proporcionaba alojamiento en una «mobil home» instalada en el centro de trabajo.

El 23 de enero de 2011, tanto a él como a otro compañero, el empleador les comunica que debían abandonar el parking de caravanas. El 28 de enero del mismo año ambos solicitaron a aquél que les ratificar lo que consideraban había sido un despido verbal el día 23 de enero de 2011, aunque no consta efectivamente la entrega de dicha comunicación.

Presentada demanda por despido, la Sentencia de instancia declara improcedente el despido y condena a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte por readmitir al trabajador en su puesto de trabajo o por indemnizarle a razón de 45 días de salario por año trabajado, y cualquiera que sea el sentido de la referida opción, a abonar el importe de los salarios de tramitación desde el día siguiente al del despido hasta el día en que se notifica la sentencia, ambos inclusive, o hasta que hubiese encontrado otro empleo si tal colocación fue anterior a la sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aplica la doctrina unificada contenida en la STS de 21 de junio de 2011, que señala que el trabajador extranjero, pese a la situación irregular en España, «precisamente por la validez y consecuente eficacia de su contrato respecto a los derechos del trabajador que consagra la ley antes transcrita (LO 4/2000), no puede verse privado de la protección inherente a dicha contratación»; de esta forma, en la medida en que los salarios de tramitación forman parte de la protección legal, el extranjero tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando nuestra legalidad.

Dichos salarios no tienen naturaleza salarial. De ser así, podría alegarse que dada la imposible reanudación de la relación laboral al carecer el extranjero de la preceptiva autoriza-

ción, no habría que compensar perjuicio alguno. Los salarios de tramitación tienen carácter indemnizatorio, y tratan de compensar al trabajador, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de despido y durante la instrucción del despido correspondiente.

Dicho lo anterior, una de las afirmaciones que contiene la fundamentación jurídica de la Sentencia que ahora se reseña nos permite aprovechar la ocasión para reflexionar sobre un tema recurrente. En la STS de 21 de enero de 2010, dictada en Sala General, el Alto Tribunal resolvía la cuestión de la determinación de si un trabajador extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo y que sufre un accidente de trabajo mientras está prestando servicios para una empresa que le había contratado y dado de alta en el convencimiento de que tenía una concreta personalidad, tiene derecho a las prestaciones derivadas de dicha contingencia profesional, cuando se acredita que había suplantado la personalidad de otro. El Tribunal Supremo considera que la doctrina unificada en las SSTS de 9 de junio de 2003 y 7 de octubre de 2003 alegada por el recurrente, y en virtud de la cual el artículo 36.3 (hoy 36.5) de la Ley de Extranjería «establece con toda claridad que el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley (LO 4/2000) un contrato nulo» no cabe extenderla en los supuestos de suplantación de la personalidad. Aun así para otros supuestos considera válida dicha aserción. En la referida Sentencia de 21 de enero de 2010, el Magistrado Desdentado Bonete formula un voto particular, quien comparte plenamente el fallo de la sentencia, pero no su fundamentación. Asume el Magistrado Desdentado la doctrina vertida en la STS de 18 de marzo de 2008 sobre la interpretación conjunta de los 36.3 (ahora, 36.5) y 14 LOEx, que diferencia entre

residencia y los que no. Expresa, sin ambages, en el voto particular que el tan repetido art. 36.3 (ahora, 36.5) no establece un efecto distinto a la nulidad, sino que se limita a prever que la carencia de la autorización no invalida el contrato, pero esta exclusión de la invalidez afecta sólo a los «derechos del trabajador extranjero» y a la obtención de «las prestaciones que pudieran corresponderle» por la vía de la responsabilidad extracontractual.

Compartimos plenamente estas afirmaciones. Desde los primeros números de esta Revista hemos venido insistiendo en que la literalidad del repetido precepto 36.3 (ahora, 36.5) de la Ley de Extranjería tendría un sentido mucho más limitado que el que los pronunciamientos judiciales y jurisprudenciales le estaban otorgando. De hecho, las sucesivas reformas del precepto han ido aquilatando su contenido hasta que la LO 2/2009 ha recogido la interpretación más restrictiva respecto al reconocimiento de prestaciones derivadas de contingencias comunes al trabajador en situación irregular. Además, debe considerarse que la aplicación del precepto se limita a los supuestos en los que el obligado a solicitar la correspondiente autorización de residencia y trabajo es el empleador, por tanto, se excluye cuando se trata de su renovación, al ser el propio trabajador extranjero el legitimado a solicitarla.

En suma, una cabal interpretación del controvertido precepto lleva a afirmar que el legislador sigue partiendo de una nulidad de base del contrato, aunque esa nulidad es relativa (no otra cosa puede deducirse del inciso «no invalidará el contrato de trabajo respecto a...»), porque no afecta a los derechos del trabajador extranjero ni impide acceder a determinadas prestaciones de Seguridad Social que pudieran corresponderle, probablemente limitadas a las derivadas de contingencias profesionales, pues tras la reforma llevada a cabo por la LO 2/2009 se refuerza la limitación al aludir «que sean compatibles con su situación».

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo

Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Supremo**

Fecha: **12 de enero de 2012**

Procedimiento: **Recurso de revisión 23/2010**

Ponente: **D. Rafael Fernández Montalvo**

Voz: **Contratación de extranjeros sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. Actividad de alterne. Aportación de nueva sentencia penal. Incumplimiento de los requisitos establecidos para la revisión**

Resumen: «Primero.—El presente recurso de revisión se interpone contra la Sentencia de 20 de enero de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso contencioso-administrativo núm. 316/07, por el que se impugnaba la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cáceres de 4 de octubre de 2006, confirmada en reposición por Resolución de 16 de noviembre de 2006, por la que se le impone a “Hostelería Joymo, S.L.” una sanción de 99.253,10 euros por infracción del artículo 54.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros.

Como hemos señalado en los Antecedentes, la mercantil recurrente basa su recurso en dos sentencias: una del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres de 29 de diciembre de 2008, que, enjuiciando los mismos hechos que los de la sentencia cuya revisión interesa, señala de forma clara e indubitada que entre las partes no existe relación laboral alguna y que tales hechos carecen de tipicidad penal; y otra de 26 de febrero de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que conociendo en apelación de un recurso interpuesto contra una sanción por unos hechos semejantes a los enjuiciados en la sentencia objeto de revisión, estima el recurso de apelación porque “... la sentencia del Juzgado de lo Penal declara no probados todos los hechos

que, constatados en el acta levantada por la Inspección de Trabajo, sirven de base a la Juez de Instancia para estimar acreditada la relación laboral y, por tanto, la existencia de la infracción administrativa que se imputa al recurrente”.

Segundo.—Aunque no dice expresamente la ahora recurrente en revisión en cuál de los motivos previstos en el art. 102.1 de la Ley de la Jurisdicción funda su recurso, implícitamente parece que se refiere al recogido en el apartado a) del citado precepto: la recuperación de documentos decisivos.

Según el art. 102.1.a), existirá motivo de revisión: “Si después de pronunciada (la sentencia firme) se recobrasen documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiese dictado”.

La doctrina de esta Sala ha fijado, como requisitos determinantes de la viabilidad del motivo revisional invocado (dentro del marco y alcance interpretativo restrictivo del recurso de tal naturaleza —nunca susceptible de conformar una tercera instancia o de querer ser un modo subrepticio de reiniciar y reiterar el debate ya finiquitado mediante una sentencia firme—) los siguientes:

a) En primer lugar, que “los documentos hayan sido ‘recobrados’ con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso”.

b) En segundo lugar, que “tales documentos sean ‘anteriores’ a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado ‘retenidos’ por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión)”.

c) Y, en tercer y último lugar, que “se trate de documentos ‘decisivos’ para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos —juicio ponderativo que debe realizar, *prima facie*, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada—)” (por todas, Sentencias de 18 de abril de 2005, cit., FD Cuarto; y de 13 de noviembre de 2006, cit., FD Tercero; en el mismo sentido, Sentencias de 11 de octubre de 2007, cit., FD Tercero; y de 29 de abril de 2008, cit., FD Cuarto.1; y de 2 de julio de 2008, cit., FD Tercero).

Además, debe precisarse asimismo que el art. 102.1.a) LJCA “se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba —cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión—” (Sentencias de 13 de noviembre de 2006, cit., FD Tercero; y de 11 de octubre de 2007, cit., FD Tercero).

Para concluir el recordatorio de lo que constituye nuestra jurisprudencia sobre el art. 102.1.a) LJCA, debemos subrayar que esta Sala mantiene la doctrina de que “una sentencia de cualquier Tribunal de fecha posterior no puede considerarse como documento a efectos de admisión del recurso de revisión”, “incluso —que no es el caso— aunque proceda del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse” (entre otras, Sentencia de 11 de octubre de 2007, cit., FD Tercero; en el mismo sen-

tido, Sentencias de 27 de diciembre de 2005 (rec. rev. núm. 19/2004), FD Segundo; de 12 de julio de 2006 (rec. rev. núm. 20/2004), FD Tercero; y de 2 de julio de 2008, cit., FD Tercero), debiendo añadirse que, como regla general, una resolución judicial no puede considerarse como “documento” a los efectos del artículo 102.1.a) de la Ley Jurisdiccional, en la medida en que contenga interpretaciones, apreciaciones o valoraciones que son privativas de cada juez o Tribunal y producidas a virtud de las circunstancias concurrentes en cada caso y del material probatorio obrante en autos.

Tercero.—Pues bien, a la luz de la doctrina que acabamos de sintetizar, es evidente que el presente recurso debe ser desestimado.

En efecto, es evidente que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de febrero de 2010, a la que tanta trascendencia otorga la representación procesal de la mercantil recurrente, ni puede considerarse como un documento retenido por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme, ni, de todos modos, cumple con el requisito establecido en el art. 102.1.a) LJCA al haber sido dictada con posterioridad a la fecha de la Sentencia cuya revisión se postula (que, recordemos, es de 20 de enero de 2009), enjuiciándose, por otra parte, unos hechos diferentes a los que fueron objeto de la sentencia cuya revisión se insta, siendo los fallos de ambas sentencias consecuencia de la valoración probatoria llevada a cabo en los distintos procedimientos.

Y en relación con la Sentencia de 29 de diciembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres, no era, en ningún caso, «indisponible» antes del fallo ahora recurrido para la mercantil aquí recurrente, pues en la copia de la sentencia aportada por la propia parte recurrente en revisión, figura que le fue notificada el día 9 de enero de 2009, mientras que la sentencia recurrida en revisión tiene fecha de 20 de enero de 2009. Es evidente que la sentencia penal en cuestión podía haber sido llevada al procedimiento tramitado en la instancia de la misma forma que ahora se ha traído a este recurso de revisión, lo que no se efectuó, como afirma la sentencia recurrida en revisión,

al decir que “en el presente supuesto de hecho, la parte actora alega la existencia de diligencias penales pero no aporta prueba alguna sobre esta circunstancia”.

Cuarto.—La desestimación del presente recurso comporta la imposición de costas a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido, según determina el artículo 516.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 102.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, la Sala haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 139.3 de la Ley Jurisdiccional fija en 3.000,00 euros la cuantía máxima de los honorarios del letrado de la parte recurrida».

NOTA

El 4 de octubre de 2006, la Subdelegación del Gobierno de Cáceres dicta una Resolución por la que interpone a la mercantil «Hostelería Joymo, S.L.» una sanción de 99.235,10 euros por la contratación de quince trabajadoras extranjeras que no disponían de autorización para trabajar, confirmada en reposición por Resolución de 16 de noviembre de 2006.

El 26 de enero de 2007, la empresa interpone recurso contencioso-administrativo contra la referida resolución, que fue desestimado por Sentencia de 20 de enero de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. En dicha Sentencia, el Tribunal declara que las Actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social gozan de la presunción de veracidad conferida legalmente, de valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario, y que dicha presunción de certeza es compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia. Por otra parte, el acta de infracción se basa en los hechos que los funcionarios pudieron constatar en la visita de control del negocio y en las manifestaciones de las personas que se encontraban en el hostel. En efecto, el resultado de la visita de inspección de realizada a las 23 horas del día 7 de julio de 2006 al centro de trabajo situado en el punto kilométrico 2,500 de la carretera EX160, donde se encuen-

tra la empresa «Hostelería Joymo, S.L.», los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social pudieron comprobar que en el local se encontraban quince mujeres de nacionalidad rumana y brasileña que ejercían actividades de alterne bajo la dependencia y organización de la empresa demandante.

Resulta conveniente que nos detengamos en la referida Sentencia del TSJ de Extremadura de 20 de enero de 2009. A nadie se le escapa que el tema que subyace en la sentencia —alterne— despierta una especial sensibilidad, pues la libertad de la persona y su dignidad se presentan en términos de clara fragilidad, y pese a constituir un fenómeno con constante presencia en la historia de la humanidad, aporta en la actualidad las suficientes variables como para que merezca una consideración por parte de los poderes públicos, cualquiera que sea la opción —prohibicionismo, abolicionismo o reglamentismo— desde la que se aborde la cuestión. De ahí que la calificación o no como laboral de una actividad como la que estamos analizando supone una incursión en un ámbito de la realidad social de contornos difusos y cuyo tratamiento jurídico en nuestro país hoy puede calificarse como de cierta alegaldad.

Los tribunales, y respecto a la actividad de alterne, han declarado la competencia de la jurisdicción social. Dicha aseveración se apoya en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que considera que en la actividad llevada a cabo por las «alternadoras» (denominación que utiliza por ejemplo la STSJ de Andalucía Málaga de 14 de julio de 2000 [AS 2000, 5724]), —definida gráficamente como «captación de clientes varones, mediante el atractivo sexual al objeto de que consumiesen bebidas» (STS de 14 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2712])— concurren las notas de ajeneidad —al efectuarse con conocimiento y consentimiento de la titular del establecimiento (STSJ de Andalucía Málaga de 14 de julio de 2000 [AS 2000, 5724])—, por cuenta ajena (STSJ País Vasco de 13 de noviembre de 2001 [AS 2002, 1237]) —pues la empleadora asume el beneficio y los riesgos de la misma: falta de pago de las consumiciones o abono de los destrozos que eventualmente se puedan producir en el local), retribución, cualquiera que sea

su forma (STS 25 de febrero de 1984 [RJ 1984, 923]) —en la generalidad de los supuestos consiste en el 50% del precio de las consumiciones (STS 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7172]), y dependencia, que no se entiende ya como una subordinación rigurosa y absoluta, sino como una inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, pues fija el horario de trabajo y el precio de las consumiciones, controla el número de clientes (STSJ del País Vasco de 7 de abril de 1988 [AS 1998, 2024]), proporciona el transporte hasta el establecimiento, facilita la utilización de las dependencias y taquillas para cambio de la ropa propia por otra adecuada a la actividad y, sobre todo, adopta medidas disciplinarias en caso de incumplimiento de horario o de desempeño de la actividad de forma que no se consiga el objetivo de provocar que los clientes efectúen el mayor número de consumiciones.

En el supuesto que examina la Sentencia objeto de comentario, los funcionarios pudieron comprobar una serie de circunstancias que avallan la existencia de la relación laboral: La empresa es la que fija los horarios de comienzo y fin de la jornada laboral, dispone de medios de producción (local, camareros, bebidas, utillaje de hostelería, mantenimiento de las instalaciones, etc.), facilita la infraestructura de habitaciones y aseo para los servicios que así lo requieran, cobra las copas a los clientes a un precio superior al de mercado, que incluye la parte con la que remunera a las mujeres, determina la vestimenta que las trabajadores deben llevar, les permite un día de descanso a la semana y en caso de enfermedad deben avisar inmediata y directamente a la encargada o jefa, de donde se desprende la caracterización de la actividad como de trabajo dependiente por cuenta ajena.

Antes de finalizar este comentario, es necesario precisar que en la mayor parte de los pronunciamientos que abordan la cuestión desde la perspectiva laboral se hace especial hincapié en diferenciar con claridad la actividad de alterne de la de prostitución. Pero ¿puede realmente establecerse una distinción entre las dos actividades? El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 2 de enero de 1997 [AS 1997, 340]), en el supuesto de una empleada que, como encargada del turno de día, se limitaba a

realizar funciones de recepción de los clientes, cobro de los servicios prestados por las personas que ejercían la prostitución en el mismo local y atención a las llamadas telefónicas para concertar las citas, resuelve señalando que «no hay duda, pues, que pese a las notas de ajeneidad, dependencia, y retribución predicables del vínculo que unió a las litigantes [...] estamos, en realidad, en presencia de un contrato con causa ilícita y por ende, nulo de pleno derecho». De tan rotunda afirmación se deduce que el ejercicio de la prostitución en un determinado local vicia de nulidad cualquier relación laboral que en el mismo se lleve a cabo, con independencia de que las funciones desarrolladas, incluyan o no la prestación de servicios sexuales.

Sentado lo anterior, la empresa recurrente basa el recurso de revisión en dos sentencias: una del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres de 29 de diciembre de 2008, que declara que, enjuiciando los mismos hechos que la sentencia cuya revisión interesa, señala de forma clara e indubitada que entre las partes no existe relación laboral alguna y que tales hechos carecen de tipicidad penal; y otra de 26 de febrero de 2010, del TSJ de Extremadura (sala de lo contencioso-administrativo) interpuesto contra una sanción por hechos semejantes, y que estima el recurso de apelación porque una sentencia del Juzgado de lo Penal declara no probados los hechos constatados por el acta levantada por la Inspección de Trabajo que permite al Juez de instancia estimar acreditada la relación laboral.

El Tribunal Supremo no hace sino aplicar la doctrina consolidada sobre el artículo 102.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma que para que el motivo de revisión prospere, los documentos han tenido que ser «recobrados», han de ser «anteriores» a la fecha de la sentencia firma objetivo de revisión y «retenidos» por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme, que se trate de documentos «decisivos» para resolver la controversia y, en fin, que se trate de documentos en sí mismos, en clara alusión al soporte material que los constituye y no a los datos en ellos constatados.

Consecuencia de aquella doctrina es que una sentencia de cualquier Tribunal de fecha poste-

rior a la sentencia firme cuya revisión se pretende no puede considerarse documento válido a estos efectos. Así ocurre con la STSJ de Extremadura de 26 de febrero de 2010 que, además,

enjuicia hechos distintos. Por su parte, la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Cáceres de 29 de diciembre de 2008 bien se podía haberse aportado al procedimiento tramitado.

DERECHO PENAL

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: presunción de inocencia: prueba anticipada: la imposibilidad de lograr la presencia de la persona que se pretendía introducir ilegalmente en territorio español fue la que posibilitó la lectura de su declaración en el plenario, ya que se practicó en el sumario como prueba anticipada ante los evidentes riesgos de no lograr su presencia en el juicio oral. Tipo delictivo: El coche estaba dispuesto para el transporte de personas en esta situación de ilicitud.

Tribunal: **Sentencia Supremo**

Fecha: **20 de diciembre de 2011**

Recurso de Casación: **10825/2011**

Ponente: **D. Andrés Martínez Arrieta**

Voz: **Inmigración clandestina. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.**

Prueba anticipada

Son varias las cuestiones que plantea la recurrente. En primer lugar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ha de ser desestimada. Al recurrente pone el acento de su disensión en las irregularidades de la prueba anticipada, pues no estuvieron presentes los imputados y sólo el abogado de uno de ellos. Sin embargo, con independencia de esa diligencia, en la causa se practicó prueba suficiente sobre el hecho. Así la testifical de los funcionarios policiales que detuvieron el vehículo en el puesto fronterizo y hallaron la presencia del extranjero en el habitáculo que se relaciona en el atestado. Ese extremo aparece documentado en el atestado, ha sido objeto de documentación fotográfica y la propia recurrente lo reconoce. También resulta acreditado la existencia del habitáculo, del sistema de almacenamiento de gasoil, pues había sido suprimido para posibilitar la presencia del indocumentado al que se pretendía introducir en España. Sobre el hecho, por lo tanto existió una actividad probatoria suficiente para afirmar el hecho probado.

Además, el tribunal ha contado con la declaración del extranjero que narró cómo le lo-

calizaron los dos detenidos, el dinero que pagaron sus familiares y la detención en el paso fronterizo. Esa declaración y reconocimiento en rueda se practicó en sede judicial, con asistencia de la letrado que en ese momento asistía a los dos acusados. Obra en la causa que la Letrada que asistió a los dos recurrentes, entonces imputados en la causa era la que les asistía y había sido nombrada por el turno de oficio, sin que existiera intereses contrapuestos que aconsejaran una defensa separada de ambos imputados. Es posteriormente cuando esa Letrada es la designada por la recurrente en tanto que el otro acusado designa a otro Letrado que le defendió en el juicio oral. Respecto a la presencia de los imputados, la ley dispone su presencia, art. 448 de la Ley procesal, por lo que la ausencia de citación a la declaración practicada con la función de preconstituir la prueba es irregular en su realización, lo que no quiere decir que esa irregularidad sea causal de indefensión. En el supuesto objeto de la censura casacional existió prueba independiente de la declaración del testigo, la persona que era transportada en condiciones de ilegalidad y clandestinidad, que permite sea

valorada en los términos que hemos referido en este mismo fundamento y que, desconectada de la testifical del transportado inicialmente, permite basar el hecho probado.

Además, el tribunal ha contado con la declaración del extranjero que narró como le localizaron los dos detenidos, el dinero que pagaron sus familiares y la detención en el paso fronterizo. Esa declaración y reconocimiento en rueda se practicó en sede judicial, con asistencia de la Letrado que en ese momento asistía a los dos acusados. Obra en la causa que la Letrado que asistió a los dos recurrentes, entonces imputados en la causa era la que les asistía y había sido nombrada por el turno de oficio, sin que existiera intereses contrapuestos que aconsejaran una defensa separada de ambos imputados. Es posteriormente cuando esa Letrada es la designada por la recurrente en tanto que el otro acusado designa a otro Letrado que le defendió en el juicio oral. Respecto a la presencia de los imputados, la ley dispone su presencia, art. 448 de la Ley procesal, por lo que la ausencia de citación a la declaración practicada con la función de preconstituir la prueba es irregular en su realización, lo que no quiere decir que esa irregularidad sea causal de indefensión. En el supuesto objeto de la censura casacional existió prueba independiente de la declaración del testigo, la persona que era transportada en condiciones de ilegalidad y clandestinidad, que permite sea valorada en los términos que hemos referido en este mismo fundamento y que, desconectada de la testifical del transportado inicialmente, permite basar el hecho probado.

Denuncia en el tercer motivo el error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal por la indebida aplicación del art. 318 bis del Código penal. En primer lugar refiere el error de derecho por la indebida aplicación de los art. 446, 448 y 771 de la Ley procesal penal, en referencia a la prueba preconstituida a la que nos acabamos de referir en el anterior fundamento para declarar la irregularidad en la prueba no causal a una indefensión, cuyos efectos se contraen a la no valoración de esa prueba irregular.

También denuncia que los hechos debieron ser subsumidos en la complicidad. Entiende que

la función de la condenada, recurrente, es la de mero cómplice en la acción de otro, al limitar su actuación al mero acompañamiento del otro recurrente.

El motivo se desestima. La vía impugnatoria elegida parte del respeto al hecho probado discutiendo, desde ese respeto, la aplicación al hecho del precepto penal que invoca como indebidamente aplicado o inaplicado. En el hecho se afirma que los acusados iban juntos, que el coche era propiedad de la acusada, aunque lo condujera el otro recurrente, siendo ella la persona a cuyo nombre estaba el vehículo. El hecho probado recoge que la recurrente iban en el coche de copiloto y que en el interior del mismo estaba alojado, en las condiciones que relata, el inmigrante cuya introducción realizaban en el vehículo propiedad de la recurrente. Desde el hecho probado la subsunción es correcta y ningún error cabe declarar.

En tercer término denuncia la inaplicación del apartado quinto del art. 318 bis, que prevé la reducción en un grado de la pena atendiendo a la menor gravedad del hecho, las condiciones personales y la finalidad perseguida. Afirma que se trata de un único acto de transporte, la inexistencia de una organización y la situación de desempleo para fundamentar la atenuación.

Sin embargo, la reducción de pena que postula, como tipo atenuado, requiere la concurrencia de unos elementos fácticos precisos para justificar un trato atenuado que en el hecho probado no se describen. Antes al contrario, del hecho, y de la fundamentación de la sentencia, resulta que el coche propiedad de esta recurrente estaba especialmente dispuesto para el transporte de personas en esta situación de ilicitud; de la causa resulta que el coche fue visto en varias ocasiones cruzar la frontera siendo ocupado por dos personas, de lo que razonablemente resulta la dedicación a la ilícita actividad para lo que contaban con especiales medios para la realización del transporte.

En todo caso, desde el hecho probado no resultan los elementos fácticos precisos para la aplicación del tipo atenuado que insta.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Se declara la atipicidad de la conducta de quien, sin ánimo de lucro, ofrece un contrato de trabajo a ciudadanos extranjeros que se encontraban ya residiendo ilegalmente en España.

Tribunal: **Sentencia Supremo**

Fecha: **9 de marzo de 2012**

Recurso de Casación: **1225/2011**

Ponente: **D. Luciano Varela Castro**

Voz: **Inmigración clandestina: contrato de trabajo a ciudadanos en situación irregular**

El penado formaliza un único motivo de casación, por la vía del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción del artículo 318 bis del Código Penal que considera no aplicable a los hechos que se declaran probados.

Subraya de los hechos probados que se declaran en la sentencia las afirmaciones que el acusado se propuso con los actos que se le atribuyen: a) obtener una contratación prolongada de los extranjeros para llevar a cabo actuaciones de música folklórica árabe o marroquí y b) proporcionarles estancia legal en España. Y, además, en aquellos hechos se excluye que el acusado actuara movido por interés de lograr lucro alguno.

Así pues el debate se centra en la corrección de subsumir en el tipo penal el hecho constituido por la extensión y firma de una oferta de trabajo y su presentación en la Subdelegación del Gobierno pidiendo autorización de residencia, cuando los extranjeros destinatarios de tal oferta ya residían en España, siendo dicha estancia no legalmente autorizada.

Este tipo penal debe su redacción a la disposición final 2 de Ley Orgánica 4/2000 de 11 enero 2000, con vigencia desde el 1 de febrero de 2000 que vino a satisfacer alguna laguna detectada en la regulación del precedente artículo 313 del Código Penal. Se buscaba con este nuevo tipo sancionar conductas de colaboración en el tráfico ilegal de personas.

El precepto sufrió una nueva redacción por virtud del artículo 1 apartado 13 de Ley Orgánica 11/2003 de 29 septiembre con vigencia desde el 1 de octubre de 2003, que duró hasta el 21

de noviembre de 2007 en que rige la redacción dada al apartado uno por artículo 2 apartado 2 de Ley Orgánica 13/2007 de 19 de noviembre 2007 que consistió en el añadido de la expresión «o con destino a otro país de la Unión Europea».

La redacción vigente al tiempo de los hechos ahora enjuiciados El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

No resulta relevante en este caso la reforma llevada a cabo por el artículo único apartado 87 de Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, con vigencia desde el 23 de diciembre de 2010.

Lo primero que cabe destacar del conjunto de tales reformas es la difícil coexistencia de lo ordenado en el artículo 313.1 y 318 bis del Código Penal.

En cualquier caso la interpretación de tales previsiones legislativas debe hacerse en el contexto de los textos de la Unión Europea dictados en relación con el trato diferenciado de los fenómenos de inmigración clandestina o tráfico ilegal, por un lado, y, por otro, los más graves de la trata de seres humanos, a que se refiere el artículo 177 bis añadido por artículo único apartado 39 de Ley Orgánica 5/2010 de 22 junio, con vigencia desde el 23 de diciembre de 2010.

Por lo que se refiere a la inmigración clandestina o tráfico, en el que se enmarca el tipo legal aplicado en este caso, ha de partirse de que el mismo se refiere a movimientos de personas de uno a otro lado de las fronteras vulnerando las previsiones de Derecho Administrativo al

respecto. Desde esa perspectiva cabe diferenciar dos tipos de comportamiento según se refieran a la entrada o tránsito del extranjero o se trate de colaboración para mantener la permanencia en el territorio del extranjero una vez ya en éste.

La diferencia resulta significativa a la luz de la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo adoptada en 28 de noviembre de 2002. Prescindiremos aquí y ahora de otras cuestiones, como la relativa a la adecuada distinción de los fenómenos de inmigración respecto de los de trata de seres humanos, y nos referiremos exclusivamente al supuesto de ayuda o colaboración con la «estancia» de personas extranjeras ya residentes en territorio español cuando aquella colaboración les es prestada.

A este respecto debemos recordar lo establecido en el artículo 54.1.b) de la Ley Orgánica de Extranjería en su redacción por Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, posterior en apenas unos días a la reforma del precepto penal que aplicamos. En dicho precepto se sanciona administrativamente los actos consistentes en «introducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro... la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito». Obviamente esa previsión de la posibilidad del delito para excluir la sanción administrativa presupone mayor entidad en la antijuridicidad que la que da lugar a la intervención del Derecho administrativo sancionador. Desde esa directriz de interpretación, acorde al principio de intervención mínima del Derecho Penal, ha de entenderse la descripción del tipo penal del ordinal 1 del artículo 318 bis del Código Penal.

Ciertamente ese precepto nada dice al describir el comportamiento que tipifica penalmente sobre actos que se circunscriban a colaboraciones dirigidas a facilitar la permanencia en territorio español de extranjeros prestadas por personas ajenas a la entrada transfronteriza del ayudado.

Otros supuestos de sanción administrativa en relación al favorecimiento de la permanencia del extranjero en territorio español se alejan aún más de la gravedad conferida al anterior supuesto. Es el caso previsto en el artículo 53.2.c) de

la ley citada: promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización.

Si no resulta aceptable con valores constitucionales de un Estado de Derecho social y Democrático diluir las fronteras entre la sanción administrativa y la penal, menos aceptable resultará interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen la sanción administrativa.

Dado que el hecho probado de la sentencia recurrida atribuye un comportamiento de favorecimiento de la permanencia llevado a cabo por quien no es imputado por haber facilitado la entrada en territorio español del extranjero, no cabe entender ese hecho como tipificable al amparo del artículo 318 bis uno.

Tampoco la interpretación desde la perspectiva del bien jurídico nos lleva a coincidir con el criterio del Tribunal de instancia.

La rúbrica bajo la que se encuadra el tipo penal sugiere que la razón de ser de la sanción penal es otorgar esa protección a los derechos del ciudadano extranjero. Desde luego la identificación de ese bien protegido por el artículo 318 bis no es de fácil. El obligado deslinde con la tipificación del artículo 311 y ss del Código Penal obliga a prescindir de los derechos de orden laboral como el objetivo de esta protección de la inmigración clandestina.

Pero, por otra parte, si el comportamiento atribuido al sujeto activo de este delito se dirige inequívocamente a procurar al ciudadano extranjero un estatuto que supere los gravámenes que el ordenamiento administrativo vincula a la situación ilegal del extranjero, no parece razonable pensar que aquella conducta vulnere los derechos del ciudadano extranjero.

Por eso, en el caso de la sanción penal de determinados comportamientos, caracterizados por mejorar, de conseguir su resultado, dicho status del extranjero al que se refieren, no puede decirse que se dirija a proteger aquel bien jurídico que predica la rúbrica del título en el que se encuadra el artículo 318, bis. Muy al contrario,

en tal caso la intervención sancionadora no tiene otra justificación que la de proteger la regulación de los flujos migratorios. Pero es dudoso que tal objetivo debe ser protegido en todo caso penalmente, ni siquiera que esa sea la finalidad de la norma penal en todo caso.

De ahí que en nuestra Jurisprudencia no falten las resoluciones que recuerdan la necesidad de atemperar la referencia a la protección del flujo inmigratorio con la exigencia de empeoramiento del estatuto del ciudadano extranjero. Decíamos en la reciente Sentencia n.º 1378/2011 de 14 de diciembre: El desarrollo del motivo hace necesario recordar que como hemos dicho en STS 378/2011 de 17 de mayo, con cita de las sentencias 1238/2009, de 11 de diciembre, 1087/2006, de 10 de noviembre, y 1465/2005, de 22 de mayo, el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, «no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral—. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigran-

te en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral —cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP— y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP». En similar sentido similar, las SSTs n.º 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, «confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas».

Y reiterando doctrina anterior se advierte que: el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de convicción altamente probable.

Por ello, en la medida que de los hechos probados no deriva la constatación de perjuicio alguno de los ciudadanos extranjeros en cuanto a sus derechos y obligaciones, el comportamiento tampoco puede entenderse tipificado en el apartado 1 del artículo 318 bis del Código Penal.

El motivo pues debe ser estimado.

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Homologación de títulos oficiales. Título de Psicología, Especialista en Psicología Clínica. Residencia de psicopatología infanto-juvenil expedida por el Ministerio de salud de Argentina. Duración de los programas formativos. Necesidad de valoración de la Comisión Nacional de la Especialidad de Psicología Clínica. Pieza esencial del proceso que no puede ser omitida. Motivación. Las alegaciones de la recurrente no ponen de manifiesto la concurrencia de vicios en la actuación administrativa recurrida. Desestimación.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de enero de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **136/2010**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de títulos oficiales. Psicología Clínica: Argentina**

En el presente recurso se impugna por doña Marí Luz la resolución dictada por la Subdirección General de títulos y reconocimiento de cualificaciones del Ministerio de Educación, de fecha 15 diciembre 2009, que vino a desestimar la solicitud formulada por doña Marí Luz para la homologación de la Constancia de Residencia de Psicopatología Infanto-Juvenil expedida por el Ministerio de Salud de Argentina al título de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica.

La resolución tiene su origen en la solicitud formulada por la recurrente el día 20 septiembre 2007, al amparo de la OM de octubre de 1991, por la que se regulan las condiciones y el procedimiento de homologación de los títulos extranjeros de farmacéuticos y médicos especialistas por los correspondientes títulos oficiales españoles.

Doña Marí Luz concluyó sus estudios superiores de Psicología en la Universidad de Buenos Aires, Argentina, en 1992. El correspondiente título le fue homologado en España por el Ministerio de Educación y Ciencia el 18 abril 2005. El 20 septiembre 2007, la señora Marí Luz solicitó la homologación de la Constancia de Residencia de Psicopatología Infanto-Juvenil expedida por el Ministerio de Salud de Argentina al título de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica. Durante la tramitación del expediente se sometió la solicitud formulada por la hoy demandante a informe de la Comisión Na-

cional de Psicología Clínica, que en su reunión del 7 noviembre 2008 informó desfavorablemente la petición de homologación pretendida. La recurrente formuló al respecto alegaciones el 23 marzo 2009. El 8 mayo 2009 fue emitido un segundo informe por la Comisión Nacional de Psicología Clínica cuyo contenido era también desfavorable a la solicitud de homologación pretendida por la recurrente.

(...)

Como reiteradamente ha declarado este tribunal, la obtención del título que se pretende está condicionada a la valoración de la Comisión Nacional de la Especialidad de Psicología Clínica. Esta preceptiva intervención de la Comisión Nacional fue considerada conforme a derecho por nuestro Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección de Cuarta, de 7 de octubre de 2002, Rec. 43/1999 afirmando que «el propio Real Decreto crea como órgano consultivo del Ministerio de Educación y Cultura y Sanidad y Consumo, con una composición y unas funciones que le hacen especialmente idóneo para su participación en el procedimiento establecido en la Disposición Transitoria tercera que se impugna. Los problemas científicos en orden a la diferenciación de los distintos aspectos de la psicología no dotan de incertidumbre jurídica a la norma, sino al contrario, justifican la necesidad de un asesoramiento cualificado a la hora de valorar el período de actuación profesional

que se alegue para la obtención del título de Especialista por la vía transitoria que se arbitra».

De ahí que la intervención de esta Comisión Nacional se constituye como una pieza esencial del proceso que no puede ser omitida ya que entraña un juicio dotado de discrecionalidad técnica sin que puedan sustituirse su juicios valorativos en el ejercicio de sus facultades por los que subjetivamente invoque el propio interesado, como tampoco pueden ser objeto de sustitución por este Tribunal jurisdiccional por exceder de las facultades revisoras en este concreto aspecto de valoración técnica, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 353/93, de 29 de noviembre, recogiendo la doctrina plasmada en los Autos 274/83 y 681/86, según la cual, como Tribunal de Justicia «está llamado a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más».

Más arriba se ha transcrito el contenido de los informes de la Comisión Nacional de la Especialidad en Psicología Clínica que han venido a motivar la actuación administrativa objeto del presente recurso.

En general, el requisito de la motivación viene regulado en el artículo 54 de la Ley 30/1992, siendo así que en el ámbito específico en que se desenvuelve la presente litis el artículo 12 de la Orden PRE/1107/2002, de 10 de mayo, que desarrolla el Real Decreto 2490/1998, establece que las resoluciones del Ministerio de Educación deberán ser motivadas.

En el caso presente la resolución combatida no adolece de un déficit de la necesaria motivación, pues se ha fundamentado en los referidos informes de la Comisión Nacional de Psicología Clínica, que cumplen el nivel de motivación exigible, al hacer referencia alguna a los concretos particulares del caso de la recurrente y de su historial profesional, sin omitir las razones que llevan a la conclusión desfavorable respecto de la actividad alegada y acreditada por la actora. No es de apreciar infracción de la orden ministerial de 14 octubre 1991 ni vulneración del principio

de igualdad invocado, pues la actora no propone un término de comparación que ponga de manifiesto la existencia de discriminación contraria a derecho.

En definitiva, es de ver que los informes de la Comisión Nacional de la Especialidad que han servido de fundamento a la decisión impugnada tienen en cuenta las actividades alegadas por la interesada como aptas para la concesión del título, sin incumplir por lo tanto la exigencia de motivación, que requiere concretar las razones en relación al concreto expediente de la recurrente, en que funda su conclusión, de modo que así no se ocasiona indefensión a la recurrente y la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración

(...).

De todo lo expuesto resulta que la actuación administrativa recurrida, que se fundamenta en los informes de la Comisión Nacional de la Especialidad de psicología clínica, debe ser considerada conforme al ordenamiento jurídico. Las alegaciones de la demandante no desvirtúan las conclusiones contenidas en referidos informes y que sirvieron de fundamento a la resolución recurrida. Las alegaciones de la parte recurrente no han puesto de manifiesto la concurrencia de vicios en la actuación administrativa recurrida susceptibles de fundamentar la revisión jurisdiccional que pretende respecto de la discrecionalidad técnica ejercida por referida Comisión, cuyos informes sirven de motivación a la correspondiente resolución administrativa, pues no acredita que dicho órgano técnico haya incurrido en error ni haber sufrido arbitrariedad o indefensión o que aquella actuación administrativa incurra en desviación de poder, de modo que en ausencia de prueba con entidad bastante para desvirtuar la presunción de objetividad y acierto de la actuación administrativa, la conclusión no puede ser otra que considerar acertado su juicio valorativo, emitido en el ejercicio de sus potestades, sin que por lo tanto pueda ser sustituido por el que subjetivamente propone la recurrente.

Homologación de títulos oficiales. Especialista en cirugía plástica, reconstructiva y estética. Título expedido en México. Funciones del órgano jurisdiccional: No es función de estos órganos realizar un juicio técnico especializado sobre la eventual equivalencia entre títulos. Motivación de los actos administrativos. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 8 de febrero de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 973/2008

Ponente: D. José Félix Méndez Canseco

Voz: Homologación de títulos oficiales: especialista en cirugía plástica. México

La recurrente inició el día 11 febrero 2002 la tramitación de la homologación del título de especialista en Cirugía Plástica, Reconstructiva y Estética, expedido por el Instituto de Cirugía Reconstructiva del Estado de Jalisco, México, al título español de especialista en Cirugía Plástica, Estética y Reparadora. El expediente de la interesada fue sometido a informe de la Comisión Nacional de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, que en su reunión del 7 marzo 2003, fue emitido en sentido desfavorable con base en que «tras estudiar el expediente de doña Juana no observamos correspondencia en el programa teórico práctico que realizó y el vigente en nuestro país en este momento, además existen discrepancias en la duración de la formación teórico práctica fundamentales, por lo que informamos desfavorablemente la convalidación de su titulación». Previo traslado a la interesada, esta aportó la documentación que considero pertinente. El 1 de marzo de 2005, el Secretario de Estado de Universidades e Investigación dictó resolución desestimatoria de la solicitud. Contra la resolución dictada por el Secretario de Estado de universidades el uno de marzo de 2005 la recurrente interpuso recurso de reposición y contra su desestimación presunta formalizó recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso 329/2005. Durante la tramitación de dicho recurso, recayó resolución el 4 enero 2006 en la que se estimaba en parte el recurso interpuesto, se anulaba la resolución administrativa impugnada y se acordaba la retroacción de actuaciones a fin de solicitar un nuevo informe de la Comisión Nacional

de la especialidad, que debería valorar toda la formación realizada por la interesada para poder acceder al título cuya homologación solicita. En cumplimiento de dicha resolución el expediente de la recurrente fue sometido a informe de la Comisión Nacional de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, que en su reunión del 27 noviembre 2006 lo emitió en sentido desfavorable con base en que «existe superposición de períodos formativos en actividad en práctica pública y privada, lo cual imposibilita un cálculo adecuado de la correspondencia en la duración del programa formativo. No existe equivalencia en los contenidos del programa formativo aportado. No existe ejercicio profesional posterior a la obtención del título de especialista en el país en el que se obtuvo el mismo (México)». En el anexo del informe se indicaba, respecto de la correspondencia entre la duración del programa formativo español y el realizado por la solicitante para obtener el título, diploma o certificado que presenta, «tiempo inferior al de la especialidad en España. No correspondencia en el tiempo. Los tiempos de rotación que presenta son pregrado, pues el título es de diciembre de 2003 y presenta rotatorios de febrero de 2003». En lo relativo a la correspondencia entre los contenidos del programa formativo español y el realizado por la solicitante, valorando si este último capacita para la adquisición de los conocimientos y habilidades de la especialidad, se hacía constar que «existe correspondencia en cuanto a contenidos, pero no en cuanto a los contenidos prácticos. El programa lleva quemados y en el book de intervenciones no aparece ni un desbridamiento ni injerto ni tratamiento

del gran quemado». En lo relativo a la correspondencia entre los contenidos del programa formativo español y el realizado por la solicitante, valorando si este último capacita para la adquisición de la responsabilidad del ejercicio profesional, se hacía constar que «falta de conocimientos suficientes según nuestro programa». En lo relativo a la valoración del cumplimiento de los objetivos generales fijados en el programa formativo español en el realizado por la solicitante, se hacía constar que: «insuficiente». En cuanto a la valoración del ejercicio profesional posterior, específico de la especialidad que pretende homologar, se hacía constar que «no lo tiene en el país donde le dan el título. Lo que presenta de España no es especialista». Y por último, en el apartado f), «otras observaciones y valoraciones», se hacía constar que «no trabaja en el país donde le dan el título ninguna vez luego de darle la especialidad. La residencia que presenta de la Clínica Planas superpone fechas con otros centros, al margen de que la Clínica Planas no está acreditada como docente de residencia».

El 23 abril 2007, la referida Comisión emitió nuevo informe señalando: «informe desfavorable. Existe superposición de períodos formativos en actividad en práctica pública y privada, lo cual imposibilita un cálculo adecuado de la correspondencia en la duración del programa formativo. Su indicación de que por las mañanas se encontraba en un hospital y por la tarde en otro, no permite aceptarlo en el contexto de la formación MIR existente en nuestro país. No existe equivalencia en los contenidos del programa formativo aportado. Las estancias voluntarias en distintos centros y servicios de forma voluntaria no pueden ser consideradas como equivalentes a las rotaciones oficiales en el contexto de la formación MIR. En lo referente a la duración de su periodo formativo de 3 años en Cirugía General y 3 en Cirugía Plástica, dichos períodos no se pueden considerar de forma aditiva. Por lo tanto su formación en Cirugía Plástica es de tan sólo 3 años».

(...)

La recurrente, evacuando el traslado conferido para que formulara alegaciones respecto de referido documento de 14 noviembre 2011,

afirma que no se trata de un informe sino de un acta de reunión de la Comisión que no ha sido aprobada ni reúne los requisitos de los artículos 23.1.f) y 25.3.e) de la Ley 30/1992. Por otra parte alega que la respuesta de la administración demandada no contesta al requerimiento del Tribunal, ya que nada dice sobre las diferencias apreciables entre la duración y carencias de dichos tres casos y el de la demandante, sin que la Comisión haya entrado a analizar los expedientes de cada una de las personas señaladas para informar al tribunal. Por lo tanto se trata de una respuesta evasiva y no concluyente, en los términos previstos en el artículo 307.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, considerando que la administración ha sido requerida en 4 ocasiones, debe ser tenida por confesa en cuanto a la inexistencia de diferencias entre los requisitos de homologación del título con el de las otras tres personas señaladas, en aplicación de lo dispuesto en dicha ley procesal civil. Además, mantiene la recurrente que la administración en su respuesta nada dice respecto a la homologación indirecta, a la que tuvieron que someterse las otras tres personas indicadas, siendo procedente en el caso de la recurrente la homologación directa. Manifiesta que tiene dudas sobre la imparcialidad del tribunal al que tendría que someterse la recurrente para realizar la prueba teórico práctica, en el caso de así decidirlo la sentencia que se dicte, dado que sus miembros serían especialistas designados por la Comisión de la especialidad. Reitera expresamente la petición de que por la Sala se ordene la homologación directa de su título, al entender acreditado que no existen diferencias en cuanto a los contenidos de los estudios realizados con los españoles y en cuanto a la duración, que ha sido más extensos los realizados por doña Juana. Por último, reitera que la actuación administrativa recurrida carece de motivación, siendo infundada, arbitraria y contraria al principio de igualdad, reiterando sus escritos de demanda y conclusiones. Termina solicitando la anulación de la actuación administrativa recurrida y se declare el derecho de la recurrente a la homologación solicitada o, subsidiariamente, que se anule la resolución recurrida, ordenando a la administración la realización de la prueba teórico práctica que prevé la ley.

Así las cosas, este tribunal, reiterando las consideraciones más arriba expuestas, considerando que doña Juana renunció al procedimiento de homologación de títulos extranjeros de especialidades en Ciencias de la Salud, regulado en la Orden de 14 octubre 1991, con fecha 15 septiembre 2010 y que dicha renuncia afecta directamente a la pretensión formulada en el presente recurso por cuanto su eventual estimación daría lugar a una sentencia inaje-

cutable habida cuenta de que fue precisamente ese, el procedimiento de homologación de títulos extranjeros de especialidades en Ciencias de la Salud obtenidos en estados no miembros de la Unión Europea según lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 459/2010, el que fundamentó el presente recurso, es lo procedente, en consecuencia, desestimar el mismo por carencia sobrevenida de objeto.

Homologación de títulos. Título de ingeniero civil otorgado en Argentina. Plazo para recurrir: Debe iniciarse a partir del momento en que el Colegio Profesional tuvo conocimiento de la orden de homologación del título. Inadmisión del recurso por extemporáneo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **22 de febrero de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **286/2007**

Ponente: **D. José Félix Méndez Canseco**

Voz: **Homologación de título de ingeniero civil otorgado en Argentina**

Se interpuso el presente recurso por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos el día 28 febrero 2007 contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 19 de octubre de 1990 por la que se homologó al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos el título de Ingeniero Civil otorgado por la Universidad Nacional de San Juan (Argentina) a don Bernardo.

(...)

De la documentación obrante en el expediente administrativo y en los presentes autos resulta acreditado que la solicitud de colegiación de don Bernardo el día 28 de noviembre de 2006 fue acompañada de toda la documentación legalmente exigible, según lo previsto en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1271/2003, de 10 octubre, por el que se aprueban los estatutos del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y que dicha solicitud y la documentación adjunta llegó a Madrid el 11 diciembre 2006, fecha en que se cuña en el escrito y se asienta en el libro de entrada del colegio (...).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 julio 2009, que anuló la de-

negación de la colegiación de don Bernardo por parte del colegio recurrente, tuvo como cierta la fecha de solicitud de colegiación de este el día 28 de noviembre de 2006.

En la documentación obrante en autos se aprecia que el colegio recurrente conoció la homologación del título de don Bernardo, que es precisamente el objeto de impugnación en su recurso contencioso-administrativo, a más tardar el día 11 de diciembre de 2006, pues en el libro de registro de la corporación recurrente figura que el día 11 diciembre 2006, (...), tuvo entrada la solicitud de colegiación de don Bernardo, indicándose en el propio libro: «envía documentación para su colegiación: se devuelve a la demarcación de Galicia para que se complete la documentación». Y si bien dicho colegio devolvió la referida documentación, lo cierto es que a partir de aquella fecha la corporación recurrente conoció la homologación del título concedida a don Bernardo, ya que, de lo contrario, hubiera denegado la colegiación, pero no por falta de la documentación relativa a las de asignaturas cursadas por don Bernardo en la universidad argentina a los efectos de comprobar la equivalencia o no de la titulación, sino que la hubiera denegado

precisamente por carecer de la homologación pertinente.

Además, ha de precisarse que incumbía a la recurrente, en virtud del principio de facilidad probatoria, el haber acreditado cumplidamente no sólo que su conocimiento de la orden de homologación del título de don Bernardo tuvo lugar el día 28 diciembre 2006, tal y como la corporación mantiene, sino también que el día 11 diciembre 2006, con el número de registro (...), no tuvo entrada la solicitud de colegiación de don Bernardo, pues dada la documentación obrante en autos y a la que más arriba se ha hecho referencia, no cabe admitir como prueba de que su toma de conocimiento de la homologación del título de don Bernardo fue la del día 28 diciembre 2006, con base en la certificación del señor Secretario General del propio colegio, de 30 de noviembre de 2010, en la que se hace referencia a que en los archivos colegiales no

constan dato ni registro alguno de la oficina provincial de Tarragona en relación con la solicitud de colegiación de don Bernardo.

En consecuencia, siendo así que el objeto del recurso interpuesto en su día por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos fue precisamente la homologación del título que impugna, debe concluirse que al haberla conocido el día 11 diciembre 2006, con independencia de que dicho colegio requiriese documentación complementaria, el recurso contencioso-administrativo interpuesto el 28 febrero 2007 resulta extemporáneo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, teniendo en cuenta que, tal y como ha declarado la jurisprudencia, el plazo para recurrir deberá iniciarse a partir del momento en que la corporación tuvo conocimiento de la orden de homologación del título.

Homologación de títulos oficiales. Título de médico especialista en Cirugía General y Cirugía Torácica obtenido en Argentina. Régimen especial relativo a los títulos relacionados con las Ciencias de la Salud. Equivalencia en la formación: Criterios a tener en cuenta. Duración de la formación. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 23 de febrero de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 757/2010

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco

Voz: Homologación de título de médico especialista en Cirugía General y Torácica: Argentina

En el presente recurso se impugna la Resolución de la Subdirectora General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por delegación, de fecha 7 de octubre de 2010 por la que se acuerda desestimar la solicitud de homologación del título de médico especialista en Cirugía General y Cirugía Torácica del recurrente, obtenido en Argentina.

En la demanda se afirma que su formación en la especialidad comprende dos periodos. El primero se corresponde con el de Cirugía General y que le ocupó tres años (desde mayo de 1999 hasta mayo de 2002) cursado en el Sanatorio Rivadavia con el aval de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Tucumán,

la Asociación Argentina de Cirugía y el SIPROSA. El segundo periodo comprende la obtención el 10 de noviembre de 2005 del título especialista en Cirugía Torácica por la Facultad de Medicina de Buenos Aires, realizando la residencia en el Hospital Carlos G. Durán de Buenos Aires desde el 11 de junio de 2002 hasta el 1-6-2005. Por tanto se defiende que la duración de su formación equivalente a la española ya que las rotaciones en Cirugía Torácica del programa español tienen una duración de 36 meses y las de Cirugía General 19 meses y las del programa argentino son de 33 meses en Cirugía General y 33 meses en Cirugía Torácica y si bien en el programa argentino no especifica la

duración concreta de las rotaciones específicas en Cirugía Torácica realizadas durante el segundo y tercer año de Cirugía General, a criterio de la recurrente queda evidenciada que estas superan los tres meses de diferencia en las rotaciones en cirugía Torácica del programa español respecto del argentino dado el extenso número de intervenciones en las que participó. Además, la recurrente realizó una rotación de tres meses en el Hospital Británico en el Servicio de Cirugía Torácica cuya duración consta acreditada documentalmente y trabajó como cirujana torácica durante cuatro meses en el Hospital Padilla de Tucumán, por lo que quedaría completada la diferencia de tres meses de práctica en Cirugía Torácica si no se tuvieran en cuenta las intervenciones específicas realizadas durante el segundo y tercer año de Cirugía General.

El Real Decreto 285/2004 de 20 febrero 2004 por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, en su Disposición Adicional Segunda, excepciona del régimen general de homologación, los títulos de educación superior acreditativos de una especialización sanitaria, remitiendo la homologación de los referidos títulos a sus disposiciones específicas.

(...)

En el caso de autos el juicio de equivalencia que implica la homologación solicitada ya fue objeto de la oportuna apreciación técnica por parte de la Comisión Nacional de la especialidad, en tres ocasiones (12 de noviembre de 2008, 30 de abril de 2009 y 1 de marzo de 2010), y cuya evaluación fue cambiando a la luz de las alegaciones y documentación presentadas, ya que si inicialmente se consideraba como determinante del informe desfavorable la existencia de una equivalencia en contenidos pero no en duración (3 años frente a 5), después se afirmó una insuficiente formación en «el aspecto práctico de la Cirugía Torácica», y finalmente se alude «al escaso número de procedimientos quirúrgicos específicos de la especialidad de Cirugía Torácica acreditados por la demandante». Por tanto vemos que el órgano técnico ha pasado de centrarse en la falta de equivalencia de la duración a la falta de equivalencia de con-

tenidos, centrada, exclusivamente, en el escaso número de procedimientos quirúrgicos en la especialidad, considerando que se trata de una diferencia esencial que no puede cubrirse con el ejercicio profesional posterior. A este respecto hemos de señalar que las cirugías específicas de la especialidad efectuadas por la recurrente durante su programa formativo están acreditadas documentalmente a los folios 149, 150 y 151 del expediente, en número de 60 (lo que daría un promedio de 20 por cada uno de los tres años de formación específica en Cirugía Torácica). En cuanto a las cirugías efectuadas por la actora durante su formación en Cirugía General, a los folios 143 y ss., del expediente obra una casuística de las mismas sin que sea o este al alcance de la competencia técnica de la Sala el determinar cuales y cuantas de ellas podrían ser reclamadas como específicas de la Cirugía Torácica. Por la misma razón, es un criterio esencialmente técnico el determinar si las rotaciones profesionales realizadas en el Hospital Británico (tres meses en 2001 y por tanto antes de iniciar su formación específica en Cirugía Torácica) y en el Hospital Ángel C. Padilla (cuatro meses desde enero de 2005, y por tanto mientras estaba realizando su formación específica en Cirugía Torácica), cubren o no el déficit en práctica quirúrgica específica, y más aún teniendo en cuenta que los documentos que los avalan (folios 116 y 117 del expediente) no concretan el número y la entidad de la actividad quirúrgica efectuada.

(...)

Así, es la importante falta de equivalencia en contenidos por el importante déficit de práctica quirúrgica especializada la que impedía e impide la homologación directa y en cuanto a la posibilidad que subsidiariamente se reclama en la demanda de una prueba de conjunto o periodo formativo complementario, la disposición decimotercera, apartado primero, de la reiteradamente mencionada Orden Ministerial prevé la posibilidad de prueba teórico-práctica exclusivamente en los supuestos de que concurriese únicamente una falta de equivalencia en los contenidos —caso de autos— y se establece como una posibilidad (la Comisión Nacional «podrá» formular propuesta de realización de la prueba teórico-práctica). La formación comple-

mentaria solo está prevista en la disposición decimotercera apartado segundo, cuando se trata de déficit de duración, cuando la duración del período formativo realizado por el solicitante fuese inferior a la exigida en España y siempre que la duración del ejercicio profesional en la especialidad, posterior a la obtención del título cuya homologación se pretende, sea al menos el doble de la diferencia existente entre la de la formación especializada efectuada en el extran-

jero y la exigida en España. Como vemos éste no es el supuesto de autos.

En lo que atañe a la mencionada posibilidad de una prueba teórico-práctica, la Comisión de la Especialidad efectuó un pronunciamiento desfavorable sin matizaciones, por lo que tal criterio técnico debe prevalecer (STS 6 de marzo de 2008, Rec. 99/2007) y su valoración no puede ser sustituida, sin más, por las opiniones subjetivas que opone el recurrente.

Homologación de títulos oficiales. Título marroquí. Licenciado en Bioquímica. Elemento esencial para resolver sobre la homologación: Control de la equivalencia de la formación. Informe emitido por el Comité Técnico. Formación invocada (duración, contenido y alcance) determina la equivalencia exigida para la homologación. Ante la falta de aportación de los programas, equivalencia entre las materias cursadas en el extranjero y las diferentes troncales de la titulación española con la pretendida. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 23 de febrero de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 607/2010

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco

Voz: Homologación de títulos oficiales. Marroquí licenciado en Bioquímica

En el presente recurso se impugna la resolución del Subdirector General de Títulos y Reconocimiento de Cualificaciones, por delegación del Ministro de Educación, de 24 de agosto de 2010 denegatoria de la solicitud de homologación del título de Maîtrise és Sciences Spécialisées, Spécialité Biologie Option Biochimie obtenido en la Université Cadi Ayyad (Marruecos) al título español de Licenciado en Bioquímica, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar ante una Universidad española las convalidaciones parciales que le puedan corresponder.

La homologación fue solicitada el 1 de diciembre de 2006.

En la demanda se afirma que el juicio de discrecionalidad efectuado en la resolución recurrida incide en error patente ya que las materias cursadas y los másteres, cursos y títulos propios complementarios colman en exceso las materias troncales de la titulación española y el informe se basa en la mera identidad en el enunciado de las materias sin realizar un análisis del contenido desarrollado.

(...)

En el caso de autos el Consejo de Coordinación Universitaria examinó la titulación del recurrente (...) estableciendo que la duración de los estudios extranjeros es de tres años y sin hacer objeción a la carga lectiva por la duración de los estudios, se cuestiona la equivalencia por la carga académica ya que no se habían cursado en su integridad siete de las materias troncales (Biofísica, Biología Celular, Bioquímica Clínica y Patología Molecular, Bioquímica y Microbiología Industriales, Estructura de Macromoléculas, Genética Molecular e Ingeniería Genética y Metodología y Experimentación Bioquímicas), por lo ante el hecho de que la formación complementaria acreditada solo puede compensar una de las materias troncales (Biología Celular) se emite informe desfavorable a la homologación y ni siquiera se propone una titulación alternativa ya que no existe una en la que el solicitante presente un grado de cumplimiento aceptable de la troncalidad exigida.

Efectivamente el informe reconoce que ante la falta de aportación de los programas, la equivalencia entre las materias cursadas en el extranjero y las diferentes troncales de la titulación española ha podido establecerse, únicamente, sobre la base de las denominaciones de unas y otras y que tal circunstancia puede dar lugar a inexactitudes en el análisis.

En este aspecto es precisamente en el que incide el recurrente que además hace constar cómo en los boletines de notas aparece como superada la asignatura de Genética y sin embargo el Consejo considera que la misma no ha sido cursada.

(...)

Es de señalar que el recurrente, que presentó su solicitud en el modelo normalizado previsto para ello, no aportó en su día los referidos programas si bien los mismos no figuran entre los de preceptiva aportación (art. 2 Orden

ECI/3686/2004, de 3 de noviembre) ni fue requerido para que completase su solicitud en cualquiera de sus extremos por carecer de datos relevantes de cara a apreciar la equivalencia (art. 4 de la OM citada). Pero ello no justifica que no los haya aportado en vía de recurso jurisdiccional realizando la oportuna prueba técnica para sustentar, sobre dichos programas, el error manifiesto que defiende y que no es de destacar, como hemos visto, por los simples argumentos contenidos en la demanda.

Así, ante los límites a las facultades revisoras de los Tribunales que impone la discrecionalidad técnica y no habiéndose desvirtuado en este concreto recurso la valoración técnica, objetiva y suficientemente motivada, realizada por el órgano administrativo competente para ello, y que por lo tanto ha de prevalecer, debe desestimarse la demanda.

Homologación de títulos. «Bachelor of Arts in Business Administration» obtenido en un centro de Gales. Falta de autorización para impartir este tipo de enseñanza. Estudios realizados de 1992 a 1996: En ese momento no era exigible la autorización a los centros educativos radicados en España. Estimación parcial. Retroacción de las actuaciones.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 29 de febrero de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 1417/2009

Ponente: Dña. María del Carmen Ramos Valverde

Voz: Homologación del título «Bachelor of Arts in Business Administration» obtenido en un centro de Gales

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto contra la Resolución de 7 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 denegó la homologación del título de Bachelor of Arts in Bussiness Administration, obtenido en la University of Wales (Reino Unido) al título universitario español de Grado Académico de Licenciada.

El fundamento de la denegación se encuentra en el artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de

educación superior, en relación con el artículo 86.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. A tenor del citado artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, no pueden ser objeto de homologación, entre otros, los títulos «correspondientes a estudios extranjeros realizados, en todo o en parte, en España, cuando los centros carezcan de la preceptiva autorización para impartir tales enseñanzas», estimando la Administración que esto es lo que sucede en el supuesto de autos, pues, a su entender, la Escuela Autónoma de Dirección de Empresas —EADE—, centro de Málaga, no estaba autorizado para impartir enseñanzas en España.

El demandante rechaza la aplicación a su caso de las normas invocadas por la Administración, entendiendo que se hace con carácter retroactivo, apoyándose al efecto en una pluralidad de sentencias del Tribunal Supremo que, a su entender, respaldarían su tesis.

(...)

En su virtud, se constata que, en el caso de autos, los estudios realizados por el recurrente se realizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001 y del Real Decreto 285/2004, pues se iniciaron en el curso 1992/1993 y terminaron el curso 1995/1996, con la consecuencia, según el Tribunal Supre-

mo, de que, al no ser exigible la autorización a los centros radicados en España, no es posible denegar la homologación pretendida al amparo de la ausencia de dicha autorización, como ha hecho la Administración en la resolución recurrida, que, por esta razón, ha de anularse, aunque la homologación se haya solicitado expresamente sobre la base de aquellas normas.

Ello implica, tal y como afirma dicha jurisprudencia, la retroacción de las actuaciones al momento de la solicitud inicial de la homologación, a fin de que se tramite el correspondiente expediente y se dicte la resolución que proceda, sin que concurra la exclusión indicada.

Homologación de títulos oficiales. Título de «Bachelor of Science in Enviromental Science» al título español de Licenciado en Ciencias Medioambientales. Duración de la titulación extranjera a homologar: Tres años. Informe motivado del Comité Técnico: Posibilidad de prescindir de un informe individualizado. Informe previo de la Comisión Académica del Consejo de Universidades: «Trámite insoslayable» cuando existen dudas sobre la equivalencia de títulos. Estimación parcial.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 1 de marzo de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 747/2010

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco

Voz: Homologación: título de «Bachelor of Science in Enviromental Science» (Reino Unido). Licenciado en Ciencias Medioambientales

En el presente recurso se impugna la Resolución del Secretario General Técnico, por delegación del Ministro de Educación, de 13 de octubre de 2010 desestimando el recurso de reposición interpuesto contra la Orden dictada el 11 de enero de 2010 en la que se denegaba la homologación del título de Bachelor of Science in Enviromental Science obtenido en la Universidad de Wolverhampton (UK) al título universitario español de Licenciado en Ciencias Medioambientales.

La resolución denegatoria de la homologación parte de considerar que los estudios cursados tuvieron una duración de tres años y tal pronunciamiento se efectúa con base en un dictamen general emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria conforme al cual procede

informar desfavorable aquellas solicitudes de homologación de títulos extranjeros obtenidos tras la superación de un programa de estudios de tan solo tres años de duración cuando se solicita respecto de un título español de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto habida cuenta su inferior duración, carga académica y la intensidad de los estudios realizados respecto de los exigidos para obtener cualquiera de los títulos españoles de primer y segundo ciclo.

Hay que partir de que la duración de la titulación extranjera a homologar, según el plan de estudios aportados, es de tres años (180 créditos ECTS o 360 créditos británicos) sin que dicha conclusión se vea afectada por el tiempo efectivo que al actor le llevó obtener tal titulación y por tanto dicha conclusión no se ve afectada por

el hecho de que los dos primeros años de tales estudios se correspondan con tres años cursados en ESNE Cantabria que fueron objeto de convalidación por la Universidad Inglesa.

(...)

La intervención del Consejo de Coordinación Universitaria, tanto en el marco del Real Decreto 86/1987 como en el del RD 285/2004, debe considerarse un trámite esencial del procedimiento de homologación y al no haberse emitido informe singularizado al caso de la recurrente ni informe general relativo al concreto título de Bachelor of Science in Enviromental Science obtenido en la Universidad de Wolverhampton (UK) y dado que no corresponde

a este Tribunal valorar *motu proprio* la entidad de los estudios desarrollados por el recurrente y su equiparación con la Licenciatura a la que pretende homologarlos, sin entrar al resto de las cuestiones suscitadas y sin acceder a la homologación pretendida por la parte actora, procede la anulación de la resolución recurrida y la retroacción de las actuaciones administrativas para que la indicada Comisión emita el expresado informe sobre la referida homologación, y emitido el mismo, continúe la tramitación del procedimiento hasta que se produzca la resolución, expresa o presunta, que proceda en Derecho, la cual podrá ser oportunamente recurrida por la parte recurrente al margen de la presente causa.

Homologación de títulos extranjeros. Título italiano de «Laurea in Ingegneria Civile». Título propio de centro educativo superior español: Carece de carácter oficial. Para la validez oficial en España del título que se pretende homologar es necesario que los estudios sean conducentes a la obtención de un título oficial. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **14 de marzo de 2012**

Recurso Contencioso-Administrativo: **1650/2009**

Ponente: **D. Ángel Novoa Fernández**

Voz: **Homologación de títulos extranjeros: título italiano de «Laurea in Ingegneria Civile»**

Se impugna en el presente proceso la resolución del Secretario General Técnico, por delegación, de fecha 2 de julio de 2009 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 1 de diciembre de 2008 que acordó denegar la homologación del título italiano de «Laurea in Ingegneria Civile», obtenido en la Università Politécnica delle Marche, Ancona (Italia) al grado académico de licenciado.

En su escrito de demanda aduce el actor que: «... el título de Ingeniería Civil es un título de educación superior y oficial italiano, expedido por un país miembro de la Unión Europea (Italia), y que habilita al recurrente no sólo para la realización de la actividad profesional en dicho país, sino para la realización de posteriores cursos de doctorado tal y como se refleja en el artículo 19 punto 2 párrafo 1.º del RD 285/2004 de 28 de Febrero; por otra

parte, el recurrente realizó y superó, en Italia, el “Examen de Estado”, prueba exigida que le permite habilitar el título de Ingeniero Civil obtenido por una universidad de Italia, para la realización de la actividad profesional en todo el territorio italiano perteneciente a la Unión Europea (en adelante UE), y ello, tanto en el sector privado como en el de la administración pública correspondiente de dicho país, y, por ende a cualquier otro perteneciente a la Unión Europea (en adelante UE).

Conviene señalar que aunque inicialmente, el reconocimiento para la actividad profesional en España, se encontró con la oposición del Colegio profesional de Ingenieros de Caminos Canales y Puertos, ello supone incumplimiento de la normativa europea tal y como ha reconocido la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a través de la Sentencia de

25 de noviembre de 2005 dictada en el Recurso 393/2004 (Sección Octava). Y que aún hoy mediante Resolución de 13 de octubre de 2009 se ha acordado por la Subdirección General de Normativa y estudios Técnicos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento se ha acordado el reconocimiento de Título para el acceso a la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos».

(...)

Ahora bien, partiendo de esa premisa, del examen del expediente resulta que los estudios de segundo ciclo cursados en la Universidad Politécnica de Alicante en virtud de los cuales obtuvo el título italiano que solicita homologar, corresponden a un título propio de una Universidad española, establecido en uso de su autonomía por esa Universidad pero que carece de los efectos de los títulos oficiales. La homologación de títulos extranjeros supone declarar en España la validez oficial a efectos académicos de los títulos obtenidos en el extranjero, siendo obligado que tanto estos títulos como los estudios conducentes a su obtención sean oficiales en el país de origen, lo que no acontece en este supuesto y sin que a través de una norma que permite homologar títulos extranjeros se pueda, como se pretende en este caso, incumplir otra de mayor rango —la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades— que impone determinadas con-

diciones a los títulos universitarios, pues ello supondría conceder validez académica oficial a estudios que carecen de ella por su propia naturaleza aprovechando la pantalla de un título extranjero.

(...)

Informe de la Secretaría de Estado de Universidades (...):

«(...) que el centro donde se realizaron los estudios, la Universidad de Alicante, tiene potestad para establecer dichos convenios, pero parte de los estudios que se realizaron corresponden a un título propio de segundo ciclo de esta Universidad y entendemos que a través de una norma que permite homologar títulos extranjeros no se puede incumplir otra de mayor rango, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que impone determinadas condiciones a los títulos universitarios. No se puede conceder así validez académica oficial a estudios que carecen de ella por su propia naturaleza, aprovechando la pantalla de un título extranjero, para burlar todo el ordenamiento jurídico previsto por la Ley Orgánica de Universidades».

Y por último, títulos de la Universidad Italiana y de la de Alicante, derivados del citado convenio, (...), que en este último denota ser un título propio y autónomo de la Universidad Española.

NACIONALIDAD

Nacionalidad. Residencia. Requisitos: buena conducta cívica. Condena penal: delitos contra la seguridad del tráfico: conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas. Concepto jurídico indeterminado. La obtención de la nacionalidad por residencia no es un derecho subjetivo. Doctrina jurisprudencial sobre el concepto de buena conducta cívica. Trayectoria personal del solicitante en su conjunto. Denuncias por actos de violencia de género. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **4 de noviembre de 2011**

Recurso Contencioso-Administrativo: **178/2010**

Ponente: **Dña. Isabel García García-Blanco**

Voz: **Nacionalidad. Buena conducta cívica. Delitos contra la seguridad del tráfico y denuncias por malos tratos**

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...)

Por lo expuesto es preciso valorar la trayectoria personal del solicitante en su conjunto (v. gr. contenido del comportamiento que se reputa de incívico, afectación a los valores sociales y convivenciales, habitualidad y mantenimiento en el tiempo, distancia temporal con la solicitud, elementos positivos que pudieran contrarrestar los aspectos negativos etc.) sobre la base de un estándar medio de conducta capaz de ser asumido por cualquier cultura y por cualquier individuo, un estándar que vale para todos y vale para cada uno.

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 30 de marzo de 2006, siendo el recurrente nacional de Bosnia-Herzegovina.

El recurrente goza de residencia legal desde 4 de mayo de 1993 como asilado.

Está casado con nacionalizada española con la que tiene dos hijos.

Se ha aportado hoja de vida laboral que a fecha 14 de junio de 2005 arroja 7 años, 6 me-

ses y 27 días de cotización a la Seguridad Social. No se han acreditado pago de impuestos ni participación en actividades de índole social, asociativo, etc.

El expediente refleja y en la demanda se admite que el recurrente se ha visto implicado en actuaciones penales, siendo condenado en sentencia firme de 7 de mayo de 2003 por hechos ocurridos el 7 de mayo de 2003, por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y negativa a la prueba de alcoholemia. Los antecedentes penales resultantes de tal condena no consta que se hayan cancelado a fecha de la presente aunque la condena quedo extinguida el 4 de junio de 2004.

Igualmente en la resolución se hace alusión a denuncias de su esposa, en varias ocasiones, en Sagunto, por malos tratos de palabra y obra. Dichas denuncias aparecen reflejadas en el expediente de la DGRN por obra de un informe de la Comisaría General de Extranjería y Documentación datado el 28 de noviembre de 2006 pero sin hacer constar ningún dato espacio temporal de las mismas ni de los hechos que les sirvieron de base, obrando aportado por la parte actora una consulta judicial de asuntos por intervinientes que solo refleja un incidente judicial respecto del recurrente y cuya data se remonta a 2003, por lo que coincide con la condena antedicha por alcoholemia. Por tanto

ha de descartarse dichas denuncias como parte del contenido integrador de la falta de buena conducta cívica.

Pese a ello, no se puede obviar que el recurrente demuestra, anteriormente a la solicitud, una innegable conducta irregular y asocial con trascendencia el ámbito penal-delictivo, relativamente próxima a su solicitud de nacionalidad. No se puede olvidar la gravedad de los delitos contra la seguridad del tráfico que tienen su base en una conducción etílica y la acorde respuesta punitiva que el ordenamiento jurídico español establece con su tratamiento como delito, así como el criterio del TS marcado en sentencia de 24 de mayo de 2004 (Rec. 1862/2000), donde sobre el presupuesto de una única y previa condena por conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas se estimaba que no se reunía el requisito de la buena conducta que exige el art. 22 del CC. Concorre además en el caso de autos la proximidad de la trascendencia penal de esos hechos con la solicitud de nacionalidad (los hechos ocurren tres años antes de la solicitud) y cuando se solicita la nacionalidad estaban plenamente vigentes los antecedentes penales derivados de la condena que se había producido tres años antes.

(...)

Aunque dicha condena por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se enmarca en un amplio tiempo de permanencia previa en nuestro país (el actor inició su residencia legal a finales de 1993) y podemos por tanto hablar de un hecho único enmarcado en una dilatada residencia legal previa a la solicitud, no se detallan especiales aspectos positivos en lo laboral,

social, familiar, fiscal, etc., ya que por tales no se puede tener el simple cumplimiento de otros requisitos precisos para obtener la nacionalidad española por residencia como es la residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la solicitud durante un determinado plazo legal o el conocimiento del idioma.

En cuanto al mutante informe del Juez del Registro Civil baste señalar que el mismo no es vinculante:

«a) El informe del Juez encargado del Registro Civil, que éste debe emitir de acuerdo con lo que disponen los artículos 221 y 222 del Reglamento del Registro Civil, además de no ser el único que la Dirección competente puede o debe recabar, no tiene carácter vinculante, al no hallarse previsto expresamente así (según el principio que luce en el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y por corresponder la decisión sobre el otorgamiento de la nacionalidad al Ministro de Justicia (artículo 21.2 del Código Civil). En consecuencia, el hecho de que aquel informe sea favorable no acredita por sí mismo la concurrencia del requisito de la buena conducta y la Sala, al separarse de él fundadamente, no ha vulnerado el precepto del Código Civil que exige su concurrencia»; STS de 2 de junio de 1998 (recurso 495/1994).

Por todo ello, no desvirtuado el único motivo de denegación invocado por la Administración en la resolución impugnada, procede desestimar el recurso y, confirmar dicha resolución por ser conforme al ordenamiento jurídico.

Nacionalidad. Convivencia con nacional española: acreditación. Conceptos de residencia y convivencia. Presunción de convivencia del Código Civil. Correcta valoración por la Sala de datos y documentos sobre la inexistencia de la convivencia. Desestimación del recurso.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **28 de noviembre de 2011**

Recurso de Casación: **357/2010**

Ponente: **D. Octavio Juan Herrero Pina**

Voz: **Nacionalidad. Inexistencia de convivencia matrimonial con ciudadana española**

La sentencia de instancia contiene la siguiente fundamentación jurídica (que transcribimos a continuación en cuanto ahora interesa):

«El demandante impugna la resolución de 20 de noviembre de 2007 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, que confirma en reposición la resolución de 20 de julio de 2007, por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia, al no ser de aplicación el plazo abreviado de un año que se indica en el apartado 2.d) del art. 22 del Código Civil, al no quedar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio durante el año inmediatamente anterior a la petición.

Alega el actor, de nacionalidad marroquí, que contrajo matrimonio con la española doña Gloria el 18 de septiembre de 2003, obteniendo la residencia legal en España el 26 de enero de 2004. Que su esposa falleció en accidente de automóvil el 30 de enero de 2007, y hasta dicha fecha estuvieron viviendo en el mismo domicilio sito en (...) en Sevilla. Por lo que, habiendo solicitado la nacionalidad española el 21 de junio de 2005 es de aplicación el plazo de un año de residencia previsto en el art. 22.2.d) del Código Civil.

(...) En el supuesto enjuiciado, el recurrente solicitó la nacionalidad española al amparo del plazo privilegiado de residencia de un año, por encontrarse casado con una ciudadana española; y la Administración ha denegado la nacionalidad al recurrente por considerar no acreditada suficientemente la convivencia con su esposa durante el año inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad.

La primera cuestión que se suscita por la parte actora es que la resolución de 20 de noviembre de 2007 ha incurrido en incongruencia por error dado que la resolución se ha fundado en extremos que no se corresponden con la solicitud. Es cierto, que la citada resolución por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la denegación de la nacionalidad, contiene ciertos errores, pero ninguna indefensión le ha ocasionado al actor, que ha hecho valer en esta vía jurisdiccional los motivos de impugnación que ha estimado pertinentes. Y, en relación con la omisión del trámite de audiencia previsto en el art. 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la omisión de dicho trámite, tanto el Tribunal Supremo como esta Sala sólo han acordado la anulación de la resolución recurrida si se ha ocasionado indefensión. Es decir, hay que examinar caso a caso para determinar si efectivamente se ha producido indefensión. Y, en el supuesto que nos ocupa, ninguna indefensión se le ha ocasionado al demandante, ya que como se demuestra en el recurso de reposición tenía perfecto conocimiento del informe de 23 de mayo de 2007 del Servicio de la Policía Local del Ayuntamiento de Sevilla, habiendo podido alegar lo que ha estimado oportuno.

(...) Entrando en el fondo del asunto, la denegación de la concesión de la nacionalidad por residencia al actor es por no quedar suficientemente acreditada la convivencia del matrimonio con una española durante el año inmediatamente anterior a la petición.

El demandante contrajo matrimonio con la española doña Gloria el 18 de septiembre de 2003, obteniendo residencia legal en España el 26 de enero de 2004, falleciendo su esposa el 30

de enero de 2007. El actor alega que después de contraer matrimonio el domicilio conyugal fue el sito en la (...) de Sevilla, hasta que después se trasladaron al domicilio de la (...).

Ahora bien, en el expediente administrativo obra un informe de la Policía Local del Ayuntamiento de Sevilla en relación con el domicilio de la (...), en el que se dice lo siguiente: “Que tras gestiones realizadas el día lunes, 21 de mayo de 2007, por el agente n.º (...), pertenecientes a esta policía local, consultando varios vecinos de la finca manifiestan que no conocen en el inmueble reseñado a la que se interesa. Que Pelayo residió hasta hace aproximadamente una semana junto con su hermana. Así mismo el propietario del inmueble ratifica lo dicho desconociendo a la que se interesa Gloria, lo que comunico para su conocimiento y efectos”.

Frente a ello, el recurrente aduce que en el informe no se identifica a los vecinos, aportando en vía administrativa un escrito a nombre de una vecina y otro a nombre del propietario del piso en el que vivía el matrimonio, manifestando aquellos que el matrimonio ha vivido en el anteriormente reseñado piso. Pues bien, la Sala desconoce si dichas personas son lo que dicen

ser, es decir, vecina y casero, del domicilio donde dice el actor que vivía con su esposa, cuando hubiese sido muy fácil haberlos propuesto como testigos. A este respecto, hay que recordar que el demandante ni siquiera solicitó el recibimiento del recurso a prueba. Por otro lado, a pesar del certificado de empadronamiento de la esposa del actor en el domicilio de la (...), el mismo es de fecha 20 de abril de 2005, y en el certificado de defunción de la reseñada esposa, de fecha 2 de marzo de 2007, consta como último domicilio de ésta última el situado en la (...) de Sevilla.

Por tanto, ha de considerarse acreditado que no existía convivencia efectiva entre los cónyuges en el año anterior a su solicitud, por lo que no se cumplía con la exigencia contenida en el art. 22.2.d) del Código Civil para poder disfrutar del tiempo de residencia de un año, quedando, por tanto, el recurrente sometido al periodo general de residencia de diez años para obtener la nacionalidad española, periodo que tampoco concurre en el caso que nos ocupa al constar en el expediente que su residencia legal en España se inició el 26 de enero de 2004 y la solicitud de nacionalidad por residencia se presentó ante la Administración el 21 de junio de 2005».

Nacionalidad por residencia. Estancia continuada desde hace más de diez años. Tarjeta familiar de residente comunitario: inválida desde que cesó la causa que motivó su concesión. Sentencia de divorcio. Interrupción en la situación de residencia legal durante más de dos años. Estimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 30 de noviembre de 2011

Recurso Contencioso-Administrativo: 46/2009

Ponente: D. José Félix Méndez Canseco

Voz: Nacionalidad. Residencia legal continuada durante diez años

Se interpuso el presente recurso contra la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por delegación del Ministro de Justicia, el 30 septiembre de 2009, que vino a denegar la nacionalidad por residencia a don José.

La actuación administrativa impugnada en el presente recurso se fundamenta en que no

concurre el requisito legalmente exigido relativo al tiempo de residencia legal de 10 años, que no se ha cumplido con continuidad en el periodo inmediatamente anterior a la petición, según lo previsto en el artículo 22.3 del Código Civil, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente, la tarjeta familiar de residente comunitario carecía de validez desde que cesó la

causa que motivó su concesión tras la sentencia de divorcio de fecha 29 noviembre 2002, sin que conste que el recurrente solicitara la que procedía conforme a su nueva situación legal, hasta el día 4 julio 2005, tal y como exige en los artículos 2 y 7 del Real Decreto 766/1992, modificado por el Real Decreto 737/1995, el artículo 9 del Real Decreto 178/2003 y el artículo 9 del Real Decreto 240/2007.

Alega el recurrente, en síntesis, que reside en territorio español desde el día 14 agosto 1995, con tarjeta de residente comunitario. Que la tarjeta tenía validez hasta el 13 agosto 2000; que el 14 agosto 2000 y con validez hasta el 13 agosto 2005, se le otorgó la tarjeta familiar de residente comunitario; y finalmente, con validez indefinida, obtuvo el día 7 septiembre 2005 autorización de residencia permanente.

Reconoce ser cierto que estando en posesión de la tarjeta familiar de residente comunitario desde el 14 agosto 2000, en fecha 29 noviembre 2002 se divorció de su primera esposa, de nacionalidad española, y que le incumbía a la obligación de solicitar la tarjeta correspondiente conforme a su nueva situación, lo que no hizo. Pero considera que debe tenerse en cuenta que por acuerdo de la Subdelegación del Gobierno en Valencia de 7 septiembre 2005 se le concedió autorización de residencia permanente y que para la concesión de esta última tarjeta, conforme a lo dispuesto en el artículo 72.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, debía concurrir el requisito de haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante 5 años. Siéndole así, entiende que mediante resolución de 7 septiembre 2005, con autorización de residencia permanente se le concedió la residencia legal en España durante los 5 años inmediatamente anteriores y por lo tanto, el periodo en el que se truncó la residencia legal como consecuencia del divorcio acaecido el 29 noviembre 2002, hasta el 4 julio 2005 en que solicitó la meritada autorización. Considera que la concesión de autorización de residencia permanente reconociéndole el periodo anterior de residencia de 5 años es un acto administrativo firme declarativo de derechos que no ha sido revisado por ninguno de los medios previstos en los artículos 102 ó 103 de la Ley 30/1992, de

26 noviembre, y produce todos los efectos, entre los cuales, el reconocimiento de la residencia legal y continuada de los 5 años anteriores. De este modo, teniendo en cuenta que la residencia legal certificada se inicia el 14 agosto 1995, a fecha 13 junio 2007, en que solicitó la nacionalidad española, concurría el requisito de la residencia legal y continuada de 10 años legalmente previsto para obtenerla. Entiende que dicha autorización de residencia ha de producir sus efectos, so pena de que la administración incurra en vicio de nulidad de pleno derecho por haber desconocido un acto declarativo de derechos fuera del procedimiento legalmente establecido.

La cuestión planteada, habiendo admitido el recurrente los hechos más arriba referidos y que sirvieron de motivación fáctica a la actuación administrativa objeto del presente recurso, es si la autorización de residencia permanente solicitada el 4 julio 2005 y obtenida el 7 septiembre 2005 con validez indefinida, en la medida en que para su obtención, según lo previsto en el artículo 72 del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, se exigía el requisito de haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante los 5 años anteriores, implicaba un reconocimiento de derechos a favor del recurrente, de modo que a fecha 13 junio 2007 (solicitud de la nacionalidad) cumplía el requisito de haber residido legalmente en España los 10 años inmediatamente anteriores, a pesar de que estando en posesión de la tarjeta familiar de residente comunitario desde el 14 agosto 2000, en fecha 29 noviembre 2002 se divorció de su primera esposa, de nacionalidad española, y que incumbiéndole la obligación de solicitar la tarjeta correspondiente conforme a su nueva situación, no lo hizo.

(...).

En el caso litigioso, se produjo una interrupción en la situación de residencia legal durante más de 2 años, al haberse divorciado el recurrente el 29 noviembre 2002 de persona nacional española, razón por la cual obtuvo tarjeta familiar de residente comunitario, y no haber solicitado autorización de residencia permanente conforme a su nueva situación hasta el 4 julio 2005.

Sin embargo, el hecho de que le fuera concedida dicha autorización de residencia al 7

septiembre 2005 y que para la obtención de referido permiso la ley exija como requisito el haber residido legal y de modo continuo los 5 años anteriores, implica que dicha resolución administrativa ha reconocido que el recurrente ha residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante los 5 años anteriores; reconocimiento que viene a dar cobertura a aquel período, de tal modo que es de entender que el demandante residió legalmente en España durante el mismo y cumplía el requisito negado por la Administración. Así, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, el artículo. 32.2. dispone que «tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada», mencionando, a continuación los casos en que se considera que la residencia ha sido continuada; por su parte el Reglamento que desarrolla la ley, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, establece en su artículo 72.1 que «Tendrán derecho a obtener una autorización permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años», sin que la continuidad quede afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre

que, sumadas, no superen un año dentro de los cinco a considerar; para la concesión de este permiso, la Administración ha de recabar de oficio los antecedentes penales y los informes que estime pertinentes sobre el solicitante (artículo 73.3 del Reglamento), de modo que cuando la propia Administración estima que existió un grado de continuidad en la residencia en los cinco años anteriores a la solicitud que determinó la concesión del permiso permanente, no puede posteriormente, y con base en los mismos datos, concluir en que existió una ruptura en esa continuidad de modo que no cumple el requisito establecido en el artículo 22 del Código Civil de cara a conceder la nacionalidad por residencia.

Este criterio es el seguido por este tribunal en sentencia de 15 de julio de 2010, con cita de la STS de 17 de octubre de 2007 (Rec. Casación 355/2004).

En consecuencia, la actuación administrativa recurrida que denegó la nacionalidad por residencia por considerar que el recurrente no cumple los requisitos de residencia legal en España desde la fecha de su divorcio hasta la fecha de solicitud de autorización de residencia permanente, no se ajusta al ordenamiento jurídico.

Por todo ello el recurso ha de estimarse.

Nacionalidad. Nacional de Gambia. Falta de integración en la sociedad española. Concepto jurídico indeterminado que precisa de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes. Poligamia. Requisitos de residencia. No cumple con el requisito de la configuración legal monogámica del matrimonio. Subsistencia de dos matrimonios. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 1 de marzo de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 449/2010

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco

Voz: Nacionalidad. Falta de integración en la sociedad española. Poligamia

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro del ramo, de 21 de mayo de 2010 por la que se desestima la solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia.

En la resolución recurrida se hace valer la falta de integración en la sociedad española

sobre la base de la poligamia efectiva del recurrente.

El recurrente, nacional de Gambia, mantiene en la demanda su pretensión de reconocimiento de la nacionalidad española, alegando al efecto que solo tiene una mujer (de la otra respecto de la que reconoce el matrimonio afirma que

se divorció y niega la existencia de una tercera mujer) y tres hijos en común y que si ha tenido una relación fuera del matrimonio de la que nacieron otros hijos ello es conforme a la cultura y sociedad española.

Frente a ello, la representación de la Administración mantiene la legalidad de la resolución impugnada al no haberse acreditado por la recurrente la integración en la sociedad española.

(...)

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que su situación familiar no responde a una estructura de monogamia.

Se trata de determinar si ello resulta decisivo para apreciar la carencia de ese requisito. A tal efecto ha de significarse que la integración social deriva de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales españoles, que en gran parte tienen su reflejo constitucional, del grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

(...)

De hecho, el expediente administrativo del Registro Civil permite concluir que el recurrente, que solicitó la nacionalidad española el 22 de noviembre de 2007, ha simultaneado tres esposas.

Con María Virtudes se casó el 15 de mayo de 1984 (...) y es la que identifica como su es-

posa en 2007 al declarar ante el encargado del Registro Civil (...).

Con Filomena se casó el 6 de junio de 1984 (...) y tienen dos hijos en común (Musa y Bubacarr) nacidos respectivamente en 1993 y 1995 (...). De esta mujer se divorcia por repudio («but now I divorce her») el 1 de diciembre de 1999 (...).

Con Carla se casó el 15 de mayo de 1998 (...), antes de estar divorciado de la que resulta ser su segunda esposa, y con ella tiene tres hijos, Mahmado, Aissatou y Janabo, nacidos en 2002, 2006 y 2004 respectivamente (...).

Por tanto, a día de hoy, subsisten al menos dos de los matrimonios acreditados documentalmente y sin olvidar que el solicitante, cuya residencia legal se remonta al 3 de mayo de 1995, contrajo un tercer matrimonio en su país, estando previamente casado con dos mujeres, cuando ya llevaba varios años residiendo legalmente en España y por ello conocía perfectamente la organización de la sociedad española en este aspecto, y pese a ello optó por la poligamia efectiva.

Por tanto han de confirmarse las bases fácticas que sustentan la resolución recurrida y si se afirma que los certificados de las autoridades de Gambia, que él mismo recurrente aportó, son inexactos lo que debe hacerse es acreditarlo.

(...)

Con base a lo anterior, no puede afirmarse que el recurrente se encuentre acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares por lo que hay que concluir que la Administración ha efectuado una valoración ponderada y proporcionada de las circunstancias concurrentes en este caso para denegar la nacionalidad española, debiéndose confirmar la resolución impugnada, con desestimación de este recurso contencioso.

Nacionalidad. Residencia. Requisitos: Buena conducta cívica. Ciudadano de Cuba. Condena por delito de homicidio imprudente. No se trata de un hecho único, leve, enmarcado en una dilatada residencia previa en España. Hechos graves y próximos en el tiempo. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 29 de marzo de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 779/2010

Ponente: Dña. Isabel García García-Blanco

Voz: Nacionalidad. Buena conducta cívica. Condena penal por homicidio imprudente

En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 8 de abril de 2010 desestimatoria de la solicitud de nacionalidad por residencia.

La denegación tiene su base en que no se ha justificado suficientemente la buena conducta cívica ya que consta una condena por sentencia de 28 de mayo de 2009.

(...)

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que el recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...)

La recurrente nacional de Cuba, solicitó la nacionalidad española por residencia el 8 de octubre de 2007.

Su residencia legal en España se remonta al 3 de marzo de 2005 (con anterioridad había disfrutado de tarjeta de estudiante).

En hoja de vida laboral cerrada a fecha 8 de octubre de 2007 acredita 2 años y 5 meses de alta efectiva en la Seguridad Social (...). Se ha aportado declaración de IRPF de los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009. Su trabajo se ha venido desarrollando como médico de familia en el Instituto Catalán de la Salud (...).

Se puede apreciar que la recurrente fue condenada por el Juzgado de lo Penal n.º 1 de Sabadell en sentencia, de conformidad, de fecha 28 de mayo de 2009, como autora de un delito de

homicidio imprudente a la pena de un año y un día de prisión, con suspensión de la pena privativa de libertad por dos años. La remisión definitiva se ha acordado por auto de 31 de mayo de 2011. Los hechos de tal condena ocurrieron el 11 de abril de 2006 y en lo que respecta a la hoy recurrente se basan en que siendo requerida en su condición de médico para acudir al domicilio de una paciente que se encontraba inconsciente se limitó a inyectarla paracetamol al diagnosticarle erróneamente una deshidratación severa pero sin realizarle ninguna maniobra de reanimación, iniciándose a continuación una discusión entre los tres inculcados (dos camilleros del Servicio de Urgencias y la doctora hoy recurrente) acerca del traslado de la paciente al hospital lo que determinó un retraso voluntario en tal traslado de 30 minutos provocando que la paciente falleciera por una insuficiencia cardíaca aguda por miocardiopatía dilatada al llegar al hospital inconsciente, sin pulso y sin movimientos respiratorios. La sentencia concluye en que el fallecimiento se debió a la falta de asistencia médica adecuada y a la demora en el traslado de la paciente al hospital.

Nos encontramos que cuando la recurrente solicita la nacionalidad en 2007 contaba con una residencia previa no muy dilatada, prácticamente ajustada al mínimo de dos años exigible para los nacionales de países iberoamericanos y tenía una causa penal abierta por hechos ocurridos un año antes. Estos hechos han de ser calificados como graves, claramente vinculados con el desempeño de su profesión y cuyas consecuencias penales se mantienen en el tiempo hasta la remisión definitiva ocurrida en fechas próximas a la presente sentencia.

No estamos, por tanto, ante el caso de un hecho único, leve, enmarcado en una dilatada residencia previa en España y alejado de la solicitud.

La proximidad y gravedad de los hechos que determinaron la condena no puede entenderse compensada en el caso de autos ya que las notas positivas que demuestren el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles no pueden confundirse con el simple cumplimiento de otros requisitos que también se precisan para la obtención de la nacionalidad por residencia, como son la residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud durante un determinado lapso temporal, dos años en el caso concreto que nos ocupa o la integración sobre la base de que se conoce el idioma, instituciones, cultura y costumbres españolas y porque venga desempeñando de forma estable un trabajo en España «tales circunstancias, por sí solas, pueden ser indicativas de su integración en la sociedad española (que es otro requisito exigido por el tan citado art. 22.4 para la concesión de la nacionalidad española), pero no de su buena conducta cívica»; (STS 29 de abril de 2011, Rec. 521/2008). Recordemos que precisamente la actividad laboral manteni-

da que se esgrime —médico— es la que esta en la base de la condena penal.

(...)

Ante los hechos expuestos, hemos de concluir que: «para demostrar buena conducta cívica en estas circunstancias, habría sido precisa una actitud posterior particularmente filantrópica, lo que no ha sido acreditado»; (citando a la STS de 5 de mayo de 2009, Rec. casación 9859/2004). Además no puede darse relevancia positiva compensadora, que en este caso debería concurrir de forma manifiestamente intensa y mantenida en el tiempo, a lo que son meros hechos que redundan en otros requisitos para la obtención de la nacionalidad como es el caso de la situación laboral y económica, que inciden, en especial, en la integración. «Por otro lado, si bien la existencia de un contrato de trabajo sirve indudablemente para acreditar la integración en la sociedad española, no constituye una prueba clara y concluyente de buena conducta cívica, pues es perfectamente posible tener un trabajo asalariado sin responder a la imagen generalmente aceptada de lo que debe ser un buen ciudadano» (STS de 30 de junio de 2009, Rec. Casación 3442/2005).

Por todo ello el recurso ha de desestimarse.

Nacionalidad. Residencia continuada. Integración en la sociedad española. Deficiente conocimiento de la lengua y desconocimiento de la cultura. La recurrente entiende y habla deficientemente, lee con enorme dificultad y no sabe escribir la lengua castellana. Arraigo familiar y escaso nivel de integración en el mercado laboral. Desestimación del recurso.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 2 de abril de 2012

Recurso Contencioso-Administrativo: 361/2010

Ponente: D. Francisco Díaz Fraile

Voz: Nacionalidad. Integración en la sociedad española. Deficiente conocimiento de la lengua y desconocimiento de la cultura

Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 10 de diciembre de 2009, que denegó la concesión de la nacionalidad española a la parte actora en base a lo siguiente: «Que no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, artículo 22.4 del Código Ci-

vil, ya que según el acta de audiencia del Juez Encargado al promotor el 23 de marzo de 2007 entiende y habla deficientemente, lee con enorme dificultad y no sabe escribir la lengua castellana; está parcialmente adaptada a la cultura y estilo de vida españoles, a pesar de no ser una

persona de edad avanzada y llevar viviendo en España desde el año 1996».

(...)

En el caso que ahora contemplamos la recurrente es natural de Argelia, nace el 10 de febrero de 1963, está casada y es madre —según el escrito de demanda— de dos hijos, reside legalmente en España desde 1996, figura inscrita en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Murcia, y con fecha de 16 de junio de 2006 tenía acreditados 174 días de alta en el sistema de la Seguridad Social.

La interesada presentó su solicitud origen de la litis el 3 de julio de 2006, siendo así que en su tramitación el Ministerio Fiscal informó desfavorablemente «por deficiencia en el arraigo e integración que se manifiesta en el desconocimiento del español».

En relación con el grado de integración en la sociedad española hemos de considerar los siguientes elementos de juicio que obran en el expediente administrativo. En un informe del CNI datado el 4 de abril de 2008 figuran los siguientes datos relativos a la interesada: «no conoce suficientemente el idioma español ni ninguna de las lenguas cooficiales, lo que le impide responder a las preguntas elementales que se le formulan; no conoce las instituciones básicas del Estado ni las de las Comunidades Autónomas, incluyendo las de aquella en la que reside; no conoce las costumbres y tradiciones españolas; no mantiene relaciones sociales con personas ajenas a sus círculos más próximos de familiares y compatriotas».

Por otra parte, en un informe policial de 23 de mayo de 2008 se deja constancia de que la hoy recurrente «habla español con dificultad».

Por último, es de observar que en el acta de audiencia a la promotora de fecha 23 de marzo de 2007 se reseña —entre otras cosas— lo siguiente: «1.º Que entiende y habla con dificultad la lengua castellana; 2.º Que lee con enorme dificultad la lengua castellana; 3.º Que no sabe escribir la lengua castellana; 4.º Está parcialmente adaptada a la cultura y estilo de vida españoles, manifestando que lleva residiendo legalmente en España desde el 2 de julio de 1996».

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias del caso y aduce —en síntesis— que la recurrente no ha tenido una formación adecuada y que la resolución recurrida carece de la necesaria motivación, lo que genera una situación de indefensión, por lo que termina impetrando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

En el caso que ahora nos ocupa es de reconocer el arraigo familiar y un escaso nivel de integración en el mercado laboral de la demandante, lo que por sí mismo no es suficiente para afirmar el requisito legal del suficiente grado de integración en la sociedad española. Lo actuado en el expediente administrativo pone de manifiesto no solo que la recurrente posee un deficiente conocimiento del idioma español, sino además que desconoce aspectos básicos de la realidad española, sus costumbres, tradiciones e instituciones, sin que conste, por otro lado, que dicha parte mantenga relaciones sociales o culturales que denoten su integración social como ineludible presupuesto para la adquisición de la nacionalidad pretendida, por lo que hemos de concluir que la actora no cumple las condiciones legales necesarias para el éxito de su acción.

Ya hemos dicho en ocasiones anteriores que en el estado actual de la legislación quizá resultaría excesivo exigir un conocimiento exhaustivo de la cultura española y del sistema institucional español para la adquisición de la nacionalidad, pero no puede obviarse que un razonable nivel de conocimiento sobre aquellos campos representa un índice más del necesario grado de integración social como requisito para la adquisición de la nacionalidad.

En la demanda se aduce que la recurrente no ha tenido una formación adecuada, de donde derivaría su dificultad para dominar la lengua española. Al respecto es de notar que el concepto jurídico indeterminado referente al suficiente grado de integración en la sociedad española ha de concretarse en cada caso en función de sus particulares circunstancias, siendo así que el nivel de integración social puede me-

dirse tomando en cuenta diferentes parámetros y no únicamente el idioma, si bien es de tener en cuenta que resulta esencial e inexcusable un determinado conocimiento de la lengua que permita al menos una comunicación oral con cierta fluidez, lo que no ocurre en el caso enjuiciado. Ciertamente el grado de formación cultural

puede tenerse en consideración para valorar el nivel de exigencia en el dominio de la lengua española, pero en cualquier caso es exigible un cierto nivel que permita una interlocución fluida que la demandante no cumple, a lo que se añade que tampoco tiene un conocimiento básico de la realidad española.

RÉGIMEN DE LA UNIÓN EUROPEA

Vacaciones: derecho a vacaciones anuales retribuidas correspondientes al período que no había disfrutado debido a una baja laboral prescrita tras un accidente. Oposición a disposiciones o prácticas nacionales que supediten el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **24 de enero de 2012**

Cuestión Prejudicial: **C-282/10**

Ponente: **Sr. Levits**

Voz: **Duración del derecho a vacaciones anuales retribuidas según la naturaleza de la baja laboral**

A la Sra. Domínguez, contratada laboralmente por el CICOA desde 1987, le resulta aplicable el convenio colectivo nacional de trabajo del personal de los organismos de la seguridad social. Como consecuencia de un accidente *in itinere* (entre el domicilio y el lugar de trabajo), estuvo de baja laboral desde el 3 de noviembre de 2005 hasta el 7 de enero de 2007.

A fin de obtener 22,5 días de vacaciones retribuidas correspondientes al referido período o bien, con carácter subsidiario, el pago de una indemnización compensatoria, la Sra. Domínguez sometió el asunto en primer lugar al conseil de prud'hommes y posteriormente a la cour d'appel de Limoges.

Al haber desestimado tales órganos jurisdiccionales sus pretensiones, la Sra. Domínguez interpuso recurso de casación, alegando que el accidente *in itinere* es un accidente de trabajo sometido al mismo régimen que éste y que, en virtud del artículo L. 223-4 del code du travail, el período de suspensión de su contrato de tra-

bajo tras el accidente *in itinere* debe asimilarse a tiempo de trabajo efectivo para el cálculo de las vacaciones retribuidas.

Habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 7 de la Directiva 2003/88, la Cour de cassation expresó dudas acerca de la compatibilidad con este artículo de las disposiciones nacionales pertinentes.

En tales circunstancias, la Cour de cassation decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 [...] en el sentido de que se opone a unas disposiciones o prácticas nacionales que supeditan el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días (o de un mes) durante el período de devengo de estas vacaciones?

2) Si la respuesta es afirmativa, ¿el artículo 7 de la Directiva 2003/88 [...], que crea una

obligación especial para el empresario al conferir al trabajador en situación de baja médica durante un año o más el derecho a disfrutar de vacaciones retribuidas, obliga al juez nacional que conoce de un litigio entre particulares a excluir la aplicación de una disposición nacional contraria que, en tal supuesto, supedita el derecho a vacaciones anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días durante el año de devengo de estas vacaciones?

3) Como el artículo 7 de la Directiva 2003/88 [...] no hace distinción alguna entre los trabajadores según que su baja médica durante el período de devengo de las vacaciones anuales se deba a un accidente de trabajo, a una enfermedad profesional, a un accidente in itinere o a una enfermedad no profesional, ¿dicho artículo confiere a los trabajadores un derecho a unas vacaciones retribuidas de idéntica duración cualquiera que sea el origen de su baja médica, o bien ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a que la duración de las vacaciones retribuidas pueda variar en función del origen de la baja del trabajador, desde el momento en que la norma nacional establece en determinadas circunstancias una duración de las vacaciones anuales retribuidas superior al mínimo de cuatro semanas establecido por la Directiva [2003/88]?».

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que supediten el derecho a vacacio-

nes anuales retribuidas a la existencia de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones.

2) Incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno, especialmente el artículo L. 223-4 del *code du travail*, y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por ese Derecho a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, si puede efectuar una interpretación del Derecho interno que permita asimilar la baja del trabajador a causa de un accidente in itinere a alguno de los supuestos mencionados en el citado artículo del *code du travail*.

Si tal interpretación no fuese posible, incumbe al tribunal nacional comprobar si, habida cuenta de la naturaleza jurídica de las partes demandadas en el procedimiento principal, puede invocarse frente a ellas el efecto directo del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88.

En caso de que el órgano jurisdiccional nacional no pueda alcanzar el resultado previsto en el artículo 7 de la Directiva 2003/88, la parte perjudicada por la no conformidad del Derecho nacional con el Derecho de la Unión podrá invocar, no obstante, la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros (C-6/90 y C-9/90), para obtener, en su caso, reparación del daño sufrido.

3) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional que establezca, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por dicha Directiva.

Residencia: permiso de residencia temporal. Prórroga del permiso. Peligro para el orden público o para la seguridad nacional. Decisión prejudicial. Nacionalidad: Conservación de la nacionalidad turca de trabajador residente en la República Federal de Alemania. Condena penal de privación de libertad por un periodo de siete años.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **29 de marzo de 2012**

Cuestiones Prejudiciales: **C-7/10 y C-9/10**

Ponente: **Sr. Levits**

Voz: **Permiso de residencia. Trabajador turco que forma parte del mercado laboral de Alemania**

El Sr. Kahveci tiene la nacionalidad turca. Su esposa, también nacional turca, nació en los Países Bajos como hija de un trabajador turco y forma parte del mercado de trabajo legal de los Países Bajos. En junio de 1999, antes de que su marido entrase legalmente en los Países Bajos ese mismo año, obtuvo la nacionalidad neerlandesa, siguiendo conservando la turca.

El permiso de residencia que se concedió al Sr. Kahveci estaba sometido al requisito de «residencia con su cónyuge R. Kahveci». Dicho permiso fue prorrogado en varias ocasiones, la última vez hasta el 12 de marzo de 2009. Hasta su ingreso en prisión, el Sr. Kahveci había vivido con su esposa.

El 23 de enero de 2007, el Sr. Kahveci fue condenado mediante sentencia firme a una pena privativa de libertad de seis años y nueve meses sin suspensión de condena.

Mediante decisión de 20 de marzo de 2007, el Staatssecretaris declaró al Sr. Kahveci persona *non grata* a causa de su condena y revocó su permiso de residencia.

La reclamación presentada por el Sr. Kahveci contra la referida decisión fue desestimada basándose en que, al tener su esposa la nacionalidad neerlandesa, no podía invocar el artículo 7 de la Decisión n.º 1/80. Por tanto, no podía considerarse que el Sr. Kahveci fuera un miembro de la familia de un trabajador turco que formase parte del mercado legal de trabajo, aunque éste último hubiera conservado la nacionalidad turca tras la adquisición de la nacionalidad neerlandesa.

Al haber declarado el juez de medidas provisionales del Rechtbanks-Gravenhage fundado el recurso interpuesto por el Sr. Kahveci contra la desestimación de la referida reclamación, el Staatssecretaris presentó un recurso de apelación ante el Raad van State.

El Staatssecretaris sostiene que el Sr. Kahveci ya no estaba comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Decisión n.º 1/80 y que ya no le resultaba útil a su esposa acogerse a la mejora de las condiciones en materia social estipulada en esa Decisión.

El Sr. Inan tiene la nacionalidad turca. Su padre, el Sr. H. Inan, también nacional turco y del cual no se cuestiona que forme parte del mercado legal de trabajo de los Países Bajos, posee desde 1993, además de la nacionalidad turca, la nacionalidad neerlandesa.

El Sr. Inan entró legalmente en los Países Bajos en el año 1999. El permiso de residencia que se le concedió estaba sometido al requisito de «reunificación familiar con su padre, el Sr. H. Inan». Dicho permiso fue prorrogado en varias ocasiones, la última vez hasta el 10 de junio de 2005. Hasta su ingreso en prisión, el Sr. Inan vivía con su padre.

El 22 de mayo de 2007, el Sr. Inan fue condenado mediante sentencia firme a una pena privativa de libertad de siete años sin suspensión de condena.

Mediante decisión de 13 de noviembre de 2007, el Staatssecretaris declaró al Sr. Inan persona *non grata* a causa de su condena y desestimó su solicitud de prórroga de su permiso de residencia.

Después, el procedimiento principal se ha desarrollado de manera análoga al iniciado por el Sr. Kahveci, descrito en los apartados 12 a 14 de la presente sentencia.

En estas circunstancias, al considerar que la solución de los dos asuntos de que conoce depende de la interpretación del Derecho de la Unión, el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, formuladas en idénticos términos en ambos asuntos:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 7 de la Decisión n.º 1/80 en el sentido de que los miembros de la familia de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro no pueden invocar esta disposición una vez que el trabajador ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida, conservando al mismo tiempo la nacionalidad turca?

2) ¿Influye en la respuesta a la primera cuestión el momento en el que el trabajador turco de que se trate haya adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida?»

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

El artículo 7 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, debe interpretarse en el sentido de que los miembros de la familia de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro pueden continuar invocando esta disposición una vez que el trabajador ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida, conservando al mismo tiempo la nacionalidad turca.

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-348/09**

Ponente: **Sr. 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 ma-

dre 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 reincida 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.

II. ¿PUEDE LIMITARSE EL DERECHO AL ACCESO A LA SANIDAD PÚBLICA SIN DEBATE PARLAMENTARIO PREVIO?

EDUARD SAGARRA TRIAS

Presidente de la Asociación para las Naciones Unidas en España

Abogado (Bufete Roca Junyent)

Profesor de Derecho de ESADE

RESUMEN

¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?

Este trabajo analiza los efectos que en la población va a suponer la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 24 de abril, sobre la cobertura sanitaria pública y universal en España. La exclusión de determinados colectivos del derecho a la sanidad, como son los irregulares (incluso los empadronados), los mayores de 26 años sin trabajo o las mujeres separadas, supone, al entender del autor y de otras Instituciones (Generalitat de Catalunya), un atentado a los derechos y libertades fundamentales que la Constitución española reconoce a todos los que habitan en España. A su vez, la falta de sanidad pública supondrá un riesgo para toda la población y la posible aparición de enfermedades controladas o erradicadas en Europa. La vía legislativa utilizada por el gobierno se considera, formalmente, totalmente inapropiada.

Palabras clave: Inmigrantes irregulares, sanidad, inconstitucionalidad, derecho a la sanidad pública universal, derechos fundamentales.

ABSTRACT

Can access to the public health care be amended without prior parliamentary debate?

This article deals with the effects of the Royal Decree Act 16/2012 of 24 April 2012. Once enforced, the Act will exclude certain groups from the universal public health care in Spain, namely irregular immigrants (even if they are registered as residents); adults out of work aged 26 or more, and separated women. That, according to the author and several institutions, including the Government of Catalonia (Generalitat de Catalunya), represents an attack on the Fundamental Rights and Liberties that Constitution guarantees to all Spanish inhabitants. At the same time, the lack of health care will put entire population at risk, given the possible outbreaks of diseases previously eradicated in Europe. Finally, the legal proceeding used by the government to regulate this matter is considered fully inappropriate.

Key words: Illegal immigrants, health care, unconstitutionality, right to universal public health care, fundamental rights.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DERECHO A LA SALUD Y AL ACCESO A LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA EN 2012.
- III. TURISMO SANITARIO: CENSURABLE PRÁCTICA Y NECESIDAD DE CONTROL Estricto POR LAS AUTORIDADES Y CENTROS MÉDICOS PÚBLICOS.
- IV. SUJETOS Y COLECTIVOS QUE SE VERÁN AFECTADOS POR LA MEDIDA.

V. COLECTIVOS QUE PUEDEN QUEDAR EXCLUIDOS, A PARTIR DE SEPTIEMBRE DE 2012, DEL RÉGIMEN VIGENTE A LA COBERTURA POR LA SANIDAD PÚBLICA.

VI. OTRAS CONSIDERACIONES DERIVADAS DE ESTAS, PRECIPITADAS, MEDIDAS CONTENIDAS EN EL RDL 16/2012 DE DUDOSA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL.

VII. CONCLUSIONES.

EPÍLOGO.

I. INTRODUCCIÓN

La publicación del Real Decreto-ley 16/2012⁽¹⁾, mediante el cual se introducen importantes modificaciones legislativas referidas a la asistencia y cobertura sanitaria pública, comportará restricciones al acceso a la sanidad a determinados colectivos que viven hoy en España. Este es el caso de: inmigrantes extranjeros irregulares; los mayores de 26 años; las amas de casa separadas y otros colectivos, que hoy tienen y a quienes se les reconoce esta cobertura.

A partir del mes de septiembre de 2012 —entrada en vigor de la disposición— estos colectivos no gozarán ya de la condición de «asegurado», y por tanto del acceso normal, como hasta hoy, que la Ley prescribía, a la sanidad pública española y en España.

Vaya por delante que hoy, sin ser especialistas en salud pública, y solo con leer los periódicos, revistas divulgativas o científicas, y medios de comunicación, nos percataremos de que la sanidad pública en España, y en determinadas Autonomías (como Catalunya, Madrid o Navarra), goza de un alto prestigio mundial. Ello comporta que éramos y somos la envidia de propios y extraños.

El Estado del bienestar se funda principalmente y pivota en la existencia de esta sanidad pública, que es consecuencia **de la aplicación y desarrollo de los principios y valores que fundamentan nuestro Estado de Derecho en pleno siglo XXI y dentro del espacio supranacional de la Unión Europea.**

(1) Real Decreto-ley 16/2012, de 20 abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE martes 24 de abril de 2012, núm. 98, Corrección de errores BOE 15 de mayo de 2012. Al tiempo de redactar este artículo carecemos de la publicación en BOE del Acuerdo de convalidación del mismo por parte del Congreso de diputados, si bien se llevó a cabo el 17 de mayo de 2012. Únicamente podemos hacer referencia a la nota de prensa publicada en la web del Ministerio de Sanidad que, al citar dicho debate, el día 18 de Mayo, se iniciaba señalando: «Ana Mato defiende una Reforma Sanitaria que hace efectiva la universalidad y la gratuidad de la sanidad para todos los españoles: Convalidación en el Congreso del Real Decreto-ley de Medidas Urgentes para Garantizar la Sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

- El Congreso convalida la norma que culmina la primera fase del Pacto por la Sanidad y los Servicios Sociales.
- El Real Decreto mantiene el modelo y avanza al recoger «todas las posibles situaciones en las que puede encontrarse un ciudadano».
- La Reforma Sanitaria acaba con los abusos del turismo sanitario, que han hecho que se deje de facturar 1.000 millones en un año.
- Se establece un sistema de aportaciones de los usuarios más justo y solidario.
- Mato se compromete a culminar la creación de un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios».

No es concebible una sanidad pública disociada de valores y de «una ilusión colectiva» en obtener una asistencia de calidad, para todos. Utilizamos, aquí el término «ilusión» en una acepción distinta a la de «iluso», sino entendida como motor para alcanzar cotas de bienestar de una sociedad⁽²⁾.

La conclusión previa y quizás chocante en los tiempos que vivimos podría ser del siguiente tenor: **Un enfermo o traumatizado en España es siempre un enfermo**, con independencia de su condición de nacional, extranjero, joven, viejo, casado, separado, viudo, divorciado, blanco o cristiano. La sanidad pública atiende siempre a personas, dentro de su ámbito territorial, no a simples documentos, permisos administrativos variables, a tarjetas de residencia ni a status establecidos por el Registro civil, policial⁽³⁾ o administrativo.

Debemos erradicar de nuestro lenguaje, y especialmente del lenguaje utilizado por la Ministra de Sanidad del ramo (al justificar la reforma en el mes de abril)⁽⁴⁾, y que contagió a otras autoridades, así como por los medios de comunicación públicos y privados, el incorrecto uso del despectivo término «inmigrante ilegal». Nunca nadie y en el idioma castellano puede llamarse ilegal a quien es «administrativamente irregular. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos lo aclara: ilegal solo es una acción o una cosa, nunca una persona. Llamar ilegal a una persona es criminalizarlo cuando no ha cometido ningún delito, sino incurrido en un «ilícito administrativo»⁽⁵⁾.

II. DERECHO A LA SALUD Y AL ACCESO A LA SANIDAD PÚBLICA EN ESPAÑA EN 2012

Intentaremos enumerar las principales causas en las que fundamentamos nuestra oposición, tanto a la aplicación rigurosa del Real Decreto-ley 16/2012, como, según hemos apuntado, a la vía o cauce legislativo y de urgencia utilizada por el Gobierno (art. 86 CE) y, en especial, rebatir las razones en que el Gobierno del Estado se basa en la Exposición de Motivos de este RDL, así como las argüidas en la presentación de la norma por la Ministra de sanidad Sra. Ana Mato, tras su publicación o en su convalidación en el Congreso de los Diputados.

(2) E. SAGARRA TRIAS, «La ilusión como motor esencial para salir de la crisis», *Cambio 16*. Lunes 14 de noviembre de 2011, <<http://cambio.16.es/not/932>>.

(3) Diversos colectivos, sindicatos, colegios profesionales e instituciones —incluso públicas— se han posicionado sobre la dudosa constitucionalidad de la norma y del método o vía legislativa. Concretamente, el 30 de abril 2012, el Consejo General de la Abogacía se pronunció en un comunicado de prensa diciendo que «limitar el derecho a la salud colisiona con la Constitución y con varios Estatutos». El 4 de mayo Cáritas (<www.caritas.es>) declaró en su servicio de noticias que Cáritas Cataluña y otras 23 entidades cristianas catalanas defienden el derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes documentados. CEAR hizo lo propio el lunes 23 de abril, día de Sant Jordi, y Médicos del mundo, twitter @MedicosdelMundo, por sólo citar algunas muestras.

(4) Posteriormente en entrevistas y comparecencias ante los medios y ante el Congreso se ha «cuidado el lenguaje» y utilizado, frecuentemente aunque no siempre, el término correcto: inmigrantes o extranjeros irregulares.

(5) Vid. PEÑA PÉREZ, A: «Inmigrantes ilegales: concepto infame .Responsables y deshonorados», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 1.º Cuatrimestre 2012, núm. 29, Ed. Lex Nova, pp. 87-113.

Nuestras razones son evidentemente subjetivas y están fundadas en importantes premisas previas, que hasta hoy creíamos (y seguimos, personalmente, creyendo) que forman parte de los valores intrínsecos y de las normas básicas, a modo de *«peana convivencial»* de nuestro ordenamiento constitucional; y que no podían transgredir —en materia de derechos fundamentales— un *«mínimo común denominador»* de nuestra sociedad.

Tanto los nacionales como los extranjeros (entre ellos, también, los ciudadanos de la Unión Europea), dentro y fuera de nuestro territorio son, ante todo, **personas o seres humanos**, y por ello titulares de derechos y obligaciones en España y en la UE.

Es por ello que nos reafirmamos en los siguientes puntos o premisas.

- A) El derecho a la sanidad pública es un derecho reconocido, a todos, por nuestra Constitución y por los tratados internacionales suscritos por España y que están en vigor. **Su vulneración indiscriminada por los poderes públicos podría acarrear responsabilidad internacional al Estado infractor⁽⁶⁾ perseguible por otros Estados parte, ante instancias internacionales, con el riesgo de ser denunciados cuando entre en vigor la norma o Real Decreto-ley 16/2012.**
- B) Con la intención de reducir el déficit público (no sólo el sanitario, sino en general la difícil situación económica española) no se puede reducir ni limitar, sin más, los derechos constitucionales, ni mucho menos sus garantías. Con la salud y la sanidad, en España no se juega, pues afecta a todos: españoles y no españoles. ***Donde la enfermedad no distingue la sanidad pública no puede ni debe distinguir.***
- C) Una medida de tan hondo calado debe adoptarse, necesariamente, con un consenso de todas las fuerzas políticas y autoridades competentes. En especial las Autonomías que tienen esta competencia atribuida. Y consideramos, además, que en democracia y en un sistema de separación de poderes, **previo un debate en sede parlamentaria, y mediante una Ley formal.** Dicha Ley, como mínimo, tendría que ser ordinaria, pues así lo previene nuestra Constitución en el artículo 53.1. El principio de legalidad y jerarquía normativa sigue estando vigente e inalterable

(6) **Derecho de garantías jurídicas** contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española que establece la irretroactividad de las disposiciones restrictivas sobre derechos individuales.

Derecho a una norma legislativa idónea: Es cuestionable que la reforma publicada, tenga cabida en el artículo 53 de la Constitución que obliga a que la regulación se instrumente a través de Ley» *que en todo caso deberá respetar su contenido esencial»*

Derecho a la dignidad de la persona contemplado en el artículo 10 de la Constitución Española y en otros instrumentos y tratados internacionales en vigor para España como la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2009, que forma parte integrante del Tratado de Lisboa .

Derechos de los extranjeros contemplados en el artículo 13 de la Constitución Española y demás normas constitucionales que las desarrollan. Entre dichas normas se encuentran todos los Tratados internacionales en materia de derechos y libertades fundamentales, y derechos sanitarios vigentes, que son evidentemente obligatorios en y para España. Igualmente aquellas normas de la Constitución que señalan «todos», «nadie» «ninguna persona» o similares, es decir que no distinguen subjetivamente entre nacionales o extranjeros, residentes o no residentes, regulares o irregulares.

Derecho a la intimidad contemplado en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 43.1 de la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía de Andalucía, Aragón, Cataluña y País Vasco.

Deber de tutela de la salud pública contemplado en el artículo 43.2 de la Constitución Española.

aunque —como es el caso— un partido político tenga una mayoría cualificada en la cámara legislativa. Las mayorías también están sometidas al juego y garantías constitucionales formales y materiales. Las reglas democráticas exigen un procedimiento y debate abierto, claro y público con la representación de la soberanía popular en las Cortes *a priori*, y no *a posteriori*.

- D) **Nos oponemos por tanto a la vía o fuente legislativa utilizada en la promulgación del Real Decreto-ley. Contiene medidas que limitarán el acceso a la sanidad pública a importantes colectivos, y, con el probado riesgo de que puede vulnerar derechos fundamentales, no puede tramitarse mediante un Real Decreto-ley, a sabiendas de que por tener mayoría absoluta sería convalidado en el Congreso. Si se nos permite el símil futbolístico, los partidos para ganarse han de jugarse. En este caso se ha ganado el partido, sin bajar tan siquiera del autocar, es decir sin debate previo y sin posibilidad de utilizar los mecanismos parlamentarios de expresión, enmiendas y estrategias por parte de los grupos parlamentarios.**
- E) Todos los ciudadanos residentes de España tienen derecho a exigir de los poderes públicos que su salud se vea prevenida y preservada de contagios o enfermedades y a que estas no pasen incontroladas o inadvertidas por el sistema de la sanidad pública. Los «atajos» que propicia la norma que aquí se discute, en determinados colectivos (los irregulares por ejemplo) podrían abocar a los más desvalidos o sin medios a acudir a una «**sanidad irregular o alternativa**» no reconocida (es decir, que no se encuadra dentro de los parámetros clásicos de sanidad pública o privada de carácter universal). Estas prácticas subterráneas no son buenas para nadie, es decir ni para los ciudadanos ni nuestra sociedad, española ni europea en su conjunto⁽⁷⁾.
- F) **Los médicos y personal sanitario tienen un código deontológico** que no pueden obviar ni mucho menos violar; sin que una norma coyuntural política ni administrativa y mucho menos económica les autorice, frívolamente, a vulnerar su deontología y juramento hipocrático. Es más, en el supuesto de que no atendieran a sus obligaciones deontológicas como profesionales de la sanidad, con los enfermos que a ellos acudan (regulares o no), podrían incurrir en responsabilidad directa, ante la sociedad o el paciente, sin que pudiera eximirlos de dicha responsabilidad una presunta «**obediencia debida**» de una norma política contenida en un **Real Decreto-ley dictado formalmente dentro del artículo 86 de la Constitución**⁽⁸⁾.
- G) Nuestros temores se están viendo confirmados por la práctica del Gobierno, por determinadas Administraciones públicas, gobiernos autonómicos (Madrid y Can-

(7) Vid. la recentísima Declaración Conjunta de la Sociedad Civil representada por diversas asociaciones españolas «El acceso a la atención de la salud es un derecho humano básico», de mayo de 2012. Puede encontrarse en las webs de Acoge, Salud y Familia, Justicia y Paz, etc.

(8) Parece discutible o muy rebatible que se haya dado el caso de «**necesidad urgente y extraordinaria**» para que el gobierno dicte una disposición legislativa provisional en forma de Decreto-ley, puesto que le está vetado («*y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...*», artículo 86 I CE).

tabria). A todo ello, y como fuente de «interpretación auténtica» por quien la ha expresado, es decir «*de primera mano*», debemos mencionar la carta-contestación remitida, por Presidencia del Gobierno de España, aclarando conceptos, a los autores del informe «Impacto de la Reforma de la asistencia sanitaria en España sobre cobertura pública y Universal» de 3 de mayo 2012, editado y distribuido por **la Asociación Salud i Familia y la Asociación para las Naciones Unidas en España (¡es decir, a quien suscribe este artículo!)**. La misiva fue recibida a finales del mes de mayo 2012⁽⁹⁾ y contenía una opinión o interpretación muy distinta a la expresada por nosotros y por la mayoría de las ONGs desde su aparición en el BOE. Era una relectura gubernamental del RDL 16/2012, ilustrativa de cómo se aplicaría en la práctica esta disposición.

III. TURISMO SANITARIO: CENSURABLE PRÁCTICA Y NECESIDAD DE CONTROL ESTRICTO POR LAS AUTORIDADES Y CENTROS MÉDICOS PÚBLICOS

Las premisas que hemos señalado para oponernos o, si se quiere, razones personales y de técnica jurídico legislativa al RD 16/2012, no empecen —en modo alguno— a la necesidad de que deban adoptarse urgentes medidas para evitar el abuso de la prestigiosa sanidad pública española por parte de aquellas personas que, o tengan medios económicos para ser atendidos, o no la necesiten de urgencia o, especialmente, no tengan la residencia habitual en territorio español. Menos aún los que hacen un verdadero **«fraude sanitario» por no tener el derecho subjetivo ni objetivo a su disfrute.**

Pero no podemos dejar de lado que este «turismo sanitario» también afecta a quienes —españoles y o extranjeros regulares en España, con domicilio en otras regiones o nacionalidades del Estado autonómico— no les corresponda beneficiarse de un determinado servicio u hospital público al no residir, habitualmente, en el territorio donde se pretenda obtener la atención médica, cuando podrían y deberían ser atendidos en el territorio de residencia, por los servicios médicos públicos o privados (garantizados por pólizas de seguros).

Esta es una practica muy extendida, especialmente en cirugía no urgente, implantación de prótesis, tratamientos no vitales, chequeos, etc. Parafraseando el término comúnmente utilizado, este sería una subespecie local del genérico turismo sanitario, es decir «**un turismo Interior sanitario**»⁽¹⁰⁾.

Otra subespecie, o deriva picaresca de esta práctica de **«turismo sanitario»**, cabe incluir a aquellos familiares, próximos o remotos de los hoy ya españoles con o sin doble

(9) Carta firmada por Don Jorge Moragas, Director del Gabinete de la Presidencia del Gobierno de fecha 21 de mayo de 2012, en la que agradece la transmisión del informe elaborado por Dra. Elvira Méndez y Don Eduard Sagarra, y que expresa no estar de acuerdo con el mismo y rebate, parcialmente, nuestra oposición, afirmando que «... *esta reforma garantiza que la asistencia sanitaria en España va a seguir siendo gratuita, universal, pública y de la máxima calidad*».

(10) En el último año se han planteado conflictos competenciales entre autonomías (La Rioja-País Vasco) o entre autonomías limítrofes tendentes a que se compensen los gastos y costes de las atenciones médicas.

nacionalidad, que han adquirido en los últimos años nuestra nacionalidad por opción, residencia o en menor grado por carta de naturaleza, y que hoy, en muchos casos, no residen en España, al haber regresado a sus países de origen (voluntariamente o por falta de trabajo), pero que sin embargo se aprovechan, dichos familiares, de su nueva condición de españoles⁽¹¹⁾.

Dicho «**abuso de derecho**» es una de las principales causas de los déficits económicos en hospitales públicos y también de aglomeraciones en los centros sanitarios de atención pública que están ocasionado algunos colectivos o pacientes que, en provecho propio y con cierta picaresca, se aprovechan de un cierto descontrol del sistema. *A río revuelto ganancia de pescadores*.

Debe erradicarse necesariamente en España el denominado «**turismo sanitario**»⁽¹²⁾.

La sociedad española, y no solo la Administración, ha de corresponsabilizarse y debe, como colectivo, preservar este patrimonio intangible y ayudar a sancionar dicho turismo sanitario denunciando los abusos a las autoridades, sin hacer distinción si sus causantes son españoles, nacionales de los países miembros de la Unión europea, o bien extranjeros residentes regulares y sus familiares.

Pero, por las opiniones expresadas en el debate en el Congreso de Diputados del día 17 de mayo, durante la sesión de convalidación en el Congreso del RDL, es evidente que la interpretación que se hará por la Administración, del Real Decreto-ley, en lo referente al «**turismo sanitario**» afectará únicamente a los nacionales de otros países, incluidos los de la Unión Europea, que además y de forma acumulativa:

- i) **No tengan una residencia efectiva** en España (no se especifica cuánto tiempo o qué arraigo deberán acreditar).
- ii) **Tengan medios económicos suficientes** para no tener que acudir a la Sanidad pública (no pagarla, sino ir a ella, pues de otro modo no se vería aligerada la espera y eficiencia, sino solamente financiada la salud pública para quienes pueden y no para quienes —extranjeros o nacionales— no pueden.

(11) Vid. SAGARRA TRIAS, E., «Novetats legislatives d'aplicació a Espanya en matèria d'estrangeria, immigració, asil, refugi i ciutadania de la Unió des de juny 2010 a desembre 2011», en *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 2, 2012, pp. 489-500. En el mismo se cita que, solo en el año 2011, una media de 60.000 adquirieron la nacionalidad española. En el primer semestre 58.853 y en el segundo semestre 54.763.

(12) En la defensa que hizo la Sra. Ministra de sanidad, Doña Ana Mato, en el Congreso de Diputados el día 17 de mayo, hizo referencia expresa a este tipo de disfunción o anomalía y, según reza el comunicado de prensa del Ministerio de Sanidad, señaló que el Real Decreto sería un freno al turismo sanitario. «En cuanto a los extranjeros que no residen legalmente en nuestro país, la ministra ha recordado la necesidad de hacer frente a los abusos del denominado “turismo sanitario”, denunciados por el Tribunal de Cuentas y que han provocado que sólo en un año España haya dejado de facturar 1.000 millones de euros a otros países por la asistencia médica y farmacéutica de 700.000 personas. Se trata de “ciudadanos que vienen, se operan y se vuelven a sus países de origen, siendo el Sistema Nacional de Salud el que debe hacerse cargo de los gastos”.

Por ello, ha señalado, se clarifican los procedimientos de acceso a la asistencia sanitaria “para evitar el descontrol que suponía que cualquier persona, sin concurrir los requisitos legales y por el mero hecho de empadronarse en nuestro país, tuviese derecho a la tarjeta sanitaria”».

Al mismo tiempo, la ministra ha expresado su compromiso de que el Ministerio vele por que se cumpla la asistencia sanitaria básica que reconoce la ley a los inmigrantes en situación irregular. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. **Gabinete de Prensa. Notas de Prensa de 18 de mayo de 2012.**

iii) Acrediten que su caso no es de urgencia y que su empadronamiento no es debido exclusivamente para beneficiarse de la sanidad pública gratuita.

No puede confundirse la asistencia médica pública como derecho universal, a quienes, sin medios, aunque sean residentes extranjeros irregulares, la necesitan, con los que se benefician de la asistencia, y no la necesitan, ni de urgencia ni sin urgencia ni acudiendo a la sanidad pública gratuita, por tener suficientes medios económicos o coberturas médicas públicas o privadas, sin tener que perturbar la sanidad pública universal⁽¹³⁾.

Tampoco pueden ser una carga si no es, cumplidamente, compensada entre los Estados (por ejemplo los ciudadanos no españoles de la UE) quienes tienen una situación regular para ser atendidos en sus Estados de origen, residencia o viven en otra autonomía con suficientes medios hospitalarios (en el caso de España) para ser cumplidamente atendidos. **Son dichos usuarios los que, realmente, encarecen innecesariamente la salud pública en España y colapsan aquellos centros hospitalarios (como en Catalunya, Navarra o Madrid)** donde la sanidad tiene prestigio y excelencia internacionalmente reconocida.

IV. SUJETOS Y COLECTIVOS QUE SE VERÁN AFECTADOS POR LA MEDIDA

Recientemente hemos dado a conocer un urgente informe titulado «Impacto de la Reforma de la asistencia Sanitaria en España sobre la Cobertura pública y Privada» (3 de mayo 2012) —que ya ha sido citado a lo largo del trabajo— auspiciado por la Asociación «**Salud y Familia**» y la «**Asociación para las Naciones Unidas en España (ANUE)**», del cual quien suscribe es coautor, junto a la Doctora Elvira Méndez⁽¹⁴⁾.

Por su importancia y relación directa con el objeto de este trabajo, puede ser de gran interés transcribir algunos párrafos de dicho informe para que se entienda la magnitud de la reforma sanitaria, al que estamos haciendo observaciones y comentarios. ¡No es un plagio, sino una licencia del propio autor o una autocita! Igualmente, se aconseja para entender la trascendencia radical que supondrá la entrada en vigor del RDL/2012 leer un Estudio anterior de fecha 2010 sobre «**El derecho de los extranjeros a la protección de la salud en España**»⁽¹⁵⁾.

El Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril (BOE del 24, núm. 98), a tenor de lo que dispone en su Capítulo 1, artículo 1, establece los requisitos básicos acotados o características que debe tener un enfermo en España para ser atendido por la sanidad pública universal.

(13) Respecto a la muy frecuente categoría de «extranjeros, inmigrantes, residentes *de facto*, empadronados, expulsados y viviendo legalmente en España» véase E. SAGARRA TRIAS, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, Lex Nova, noviembre de 2002, pp. 89 -97; y posteriormente en otro trabajo: «Consecuencias jurídicas de la irregularidad», *CIDOB. Documentos Cidob migraciones* núm. 3, 2004, pp. 8 a 15.

(14) *Vid.* en las webs <www.saludyfamilia.es> y <www.anue.org> el informe completo cuya coautoría corresponde a la Dra. Elvira Méndez y Eduard Sagarra Trias.

(15) Informe elaborado por el equipo jurídico de la Asociación «Salud y Familia» que puede estudiarse en la <www.saludyfamilia.es>.

Definiéndose también, y como frontispicio a todo el sistema de atención sanitaria que se entenderá por parte del Gobierno y por la Sanidad Pública, a partir de septiembre de 2012, el derecho a la asistencia médica de carácter público universal:

«**Derecho a la asistencia:** “La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado” (artículo 3.1).

Requisitos del asegurado: “A estos efectos, tendrán la consideración de asegurados: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del Sistema de Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”.

Beneficiarios del asegurado: “Siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%”⁽¹⁶⁾.

Extranjeros: “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. c) Menores de dieciocho años en mismas condiciones que los españoles” (artículo 3 ter, “Asistencia sanitaria en situaciones especiales”).

Otros posibles asegurados: “Quienes ostenten la nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización de residencia en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”».

Estos son los supuestos que contempla el nuevo RDL 16/2012, que son distintos a los anteriormente tipificados, reduciendo su ámbito de aplicación subjetiva y que, como veremos, producirán exclusión de determinados colectivos, que aún hoy gozan de dicha cobertura⁽¹⁷⁾.

(16) Suponemos que deber querer decir residencia regular de conformidad a la legislación en materia de extranjería en España (Ley 4/2000 con sus innumerables modificaciones) es un típico caso de «parcheo legislativo», que requeriría un texto refundido claro, siendo esta una ocasión de oro para hacerlo.

(17) Algunas autonomías durante los meses de abril y mayo declararon, expresamente, que no pensaban cumplir con esta norma y que seguirían prestando asistencia a los extranjeros empadronados aunque fueran irregulares. Por el contrario, la Comunidad Autónoma de Madrid (*El País*, 9 de mayo de 2012, pp. 36/37) aplicaba mediante una orden interna, desde inicios de mayo, la norma sin respetar la *vacatio legis* hasta septiembre de 2012.

V. COLECTIVOS QUE PUEDEN QUEDAR EXCLUIDOS,
A PARTIR DE SEPTIEMBRE 2012, DEL RÉGIMEN VIGENTE
A LA COBERTURA POR LA SANIDAD PÚBLICA

Sin querer entrar en muchos detalles y establecer complejas clasificaciones, y aun a riesgo de dejarnos alguna que otra categoría que pudiera nacer a partir de ahora, podemos destacar que, con dicho Real Decreto-ley, pueden quedar excluidos de la sanidad pública universal los colectivos siguientes⁽¹⁸⁾:

A) **Ciudadanos/as españoles/as mayores de 26 años residentes en España que nunca han estado en situación de alta o asimilada al alta en el Sistema de Seguridad Social:**

- a.1. Estudiantes universitarios (incluidos los/as estudiantes de Medicina y Enfermería).
- a.2. Jóvenes que no han llegado a conseguir su primer empleo.
- a.3. Personas discapacitadas en grado inferior al 65%.
- a.4. Personas pertenecientes a la etnia gitana.
- a.5. Personas que han desempeñado trabajos irregulares a lo largo de la vida, especialmente mujeres empleadas del hogar.
- a.6. Mujeres amas de casa divorciadas que no están a cargo del excónyuge.
- a.7. Mujeres amas de casa separado de parejas de hecho no formalizadas.
- a.8. Religiosos y profesionales liberales.

B) **Ciudadanos/as de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza** que carezcan de autorización de residencia en España (deben demostrar medios económicos y seguro privado de salud) y/o no puedan acreditar su situación de paro involuntario:

- b.1. Ascendientes de ciudadanos/as comunitarios y del Espacio Económico Europeo.
- b.2. Jóvenes ciudadanos/as comunitarios y del Espacio Económico Europeo que no han llegado a conseguir su primer empleo.
- b.3. Población nómada y perteneciente a la etnia gitana.
- b.4. Otra población de origen comunitario y del Espacio Económico Europeo sin recursos económicos suficientes.

Los/as ciudadanos/as españoles/as y los/as ciudadanos/as de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza excluidos de la cobertura pública de salud podrían utilizar un mecanismo de reentrada en la condición de asegurado, debiendo acreditar para ello una situación económica de precariedad.

(18) Vid. el citado informe editado por «Salud y Familia» y ANUE.

C) Extranjeros procedentes de países terceros no comunitarios que carezcan de autorización de residencia en España:

- c.1. Extranjeros/as mayores de 18 años en situación administrativa irregular y no empadronados.
- c.2. Extranjeros/as mayores de 18 años empadronados y actualmente con tarjeta sanitaria que carecen de permiso de residencia en España.
- c.3. Extranjeros/as mayores de 18 años actualmente con tarjeta sanitaria a los que les será denegada la segunda tarjeta de residencia a causa de haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (irregularidad sobrevenida).
- c.4. Extranjeros/as mayores de 18 años, especialmente mujeres amas de casa reagrupadas, actualmente con tarjeta sanitaria que verán cancelada su tarjeta de residencia en el momento que sea denegada la de su cónyuge (irregularidad sobrevenida).
- c.5 Inmigrantes víctimas de violencia de género

Para los extranjeros procedentes de países terceros no comunitarios excluidos de la cobertura pública de salud, la reforma, el Real Decreto-ley, no prevé ningún posible mecanismo de reentrada en la condición de asegurado. En todo caso, la única vía que quedaría potencialmente abierta sería la de intentar obtener el permiso de residencia en España. Es decir, pasar de ser extranjeros **«irregulares» a extranjeros, inmigrantes o no, regulares** o con autorización administrativa para residir en España conforme a la legislación en materia de extranjería. En la comparecencia que hizo la Sra. Ministra en el Parlamento para convalidar el Real Decreto-ley, la nota de prensa oficial señala textualmente:

«Al mismo tiempo, la ministra ha expresado su compromiso de que el Ministerio vele porque se cumpla la asistencia sanitaria básica que reconoce la ley a los inmigrantes en situación irregular» (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gabinete de Prensa. Notas de prensa de 18 de mayo de 2012).

Al respecto de la exclusión de la población en situación irregular cabría hacerse la pregunta de si solo se hace referencia a los inmigrantes irregulares o también a aquellos extranjeros que, no siendo «inmigrantes», caerían dentro de la irregularidad a los efectos de la prestación sanitaria. No es lo mismo —como viene este autor señalando— **«extranjero regular o irregular en España»** que **«inmigrante extranjero regular o irregular en España»**⁽¹⁹⁾.

Su análisis y respuesta nos llevaría a redactar un nuevo artículo, en el que difícilmente nos podríamos de acuerdo con el espíritu imperante del Real Decreto-ley 16/ 2012 y la defensa del mismo hecha por la Sra. Mato en su defensa.

(19) Vid. SAGARRA TRIAS, E., Obra ya citada en nota núm. 13 de este trabajo, publicada en *Revista de Derecho migratorio y extranjería* núm. 1, Lex Nova, noviembre de 2002, pp. 89 -97.

VI. OTRAS CONSIDERACIONES DERIVADAS DE ESTAS, PRECIPITADAS,
MEDIDAS CONTENIDAS EN EL RDL 16/2012
DE DUDOSA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL

A tenor de todo lo expuesto se produce un escenario difícil para los residentes irregulares y otros sujetos que viven en España pero a quienes no se considera irregulares pues son españoles.

Es por ello que, intentando defender los derechos fundamentales de todos los seres humanos, o si utilizáramos la terminología imperial-religiosa (habitual y muy en boga en los siglos xv y xvi), quizás podríamos denominarles «**almas**», no nos parece, aquel RDL, ajustado al marco constitucional ni a los valores y principios en los que se basa el «**Estado social y democrático**», **que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico «la libertad la justicia, la igualdad y el pluralismo político»** que es España por expreso mandato de la Constitución (artículo 1.1 CE), y por su desarrollo legislativo posterior.

Queremos hacer algunas consideraciones de carácter personal, para que puedan ser tenidas en cuenta por la ciudadanía, y evidentemente por nuestras autoridades, legisladores y jueces, especificando a qué ámbito de decisión compete adoptarlas.

A) Estado: Funciones en un sistema de **separación de poderes**:

- **Poder Legislativo:** Le corresponde revisar la legislación o clarificar su contenido evitando disfunciones, contradicciones e injusticias. Quizás no ha valorado suficientemente el Ejecutivo o Gobierno del Estado al dictar el RDL 16/2012, que, no lo olvidemos, se inició fuera de sede parlamentaria, tan trascendentes medidas. Algunas de las cuales pueden ser contrarias a preceptos constitucionales como el que hace referencia al respeto a la «**dignidad de la persona**» (artículo 10.1 CE y artículo 1 Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea); Igualmente puede contradecir el necesario respeto o cumplimiento del artículo 53.1 de la Constitución española, que obliga a que la regulación y limitación de los derechos fundamentales se realice mediante **Ley** que «**en todo caso deberá respetar su contenido esencial**».
- **Poder Ejecutivo:** Que deberá recapacitar sobre el tenor literal del Real Decreto-ley; y, por sí solo, o presionado por las demás fuerzas políticas y sociales, dicte, con urgencia y total claridad, las medidas necesarias para que en su aplicación no se vean vulnerados derechos fundamentales que España está obligada a cumplir a nivel interno e internacionalmente.
- **Poder Judicial, en todos sus ámbitos y jurisdicciones:**
 - ♦ **Tribunal Constitucional**, en el supuesto de que se plantee algún recurso de amparo (Andalucía, País Vasco, o Catalunya que ya lo han anunciado), mantenga los principios, valores jurídicos pero, sobre todo, las libertades, normas y derechos constitucionalmente proclamados y garantizados. Muy especialmente referidos a los derechos a la sanidad pública universal para todos los residentes en España, con independencia de su status administrativo regular o irregular.

- ♦ **Tribunales Ordinarios:** Para que cumplan en su interpretación con el mandato al que están obligados por el artículo 10.2 de la Constitución española, es decir, a llevarlo a cabo de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Revolución de la ONU (10 de diciembre de 1945) y los demás Tratados y acuerdos Internacionales ratificados por España.

B) Comunidades Autónomas y Competencias Estatutarias en materia de Sanidad:

En virtud de sus competencias en materia de cobertura de la sanidad pública y medidas a adoptar, deberán adoptar medidas o plantear conflicto de competencias, pues el Real Decreto-ley 16/2012 —en la forma que se ha publicado— puede invadir alguna de las competencias exclusivas que le atribuyen sus respectivos estatutos en el desarrollo de la Constitución.

Actualmente los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cataluña y País Vasco reconocen expresamente la universalización del derecho a la salud, y sus Parlamentos o Asambleas legislativas han legislado cuidadosamente los criterios de inclusión de sus poblaciones en la cobertura de salud pública y universal. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2012 pretende modificar dicha legislación autonómica y Estatutos de Autonomía (que están dentro del bloque constitucional de España), fundándose en razones extraordinarias, principalmente económicas y/o presupuestarias, cumplimiento de promesas internacionales y para asumir el control europeo de déficit público, o en base a una urgente necesidad. Todas ellas no son razones que puedan, por sí solas o en su conjunto, limitar la competencia legislativa de los Parlamentarios autonómicos. Sería claramente inconstitucional. Otros son los caminos legales para hacerlo, ya que esta vía a buen seguro generará recursos sobre Conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional⁽²⁰⁾.

Podrían verse menoscabadas dichas competencias autonómicas, si se aplica la reforma, en especial su gestión, puesto que el gobierno —en este Real Decreto-ley 16/2012— **atribuye las competencias de reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus direcciones provinciales**, y, consecuentemente, establecerá los requisitos documentales a presentar en cada caso.

Sin embargo, el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo será previa la tramitación de la tarjeta sanitaria individual, que será llevada a cabo por las administraciones sanitarias competentes, es decir por las Comunidades Autónomas.

La fragmentación de la gestión de un procedimiento hasta ahora integrado en las administraciones sanitarias autonómicas no es difícil prever que provocará una mayor discrecionalidad, y nos tememos arbitrariedad, en la interpretación y la aplicación de las normas y su aplicación en los Hospitales de titularidad pública en los territorios autonómicos⁽²¹⁾.

(20) En Cataluña Decret 188/2001, de 26 de junio, «Dels estrangers i la seva integració social».

(21) Sin que sea totalmente cerrado ni omnicomprensivo, en el panorama legislativo español globalizado, es decir de fuente Interna, Comunitaria, o Internacional, el Real Decreto 16/2012 puede afectar a los siguientes principios constitucionales y legislación en vigor:

Mejorar el desempeño y la sostenibilidad de los sistemas de salud es una de las principales responsabilidades de los poderes públicos. En este sentido, la evaluación del impacto efectivo en salud contribuye al análisis de los efectos directos e indirectos de las políticas sobre la salud de la población y las desigualdades sociales en salud.

El conjunto de medidas contempladas en el Capítulo 1, artículo 1, del Real Decreto-ley 16/2012 suponen la restricción de acceso al sistema sanitario público para amplios grupos de población residente en España que se encuentran en situación de privación y/o de desventaja social. Este enfoque, entendemos que puede vulnerar el **principio de equidad** que hasta ahora guiaba las políticas de salud en España, y que impide la discriminación como forma de prevenir las desigualdades sociales en salud.

La limitación de acceso al sistema sanitario público para amplias capas de población residente en España implicará un notable **aumento a corto plazo de los costes** políticos, administrativos y económicos, pues se producirán contenciosos jurídicos por conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aumentarán las reclamaciones por parte de los/as afectados/as, el Instituto Nacional de Seguridad Social deberá reforzar sus efectivos de personal y mejorar la eficiencia de sus procedimientos administrativos y los servicios sanitarios de urgencias deberán aumentar su disponibilidad de recursos profesionales y su stock de farmacia.

A medio plazo **el impacto en la salud humana** se hará notar: aumentará la carga global de enfermedad de la sociedad española y la cohesión y sostenibilidad organizativa y económica del sistema de salud se verá comprometida, especialmente los servicios de urgencias y los recursos de hospitalización. El coste de la atención médica de urgencias supera en gran medida el coste de servicios de atención primaria y ello no es mera teoría, sino que se ha contrastado ampliamente en muchos países dentro de la UE. A modo de ejemplo, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se calcula que los servicios de atención de urgencia son tres veces más costosos que la prestación sanitaria primaria, y que los servicios de medicina general⁽²²⁾.

Constitución Española: Artículo 9.3, sobre Garantías Jurídicas; artículo 10, sobre la Dignidad de las personas; artículo 13, sobre Derechos de los Extranjeros; artículo 18.4, sobre el Derecho a la intimidad; artículo 43.1, sobre el Derecho a la protección de la salud; artículo 43.2, sobre el Deber de tutela de la salud pública, y artículo 86.1, sobre imposibilidad de afectar los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos/as regulados en el Título I de la Constitución mediante mecanismos de Real Decreto-ley.

Estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Cataluña y País Vasco que reconocen expresamente la universalización del Derecho a la Salud.

Código Penal español (RCL 1995/3170): artículo 196, sobre el delito especial de omisión del deber de socorro aplicable a los profesionales que denegasen asistencia sanitaria a personas en situación de riesgo grave para la salud y en desamparo.

Ley 16/2003, de 18 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, artículo 3.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, artículo 6.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: artículo 12 (de carácter no orgánico según disposición final cuarta de la misma ley).

Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos/as de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo: artículo 7.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (Disposición final segunda, sobre ficheros de titularidad pública).

(22) Migrant's Rights Network (red por los Derechos de los migrantes)-Médicos del Mundo, *Access to Primary Health Care for migrants is a right worth defending*, <www.migrantsright.org.uk/files/access-health-care.pdf>.

VII. CONCLUSIONES

Primera: La sanidad pública en España es un exponente y un referente del esfuerzo público y privado, personal y colectivo de toda la sociedad española y de sus actores en el ámbito sanitario (médicos, facultativos, investigadores, personal auxiliar, etc.). Es la prueba, evidente, de la aplicación empírica del fruto, en democracia, del ejercicio de las libertades y derechos fundamentales reconocidos a cualquier persona. **Como sociedad hemos de sentirnos muy orgullosos de, llegando de los últimos a la democracia en Europa, ser de los primeros en este campo tan vital y humano como es la sanidad.**

Segunda: El derecho a la sanidad pública universal ampara a todos quienes estén en España y la necesiten de urgencia o sin ella. No es un derecho del que toda la población mundial pueda, de forma indiscriminada, y sin más, beneficiarse, ni mucho menos abusar de él.

Debe controlarse por todos los medios el denominado «turismo sanitario internacional o interno» en España, por ser uno de los mayores causantes del «déficit» económico del sistema de la sanidad pública, y que perturba su normal funcionamiento .

Tercera: Un enfermo en España es y debe ser siempre tratado como un enfermo, con independencia de su condición administrativa o política de nacional, extranjero, joven, anciano, casado, separada/do, viuda/o o divorciado/da. **La sanidad atiende a personas, no a permisos de residencia o documentos administrativos o registrales.**

Cuarta: Es muy importante prever a medio plazo el impacto en la salud humana que una medida —de raíz económica— puede generar en los riesgos para la salud poblacional. No es difícil de pronosticar que aumentará la carga global de enfermedad de la sociedad española a la par que la cohesión y sostenibilidad organizativa y económica del sistema de salud, que se verá comprometida, especialmente los servicios de urgencias y los recursos de hospitalización.

Quinta: Un descontrol de la salud general de la población, o una falta de prevención y atención por la red sanitaria pública de los inmigrantes irregulares, y de otros colectivos excluidos del concepto de «asegurado», pueden suponer que manifiesten enfermedades que se consideraban erráticas en España o en Europa (tuberculosis, SIDA, enfermedades tropicales o en general contagiosas), sin que se puedan pronosticar, prevenir o advertir por les autoridades sanitarias el riesgo de contagio .

Sexta: En el mundo globalizado, es una evidencia señalar que una enfermedad o una epidemia, una vez se ha extendido, no distinguirá entre «ciudadanos regulares o inmigrantes irregulares». **Las enfermedades, como los desastres naturales, las mafias o la contaminación, no tienen hoy fronteras, y mucho menos si estas barreras son políticas.**

Séptima: En ningún supuesto unas medidas de austeridad presupuestaria o de control del gasto público pueden afectar tan seriamente como se propone a los colectivos más vulnerables que residen en España. Entendemos que debe mantenerse el acceso universal a la sanidad, ya que es la base para poder ejercitar con dignidad los demás derechos constitucionalmente reconocidos e internacionalmente garantizados. No puede confundirse, como ha hecho el portavoz de la mayoría del Congreso de Diputados, entre acceso universal a la

salud, con «*el acceso de todo el universo a la sanidad española*». Decirlo o simplemente pensarlo, por quien ha sido dicho, es una frivolidad que atemoriza.

Octava: El máximo órgano legislativo del Estado, o en su defecto el Tribunal Constitucional, deberá revisar el Real Decreto-ley 16 /2012, aclarar los conflictos, enmendar las discriminaciones y disfunciones ocasionadas y llevarlo al cauce que a nivel constitucional y a nivel de las competencias autonómicas sea el correcto, y sin dilaciones ni retrasos. **Nos jugamos mucho, españoles, ciudadanos de la Unión y extranjeros residentes *de facto* o *de iure* en España.**

EPÍLOGO

No se pueden matar moscas a cañonazos, y mucho menos cuando estos cañonazos vayan en contra de los derechos fundamentales de las personas. La limitación indiscriminada, y con el riesgo de una discrecional aplicación a una parte importante de la ciudadanía residente, recuerda lo que se denuncia en las guerras recientes, donde desgraciadamente se producen más víctimas entre la población por «**el fuego amigo**» que por «**el fuego enemigo**».

III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: NOTAS SOBRE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA ITALIANA

MASSIMILIANO VRENNA

Istituto DIRPOLIS – Scuola Superiore di Studi e Perfezionamento S. Anna di Pisa (Italia)

RESUMEN

El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en situación irregular: notas sobre la reciente jurisprudencia italiana

El reciente debate provocado en España por el Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, que deja fuera de la asistencia sanitaria a muchos inmigrantes, tiene similitudes con lo ocurrido en Italia hace unos años y resulta muy interesante comparar los dos países, así como las respuestas que los tribunales italianos han dado en este asunto. Un paquete de medidas normativas desde el 2008 incidió sobre muchos derechos de los extranjeros, incluido el derecho a la salud. El artículo aborda el tema enfocándolo en el marco de las relaciones Estado-Autonomías, visto el complejo tejido competencial que involucra el derecho a la salud. Para este breve análisis comparativo se utiliza la ley regional de Toscana de 2009 sobre Normas para la acogida e integración de los ciudadanos extranjeros cuestionada por el Gobierno. El artículo ilustra las argumentaciones jurídicas de la Corte Constitucional que con una sentencia —año 2010— dio la razón a la Toscana, reiterando algunos principios básicos: Todas las normas relativas a los ciudadanos de la UE tienen que armonizarse con las normas de la Constitución italiana, que consagran la protección de la salud; la Constitución reconoce a la persona un núcleo irreducible del derecho a la salud como ámbito inviolable de la dignidad humana. Al final se ofrece una selección de la jurisprudencia italiana sobre la protección de los derechos de salud de los ciudadanos extranjeros.

Palabras clave: Derecho a la salud, competencia regional en inmigración, ley italiana de extranjería.

ABSTRACT

Some remarks on access to health care for irregular migrants in Spain and Italy

The recent debate on the Spanish law 16/2012 which left many immigrants out of health care, has similarities with what happened in Italy three years ago. It's very interesting to compare the two countries as well as what the Italian courts held in this matter. Since 2008 a number of political measures have had a negative impact on many rights of third country nationals, including the right to health. The article discusses the issue focusing on State-Region relationships using the immigration's regional law of Tuscany núm. 29/2009 contested by the Government. The article illustrates the legal reasoning of the Constitutional Court that decided upon the issue, formulating some basic principles: all the rules for EU citizens have to be harmonized with the Italian Constitution principles which enshrine the right of health, the Constitution gives to any person an unyielding core of the right to health as a secure sphere of human dignity. Finally a selection of Italian case laws on protection of health rights for third country nationals.

Key words: Right to health, regional competence on immigration, Italian legislation on immigration.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II. LA LEY DE LA TOSCANA ANTE LA CORTE COSTITUZIONALE.
- III. LA CORTE COSTITUZIONALE REFUERZA EL «NÚCLEO IRREDUCTIBLE» DEL DERECHO A LA SALUD PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El reciente debate provocado por el «Real Decreto-ley 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», que deja fuera de la asistencia sanitaria a muchos inmigrantes, tiene similitudes con lo ocurrido en Italia hace tres años, y resulta muy interesante comparar los dos países.

Además, la respuesta del tercer sector [*i.e.* Cáritas España] y de las autonomías [la declaración, hace apenas unos días, del Gobierno de la Generalitat de Cataluña garantizando la sanidad a los «sin papeles» por «salud pública básica»] presenta las mismas dinámicas ocurridas en Italia, aunque la norma estatal que ha desatado el enfrentamiento ha tenido un origen diferente.

La XVI legislatura italiana [2008-2013] se había abierto con una intensa actividad legislativa y gubernativa sobre la inmigración. Efectivamente, el tema había sido uno de los terrenos en los que se produjeron choques más encendidos durante la campaña electoral de la primavera de 2008, que vio el cambio de la mayoría en el Parlamento y el nuevo Gobierno de centro derecha. Una vez llegada al Gobierno, la nueva mayoría de centro derecha no dejó de cumplir los propósitos de la campaña electoral, y el resultado fue la realización de un paquete de medidas normativas, significativamente bajo el nombre convencional de «pacchetto sicurezza». Dicho «pacchetto» desarrolló importantes medidas que incidían sobre muchos derechos de los extranjeros, incluido el derecho a la salud.

En general, podemos afirmar que, en 2008 y 2009, se fue reforzando el binomio, sobresaliente cuando no hasta inducido, entre inmigración y seguridad. Todas las medidas jurídicas consideradas, también aquellas meramente organizativas como por ejemplo el impuesto sobre la renovación del permiso de residencia, se encontraban colocadas dentro de una legislación policial, entre medidas anticriminalidad y restricciones de orden público. Eso contribuyó a aumentar la percepción del fenómeno migratorio, en el peor de los casos, como emergencia criminal que había que frenar, o bien, en el mejor de los casos, como un fenómeno incontrolado que había que encauzar.

En este marco se intentó «vaciar» el entorno social y humano [introducción de la agravante de la presencia irregular sobre el territorio nacional, redefinición de los centros de

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

permanencia temporal, imposibilidad de empadronarse a unos efectos específicos como bodas y nacimientos de hijos y también de acudir a servicios públicos de sanidad]. En este sentido el tema de los costes, aunque abordado, se redujo al plano minoritario y casi se esfumó. La mayoría de las normas indicadas fueron objeto de planteamientos de cuestiones de inconstitucionalidad, y efectivamente la Corte Costituzionale en los últimos años ha declarado la inconstitucionalidad de muchas de estas normas. Entre estas medidas también había muchas que afectaban al derecho a la salud; desde luego, en los últimos años, se ha intentado varias veces atacar el derecho a la salud del colectivo migrante.

II. LA LEY DE LA TOSCANA ANTE LA CORTE COSTITUZIONALE

Pero, visto el complejo tejido competencial que involucra ese derecho y considerando que el origen del debate español es una norma presupuestaria, me parece mejor abordar el tema enfocándolo en el marco de las relaciones Estado-Autonomías. Una etapa importante de este enfrentamiento es la ley regional de la Toscana núm. 29, de 2009, sobre «*Normas para la acogida, integración y participación de los ciudadanos extranjeros en la región de Toscana*». La ley fue cuestionada por el Gobierno por infringir las competencias del Estado en materia de inmigración [incluyendo en tal materia estatal también las normas relativas a la tutela de la salud para los inmigrantes].

Al año siguiente, la sentencia de la Corte Costituzionale núm. 269/2010 dio la razón a la Toscana, reiterando algunos principios básicos que merece la pena subrayar, destacando los que están más estrechamente vinculados a la salud y a la protección social.

El Gobierno cuestionó la constitucionalidad en primer lugar del artículo 2, apartado 4, de la ley de la Toscana, que afirma que «las disposiciones de esta ley se extienden también a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros (de la UE) de conformidad con las disposiciones legales vigentes...».

Esta alegación, con respecto a la extensión de ciertas garantías a los ciudadanos de la UE, podría parecer engañosamente lejana de la cuestión de la atención de la salud de los no ciudadanos de la UE, pero no es así. La regla violaría, según el Gobierno, no sólo la competencia exclusiva del Estado sobre la inmigración, sino también el artículo 117, apartado 2, letra a) respecto a la competencia del Estado en las relaciones entre la Unión Europea y el Gobierno.

La Corte Costituzionale, sin embargo, consideró que todas las normas relativas a los ciudadanos de la UE tienen que armonizarse con las normas de la Constitución italiana que consagran la protección de la salud, que brindan atención médica gratuita a los indigentes y cumplen con la protección de los derechos fundamentales (esto para todas las personas, incluidos los ciudadanos de los nuevos Estados miembros). En este sentido, la disposición regional no perjudicaba la competencia del Estado. Sin embargo, para comprender mejor las motivaciones más profundas de la alegación del Gobierno es útil dar un paso atrás para contar la historia de la atención sanitaria para los ciudadanos de los llamados «nuevos Estados miembros» en situación marginal.

Entre las consecuencias directas de la entrada de Rumanía y Bulgaria en la Unión Europea en 2007 hubo también el cese de la aplicación de la Ley en materia de inmigra-

ción, desde el 1 de enero de 2007, y la relativa a aplicación de la tutela sanitaria para los irregulares, a través de la tarjeta llamada STP (*Straniero temporalmente presente*).

Por un lado, los nuevos ciudadanos de la UE no podían [y no pueden] utilizar la tarjeta STP reservada a los nacionales de terceros países en situación irregular [cuyo coste es totalmente pagado por el presupuesto estatal y no regional]; por otro lado, muchos de los rumanos o búlgaros presentes en Italia no podían disfrutar del acceso al sistema sanitario italiano, garantizado solamente a los ciudadanos de la Unión Europea que cumplieran y que cumplen con determinados requisitos. Por supuesto, el problema ha afectado a los ciudadanos rumanos «temporalmente» presentes en Italia [«temporalmente» al menos desde el punto de vista formal...], es decir, los que no tienen trabajo y no cumplen con los requisitos para poder empadronarse. Al revés, de hecho, el ciudadano rumano o búlgaro que residía legalmente en Italia, se hallaba empadronado en el sistema sanitario en igualdad de condiciones con el ciudadano italiano.

Para llenar este vacío normativo, dos circulares del Ministerio del Interior y del Ministerio de Salud establecieron que los nuevos ciudadanos de la UE, aunque no cumplieren con la normativa de la Unión en materia de libre circulación de personas, podían excepcionalmente inscribirse en el Servicio Nacional de Salud si cumplían con algunos requisitos mínimos. A estos se les permitió inscribirse a través de la misma tarjeta STP.

El problema, por lo tanto, seguía estando presente en los segmentos marginales de la ciudadanía rumana o búlgara, puesto que, por las razones más diversas, no podían conseguir tarjeta STP.

No sólo eso, aún no se ha encontrado una solución permanente, ya que después del período establecido por la circular nacional italiana, cada región tendió a dar diversas soluciones con diferentes circulares o documentos de orientación que ampliaron la extensión de la asistencia sanitaria a los ciudadanos de la UE que no cumplieran con la normativa italiana de transposición de la normativa europea sobre libre circulación.

Sólo para limitar la acción de las regiones en este punto, la mayoría parlamentaria del Gobierno intervino introduciendo un artículo en la ley de presupuesto del 2009 que establecía que la normativa de extranjería [incluida la protección sanitaria para los extranjeros en situación irregular] no se podía extender de ninguna manera [ni siquiera por analogía] a los ciudadanos de la Unión Europea. La voluntad del legislador se ve claramente en el título del artículo, que alude expresamente al cuidado sanitario y a los gastos sanitarios.

Ahora se puede entender por qué el Gobierno intentó borrar la norma toscana que reintroducía con la ley regional lo que la ley estatal había borrado, es decir el cuidado sanitario para todas las personas presentes en el territorio [ya fuesen ciudadanos de terceros países en situación irregular o ciudadanos de la Unión Europea en situación no plenamente regular].

Llegamos ahora al punto que ha protagonizado el recurso contra la ley de la Toscana también mediática y políticamente: las intervenciones sociales a favor de las personas en situación irregular. Se debe recordar que el artículo 6, párrafo 35, de la ley de la Toscana establece que «las medidas sociales urgentes están garantizadas para todas las personas presentes en el territorio regional, aunque carezcan de permiso de residencia».

La regla, en opinión del Gobierno, introducía un sistema paralelo de cuidado social para los ciudadanos extranjeros irregulares, superando la competencia legislativa regional

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

y en contraste con la normativa del Estado. Para reforzar su argumento, el Gobierno señaló que la única excepción al acceso a los servicios de inmigrantes en situación irregular estaba proporcionada por el artículo 35, apartado 3, del Decreto Legislativo núm. 286/1998, relativo al cuidado urgente o esencial a través de la citada tarjeta STP.

Esta reclamación fue desestimada por la Corte Costituzionale, que declaró que la cuestión carecía de fundamento. Sin embargo los argumentos de la Corte han sido expresados de forma demasiado breve.

III. LA CORTE COSTITUZIONALE REFUERZA EL «NÚCLEO IRREDUCTIBLE» DEL DERECHO A LA SALUD PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal Constitucional italiano se limita a citar la jurisprudencia anterior [148/2008, núm. 252/ 2001] en la que se repite que al extranjero le están garantizados todos los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a la persona y además que hay «un núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, que la Constitución requiere la prevención de situaciones sin protección, que de hecho puede afectar a la aplicación de ese derecho».

En otras palabras la Corte Costituzionale ha ligado la normativa toscana a la tradición de la tutela del derecho a la salud para los inmigrantes irregulares. De esa manera ha ofrecido, sin duda, un amplio amparo a la normativa autonómica.

Pero este enfoque a la salud tiene, en mi opinión, unos límites: La Corte, actuando así, ha desestimado el tema de las intervenciones sociales urgentes a favor de los irregulares, tema que no coincide con el tema de la atención de la salud, ya que tiene características específicas y separadas.

Otra censura del Gobierno, desestimada por la Corte, estaba estrechamente relacionada con el tema de la atención de la salud. La ley toscana establece que los extranjeros que tienen permiso de residencia por asilo y protección subsidiaria o por razones humanitarias, durante el recurso interpuesto contra el decreto que ha desestimado el reconocimiento del status de refugiado, pueden empadronarse en el servicio sanitario regional.

Efectivamente, en Italia se ha desarrollado una escasa literatura sobre los efectos financieros del cuidado sanitario a los inmigrantes en situación irregular, pero podemos afirmar que los pocos estudios confirman que el cuidado sanitario universal acaba conllevando un ahorro, si solamente nos fijamos en la protección de la salud pública, en la racionalización de los costes aportados por el sistema público sanitario, la subida de gastos que conlleva la llamada «oenegización» de la asistencia sanitaria y social, etc. Al final, a pesar de todos los motivos fundados en los principios constitucionales, también los motivos económicos y financieros, si bien estudiados e investigados, aconsejan no dejar desamparados amplios colectivos de migrantes con referencia a la salud.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA ITALIANA SOBRE LA PROTECCIÓN
DEL DERECHO A LA SALUD DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

**A continuación, una selección de algunas sentencias de la jurisprudencia italiana
sobre la protección del derecho a la salud de los ciudadanos extranjeros.**

Tar⁽¹⁾ Toscana, Sez. II, Sent. n. 1569 del 4 novembre 2009, Pres. Nicolosi, Rel. Spiezia. H.Z. – Questura di Firenze, Ministero dell'interno.

Es ilegítima la decisión en contra del inmigrante de no emitir un permiso temporal de residencia para recibir tratamiento médico legal para personas tratadas con diálisis. De acuerdo con una interpretación conforme con los principios constitucionales que rigen la protección de la dignidad humana y el derecho a la salud, el artículo 19 del Decreto Legislativo 286/98 [Ley estatal de extranjería], entre los casos de prohibición de la expulsión se debe incluir también a los pacientes que necesitan terapia, lo que corresponde a lo que es la necesidad de formalizar la presencia de inmigrantes en situación irregular, para que aquéllos permanezcan en Italia con el único propósito y el tiempo requerido para el cuidado.

Tar Umbria, Sez. I, Sent. n. 443 del 23 luglio 2009, Pres. Lignani, Rel. Ungari. A.N. – Questura di Terni.

Es ilegítima la decisión de denegar la renovación del permiso de residencia para recibir tratamiento médico al ciudadano albanés a quien ha sido diagnosticado un lupus eritematoso sistémico después de que llegó a Italia con un visado para fines de turismo... En virtud de dicho artículo [35 del Decreto Legislativo. 286/98], no parece razonable, a la luz de los principios de igualdad y la protección de la salud como un derecho humano fundamental, que la posición del extranjero, presente lícitamente bajo cualquier otro status en Italia, reciba un trato menos favorable que el extranjero que ha entrado de manera totalmente irregular.

Corte Costituzionale, Sent. n. 306 del 30 luglio 2008, Pres. Bile.

Se declara la inconstitucionalidad del artículo 80, párrafo 19, de la Ley de 23 de diciembre de 2000, núm. 388, y del artículo 9, párrafo 1, del decreto legislativo núm. 286, de 1998, en la medida en que excluye que el subsidio de asistencia se puede atribuir a los extranjeros sólo si tienen ingresos necesarios para la concesión de permisos de residencia de larga duración. El ministerio de Bienestar Social se opuso a la petición de la ciudadana de Albania madre de dos hijas, que reside regularmente en Italia desde hace seis años, cuando se quedó en un estado de coma irreversible después de un accidente. Las disposiciones impugnadas afectan el derecho a la salud, en violación de los artículos 3, 32 y 38 de la Constitución.

Tar Sicilia, Sede di Palermo, Sez. II, Sent. n. 1655 del 8 giugno 2007, Pres. Rel. Monteleone. O.S. – Questura di Palermo.

Es ilegítima la decisión de denegar el permiso de residencia por razones médicas con referencia al hecho de que, según las pruebas médicas producidas, el solicitante no estaría

(1) Tribunale amministrativo regionale.

III. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

en peligro de muerte. La lista de motivos sanitarios del artículo 35 de Decreto Legislativo 286/98 debe entenderse no exhaustiva y, por tanto, un núcleo duro del derecho a la salud debe ser garantizado a todos los extranjeros, que estén en Italia por cualquier razón. El solicitante, a la espera de la operación de cirugía, tiene el derecho a permanecer en Italia durante toda la duración del tratamiento.

Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2001 n. 252. Pres. Santosuosso, Red Contrì.

En primer lugar, hay que señalar que, de acuerdo con un principio afirmado reiteradamente por la jurisprudencia de esta Corte, el derecho al tratamiento médico necesario para la protección de la salud está «constitucionalmente condicionado» por la necesidad de equilibrar otros intereses protegidos por la Constitución»; sin embargo, hay que afirmar la garantía de un núcleo duro del derecho a la salud como un área protegida por la Constitución como inviolable de la dignidad humana. Unas situaciones sin protección pueden afectar a la tutela de ese derecho. Este «núcleo irreductible» de la protección de la salud es un derecho humano fundamental y, por lo tanto, debe concederse a los extranjeros, sea cual sea su posición en relación con las normas que regulan la entrada y residencia en el Estado, mientras que el legislador puede establecer diferentes formas de ejercerla... La ley italiana ofrece un sistema integral de atención a la salud para los extranjeros, que, en cualquier caso, asegura a todos, incluso los que carecen de título legítimo para estar en el territorio del Estado, un «núcleo irreductible» del derecho a la salud garantizado por el artículo 32 de la Constitución... dada la letra y el espíritu de las disposiciones anteriores, por lo tanto, (en este derecho se incluyen) no sólo las acciones de urgencia absoluta y las que se especifican en el artículo 35, apartado 3, sino también toda la atención necesaria, ya sea ambulatoria u hospitalaria, pero esencial, aunque sea continuada. El derecho inviolable a la salud del extranjero presente ilegalmente en el país, garantizado por el artículo 32 de la Constitución, sólo puede salvaguardarse mediante la provisión de una prohibición específica de la expulsión de la persona que está en la necesidad de beneficiarse de la terapia esencial para su estado de salud. Por el contrario, el extranjero presente, incluso ilegalmente, en el Estado tiene derecho a recibir todos los beneficios que son urgentes y no pueden ser aplazados, de acuerdo con los criterios especificados en el artículo 35, párrafo 3, del citado decreto legislativo... La evaluación del estado de salud del sujeto y la urgencia del tratamiento se debe realizar según cada caso y según criterios específicos del médico...

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

- Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE del 10).

FUENTES INTERNACIONALES

- Acuerdo Marco entre el Reino de España y la Organización Internacional para las Migraciones, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2009 (BOE de 18 de abril de 2012).
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos en materia de cooperación policial transfronteriza, hecho «ad referendum» en Madrid el 16 de noviembre de 2010 (BOE de 15 de mayo de 2012).
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 12 de noviembre de 2002 (BOE de 3 de julio de 2012).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- 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, C 111, de 18 de abril de 2012).
- 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 120, de 25 de abril de 2012).
- Reglamento (UE) n.º 383/2012 de la Comisión de 4 de mayo de 2012, que establece los requisitos técnicos con respecto a los permisos de conducción que incorporan un medio de almacenamiento (microchip) (DOUE, L 120, del 5).
- Decisión de ejecución de la Comisión de 24 de abril de 2012 por la que se determina el segundo grupo de regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) (DOUE, L 134, de 24 de mayo).
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE, L 142, de 1 de junio).

- Actualización de la lista de servicios nacionales responsables del control fronterizo a efectos del artículo 15, 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 180/2, de 21 de junio de 2012).
- 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 182, de 22 de junio 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, C 183, de 23 de junio de 2012).
- Decisión del Consejo, de 22 de junio de 2012, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Moldavia por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE, L 174, de 4 de julio).
- 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 199, de 7 de julio de 2012).
- 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, C 199, de 7 de julio de 2012).
- Reglamento (UE) n.º 623/2012 de la Comisión, de 11 de julio de 2012, por el que se modifica el anexo II de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOUE, L 180, del 12).

EUROPA EN BREVE



INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS^(*)

(Selección)

LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SIGUE MARCANDO EL CAMINO LEGISLATIVO

La Comisión Europea ha presentado el Segundo Informe anual sobre la implementación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, instrumento en vigor y jurídicamente vinculante desde hace más de dos años, inspira la actividad legislativa de la Unión Europea desde la fase más incipiente de los proyectos hasta la promulgación definitiva de los actos, consagrando una serie de derechos fundamentales que recogen los valores comunes y el acervo constitucional de Europa. Este segundo informe anual concluye que la necesidad de respetar los derechos humanos se halla cada vez más integrada en el proceso de elaboración de políticas de la Unión Europea. El TJUE cita la Carta con una frecuencia cada vez mayor, especialmente en resoluciones emblemáticas en materia de discriminación por razón de sexo o de protección de la privacidad en internet. La Vicepresidenta y Comisaria de Justicia, Viviane Reding, ha declarado: «Mi objetivo primordial desde que la Carta adquirió carácter vinculante ha sido crear una sólida cultura de protección de los derechos fundamentales en toda la Unión. Hemos conseguido que la Carta sea el diapasón que marque el tono de todas las políticas decididas al nivel de la UE». «Nos incumbe ahora la tarea de ayudar a los ciudadanos a ejercer sus derechos en la práctica, asegurarnos de que saben dónde acudir en caso de vulneración de sus derechos».

(16 de abril de 2012)

(*) 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*.

**NUEVA COMISIÓN SOBRE CRIMEN ORGANIZADO,
CORRUPCIÓN Y BLANQUEO DE CAPITALS**

El Parlamento Europeo ha creado una nueva comisión, dedicada al crimen organizado, la corrupción y el blanqueo de capitales (CRIM). Su constitución tuvo lugar en marzo de este año y el primer encuentro está previsto que se celebre esta semana durante la celebración del pleno del PE en Estrasburgo (Francia). Formarán parte de la misma los eurodiputados españoles Agustín Díaz de Mera y Juan Fernando López Aguilar. En su primer encuentro constituyente se votará su presidente, sus cuatro vice-presidentes y nombrará a un ponente de informe. La nueva comisión dispone de un plazo de 12 meses hábiles para analizar y evaluar la extensión de la delincuencia organizada y su impacto en la Unión Europea, entre otras cosas.

(16 de abril de 2012)

**RESULTADOS DE LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE EL DERECHO
A LA REUNIFICACIÓN FAMILIAR**

La Dirección General de Asuntos de Interior de la Comisión Europea ha hecho públicos los resultados sobre la consulta del derecho a la reunificación familiar de nacionales de terceros países residentes en la UE (Directiva 2006/86/CE). La consulta, dirigida a todas las instituciones europeas, autoridades regionales y locales, países candidatos, socios de la UE, ONGs, y todos los actores estatales y privados relacionados con familia, mundo académico, ámbito social, sociedad civil y ciudadanos, permaneció activa para la presentación de contribuciones hasta el 1 de marzo de 2012. El objetivo ha sido recabar opiniones sobre cómo crear normas más eficaces para la reunificación familiar a nivel europeo y proveer información fáctica sobre la aplicación de la Directiva. Pueden consultar las respuestas a través del siguiente enlace: <http://ec.europa.eu/home-affairs/news/consulting_public/consulting_0023_en.htm>.

(16 de abril de 2012)

PRIMER CHEQUEO DEL ESPACIO SCHENGEN

La Comisión Europea ha aprobado su primer «chequeo» al espacio Schengen, un estudio semestral de su funcionamiento que contribuirá a reforzar la orientación y la cooperación políticas entre los países participantes. El informe incluye unas directrices destinadas a garantizar la interpretación y la aplicación coherentes de las cuestiones abordadas, dentro de un espíritu de solidaridad. Más de 400 millones de europeos disfrutan actualmente de la posibilidad de viajar sin pasaporte en el espacio Schengen. Cada año los europeos realizan más de 1.250 millones de viajes, lo cual exige una supervisión que proteja el derecho de los ciudadanos a la libre circulación. Cecilia Malmström, Comisaria europea de Asuntos de Interior, ha manifestado que «Schengen es uno de los logros más apreciados de la integración europea. Goza de una amplia aceptación entre los ciudadanos y contribuye notablemente a nuestro auge económico. Todos debemos contribuir a preservar Schengen, algo que debe

comenzar por un debate periódico y saludable en el Parlamento Europeo y el Consejo, para el que este informe constituye una buena base». El primer informe abarca el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2011 y el 30 de abril de 2012 y examina, en particular, la situación en las fronteras exteriores de Schengen y en el espacio Schengen, la aplicación de las normas de Schengen, los procedimientos de expedición de visados y regímenes de exención de visado, las directrices sobre la expedición de permisos de residencia (temporales) y documentos de viaje, así como las directrices sobre medidas policiales en las zonas fronterizas interiores.

(21 de mayo de 2012)

NUEVAS NORMAS SOBRE SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

El Consejo de Ministros de Justicia de la UE ha apoyado a la Comisión Europea en sus nuevas normas para simplificar la tramitación de las sucesiones internacionales. Las propuestas de la Comisión Europea aligerarán los trámites jurídicos en caso de fallecimiento de un familiar que posea bienes en otro país de la UE. Una vez publicada en el Diario Oficial de la UE —previsiblemente en las próximas semanas— los Estados miembros dispondrán de 3 años para adaptar sus legislaciones nacionales y hacer efectiva la aplicación de las nuevas normas de la UE en materia de sucesiones. La decisión dará lugar a una simplificación sustancial de la tramitación de las sucesiones internacionales gracias a un único criterio para determinar tanto la competencia como el Derecho aplicable a una sucesión transfronteriza: el lugar de residencia habitual del fallecido. Los ciudadanos podrán asimismo planificar por anticipado su sucesión con plena seguridad jurídica. La decisión aprobada también allana el camino para introducir el certificado sucesorio europeo, gracias al cual las personas podrán demostrar que son herederos o administradores de una sucesión sin más trámites en toda la UE. Todo ello representará una mejora notable de la situación actual, en la que a veces los ciudadanos tienen grandes dificultades para ejercer sus derechos. El resultado será unos procedimientos más rápidos y menos costosos.

(11 de junio de 2012)

EL PE SUSPENDE LA COOPERACIÓN CON EL CONSEJO TRAS SU DECISIÓN SOBRE SCHENGEN

La conferencia de Presidentes, formada por los líderes de todos los grupos políticos europarlamentarios y el Presidente del Parlamento Europeo, ha decidido que la Eurocámara suspende la cooperación con el Consejo en 5 expedientes legislativos, hasta que se alcance un acuerdo satisfactorio sobre la gobernanza de Schengen. Los expedientes son los siguientes: 1) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento que establece un Código de fronteras Schengen y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. 2) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los ataques contra los sistemas de información. 3) Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al exhorto europeo de investigación en material penal. 4) Aspectos del presupuesto 2012 relacionados con la seguridad interna.

5) Registro europeo de nombres de pasajeros aéreos. La Conferencia de Presidentes también decidió retirar del orden del día de la próxima sesión plenaria de la Eurocámara, que se celebrará del 2 al 5 de julio en Estrasburgo, el informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al establecimiento de un mecanismo de evaluación para verificar la aplicación del acervo de Schengen. Asimismo, se retira del orden del día del pleno de julio el informe sobre la propuesta de Reglamento del PE y del Consejo relativo a normas comunes para el restablecimiento temporal del control fronterizo en las fronteras interiores en circunstancia excepcionales.

(18 de junio de 2012)

40 NUEVAS MEDIDAS PARA UNA ESTRATEGIA DE LA UE CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

La Comisión Europea ha adoptado la estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016): un conjunto de medidas concretas y prácticas que se aplicará a lo largo de los próximos cinco años. Estas incluyen el establecimiento de unidades policiales nacionales especiales para la lucha contra la trata de seres humanos y la creación de equipos europeos de investigación conjunta para perseguir los casos de trata transfronterizos. Cientos de miles de personas son víctimas de la trata de seres humanos en la UE cada año. Se comercia con mujeres, hombres, niñas y niños en situación vulnerable, con fines de explotación sexual o laboral, mendicidad organizada, extracción de órganos, servidumbre doméstica, matrimonio forzado, adopción ilegal o para otras formas de explotación. «Desgraciadamente, la esclavitud aún no ha pasado a la historia. Es terrible constatar que en nuestra época persiste la venta y trata de seres humanos a los que se somete a trabajos forzados o se obliga a ejercer la prostitución. Trabajamos para garantizar el apoyo a las víctimas y la puesta a disposición de la justicia de los autores de estos delitos. Aunque aún estamos lejos, solo nos mueve un objetivo: erradicar la trata de seres humanos», ha declarado Cecilia Malmström, Comisaria de Asuntos de Interior. La estrategia incluye la prevención, protección y apoyo a las víctimas, así como el enjuiciamiento de los autores de estos delitos.

(18 de junio de 2012)

E-JUSTICIA e-CODEX

El proyecto e-CODEX, que es un proyecto liderado por los gobiernos nacionales, y financiado por la UE para vincular sistemas de justicia virtual en Europa, ha comenzado su segundo año caracterizado por el inicio de la fase piloto. Durante la fase piloto, se crearán cuatro procedimientos legales: Orden de Pago Europea, procedimiento de menor cuantía, Orden de Detención Europea e intercambio transfronterizo seguro de datos judiciales delicados. Con estos procedimientos-piloto, el proyecto e-CODEX cumplirá su objetivo de mejorar el flujo transfronterizo de información legal dentro de Europa y hacer más fácil llevar a cabo actividades transfronterizas de justicia virtual en Europa. CCBE continuará su

participación activa en este proyecto como la organización representante de los abogados europeos a través de sus Abogacías miembro. El primer año de e-CODEX fue evaluado por los expertos de la Comisión Europea en marzo de 2012. Después de esta evaluación, la Comisión concluyó que el proyecto e-CODEX debería continuar sin modificaciones.

(18 de junio de 2012)

APERTURA DEL CENTRO EUROPEO DE POLÍTICA MIGRATORIA

Cecilia Malmström, Comisaria de Asuntos de Interior, ha inaugurado en Florencia (Italia) el nuevo Centro Europeo de Política Migratoria. Creado en enero de 2012 con el apoyo de la UE, el CEPM realiza investigaciones en temas migratorios globales que resultan relevantes para las políticas europeas. Reconociendo que la migración representa tanto una oportunidad como un desafío, el objetivo del centro es ayudar a desarrollar soluciones políticas que ayuden a los desafíos migratorios, así como la promoción de estrategias migratorias bien gestionadas, con la idea de mejorar el bienestar tanto en los países de origen como en los de destino. El CEPM se encuentra adscrito al Instituto Universitario Europeo (IUE), también sito en Florencia.

(25 de junio de 2012)

MASTER ON LINE EN MIGRACIONES INTERNACIONALES

El Consejo General de la Abogacía Española y la Universidad Europea de Madrid han abierto el plazo de inscripción para la próxima edición del Máster en migraciones internacionales y extranjería, bajo dirección de Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho. Los objetivos, contenido, metodología y programa se pueden consultar en la web del máster: <<http://www.intermigra.info/virtex/master2/index.php>>.

(2 de julio de 2012)

NUEVO MARCO ESTRATÉGICO DE LA UE PARA DERECHOS HUMANOS

El Consejo de Asuntos Exteriores de la UE ha aprobado un Marco Estratégico de la UE sobre Derechos Humanos y Democracia. Dicho Marco va acompañado de un Plan de Acción que incluye 97 acciones que deberán ser aplicadas por los Estados miembros y las instituciones de la UE antes del término de 2014. El Marco orientará las acciones de la Unión en la promoción de los derechos humanos en sus relaciones bilaterales y multilaterales con otros países. Sistematiza el trabajo que la UE ha realizado hasta el momento en sus relaciones bilaterales, los diálogos sobre derechos humanos y de carácter político, las misiones de gestión de crisis, así como a través de su actuación en las instituciones multinacionales. El documento enumera los principales objetivos estratégicos para seguir incorporando los derechos humanos en todas las políticas exteriores de la UE: comercio, inversión, energía, tecnología y telecomunicaciones, medio ambiente, cooperación para el desarrollo, lucha contra el terrorismo y Política Común y de Seguridad y Defensa. Las prioridades incluyen

el fomento de la libertad de expresión y de opinión, la libertad de asociación y de reunión (tanto en línea como fuera de línea), la lucha contra la discriminación en todas sus formas y la prosecución de la campaña contra la pena de muerte, la tortura y los tratos inhumanos. El Consejo también ha preparado el nombramiento de un Representante Especial de la UE para los Derechos Humanos. Por primera vez, la UE tendrá un Representante Especial cuyo mandato no esté definido por zonas geográficas —por ejemplo, Representante Especial de la UE para Afganistán o Kosovo—, sino por temas. El candidato para el puesto será seleccionado y propuesto por la Alta Representante de la UE, Catherine Ashton, y será posteriormente aprobado por el Consejo. La duración del mandato será de dos años. El Consejo también ha adoptado unas Conclusiones breves en las que destaca la determinación de la UE en la promoción de los derechos humanos y la democracia en todo el mundo, así como un informe sobre la actuación realizada por la UE en 2011 para apoyar los derechos humanos.

(2 de julio de 2012)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

I. POLÍTICA MIGRATORIA EN MÉXICO: RETROSPECTIVA, PERSPECTIVA Y PROSPECTIVA

IMANOL DE LA FLOR

Licenciado en Derecho cum laude por la Universidad Veracruzana, México.

Miembro de número del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

Delegado Juvenil de México ante la Organización de Naciones Unidas (66.ª Asamblea General, 2011)

Agente Consular de México en Santa Ana, California

RESUMEN

Política migratoria en México: retrospectiva, perspectiva y prospectiva

La Política migratoria mexicana, implementada con base en la Ley General de Población de 1974, respondió a un estudio de las dinámicas migratorias en México desde el ámbito de la demografía; lo que provocó su gestión ineficaz. En la coyuntura dada (en sede internacional y doméstica) con la nueva Ley de Migración de 2011, resulta visible un cambio discursivo diferente al construido en la norma de 1974, que se traduce en cambios sustanciales a la Política migratoria nacional. Sin embargo, se sostiene la tesis de que dicho cuerpo normativo no satisface los parámetros necesarios para una gestión eficaz de los flujos migratorios en México; resultando necesario reconfigurar diversos aspectos institucionales y normativos enfocados a los derechos humanos, y al *rule of law* con miras a lograr gobernanza migratoria.

Palabras clave: Política migratoria, Ley General de Población, Ley de Migración, gobernanza migratoria, derechos humanos.

ABSTRACT

Immigration Policy in Mexico: retrospective, perspective and prospective

Mexico's migration policy, whose implementation was based on the «Ley General de Población» from 1974, responded to a study of the migratory dynamics from the study of demography, which led to its poor management. At this juncture given (in the international and domestic seat) with the new Immigration Law of 2011, is visible a different discursive line that the used in the first Law built in 1974, resulting in substantial changes in national immigration policy. However, we sustain the hypothesis that the regulatory body does not fulfill the parameters required for an effective management of migration flows in Mexico. For this factors it's fundamental to reconfigure a number of institutional situations trying to focus on human rights and the rule of law in order to achieving migration governance.

Key words: Immigration Policy, General Demographic Act, Immigration Act, migratory governance, human rights.

SUMARIO

- I. ANTES DE EMPEZAR...
 - II. 1974.
 - III. 2011.
 - IV. LO QUE VIENE AHORA.
 - V. FUENTES CONSULTADAS.
-

I. ANTES DE EMPEZAR...

Analizar un discurso representa, sin duda, un reto intelectual. Más aún cuando se habla de uno político, de uno contenido en normas jurídicas o de aquel que imbrica y luego trasciende ambas esferas traduciéndose en cambios que afectan el desarrollo de seres humanos. Por otro lado, lo anterior no debe tildarse únicamente como un reto sino como una empresa sumamente recomendable; máxime cuando se desea comprender la realidad de México con relación a su Política migratoria y a los efectos de esta sobre la vida del migrante irregular venido de Centroamérica.

Es por lo anterior que en el presente documento se pretende esbozar el discurso sostenido por México al estructurar su política migratoria —con acento sobre el migrante centroamericano— en dos momentos: uno dado a partir de 1974 y otro que inicia formalmente durante el año 2011. Para tal fin usaremos como lente dos ordenamientos jurídicos: la Ley General de Población y la Ley de Migración; así como diversos eventos internacionales y domésticos que enriquecerán los argumentos básicos de este trabajo que son: (1) La Política migratoria en México se implementó de forma ineficaz a causa de factores causados por intereses diversos en sus relaciones internacionales, así como por una visión inatiente del fenómeno, en sede interna; y (2) que entre los momentos históricos referidos (1974 y 2011) se observa un cambio discursivo que trasciende a la acción en la arena política.

Ambos ordenamientos jurídicos reflejan diversas realidades —y más aún concepciones— de la migración centroamericana en México. No resulta prudente, bajo un criterio maniqueo, afirmar que el primero fue positivo mientras que el segundo negativo, ni viceversa; pues el análisis no se reducirá a la formación de un criterio tan cerrado. Por el contrario, con él se verán algunos de los avances y retrocesos representados en ambos, como reflejo de un discurso político; de una suerte tal que posteriormente obtengamos una crítica objetiva sobre la cual podamos construir una propuesta; misma que por su propia naturaleza contingente resulta imperfecta y susceptible de crítica.

II. 1974

La década de los setenta en el mundo, pero especialmente en Latinoamérica, goza de un simbolismo ligado al inicio de la lucha por la democracia (conceptualizada desde la perspectiva occidental) enmarcado en un *maremágnum* de eventos históricos. En Chile cae Allende y asciende la dictadura, muere Franco en España y nace la Constitución de 1978, cuya influencia resulta palpable en diversos textos constitucionales latinoamericanos⁽¹⁾; en Portugal en 1974 se pusieron claveles en las bocas de los cañones evocando una escena poética y revitalizante; en tanto que el Colonialismo parecía ver su fin y Watergate... sorprendía al mundo.

(1) De manera particular, se recomienda la lectura del siguiente artículo: ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F., «La Constitución Española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional Latinoamericano», en: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Perú, 2003, pp. 60 y ss.

En esta encrucijada, México vive el presidencialismo en uno de sus momentos culminantes; la existencia de un partido hegemónico en el poder promotor de una política exterior que gozaba de lozanía frente a los países alineados con el capitalismo⁽²⁾ permite la visión de un México fortalecido hacia el hemisferio. En contrapartida, su política económica basada en el modelo económico de sustitución de importaciones —como lo previera Ortiz Mena— quebró sin posibilidades de salvación; dando inicio a un nuevo modelo basado en la exacerbación del enclave extractivo petrolero⁽³⁾, de la industrialización y del estatismo como medio de desarrollo económico. En materia migratoria, México afirmaba la tesis de la «válvula de escape»⁽⁴⁾ según la cual la salida de mexicanos desempleados y empobrecidos hacia los Estados Unidos (para ofrecer su mano de obra) no es la consecuencia de una falta de garantía a derechos humanos económicos, sociales y culturales; sino un medio de desarrollo que desembocaba en la realización del *american dream*.

No obstante dicha visión, el gobierno de México durante esa década prefiere no poner sobre la mesa de negociación la posibilidad de una reforma migratoria con los Estados Unidos. Echeverría en su visita oficial a Washington no toca el tema⁽⁵⁾, por considerarlo inapropiado, y es así que el gobierno de México afirma la postura de que, frente al fenómeno migratorio, se tiene la «política de no hacer política»⁽⁶⁾.

Nótese que lo anterior fue relativo a los flujos de mexicanos hacia el exterior, específicamente hacia Estados Unidos⁽⁷⁾, quienes luego del programa bracero —única acción política relevante al respecto (por sus efectos)— fueron ignorados, permitiendo la continua violación de sus derechos humanos en Estados Unidos e incluso en México, una vez retornados. Por cuanto hace a las dinámicas migratorias venidas desde Centroamérica resultaron aún menos visibles en la escena política de los setenta. La región fronteriza entre México y Guatemala, porosa y acostumbrada al paso de trabajadores estacionales, no representaba la algeidez de la nortea, colindante con la primera potencia capitalista del mundo. Es quizá por lo anterior que el fenómeno migratorio en la región sur de México

(2) Consúltase al respecto la parte introductoria del artículo: CRESPO, José Antonio, «La Cultura política después del 6 de Julio», en *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 35, junio, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 31 a 33; asimismo CÓRDOBA, Arnaldo, *La Formación del Poder Político en México*, Ediciones Era, México, 1972, pp. 45 a 57.

(3) Sobre el particular, con la redacción que distingue a Enrique KRAUZE esboza el escenario vivido en México durante esa época, con relación a la fiebre petrolera en su conocido artículo «Por una democracia sin adjetivos» publicado en la *Revista Vuelta* (enero, 1984). Dicho artículo se encuentra disponible en versión pdf en: <http://blogjesussilvahezogm.typepad.com/cursos/files/por_una_democracia_sin_adjetivos.pdf>.

(4) BUSTAMANTE, Jorge, *Migración Internacional y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 58 y ss.

(5) WELTI CHANES, Carlos, «La Ley General de Población y el contexto internacional», en: VALDEZ, Luz María, *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 15.

(6) CASTILLO FLORES, Edgar Manuel, «La Evolución de la Política migratoria mexicana: “de la limitación a la participación activa”», en: *III Jornadas Políticas migratorias, Justicia y Ciudadanía*, Instituto de Filosofía, CSIC, España, octubre, 2010, p. 1.

(7) Es prudente tomar en cuenta que desde 1974 México firmó un Convenio bilateral con Canadá enfocado a la exportación de mano de obra. Así, jornaleros mexicanos viajan aún, de manera regular, a dicho país durante periodos específicos del año; con esto se favorece la migración temporal de jornaleros mexicanos para satisfacer la demanda de mano de obra en Canadá.

—ligado a Guatemala sobre todo— representaba una historia migratoria distinta a la del *american dream* que solo hasta los ochenta subió de tono debido a los desastres naturales y la inestabilidad política en la zona⁽⁸⁾; factores que actuaron como detonantes de un incremento en los flujos. Mientras tanto, el fenómeno era entre naciones centroamericanas y de carácter estacional⁽⁹⁾.

Por otro lado, en la década de los setenta, el mundo comienza a formar una nueva preocupación respecto a su futuro mediato. El aumento desmedido de la población principalmente en los países subdesarrollados hace pensar que los recursos no podrían tener un reparto equitativo; y que resultaba responsabilidad de esos países el daño que este hecho podría traer a terceras naciones. Por tal motivo, organismos internacionales comenzaron a ejercer presión arguyendo la necesidad de un control de natalidad efectivo a través de medios científicos, así como la conformación de un «óptimo demográfico» en países de Latinoamérica como Colombia, México y Brasil, donde las altas tasas de natalidad provocaban escasez de servicios públicos en virtud de la demanda extendida.

Esto provocó una reacción específica por parte de la diplomacia norteamericana, que decidió exacerbar su política migratoria restrictiva contra los flujos provenientes del sur⁽¹⁰⁾. En tanto, México se erigía como un país hospitalario hacia las naciones menos favorecidas del continente, dado que, como se apuntara antes, su diplomacia —durante esa época en el apogeo de su *age d'or*— concretaba al exterior una imagen de potencia emergente, sólida económica y políticamente que aún conservaba el principio básico de política demográfica bajo aquella visión de que «gobernar es poblar»⁽¹¹⁾. De hecho en los años setenta México permite la entrada de los refugiados chilenos y argentinos vulnerados por los regímenes de Pinochet y Videla, respectivamente.

De tal suerte, en tanto Estados Unidos exacerbaba su ya común restricción al movimiento humano, México promovía el auxilio humanitario, pero por otro lado (paradójicamente) desatendía sus dinámicas migratorias económicas, ya bajo la figura del mexicano que salía del país a los Estados Unidos o ya bajo la del centroamericano venido en tránsito a México, ambos en situación irregular.

En este contexto México abroga su segundo ordenamiento en materia de población —nacido en 1947— para dar entrada a la Ley General en análisis. Con ella, México finca su posición política al respecto concibiendo miopemente el fenómeno migratorio internacional. ¿Por qué razón se afirma esto? En primera instancia, porque la posición de México frente a Estados Unidos en un momento económico donde su petróleo gozaba de gran relevancia en los mercados americanos no daba pie a que éste exigiera la consecución de

(8) MONTEFORTE TOLEDO, Mario, *Centro América. Subdesarrollo y Dependencia*, volumen II, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, 1972, pp. 302 y 303.

(9) ARÁMBULA REYES, Alma *et al.*, «El flujo migratorio centroamericano hacia México» en: GONZÁLEZ, Carlos (coord.), *Relaciones Estado-diáspora: aproximaciones desde cuatro continentes*, SRE-IME-UAZ-ANUIES-Miguel Ángel Porrúa, México, tomo II, 2006, pp. 224 y 225.

(10) WELTI CHANNES, *op. cit.*, p. 15.

(11) SANDOVAL, Alfonso, «Políticas de población: viejos y nuevos desafíos» en: GARCÍA BRÍGIDA, Ordozica Manuel (coords.), «Los grandes problemas de México. Población», volumen I, El Colegio de México, México, 2010, p. 440.

una política migratoria entrambos... era un tema difícil y escarpado cuyo debate podría traer algidez a la relación y por tanto desventajas económicas para México. De hecho el gobierno americano culpaba del flujo irregular a México (situación que no cambia hasta iniciado el siglo XXI, en la administración Bush), en tanto que el segundo guardaba silencio al respecto. En lo tocante a su frontera sur, México no encontraba interés en regular el flujo migratorio centroamericano, pues como se dijera antes, su dinámica se encontraba subyacente al discurso oficial. El trabajo estacional era un fenómeno ligado a la tradición histórica de la región⁽¹²⁾ y no a la política exterior del país⁽¹³⁾.

Seguido de lo anterior, México había sostenido a lo largo del periodo postrevolucionario una política demográfica natalista, que unida al nacionalismo —fruto de la lucha armada mencionada, exacerbó la visión de la otredad como mecanismo diferenciador entre el ciudadano y el extranjero—. Así pues, dicho concepto sociológico trascendió a las esferas politológicas y jurídicas fomentando la institucionalización de la natalidad y del pueblo mexicano como símbolos de un país fructífero. Por lo que se restringió la entrada del extranjero, y se limitó su esfera de derechos. Súmese a esto el aumento de flujos migratorios internos motivados por la industrialización del país poco antes de mediados del siglo XX. Un ejemplo claro de lo anterior fue Veracruz, territorio donde el petróleo fomentó la concreción de enclaves extractivos en torno a los cuales surgieron poblaciones satelitales. Esto aumentó la pobreza en los asentamientos rurales motivando movimientos internos importantes⁽¹⁴⁾, que a finales de los setenta vinieron a quebrar las infraestructuras urbanas establecidas; esto trajo un mayor índice de pobreza y por tanto el aumento de los flujos internacionales de mexicanos hacia Estados Unidos.

En esta tónica de eventos internacionales e internos la Ley General de Población intenta dar gusto a todas las posiciones. En ella, *prima facie* es francamente criticable el uso de una *visión instrumental*⁽¹⁵⁾ del fenómeno migratorio, nutrida por un criterio esencialmente utilitarista; según el cual el ingreso de migrantes debe limitarse en función de los intereses y necesidades del país de destino (en este caso México) diseñando una política *a propos*, de manera unilateral y desde una lógica nacional; con miras incluso a desaparecer el fenómeno migratorio irregular obviando su mención, pues, bajo el criterio anterior, se le concibe como un flujo no beneficioso para el desarrollo del país⁽¹⁶⁾. Además de esto último resulta

(12) CASTILLO, M. y RODOLFO CASILLAS, «Características básicas de la migración guatemalteca al Soconusco chiapaneco», *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 3, núm. 3, septiembre-diciembre, 1988, pp. 537-543.

(13) BRITO MONCADA, J. Ramón, «Consideraciones sobre la Política exterior de México», en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, tomo i, núm. 13, Universidad Iberoamericana, México, 1981, en especial: pp. 316 y 317.

(14) Luis JIMÉNEZ TREJO, *Gasto público y desarrollo humano en los municipios de Veracruz, 1995-2004, los casos de Córdoba y Orizaba*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Dr. José M.^a Luis Mora, Programa de Maestría en Estudios Regionales, 2007, p. 66. y Patricia ZAMUDIO *et al.*, *Cambio de la migración en el estado de Veracruz: Consecuencias y retos México*, Sociedad Mexicana de Demografía-Colegio de la Frontera Sur, 2001, p. 12.

(15) CERIANI CERNADAS, Pablo, «Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana» en *Nueva Sociedad*, núm. 233, mayo-junio, Fundación Frederick Ebert, Argentina, 2011, p. 72.

(16) En este sentido resulta interesante la visión de la Dra. Loretta Ortiz Ahlf en ORTIZ AHLF, Loretta, «Los Derechos Humanos de los inmigrantes irregulares y la Declaración Universal de los Derechos Humanos», en: CABA-LLERO OCHOA, José Luis (coords.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 295.

contraproducente que la Ley maneje la política demográfica del país, incluyendo en casi la mitad de su construcción el tema migratorio. Con esto se desnaturalizó y perdió eficacia en la gestión del mismo. Esto sin duda es consecuencia de una visión endógena y pasiva de las dinámicas migratorias en México⁽¹⁷⁾. En este sentido, la Ley General de Población ve en el migrante un indicador demográfico cuyo aumento o disminución puede incidir en el desarrollo nacional, pero no como un agente activo sino como un elemento cuantitativo cuya cantidad debe ser regulada para obtener resultados óptimos (algo así como las pesas —que se quitan y ponen a voluntad— sobre los platos de la balanza para lograr el equilibrio).

De esta suerte, el tema migratorio se convierte en uno debatido pasivamente en sede interna, envuelto en el tema demográfico para desviar la atención de su algidez natural ligada a eventos políticos internacionales, derechos humanos y gobernabilidad. Como consecuencia de lo anterior, el ordenamiento de 1974 goza de dos características principales: el control y regulación de la entrada de migrantes a México (fomentando el ingreso documentado) y la visión del tratamiento diferenciado entre migrantes y ciudadanos. Respecto al primer punto el Comité de Todos los trabajadores migratorios y sus familias ha reconocido que la nómina de requisitos a satisfacer, impuestos por la citada Ley, no cumple con parámetros de la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación⁽¹⁸⁾, al ser excesivos y obstaculizar el ejercicio de diversos derechos humanos.

Asimismo, la Ley General de Población, al reconocer que el ingreso debe ser «legal», niega el de tipo «ilegal», situando en una zona límbica los mecanismos y derechos que a los migrantes irregulares les corresponden por no encontrarse en la perspectiva jurídica de licitud que la Ley construye (de hecho criminalizó la migración irregular hasta el año 2008⁽¹⁹⁾).

Súmese a esto que la Ley en análisis no discurría sobre cuestiones laborales, de salud, educación y seguridad social, o sobre el acceso a la Justicia del migrante (ya en jurisdicción común o extraordinaria). Esto último se incluyó de forma recientísima... de hecho meses antes de que la nueva Ley de 2011 fuese publicada (noviembre de 2010). Así, solo se enfocaba sobre el control migratorio en su fase de ingreso y estancia, particularizando en dos categorías (inmigrantes y no inmigrantes) las clasificaciones bajo las cuales podría ingresar capital humano al país. Con lo anterior se dejó al migrante, y más específicamente al de tipo irregular, en la indefensión respecto al nacional, pues no se concretaron mecanismos específicos para situarlos en pie de igualdad en el goce de diversos derechos humanos, dado que para tal fin el migrante debía satisfacer los requisitos impuestos al nacional, que podrían incrementarse si el trámite o procedimiento se encontraba difuso bajo el velo de la discrecionalidad.

(17) CASTILLO, Miguel Ángel, «Las Políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración», en: ALBA, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones Internacionales*, volumen III, Colegio de México, México, 2010, p. 571.

(18) NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, «Examen de los informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México», Estados Unidos, 2005.

(19) Al respecto puede consultarse la siguiente nota: PÉREZ SILVA, Ciro, «Promueve el INM que se despenalice la migración de indocumentados», en *La Jornada*, viernes 30 de marzo de 2007, disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2007/03/30/index.php?section=politica&article=018n1pol>>.

Junto con todo esto, el marco institucional del cual se servía el Estado para implementar su política «demo-migratoria» era en un inicio la Secretaría de Gobernación, con lo cual se «policializó» el fenómeno migratorio. Esto, unido al hecho de que los procedimientos administrativos enunciados en la Ley General de Población, para verificación y control de migrantes, así como para la obtención de visado y refrendo de calidad migratoria, eran en su mayoría engorrosos y de difícil solución, trajo como consecuencia la afectación —de forma manifiesta y grave— del ejercicio de los derechos humanos de los migrantes regulares. Sin embargo, la situación recién apuntada multiplicaba sus efectos nocivos sobre los migrantes irregulares⁽²⁰⁾, sumado a la discrecionalidad administrativa en sus trámites migratorios así como a las redes tejidas entre la delincuencia organizada (tratantes de personas principalmente) y las autoridades involucradas situaban en un estado de indefensión al migrante irregular; quien no tenía a favor contrapeso legal alguno para disminuir su vulnerabilidad, en virtud de la perspectiva legal mencionada, según la cual el migrante irregular no tiene derechos.

Por otro lado, si bien administrativamente la Política «demo-migratoria» se articuló a través de instancias creadas luego de andada buena parte de la vida que la Ley tuviera, como el Consejo Nacional de Población o el Instituto Nacional de Migración, y si bien se pretendió (no siempre con los mejores resultados) poner al corriente del discurso internacional el contenido de la Ley (como por ejemplo con la inclusión de la figura del refugio y del asilo en ella⁽²¹⁾, así como con la creación de la Comisión Mexicana de ayuda a Refugiados), la realidad es que el discurso se mantuvo incólume: la migración es una variable demográfica debatida en sede interna, sobre la cual el Estado mexicano tiene soberana competencia, la cual debe beneficiar permanentemente los intereses del país, mediante el ingreso de capital humano útil para México.

Bajo la sustancia de la afirmación apuntada, en México se implementó por más de treinta años una Política uniforme al respecto, que coincide con la edad de la Ley General de Población. *Prima facie* se observa que la uniformidad y la longevidad de la norma no son sinónimos de armonía o más aún de eficacia. En este sentido, los problemas que diversos teóricos y organismos internacionales señalaran en la Ley se hacen visibles hasta que el Gobierno de México deja su premisa de «la política de no hacer política», cuando en 2010 se migratiza su agenda con la propuesta de Ley SB1070, en Arizona, Estados Unidos. Lo anterior se debió a que México sostenía frente a la comunidad internacional una defensa férrea de sus connacionales en dicho país⁽²²⁾, aunque por otro lado —según lo evidenciaron y evidencian diversas Organizaciones de la Sociedad Civil, Universidades y Organismos

(20) Al respecto se recomienda leer ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Ed. Porrúa, México, 2011, capítulos III y IV.

(21) CASTILLO, Manuel Ángel; VENET, Fabienne, «El asilo y los refugiados: una visión histórica y crítica hasta nuestros días» en: ALBA, Francisco; CASTILLO, Manuel Ángel; VERDUZCO, Gustavo (coords.), *Los grandes problemas de México, Migraciones Internacionales*, volumen III, El Colegio de México, México, 2010. p. 197.

(22) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/2003 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica de los migrantes indocumentados, y también: NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, «Examen de los informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México», Estados Unidos, 2005.

Internacionales⁽²³⁾— desatendía por completo la gestión respectiva en su frontera sur. Así, el fenómeno migratorio pierde en México su característica visión interna, se convierte en un verdadero problema de gobernabilidad (no únicamente nacional sino regional) en el cual la debida diligencia que el Estado debe guardar al respecto se imbrica con la garantía de derechos humanos, el principio de no discriminación, el *rule of law* y desde luego el permanente «estira y afloja» en la relación bilateral con Estados Unidos. Todo esto conforma un cocktail explosivo que desemboca, junto con otros eventos, en la Ley de Migración de 2011.

III. 2011

El año 2011 representa para México —en materia migratoria— un hito legislativo; aunque también constituye una de las consecuencias mas notorias en el desarrollo de diversos procesos históricos. El comienzo de su causa —con ánimo de marcar un inicio temporal— se da todavía con la Ley General de Población vigente. En los años noventa el cuerpo legal se reforma y pretende adecuarse a un discurso internacional apegado al pleno respeto de los derechos humanos; en 1999 México ratifica la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios e incluye la figura del refugio en su arquitectura. Unido a lo anterior México quien aún concebía su fenómeno migratorio como uno necesariamente norteamericano (ligado a las riveras del Bravo). Después de la alternancia de partido en la presidencia, comenzó un importante cabildeo al respecto en su sede diplomática de Washington buscando lograr una Reforma migratoria integral, orientada a la protección de mexicanos en el exterior. Mientras tanto su frontera Sur quedaba relegada a la política demomigratoria y policializada esbozada antes.

De hecho, el ex presidente Bush reconoce en una reunión con el entonces mandatario mexicano Vicente Fox que la demanda de mano de obra por parte de los actores económicos y corporativos estadounidenses tenía un gran protagonismo en el aumento de los flujos irregulares de migrantes a su territorio (cabe decir que subyacentemente los centroamericanos también cabían en el discurso). Lo anterior parecía abrir la puerta a la ansiada reforma migratoria entre México y Estados Unidos, prometida (supuestamente) desde finales de los ochenta y reafirmada con la firma del Tratado de libre Comercio de América del Norte en 1994. Sin embargo, la empresa diplomática construida cae del todo con los eventos terroristas del 11 de septiembre de 2001. Ellos provocaron que el gobierno americano viera en todo aquello venido de fuera un peligro para su seguridad nacional... el migrante se encuadraba en dicha clasificación⁽²⁴⁾.

(23) AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Víctimas invisibles en México: Migrantes en Movimiento», EDAI, España, 2010; CEPAL, *Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América Latina y el Caribe, Síntesis y conclusiones, Trigésimo primer período de sesiones 20 al 24 de marzo* (en línea), Uruguay, ONU, 2006, <http://www.ucm.es/info/eid/cursodcd/IMG/pdf_L12._CEPAL_2006_Migraciones_y_desarrollo_AL_y_Cb_Sintesis.pdf>, 23 de diciembre de 2010; CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, «Secuestros a personas migrantes en tránsito por México. Documento entregado al Comité para la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares, el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano», México, 2011.

(24) ERREGUERENA Josefa, «Imaginario social y los atentados del 11 de septiembre» en *Revista Razón y Palabra*, número 25, año 6, diciembre 2001-enero 2001, Sistema Tecnológico de Monterrey, México, disponible en línea: <<http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n25/jerre.html>>. Fecha de última consulta 5 de agosto de 2011.

Fue así que comienza el fortalecimiento de su política migratoria restrictiva y claramente xenófoba. En este tenor, México reafirma por un lado su papel fundamental de protección a mexicanos en el exterior⁽²⁵⁾ a través de medidas políticas internas, e internacionales. Entre las segundas destacan por ejemplo el Caso Avena, a través del cual México acusa ante la Corte Internacional de Justicia a los Estados Unidos por violar la Convención de Viena sobre relaciones consulares en 2003. Lo anterior tuvo un importante asidero argumental, que legitimó de forma sustancial la postura de México, en la Opinión Consultiva solicitada por su gobierno a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 años antes (1999), relativa al análisis de la asistencia consular brindada por Estados Unidos a diversos mexicanos.

En 2003, México solicita al mismo órgano regional una nueva Opinión Consultiva, la número 18, donde se analiza de forma puntual la condición jurídica de los migrantes mexicanos irregulares en los Estados Unidos; con ella se llenaron lagunas de derecho internacional al respecto⁽²⁶⁾ y constituye la piedra de toque en el análisis de obligaciones internacionales relativas a derechos humanos de dicho grupo vulnerable. Súmese a esto que el primero de junio del año 2003 entra en vigor la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias, surgiendo por tanto su Comité (CMW). En 2004 México presenta su primer informe ante el mecanismo convencional de dicha Convención; cuando se lee su discurso es posible extraer una postura específica: México defiende a su población en los Estados Unidos, país vulnerador de derechos humanos.

A lo largo de más de 40 páginas, México hace una glosa exhaustiva de todos los mecanismos creados para la protección de sus ciudadanos, ya por medios diplomáticos, o domésticos. Sin embargo, llama la atención (más aún cuando se analizan las acciones políticas de México con relación al fenómeno migratorio del sur) que en ningún momento se menciona a los migrantes centroamericanos, sus derechos, o garantías. Únicamente se toma nota, de forma subyacente al discurso general, sobre el trabajo conjunto realizado con gobiernos centroamericanos a través de memorandos de entendimiento, orientados a la realización eficaz de la función consular de sus gobiernos en territorio mexicano.

Es así que México muestra en el Informe que la migración internacional de centroamericanos no tenía la misma relevancia política que la de mexicanos a Estados Unidos; lo cual es razonable en tanto se comprende que el correcto desempeño de la función de protección a mexicanos en el extranjero resulta fundamental para desarrollar la política exterior del país. Sin embargo, con independencia de lo anterior, el gobierno de México no veía en las dinámicas migratorias venidas del sur un tema prioritario, dado que si se entiende que el Informe es un medio internacional para ofrecer a Naciones Unidas argumentos que demuestren cómo los Estados cumplen sus obligaciones internacionales, en caso de que efectivamente hubiera habido avance por parte de México en la protección de migrantes centroamericanos, lo hubiera plasmado en el documento, máxime porque con ello se muestra el cumplimiento dado a obligaciones internacionales. El Comité, al contestar el Informe

(25) Un ejemplo paradigmático fue la creación del Instituto de Mexicanos en el exterior.

(26) ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 136.

enuncia, en líneas generales, la necesidad de que el gobierno mexicano mirara más hacia el sur al implementar su política migratoria.

Andado el tiempo, es en 2009 cuando la agenda mexicana se migratiza. En un primer momento con la bien conocida Senate Bill 1070, la cual fortaleció *prima facie* el discurso antes vertido de México como país vulnerado por los Estados Unidos en cuanto a su población migrante en el exterior. Sin embargo, cuando Amnistía Internacional publica ese mismo año un informe intitulado «Víctimas invisibles: migrantes en movimiento» donde describe con datos duros, estadísticas y testimonios vivos de migrantes vulnerados; el fenómeno migratorio centroamericano irregular que pasa por México, la posición de México se deslegitimó.

Dicho informe se envió a Ginebra, al CMW, en 1999, para efectos de erigirse como contrapeso al que para entonces sería el futuro Informe oficial rendido por el gobierno mexicano en 2011 (4 a 8 de abril de 2011). Amnistía informó a la comunidad internacional de que gran cantidad de autoridades policiales, militares y migratorias violaban (ya por acción u omisión) los derechos humanos de miles de centroamericanos, poniéndolos incluso a merced de grupos delictivos. El Informe abrió la posibilidad a una pregunta: ¿Si México vulnera a los migrantes centroamericanos, irregulares, que cruzan su territorio, con qué legitimidad puede exigir que se respeten los derechos humanos de sus migrantes en Estados Unidos? Entiéndase que el cuestionamiento no va en el sentido de justificar el comportamiento de las autoridades americanas en virtud de que las autoridades mexicanas también violan derechos humanos de migrantes, sino en el de afirmar que México vive una dinámica migratoria muy activa; la cual no se refleja en la creación de su política pública. La pregunta también abría las puertas a la exigencia pública, por parte de la sociedad civil organizada, las instancias internacionales y el ciudadano de a pie, de congruencia en el discurso mexicano, sosteniendo aquello de que no se puede ser candil de la calle y oscuridad de la casa.

Esta situación se agrava con un evento coyuntural que echa por tierra la añeja postura mexicana, mencionada apenas, deslegitimándola por completo. El 24 de agosto de 2010, en el ejido del Huizachal, del municipio de San Fernando, Tamaulipas, fueron asesinados 72 migrantes irregulares centroamericanos y sudamericanos, por el grupo delictivo denominado los «Zetas»; dicha noticia transformó la escena política y mediática nacional. La migración internacional se convirtió, más que en un tema prioritario, en uno álgido; la opinión internacional lamentó el incidente y responsabilizó de los hechos a las autoridades migratorias mexicanas; quienes ya por omisión o en complicidad con el grupo delictivo mencionado, lucraban con migrantes centroamericanos. Lo anterior fue la apertura de una caja de Pandora... la política demo-migratoria ya no satisfacía la realidad mexicana, pero más aún (y de ahí el verdadero cambio), necesitaba ser cambiada si se quería legitimar el discurso del gobierno mexicano en materia de derechos humanos.

A la impronta de la Ley SB1070 en Arizona se suman más estados de la Unión Americana, en tanto se fortalecía la extrema derecha del vecino país, mediante la conformación de un grupo político denominado «tea party» cuyas tendencias ultra-conservacionistas y xenófobas eliminaban cualquier posibilidad de la Reforma migratoria que México exigía (aun cuando ya no se encontraba legitimado). Así, México se vio con fuego en sus dos frentes. Por un lado el «tea party» y los republicanos a punto de llegar en toda su mayoría

al Senado de los Estados Unidos complicaban su lucha ya consabida, mientras que en el sur, dentro de México y en foros internacionales, se consideraba que su posición y reacción con respecto al tema migratorio era pasiva e ineficaz. México, súbitamente, se da cuenta de que el camino sostenido ya no es viable en todos sus términos. Por tanto, para lograr nuevamente legitimación internacional en sus demandas, y cabe decir que con el ánimo de no agrandar problemas internos ya bien arraigados al ligarlos con la gestión demográfica, México comprende que tiene la necesidad de construir un nuevo discurso.

En noviembre de 2010, se reforma la Ley General de Población por treceava ocasión en toda su historia. Es así que se incluyen en su cuerpo los derechos humanos a la salud y al acceso a la justicia (parte inicial del debido proceso) del migrante irregular; sin embargo, la reforma solo se queda en la ley y no descansa sus bases operativas sobre el reglamento de la Ley General de Población; ni reforma la Ley General de Salud u otros ordenamientos conexos en lo necesario. Así, la reforma pareciera en demasía general, e inejecutable en un plano práctico.

Dicho cambio en la arquitectura de la ley fue un ejercicio legislativo previo (y si se quiere ver infructuoso) al que vendría deparado en meses posteriores para la política migratoria mexicana. La imbricación que los cuerpos legales tienen con las políticas públicas de los gobiernos resulta innegable *per se*, aunque en ciertas ocasiones nos resulta notoria por lo palpable que es el discurso sostenido en la arena política, con relación al jurídico. Este fue el caso de México luego de toda la serie de eventos antes narrados; pues pasada la reforma de noviembre, deviene una reforma constitucional de gran impacto político que asume el sistema jurídico mexicano como un bloque conformado por normas internas e internacionales; por lo que la Constitución ejerce una función amalgamadora del sistema jurídico mexicano permitiendo que los derechos humanos construidos en instrumentos internacionales ratificados, *ipso jure*, sean exigibles en sede doméstica. Uno de ellos es la Convención de 1990; en la cual se contiene una amplia nómina de derechos humanos del migrante irregular. Tomando en cuenta todo lo anterior México se obliga de manera directa a cumplir la obligación de garantía para los derechos humanos de este grupo vulnerable, tanto de aquel que parte como del que llega a sus fronteras.

La citada reforma es la muestra entonces, por excelencia, del cambio discursivo alegado con anterioridad. El giro consiste sencillamente en situar la cuestión migratoria como tema prioritario de la agenda doméstica de México por su imbricación con el tema de los derechos humanos, y ya no como uno sobrellevado de acuerdo a la «política de no hacer política». Por otro lado, esto no quiere decir que el cambio reporte *per se* los efectos que se esperarían a causa suya; pues si bien en 2011 se reconfigura la Política migratoria en México mediante la observación a profundidad del fenómeno migratorio en su frontera sur, si bien se mediatizaron los fenómenos migratorios mexicanos como nunca antes había pasado y se observó en la escena política nacional una mayor mención del tema, en discursos, foros e incluso mediante iniciativas a nivel federal y estatal al respecto, lo cierto es que aún no se ha construido una política migratoria eficaz y realizable para México.

A partir de lo anterior, es que el 24 de mayo de 2011 se promulga una nueva Ley de Migración mexicana. Incluso, si se es puntilloso, el cambio discursivo aquí sostenido se observa desde la denominación que se le da al ordenamiento, pues los tres previos al actual (1936, 1947 y 1974), con un espíritu eminentemente demográfico (con todo lo que ello

conllevar), tuvieron como término esencial el de «población». En tanto que la nueva ley de «migración» se enfoca en este tema, dejando para la de 1974 los asuntos tratados en sede demográfica. Esto debió haber sucedido por lo menos hace 20 años. Sin embargo el hecho consumado es observable, el cambio llegó; pero aún no se tiene certeza sobre los frutos que rendirá.

Según afirma la exposición de motivos de la Ley de Migración, ésta tiene diversos objetivos: simplificar y ordenar procedimientos, contribuir al desarrollo económico, social y cultural de México, y el más destacable por el tema que tratamos, proporcionar integralidad y coherencia a la política y gestión migratoria nacionales. Es así que *prima facie* podría decirse que el cambio discursivo alegado a lo largo de este documento responde al ánimo de obtener armonía con la realidad que se vive y, seguidamente, que la Ley es el rosetón simbólico de esta búsqueda que concluye en la conformación de una base jurídica, promotora de justicia, que dé solidez y contexto a la acción política. ¿La Ley satisface lo anterior?

IV. LO QUE VIENE AHORA

La pregunta anterior plantea una interrogante de fondo. La norma, como elemento de derecho, por imperativo natural se estructura para un fin específico: obtener justicia. ¿Cuál es el fin de esta ley entonces? El cambio discursivo alegado a lo largo de este documento no consiste en un uso ligero del lenguaje o en mera retórica, sino en la concepción del discurso como un medio para transformar la realidad mediante el lenguaje, mediante la estructuración de argumentos que con una base constitutiva puedan remodelar los medios útiles para accionar. Es así que el cambio discursivo se traduce en una nueva Ley, pero la Ley no se traduce en un cambio de fondo.

El juego de palabras anterior puede prestarse a confusión; lo que se dice es que si bien México sostuvo una postura específica por treinta años misma que en 2011 alcanza una culminación, luego de la cual se transforma; pareciera que la Ley no satisface las necesidades del discurso que adopta México al respecto. Para tal fin veamos los elementos que ahora sostiene, con miras a concluir el documento con tres propuestas. En primer lugar desvincula el tema demográfico del migratorio; acto seguido vincula el tema migratorio con la discusión de los derechos humanos del migrante y con estos dos elementos construye una propuesta de política migratoria basada en un elemento jurídico; que no es otra cosa más que el ánimo de satisfacer los postulados del *rule of law*. Mediante una política pública *ad hoc* y no una de corte experimental... hecha al vapor.

Los elementos del discurso que no solo involucran un esfuerzo mediano por enderezar una rama de la administración pública en su aspecto operativo, sino debates sobre gobernabilidad, seguridad humana, justicia y ciudadanía, fueron tomados por México como una materia maleable a los intereses del país. El problema no es en sí este «moldeo», que no es ni mínimamente recomendable, sino el hecho de que sobre los elementos centrales del discurso se sobreponen otros de carácter contingente. Tal es el caso de la seguridad nacional; introducida en el discurso de México a instancia de los Estados Unidos (ambos países coinciden actualmente en su combate al crimen organizado y al terrorismo), que ve en el migrante la posible herramienta de lo que combate, enfocado entonces para vulnerar su

soberanía así como al elemento humano que le conforma. Esto hace que la visión garantista del discurso tomado por México no solo se «moldee» sino se «deforme» a un grado tal que la primacía del tema contingente se sobrepone al cordial. Súmese a esto último que la construcción de la política migratoria se basa en la gestión del migrante como recurso humano y no como ser humano; lo cual sitúa a la visión instrumentalista sobre la de corte garantista mencionada antes. A esto, por último, súmese el hecho de que si bien la intención de la Ley es disminuir la burocratización y la discrecionalidad que desemboca en arbitrariedad, para los trámites migratorios. Por otro lado, la falta de reformas conexas a otros ordenamientos necesarios, y sobre todo la falta de planeación institucional para que el discurso tuviera plena vigencia, se hacen presentes y el discurso no responde a su ánimo creador.

Por lo anterior se propone en primer lugar; la ciudadanización de la política migratoria en México. Con esto significo el hecho de incluir de forma real a la sociedad civil organizada (OSC) en su implementación; no únicamente con debates o foros abiertos a la propuesta, que si bien es el primer paso para el diálogo y el posterior consenso; en tanto no encuentren correlato con el trabajo gubernamental serán predicaciones en el desierto. Es así que la Universidad Pública, la academia y las OSC deben promover espacios que aquí se denominan de civilidad a través de los cuales crezcan y maduren sus propuestas, para que luego sean implementadas en lo necesario, conjuntamente con el Estado.

En segundo lugar se propone la creación de un marco jurídico fortalecido técnicamente en materia migratoria. Con esto se quiere decir la reforma y reestructuración de diversos cuerpos normativos nacionales; para plantear mecanismos asequibles al migrante, que sin siquiera acercarse a la ruptura de la garantía de igualdad, sí promuevan el status suficiente para que el migrante jurídicamente se encuentre a la par de cualquier nacional en la posibilidad de defender sus derechos. Un ejemplo sería la garantía de los derechos a la educación y a la identidad jurídica respectivamente (ambos garantizados en la Ley de Migración), los cuales se encuentran imbricados entre sí de forma importante; dado que en tanto el niño migrante no tenga certificado de nacimiento no puede acceder a servicios educativos públicos. Es así que, en tanto no se reforme la Ley General de Educación, su reglamento, el reglamento interno de la Secretaría de Educación Pública, los lineamientos internos sobre procedimientos de inscripción, así como los reglamentos de Registro Civil de los Estados entre otros tantos cuerpos legales..., los derechos no serán más que de papel, parafraseando, en la forma, al jurista italiano Ricardo Guastini.

Por último, resulta vital reestructurar el marco institucional mexicano en materia migratoria. No es necesario hacer uso de sumas millonarias provenientes del erario público sino hacer eficaz el movimiento administrativo. Esto se traduce en la profesionalización del elemento humano a cargo de dichas funciones; la creación de procedimientos y la eliminación de otros tantos, buscando la resolución efectiva de la problemática migratoria. En otros términos, resulta necesaria una voluntad política genuina en México para que el discurso se vea reflejado en acciones.

Es cierto que entre 1974 y 2011 resulta notorio un cambio discursivo que pasa de un extremo al otro en cuanto a la frontera sur. Sin embargo, ya con el cambio en las manos es momento de pensar en las consecuencias que éste trae aparejadas. El cambio no puede quedarse en el recurso retórico, sino seguir la vocación del discurso que México decidió tomar para transformar la realidad de todos los migrantes.

V. FUENTES CONSULTADAS

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, «Víctimas invisibles en México: Migrantes en Movimiento», EDAI, España, 2010.
- ARÁMBULA REYES, Alma *et al.* (2006), «El flujo migratorio centroamericano hacia México», en: GÓNZALEZ, Carlos (coord.), «Relaciones Estado-diáspora: aproximaciones desde cuatro continentes», SRE-IME-UAZ-ANUIES-Miguel Ángel Porrúa, México, tomo II, pp. 224 y 225.
- BUSTAMANTE, Jorge, *Migración Internacional y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 58 y ss.
- BRITO MONCADA, J. Ramón, «Consideraciones sobre la Política exterior de México», en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, tomo I, núm. 13, Universidad Iberoamericana, México, 1981, en especial: pp. 316 y 317.
- CASTILLO, M. y CASILLAS, Rodolfo, «Características básicas de la migración guatemalteca al Soconusco chiapaneco», *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 3, núm. 3, septiembre-diciembre, 1988, pp. 537-543.
- CASTILLO, Manuel Ángel; VENET, Fabienne, «El asilo y los refugiados: una visión histórica y crítica hasta nuestros días», en: ALBA, Francisco; CASTILLO, Manuel Ángel; VERDUZCO, Gustavo (coords.), *Los grandes problemas de México, Migraciones Internacionales*, volumen III, El Colegio de México, México, 2010, p. 197.
- CASTILLO, Miguel Ángel, «Las Políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración», en: ALBA, Francisco *et al.* (coords.), *Migraciones Internacionales*, volumen III, Colegio de México, México, 2010, p. 571.
- CASTILLO FLORES, Edgar Manuel, «La Evolución de la Política migratoria mexicana: “de la limitación a la participación activa”», en: *III Jornadas Políticas migratorias, Justicia y Ciudadanía*, Instituto de Filosofía, CSIC, España, octubre, 2010, p. 1.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, «Secuestros a personas migrantes en tránsito por México. Documento entregado al Comité para la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares, el 4 de marzo de 2011, en el marco de la evaluación del segundo informe periódico del Estado mexicano», México, 2011.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, «Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana», en *Nueva Sociedad*, núm. 233, mayo-junio, Fundación Frederick Ebert, Argentina, 2011, p. 72.
- CRESPO, José Antonio, «La Cultura política después del 6 de Julio», en *Nueva Antropología. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 35, junio, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 31 a 33.
- CÓRDOBA, Arnaldo, *La Formación del Poder Político en México*, Ediciones Era, México, 1972, pp. 45 a 57.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-18/2003, de 17 de Septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica de los migrantes indocumentados,
- ETO CRUZ, Gerardo y PALOMINO MANCHEGO, José F., «La Constitución Española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional Latinoamericano», en: GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Perú, 2003, pp. 60 y ss.

- JIMÉNEZ TREJO, Luis, *Gasto público y desarrollo humano en los municipios de Veracruz, 1995-2004, los casos de Córdoba y Orizaba*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Dr. José M.^a Luis Mora, Programa de Maestría en Estudios Regionales, 2007.
- KRAUZE, Enrique, «Por una democracia sin adjetivos», publicado en la *Revista Vuelta* (enero, 1984). Dicho artículo se encuentra disponible en versión pdf en: <http://blogjesussilvaherzogm.typepad.com/cursos/files/por_una_democracia_sin_adjetivos.pdf>.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, «Examen de los informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con el artículo 73 de la Convención. México», Estados Unidos, 2005.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, Ed. Porrúa, México, 2011.
- «Los Derechos Humanos de los inmigrantes irregulares y la Declaración Universal de los Derechos Humanos», en: CABALLERO OCHOA, José Luis (coords.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 295.
- PÉREZ SILVA, Ciro, «Promueve el INM que se despenalice la migración de indocumentados», en *La Jornada*, viernes 30 de marzo de 2007, disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2007/03/30/index.php?section=politica&article=018n1pol>>.
- SANDOVAL, Alfonso, «Políticas de población: viejos y nuevos desafíos», en: GARCÍA BRÍGIDA, Ordorica Manuel (coords.), *Los grandes problemas de México. Población*, volumen I, El Colegio de México, México, 2010, p. 440.
- WELTI CHANES, Carlos, «La Ley General de Población y el contexto internacional», en: VALDEZ, Luz María, *La Ley de Población a treinta años de distancia. Reflexiones, análisis y propuestas*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 15.
- ZAMUDIO, Patricia *et al.*, *Cambio de la migración en el estado de Veracruz: Consecuencias y retos*, Sociedad Mexicana de Demografía-Colegio de la Frontera Sur, México, 2001, p. 12.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR: ¿HACIA UN PARADIGMA BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS O LA RÉPLICA DEL MODELO EXCLUYENTE DE LA UNIÓN EUROPEA?⁽¹⁾

PABLO CERIANI CERNADAS

*Coordinador Programa Migración & Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos
de la Universidad Nacional de Lanús.*

Consultor de la UNICEF y UNFPA en temas de derechos de migrantes

RESUMEN

**Ciudadanía, migraciones y libre circulación
en el Mercosur: ¿Hacia un paradigma basado
en los derechos humanos o la réplica del
modelo excluyente de la Unión Europea?**

Este trabajo examina una reciente iniciativa adoptada por los Estados del Mercosur, por la cual se ha decidido elaborar e implementar en los próximos años un Estatuto de Ciudadanía regional. Algunas disposiciones de esta decisión refieren a la igualdad de derechos de circulación y residencia, así como en lo relativo a ciertos derechos sociales —como salud y educación—, «a los nacionales de los Estados parte». Este reconocimiento limitado a personas migrantes con base en su nacionalidad podría derivar en una serie de contradicciones con posicionamientos de la región en este tema y con leyes migratorias adoptadas en los últimos años por algunos países. Estas páginas tienen como objetivo alertar sobre estos aspectos, a partir de la opinión sobre la posibilidad de diseñar, desde Sudamérica, un nuevo paradigma en materia de migraciones y derechos humanos.

Palabras clave: Ciudadanía, Mercosur, derechos humanos, nacionalidad, igualdad, libertad de circulación.

ABSTRACT

**Citizenship, Migration, and Freedom
of Circulation in Mercosur: Towards a
Rights-based Paradigm, or the Replica
of the EU Exclusive Model?**

This paper examines a recent initiative taken by the Mercosur member states, which has decided the development and implementation a regional Citizenship Status in the coming years. Some provisions of this decision recognize equal rights of movement and residence, as well as with regard to certain social rights, such as health and education, «to nationals of states parties». This restricted recognition to migrants based on their nationality, could lead to a series of contradictions with positions taken by the region on this issue, including with immigration laws adopted in recent years by some countries. These pages are intended to warn of these aspects, based on the conviction that is possible to design, from South America, a new paradigm on migration and human rights.

Key words: Citizenship, Mercosur, human rights, nationality, equality, freedom of movement.

(1) Este trabajo representa la Tesis final del Master online en Migraciones Internacionales y Extranjería, de la Universidad Europea de Madrid y el Consejo General de la Abogacía Española, septiembre 2011, revisada y actualizada en abril de 2012.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL PLAN DE ACCIÓN PARA UN ESTATUTO DE CIUDADANÍA DEL MERCOSUR.
 - 1. **Migraciones y Libre Circulación en el Mercosur y Sudamérica: algunos antecedentes.**
 - III. CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD: CATEGORÍAS INCOMPATIBLES PARA UN MODELO BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS.
 - IV. CIUDADANÍA, POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. LA VISIÓN CRÍTICA DESDE SUDAMÉRICA.
 - V. EL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DEL MERCOSUR A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN Y LA REALIDAD DE LA REGIÓN: RIESGOS, CONTRADICCIONES, HIPÓTESIS.
 - 1. **Leyes, Declaraciones, Propuestas: caminos encontrados.**
 - 2. **Hipótesis de mediano y largo plazo.**
 - VI. REFLEXIONES FINALES.
- BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de diciembre de 2010, el Consejo del Mercado Común del Sur aprobó la elaboración de «un plan de acción para la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur»⁽²⁾. Según el artículo 6 de esta decisión, el plan debe estar plenamente implementado para el año 2021, cuando se celebre el 30.º aniversario de la creación del bloque regional.

Tal como se examinará a lo largo de este trabajo, el plan de acción a diseñar debe contemplar el reconocimiento de una serie de derechos y beneficios a las personas nacionales de los Estados de la región. En particular, se hace alusión al derecho a la libre circulación y a la igualdad de derechos civiles, económicos, sociales y culturales, y específicamente la salud, la educación y el trabajo. Asimismo, se establece la necesidad de reconocer de manera progresiva los derechos políticos de esas personas (que residan en otro país de la región), incluyendo el derecho a elegir a representantes de instituciones regionales.

En un principio, es posible caracterizar esta decisión como un paso que podría llevar a una nueva etapa no sólo en materia de integración regional entre los países del Mercosur

(2) Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. Núm. 64/10, aprobada el 16 de diciembre de 2010 en la ciudad de Foz de Iguazú.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

(y eventualmente, los asociados⁽³⁾), sino particularmente para la expansión de la libertad de movimiento y la integración social y equitativa de sus poblaciones. A su vez, la implementación de este plan de acción puede representar una base fundamental para elevar el nivel de protección de los derechos humanos en la región, así como para instalar un enfoque comprehensivo e integral en las políticas migratorias, basado en los principios fundamentales de derechos humanos.

En este sentido, resulta importante tener en cuenta, como se observará con mayor detalle a lo largo de estas páginas, que en los últimos años han sido los Estados sudamericanos los que progresivamente se han destacado por promover en múltiples escenarios internacionales la necesidad de un cambio tajante en las políticas migratorias.

Ahora bien, sin perjuicio del impacto positivo que podría tener esta decisión (en adelante, Decisión 64/10) en las políticas de los países de la región y, concretamente, en los derechos de las personas, también es preciso señalar que, con base en su contenido, es decir, la forma en que se ha propuesto el proceso de extensión de derechos y libertades, podría generar el efecto contrario. Nos referimos, y esto constituye uno de los objetivos centrales de este trabajo, a la posibilidad de que el llamado «Estatuto de Ciudadanía del Mercosur» se transforme en un mecanismo excluyente y restrictivo, en perjuicio de los derechos de algunas categorías de migrantes que habiten o intenten ingresar a uno de los países de la región.

En este sentido, a partir de la revisión de los artículos incluidos en la Decisión 64/10, examinaremos si, como parecería evidenciar, la igualdad y ampliación de derechos que propone no podría actuar como un factor de exclusión con base en la nacionalidad de la persona. Por ello, evaluaremos con especial atención las diferencias o semejanzas que el Estatuto tendría con los principios que caracterizan el modelo de integración desarrollado en la Unión Europea. Y en particular, se analizará si la situación de los llamados «nacionales de terceros países» (en el ámbito europeo) no podría reproducirse a través de esta reciente iniciativa del Mercosur.

Para ello, es preciso hacer una reflexión en torno a la noción de ciudadanía, especialmente en dos sentidos. Por un lado, sobre su vinculación con la nacionalidad, es decir, la concepción restrictiva que supone considerar ciudadanos y ciudadanas únicamente a quienes poseen una determinada nacionalidad (o algunas). Y por el otro, la atribución de derechos humanos, ya no en razón de tal condición sino por el hecho de ser nacionales de un determinado Estado. Al respecto, es oportuno mencionar que el modo en que estos dos aspectos de la ciudadanía han sido regulados en el contexto de la Unión Europea ha recibido numerosos cuestionamientos por parte de los países sudamericanos, lo cual justifica también el objetivo propuesto en este trabajo.

De esta manera, una vez examinada la decisión adoptada por el Mercosur y de evaluar la cuestión de la ciudadanía en la Unión Europea y en la propuesta del bloque sudamericano, nos detendremos a observar en qué medida ello puede impactar en los derechos huma-

(3) Los miembros plenos del Mercosur son Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. A septiembre de 2011, son países asociados los siguientes: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela (se trata de todos los países de Sudamérica, con la excepción de Guyana y Surinam).

nos de las personas migrantes. Y en particular, de los y las migrantes que, por un lado, se movilizan entre los países que conforman el Mercosur, y por el otro, de quienes ingresen a uno de ellos provenientes de otras regiones. Dado el contenido de la Decisión 64/10, se hará un especial hincapié en los derechos sociales y políticos.

Junto al análisis específico de los derechos de las personas migrantes que podría derivarse de la aplicación de esa decisión, también se indagará sobre las implicancias en materia de ingreso al territorio y acceso a la residencia, en especial respecto de las personas migrantes que no tengan la nacionalidad de algunos de los Estados parte.

La sección final se ocupará de evaluar esta iniciativa regional a la luz de los cambios en las leyes y políticas migratorias que se han dado recientemente en algunos de los países de la región. En este sentido, resulta relevante observar en qué medida el eventual avance de un proceso de libre circulación podría derivar en algunos cambios regresivos (o contradictorios) en el actual proceso de ampliación de derechos de migrantes en la nueva normativa migratoria vigente en algunos países. O, al contrario, si se trataría de una medida que complementa esas tendencias positivas de ciertos países y, de esa manera, contribuya a consolidar un nuevo paradigma en materia de políticas migratorias y derechos humanos.

En definitiva, estas páginas buscan aportar algunas ideas, reflexiones, aunque también plantear interrogantes, sobre un proceso que se encuentra en su etapa inicial. Precisamente por ello, el objetivo es contribuir a las discusiones y propuestas que se irán generando en los próximos años a raíz de la elaboración del Plan de Acción para la creación de un Estatuto de Ciudadanía del Mercosur.

II. EL PLAN DE ACCIÓN PARA UN ESTATUTO DE CIUDADANÍA DEL MERCOSUR

La Decisión 64/10 del Consejo del Mercosur, al describir el Plan de Acción sobre el estatuto de ciudadanía regional, establece en su artículo 2 lo siguiente: «El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y se conformará en base, entre otros, a los siguientes objetivos oportunamente trazados en los Tratados Fundacionales del MERCOSUR y en la normativa derivada: Implementación de una política de libre circulación de personas en la región; Igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR; Igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación».

Seguidamente, dispone que, con miras a alcanzar los objetivos generales indicados en el artículo 2, el plan de acción se integrará con los siguientes elementos: 1. Circulación de personas; 2. Fronteras; 3. Identificación; 4. Documentación y Cooperación Consular; 5. Trabajo y Empleo; 6. Previsión Social; 7. Educación; 8. Transporte; 9. Comunicaciones; 10. Defensa del Consumidor; y 11. Derechos Políticos. A continuación, nos detendremos únicamente en algunos aspectos que son especialmente relevantes a los fines de este trabajo.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

En cuanto a la circulación y a la cuestión de las fronteras, la decisión se limita a señalar la facilitación del tránsito y de la circulación en el espacio Mercosur, y la simplificación de trámites, agilización de procedimientos de control migratorio, así como la armonización gradual de los documentos aduaneros y migratorios (§ 3.1). A su vez, luego estipula —al referirse al trabajo— el «desarrollo de planes regionales en materia de facilitación de la circulación de trabajadores» (§ 5.7).

Al respecto, es pertinente efectuar al menos dos observaciones: en primer lugar, que al menos en esta fase (fundacional) no se hace alusión a un escenario de eliminación de fronteras y controles fronterizos entre los países que integran el Mercosur. En segundo lugar, es llamativo que se haga referencia a la circulación de «trabajadores» y no de personas en general, lo cual podría derivar en criterios que limiten esa movilidad con base en necesidades del mercado de trabajo del país receptor. De todas maneras, sobre esta última cuestión, dicho escenario restrictivo no sería coherente con normas ya vigentes a nivel regional y nacional que, como veremos más adelante, en el caso de nacionales de países de la región no limitan el ingreso y la residencia a una determinada categoría migratoria.

Siguiendo con el análisis de la Decisión 64/10, en el ámbito del trabajo y el empleo, se plantea la revisión de la Declaración Sociolaboral del Mercosur⁽⁴⁾; el fortalecimiento del funcionamiento de la Comisión Sociolaboral; el fortalecimiento del Observatorio del Mercado de Trabajo; el desarrollo de directrices sobre empleo; y el desarrollo de planes regionales en materia de trabajo infantil, inspección de trabajo y, como se señaló, facilitación de la circulación de trabajadores (§ 5).

La decisión no menciona explícitamente la cuestión de la igualdad de derechos laborales, e incluso en cuanto al derecho a trabajar, ni tampoco alude a la situación migratoria de la persona (o en su caso, la necesidad o no de contar con una autorización de residencia para trabajar). Sin embargo, es de esperar que el proceso de elaboración del Plan de Acción incorpore estas cuestiones, particularmente si se tienen en cuenta algunas herramientas que ya existen en la región (como el Acuerdo de Residencia, que se explicará más abajo) o las normas migratorias vigentes en algunos de los países.

En lo relativo al derecho a la seguridad social, se propone la integración de los registros de información previsional y laboral de los Estados Partes para fines de simplificación de trámites, seguridad de las informaciones, formulación de políticas públicas y agilización de concesión de beneficios (§ 6). Llamativamente, no se hace alusión a temas relevantes sobre migraciones y seguridad social, como la transferencia de los beneficios de los trabajadores de manera irrestricta entre países de origen y destino, incluido en el caso de retorno. De todas maneras, cabe pensar que la aplicación de otros instrumentos internacionales (como la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, y el Acuerdo Multilateral sobre Seguridad Social del Mercosur), facilitarán su inclusión en el Programa de Acción.

(4) Aprobada en Río de Janeiro, el 10 de diciembre de 1998. Es oportuno mencionar que esta declaración, en su artículo 4.2, afirma lo siguiente: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores». Para un análisis más exhaustivo de la Declaración, véase Malm GREEN (2008) y Ermida URIARTE (2002).

En materia de educación, se menciona la «simplificación de los trámites administrativos a efectos de la equivalencia de estudios y títulos de enseñanza superior; la profundización del Sistema ARCU-SUR para la equivalencia plena de cursos superiores; y la creación de un Acuerdo Marco de Movilidad para la consolidación de un espacio de movilidad (estudiantes, profesores e investigadores) e intercambios académicos» (§ 7). Aquí tampoco se hace referencia al derecho a la educación de las personas que se trasladen de un país a otro, o la igualdad de condiciones de ejercicio de este derecho respecto de los «nacionales» del país en que habiten. Será también en este caso el diseño del Plan de Acción el que deberá tener en cuenta éste y otros aspectos vinculados al acceso a la educación por parte de las personas que migren entre los países de la región.

Luego, al referirse a la cuestión de los derechos políticos, la decisión propone «evaluar las condiciones para avanzar progresivamente en el establecimiento de derechos políticos, de acuerdo con las legislaciones nacionales que reglamenten su ejercicio, en favor de los ciudadanos de un Estado Parte del Mercosur que residan en otro Estado Parte del que no sean nacionales, incluyendo la posibilidad de elegir parlamentarios del Mercosur» (§ 11).

Como se puede observar, se decide evaluar esta posibilidad, sin afirmar la igualdad de derechos políticos (al menos en los planos local y regional). En cualquier caso, los debates que surjan en el marco de la elaboración del Plan de Acción, así como algunas leyes vigentes en los países, serán determinantes para convertir esta declaración de intenciones en un reconocimiento de derechos políticos de los y las migrantes. En este tema, como respecto de los demás derechos, la igualdad proclamada en el artículo 2 debería guiar la elaboración detallada del contenido de estas propuestas.

Por otra parte, resulta importante señalar la omisión de alguna disposición particular sobre el tema de la salud, más allá de su mención genérica en su artículo 2. De todas formas, al igual que en los otros temas, ello no será óbice para introducir aspectos importantes relativos al derecho a la salud en el marco del Plan de Acción.

Y finalmente, resulta importante señalar que, más allá de los temas —derechos— mencionados u omitidos en esta decisión, entre las ausencias notables debe agregarse un aspecto de extrema relevancia: los Estados asociados al Mercosur. En este sentido, es singular que la resolución no haya realizado referencia alguna a la posibilidad de extender (vía adhesión de los Estados u otro mecanismo) el Estatuto de Ciudadanía a los países asociados al bloque regional. Y llama especialmente la atención por diversas razones:

En primer lugar, porque el Mercosur ampliado incluye prácticamente a todos los países que conforman la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), los mismos que, por otra parte, participan anualmente en la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). En ambos espacios, como se verá más adelante, existen diversas declaraciones e iniciativas en torno a la libre circulación y los derechos de las personas migrantes.

En segundo lugar, como también describiremos luego, porque los países asociados ya han firmado acuerdos previos que, de alguna manera, han servido de base para la adopción de la Decisión 64/10. Y, por último, porque precisamente a partir de estos antecedentes, algunos países ya han incluido en su legislación interna algunos criterios que, en buena medida, reflejan lo dispuesto en esa Decisión, pero ampliando su protección a todos los

nacionales de la región (Mercosur ampliado) y, en ciertos temas, a todas las personas migrantes en general.

Ahora bien, sin perjuicio de los breves comentarios que hemos realizado en este apartado sobre el sintético contenido de la Decisión 64/10, el aspecto que más nos interesa examinar es en qué medida esta nueva fase del proceso de integración regional puede impactar en los derechos de la población migrante, sean nacionales de algún Estado parte o de otros países. Y en este sentido, la cuestión clave está en que de la lectura de esta decisión del Consejo del Mercado Común, se observa que las propuestas de reconocimiento de derechos e igualdad de condiciones entre nacionales y extranjeros están limitadas a aquellas personas que «son nacionales de un Estado parte».

Esta atribución de derechos con base en la nacionalidad, derivado de un estatuto de ciudadanía regional, es uno de los temas más complejos, interesantes, aunque controvertidos de esta iniciativa, y por ello es que de aquí en adelante nos centraremos en evaluar el posible impacto que esta delimitación podría tener en el proceso de elaboración del Plan de Acción, y, eventualmente, en el contexto de cada uno de los países que conforma la unión regional.

Previo a ello, consideramos oportuno hacer una breve descripción de algunas decisiones previas adoptadas en el ámbito del Mercosur en materia de migraciones y libre circulación, en tanto son antecedentes que no sólo han llevado a la aprobación de la Decisión 64/10, sino que han incidido en la reforma de algunas leyes migratorias en países de la región.

1. Migraciones y Libre Circulación en el Mercosur y Sudamérica: algunos antecedentes

El Mercosur, como ha sucedido con otros procesos de integración regional, nació como una unión comercial, económica, y por ello en términos de libre circulación su prioridad estuvo en la liberalización de la circulación de bienes y mercancías. Se ha señalado que la libre circulación de personas no se planteaba como tal sino dentro del aspecto más general, y netamente económico, de la libre circulación de factores de producción (CORTI VARELA, 2011). Precisamente, el Tratado de Asunción dispone que el «Mercado Común implica: La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente» (art. 1).

Al respecto, CORTI VARELA (2011) señala que «dentro del concepto de *factores productivos* evidentemente se incluía la libre circulación de personas para realizar o recibir prestaciones económicas, y por tal razón las primeras decisiones del Consejo ya manifestaban la voluntad de construir un espacio regional donde puedan circular libremente los ciudadanos y residentes de los Estados Partes, así como sus bienes, servicios y factores productivos», proponiendo instalar canales preferenciales para la atención de los nacionales y residentes de los países de la región, aunque siempre con el fin de aumentar «el intercambio económico y comercial y, en especial, turístico». De todas maneras, aclara, aquí también se evidencia que el objetivo apuntaba más bien a facilitar la entrada para una estancia de corta duración que a fomentar un asentamiento estable en otro Estado parte (CORTI VARELA, 2011).

Las iniciativas de libre circulación diseñadas en el ámbito del Mercosur hasta el momento, evidentemente, presentan importantes diferencias en relación con la experiencia del espacio regional que ha llegado más lejos en esta materia, la Unión Europea. Al respecto, CARDESA SALZMANN (2011) destaca que el marco normativo del Mercosur dista mucho de la regulación del derecho de desplazamiento en el contexto de la integración europea, donde la libre circulación de personas está desprovista de la condicionante del ejercicio de una actividad económica, no exige más que la posesión de un documento que acredite la identidad, y se ejerce en el marco del denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia. La supresión de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores de la UE (CARDESA SALZMANN, 2011)⁽⁵⁾ no ha tenido por ahora su correlato en el ámbito del Mercosur, sin perjuicio de cierta flexibilización en los requisitos documentales para ejercer la circulación.

En cuanto a los instrumentos adoptados en la región en estas temáticas, tal vez lo más relevante —en general y en el contexto de este trabajo— son los Acuerdos de Residencia aprobados en la ciudad de Brasilia el día 6 de diciembre de 2002⁽⁶⁾. En los fundamentos de estos Acuerdos, se señala el objetivo de fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional, y se reafirma «el deseo de los Estados Partes y Asociados del Mercosur de fortalecer y profundizar el proceso de integración». Luego, se destaca particularmente «que la implementación de una política de libre circulación de personas en la región es esencial para la consecución de esos objetivos». Y su artículo 1.º establece que «*Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último..., mediante la acreditación de su nacionalidad...*».

Este Acuerdo viene a introducir una nueva categoría de residencia en la legislación de los países de la región, basada específicamente en la nacionalidad de la persona. De esta manera, la posibilidad de residir en el territorio de un Estado parte ya no radica —como sucedía hasta dicho momento— en la posesión y acreditación de un criterio migratorio «tradicional» (trabajador, estudiante, familiar —cónyuge, hijo/a— de un nacional o residente) sino que basta para ello con la nacionalidad de uno de los países firmantes⁽⁷⁾.

Aquí se pueden observar dos aspectos ya señalados. Por un lado, que esta liberalización de los criterios de residencia no fue acompañada de un proceso que supusiera —aunque sea gradualmente— la eliminación de las fronteras entre los países. Por el otro, el surgimiento de un nuevo criterio de adjudicación de derechos (de residencia, en este caso) basado en la nacionalidad de la persona. Se trata de dos elementos claves de la Decisión adoptada por el CMC ocho años después.

Estos Acuerdos de Residencia recién entraron en vigor, como acuerdo internacional, a mediados del año 2009, cuando todos los Estados parte los ratificaron. Así, y sin perjuicio

(5) Para un análisis más detallado de los diferentes antecedentes normativos, las propuestas e iniciativas que se elaboraron en el Mercosur en materia de libre circulación de trabajadores/as migrantes, además de los citados trabajos de CARDESA SALZMANN (2011) y CORTI VARELA (2011), véase AGUIRRE *et al.* (2009) y ROBLES (2004). Y sobre el desarrollo histórico y el marco normativo sobre el derecho a la libre circulación en la UE, ver LÓPEZ-JACOISTE (2011).

(6) Nos referimos al Acuerdo 13/02, sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, y al Acuerdo 14/02, sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile.

(7) A fin de profundizar el análisis del contenido de estos Acuerdos, véase CHUECA SANCHO (2008), y ASA y CERIANI CERNADAS (2005).

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

de ciertas medidas unilaterales o bilaterales adoptadas con anterioridad (luego veremos esta cuestión), se llevó casi siete años lograr la plena vigencia del acuerdo a nivel internacional. En ese sentido, se ha señalado que el «principal problema del Mercosur es pretender grandes objetivos de integración a través de un marco jurídico-institucional esencialmente intergubernamental, sin cesión de soberanía. Incluso las decisiones “vinculantes” adoptadas por las instituciones del Mercosur, siempre por consenso y reducidas al ámbito económico, sufren grandes retrasos en su “internalización” a derecho nacional careciendo, mientras tanto, de toda efectividad jurídica» (CORTI VARELA, 2011).

A esta demora se le debe sumar, en algunos casos, los tiempos de implementación efectiva en la legislación y las prácticas al interior de los Estados. En este sentido, el caso de Argentina es —tal vez— bastante particular por su rápida y positiva aplicación, y por ello se observará con mayor atención al momento de examinar su legislación migratoria. Pero en el caso de los demás países que han firmado esos Acuerdos, lo cierto es que aún hoy, a comienzos de 2012, aún restan numerosas decisiones que tomar y pasos a dar a fin de garantizar, de manera efectiva, el ejercicio de ese derecho de residencia por parte de los y las nacionales de los demás países de la región.

De todas maneras, es de suponer que el Plan de Acción a diseñar por los Estados del Mercosur en seguimiento de la Decisión 64/10 incidirá de manera determinante no sólo en la aplicación de estos Acuerdos sino también, tal vez, en su contenido y alcance. Los debates que se producirán en el marco de la elaboración del Plan de Acción podrían generar cambios que profundicen o, al contrario, recorten o restrinjan los derechos reconocidos hasta el momento en instrumentos universales, regionales o nacionales, como veremos luego.

Antes de entrar en ese análisis, resulta pertinente efectuar al menos unos comentarios sobre el abordaje de estas temáticas (libre circulación, derechos de migrantes, integración regional) en otros espacios que se han desarrollado en la región más recientemente: nos referimos a la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR) y la Conferencia Sudamericana de Migraciones (CSM). La UNASUR⁽⁸⁾, organismo regional creado hace muy pocos años⁽⁹⁾, y que reemplaza a la llamada Comunidad Sudamericana de Naciones, formalmente entró en vigor en 2011⁽¹⁰⁾. En los objetivos específicos de la Unión, incluidos en su tratado constitutivo, se pueden identificar las dos tendencias ya comentadas: 1) el enfoque de derechos humanos a las personas migrantes; y 2) la integración e igualación de derechos con base en la nacionalidad de los países de la región.

En efecto, por un lado, se identifica «la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas» (§ 3.k). Por el otro, se propone «la consolidación de una identidad suramericana a través del reconocimiento progresivo de derechos a los nacionales de un Estado Miembro residentes en cualquiera de los otros

(8) Para una descripción más detallada acerca del desarrollo institucional de la Unión de Naciones Sudamericanas, ver ÁLVAREZ VALDÉS (2009).

(9) *Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Sudamericanas* (UNASUR), suscripto en la ciudad de Brasilia, el día 23 de mayo de 2008.

(10) El tratado entró en vigor al llegar al número mínimo de ratificaciones exigido (nueve), el 11 de marzo de 2011. En el mes de agosto de este año, fue ratificado por Paraguay, el último Estado parte que restaba por hacerlo.

Estados Miembros, con el fin de alcanzar una ciudadanía suramericana» (§ 3.i). Asimismo, en 2009, los países que integran la UNASUR reafirmaron su compromiso de «avanzar en la construcción de la ciudadanía suramericana, abordando el tema de la migración con un enfoque integral y comprensivo, bajo el respeto irrestricto de los Derechos Humanos de los migrantes y sus familias, conforme lo dispuesto en la Declaración de Cochabamba, de diciembre de 2006»⁽¹¹⁾.

En el ámbito de la Conferencia Sudamericana de Migraciones⁽¹²⁾, los Estados destacaron «el creciente proceso de integración que impulsan los Pueblos y Gobiernos de la región y a los avances alcanzados en el proceso de la libre circulación y residencia de personas, así como la experiencia acumulada históricamente y la tradicional apertura como receptores de migrantes»⁽¹³⁾. En el documento que acompaña al programa de acción aprobado en la última reunión de la CSM se afirmó que *«La libre circulación y residencia es un derecho humano básico, y ha sido un principio tradicionalmente asumido por los países de la región a través de sus políticas de apertura y promoción de las migraciones (...) El incremento de restricciones a la movilidad humana observable en países y regiones desarrolladas receptoras de migraciones, no se condice con el principio de la libre circulación de las personas»*⁽¹⁴⁾.

Finalmente, cabe destacar que tanto en el ámbito de la CSM como de la UNASUR se evidenció la necesidad de reforzar la cooperación y coordinación entre ambos espacios, a los fines de articular los espacios de concertación y construir un enfoque común regional que facilite la circulación de personas con miras a la construcción de la ciudadanía suramericana⁽¹⁵⁾.

Una vez efectuada esta introducción sobre la Decisión 64/10 y sobre algunos antecedentes en materia de libre circulación, migraciones y derechos humanos en el seno del Mercosur o en otras instancias de diálogo e integración regional, corresponde adentrarse en el núcleo de este trabajo: la construcción de un modelo de integración y libre circulación, incluyendo la atribución de derechos humanos, así como sus alcances y limitaciones según cuáles sean los rasgos y criterios que lo compongan.

III. CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD: CATEGORÍAS INCOMPATIBLES PARA UN MODELO BASADO EN LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los aspectos que caracteriza la reciente iniciativa de elaborar un Estatuto de Ciudadanía en el Mercosur es que la atribución de derechos que acompañarían el estatus de

(11) Declaración Presidencial de Quito, adoptada en la III Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), Quito, Ecuador, 10 de agosto de 2009, § 25.

(12) La CSM, iniciada en 2000, se realiza de forma anual y participan en ella todos los Estados de Sudamérica. Los textos completos de las declaraciones adoptadas en las reuniones de la CSM pueden consultarse en el sitio <<http://www.csmigraciones.info/>>.

(13) Declaración de la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones, Montevideo, 19 de septiembre de 2008.

(14) Documento aprobado en la Décima Conferencia Sudamericana de Migraciones, Cochabamba, 25 y 26 de octubre de 2010.

(15) Declaración de la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones, Quito, 22 de septiembre de 2009, § 17; Declaración Presidencial de Quito, UNASUR, § 25.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

Ciudadanía del Mercosur estaría apoyada en el hecho de tener la nacionalidad de uno de los Estados parte. Por tal razón, y previamente a examinar el posible impacto que este aspecto puede tener en la región, y de observar cómo esa misma característica ha moldeado el proceso desarrollado en la Unión Europea, nos interesa efectuar algunas reflexiones sobre la categoría de ciudadanía y su relación con la noción de nacionalidad y los principios que rigen el derecho internacional de derechos humanos.

La noción de ciudadanía es un componente central del debate contemporáneo en torno de la titularidad de los derechos humanos de las personas migrantes. Al respecto, FERRAJOLI afirma que tomar en serio los derechos humanos en la actualidad «significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como “pertenencia” (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal. Y desvincularlos de la ciudadanía significa reconocer el carácter supra-estatal —en los dos sentidos de su doble garantía constitucional e internacional— y por tanto tutelarlos no sólo dentro sino también fuera y frente a los Estados, poniendo fin a este gran apartheid que excluye de su disfrute a la gran mayoría del género humano contradiciendo su proclamado universalismo» (FERRAJOLI, 1999:117).

En efecto, uno de los factores que han incidido en la negación de derechos fundamentales a personas migrantes, o en la distinción entre sus derechos y los reconocidos a los nacionales del país o región en que habitan, es el uso que mayoritariamente se ha dado al concepto de ciudadanía y, por derivación, a los llamados «derechos ciudadanos». En este sentido, la ciudadanía, junto a otros factores (como la condición migratoria), actúa como un concepto excluyente y legitimador de distinciones en el reconocimiento y ejercicio de derechos (OLEA RODRÍGUEZ, 2004:204). Se trata de lo que ZAPATA ha llamado la tríada Estado-Nación-Ciudadanía (2003:113). La pertenencia a una comunidad nacional no es una razón suficiente ni necesaria para limitar la titularidad de derechos (ARANGO, 2005:68).

Desde diferentes perspectivas se ha puesto en discusión el sentido y alcance otorgado al término de ciudadanía, especialmente en un contexto caracterizado por el incremento de las migraciones a escala global, y la consecuente multiculturalidad que caracteriza a diversas sociedades contemporáneas. El cuestionamiento se centra en la simbiosis de dos elementos: por un lado, la *sinonimia* entre ciudadanía y nacionalidad (AGUELO y CHUECA SANCHO, 2009); y por el otro, la atribución exclusiva a las personas de determinada nacionalidad, de derechos humanos que han sido consagrados como universales.

El impacto de estas restricciones y, en el fondo, de la discusión sobre el alcance y la definición del concepto de ciudadanía, no es menor. Aquí se pone en juego el equilibrio entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia definida por la ciudadanía (MEZZADRA, 2005:98). Por lo tanto, no resulta casual que de manera continua se haga referencia a las personas migrantes como una de las categorías más susceptibles de ser tratadas como no-personas, es decir, como seres humanos sin derechos (DAL LAGO, 2000:129).

Es precisamente en el campo de las migraciones, ante el embate de leyes y prácticas crecientemente restrictivas, si no directamente discriminatorias, xenófobas o que criminalizan la migración, donde la cuestión de la ciudadanía se ve cada vez más cuestionada. Mientras que la ciudadanía interpretada en forma restrictiva puede constituir un factor determinante para regular los derechos a los y las migrantes, la movilidad de millones de personas entre los países, y su establecimiento fuera de su país de origen, cuestiona de manera

directa su significado y alcance, al tiempo que reivindica una interpretación universalista e inclusiva de los derechos.

Ante estas limitaciones derivadas de la noción de ciudadanía, se han elaborado diferentes propuestas que permitan superar su interpretación restrictiva y, consecuentemente, a reconocer y asegurar los derechos humanos a todas las personas que conforman una sociedad, que comparten un territorio y una comunidad, sin perjuicio de su nacionalidad.

DE LUCAS ha recurrido a la idea de *ciudadanía cívica*, a través de la cual las personas adquieren derechos plenos (por ejemplo, incorporando los derechos políticos) a partir de la residencia en un territorio, independientemente de la posesión de determinada nacionalidad (DE LUCAS, 2004:223). Es decir, la adjudicación del estatus de ciudadanía se apoya en el hecho de ser habitante de un lugar, aunque para ello resulta preciso que los mecanismos que regulan la obtención de la condición de residente sean accesibles para quienes así lo deseen. AÑÓN, por su parte, se refiere al concepto de *ciudadanía social* para precisar que la plena garantía de inclusión ciudadana está dada a través de los derechos políticos, pero también, muy especialmente de los derechos sociales, puesto que constituyen lo que denomina el test de inclusión social plena (AÑÓN, 2002:1)⁽¹⁶⁾.

Según BAUBÖCK (2004:197), el concepto de *ciudadanía transnacional* supone «una igualdad presuntiva de derechos para los ciudadanos y nacionales extranjeros residentes permanentes. No son necesariamente ilegítimas las distinciones legales entre ciudadanos y nacionales extranjeros permanentes, pero se verían con desconfianza, de modo que hay en cada caso una carga de justificación...». Como se puede observar, la propuesta está íntimamente ligada a la llamada categoría sospechosa, doctrina desarrollada por la jurisprudencia estadounidense y receptada por diversos tribunales nacionales, regionales e internacionales⁽¹⁷⁾.

En el marco de este debate, y teniendo en mente el carácter irreconciliable entre los derechos humanos y el mantenimiento de una clase cerrada de privilegiados (por su acceso exclusivo a los derechos sociales), ARANGO propone que el «desplazamiento de los derechos fundamentales con validez particular hacia derechos fundamentales con validez universal contribuya al reconocimiento de los derechos humanos sin consideración de las fronteras nacionales, en especial, los derechos a la libre circulación y al trabajo. Desde este punto de vista, es posible que el criterio de la pertenencia a una sociedad particular se torne irrelevante ante la universalización de los derechos liberales fundamentales...» (ARANGO, 2005:332).

Ahora bien, con independencia de las diferentes propuestas desarrolladas en la última década en el marco del debate en torno a la ciudadanía, y su impacto en los derechos de las personas migrantes, lo relevante —e incuestionable, diríamos— es que esta categoría,

(16) En el mismo sentido, HABERMAS (1997:180) sostiene que «... desde el punto de vista de la representación y de la “cualificación de ciudadanos” es importante asegurar las condiciones fácticas de una utilización de derechos formalmente iguales, que ofrezca verdaderamente una igualdad de oportunidades. Pero esto no sólo vale para los derechos de participación política, sino también para los derechos de participación social y para los derechos de libertad privada; pues nadie puede actuar de forma políticamente autónoma si no le quedan garantizadas las condiciones para que se produzca su autonomía privada».

(17) En relación con la doctrina sobre categorías sospechosas, y su utilización por tribunales locales e internacionales, véase DULITZKY (2007).

interpretada de manera restrictiva, opera como un mecanismo excluyente que pone en riesgo el ejercicio de derechos humanos reconocidos de manera amplia desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta cuestión debería resultar vital en el marco del Plan de Acción a desarrollar en aras de la creación del Estatuto de Ciudadanía del Mercosur. Por ello, es oportuno dedicar una sección a observar sintéticamente algunas consecuencias que el uso de esa lógica restrictiva de ciudadanía ha tenido en el ámbito de la Unión Europea.

IV. CIUDADANÍA, POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL MODELO DE INTEGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. LA VISIÓN CRÍTICA DESDE SUDAMÉRICA

El artículo 20 del Tratado de la Unión Europea, al definir el estatus de ciudadanía de la Unión y algunas de sus implicaciones, establece lo siguiente: «1. *Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.* 2. *Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...».*

Por otra parte, 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, modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y permite que los Estados miembros extiendan a otros familiares el derecho a la libre circulación, abarcando las siguientes categorías: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro y de conformidad con la legislación del Estado de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de dicha pareja; d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja antes citada.

Habiendo destacado estas características básicas de la definición y alcance de la noción de ciudadanía adoptada en el contexto de la Unión Europea, lo relevante está —y éste es el objetivo central de este trabajo— en evaluar cuáles han sido las implicaciones de esta conformación de la ciudadanía en los derechos de las personas migrantes y, también, en los objetivos, el contenido y los resultados de las políticas migratorias diseñadas consecuentemente tanto a nivel regional como nacional. Y allí nos encontramos, inmediatamente, con cuestiones tales como la discriminación, la exclusión social y uso de mecanismos coercitivos y punitivos (control migratorio).

Al respecto, DE LUCAS señala —al examinar las políticas migratorias de la UE— que la clave está en la imposibilidad de aceptar la actual respuesta a las exigencias del principio jurídico de igualdad y la construcción de una ciudadanía plena e inclusiva. Se trata, sostiene, de una respuesta parcial, de segmentación de derechos, de creación de infra-ciudadanos,

que contradice garantías elementales del Estado de derecho, la universalidad de los derechos humanos y las exigencias de la extensión de la democracia en sociedades cada vez más plurales. Ello deriva en un déficit de legitimidad representado por el contraste entre el proclamado universalismo de la cultura jurídica y política de Europa, junto a la decisión de exportar la democracia a todo el globo, y la institucionalización de la desigualdad jurídica, la exclusión social y la subordinación política de los inmigrantes (DE LUCAS, 2003).

Esta contradicción también es evidenciada por RIGO (2005:5), para quien, teniendo en cuenta la ambición universalista que caracteriza la historia moderna de los países y el continente europeo, en la actualidad es preciso identificar si el proceso de integración post-nacional europeo supera o no los límites de su legado histórico y teórico. Es decir, se trata de comprender los límites de la aspiración universal de un modelo basado en los derechos de pertenencia, en una estructura que define la construcción jurídica de los no-ciudadanos.

En este sentido, y la misma dirección que lo examinado en la sección anterior, CHUECA SANCHO (1999) pone en evidencia, en el contexto de la UE, el error de confundir los derechos humanos con derechos de «nacionales o ciudadanos de un país». Uno de los problemas de su sistema de protección de derechos se halla precisamente en la no diferenciación entre derechos de ciudadanos de la Unión y derechos de todas las personas, lo cual puede derivar en una violación del principio de igualdad y de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ello conduce también, como ilustra MOYA (2010), a resultados no sólo en términos de desigualdad, sino incluso paradójicos: a modo de ejemplo, el limitado acceso a la nacionalidad a ciertas categorías de personas extranjeras de segunda y tercera generación que residen en algunos estados europeos, al mismo tiempo que se conserva la nacionalidad a personas que nunca han vivido en el territorio. Ello demuestra que la delimitación del concepto de nacional es en el fondo una decisión política, donde el constituyente puede fijar los criterios definitorios, pero en la que es generalmente el legislador quien asume el detalle de los mismos.

De todas maneras, la importancia de estas clasificaciones estriba en sus implicancias en términos de reconocimiento y ejercicio de derechos, es decir, de las condiciones de vida a las cuales las personas —al menos, formalmente y dicho de manera generalizada— pueden aspirar. En este sentido, la atribución de derechos diferenciada que se deriva de esa construcción jurídica se construye también a partir de un cambio en la noción de extranjero. A modo de ejemplo, en el caso de España, ciertas categorías de no-nacionales se guían por un estatuto jurídico diferente del régimen general para extranjeros. Tal como destaca ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (2011), los nacionales de los países de la UE, los nacionales de los Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, los de la Confederación Helvética, y algunos de los familiares de todos esos nacionales y de los españoles, gozan en España de un trato de equiparación al nacional en virtud de la normativa comunitaria, y por ello no les es aplicable, en principio, el régimen general de la ley de extranjería.

Con la excepción de algunos casos (especialmente, por vínculos familiares), los extranjeros propiamente dichos serían únicamente quienes no tienen la nacionalidad de los países que integran el espacio regional. Y su situación jurídica y política dista sustancialmente de quienes son considerados ciudadanos o ciudadanas de la Unión Europea. Al examinar el estatus de ciudadanía, nos encontramos con «con el máximo nivel posible de derechos.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

La situación de esta categoría de personas —que acumulan a la vez una nacionalidad y la ciudadanía de la UE y residen en el territorio del Estado de su nacionalidad— puede ser calificada como de plenitud de derechos, pues reciben a la vez los derechos atribuidos por su ordenamiento nacional y los atribuidos por el ordenamiento de la misma Unión... [En definitiva, se trata de un estatus de] cuasi-nacional» (CHUECA SANCHO, 2010)⁽¹⁸⁾.

Por otra parte, MAAS (2008) ha resaltado que los intentos de ir progresivamente igualando la condición y los derechos de los nacionales de terceros países respecto de las personas nacionales de Estados partes de la UE fueron no sólo limitándose a ciertas categorías (en particular, los llamados residentes de larga duración), sino que ni siquiera en esos casos se trata de un mismo status jurídico o ciudadanía ni, en definitiva, de derechos en igualdad de condiciones.

Como es posible observar, el resultado —esperable— de esta clasificación de la noción de ciudadanía y su asociación al reconocimiento de un catálogo diferenciado de derechos con base en la nacionalidad de la persona es el de la estratificación social y jurídica, la desigualdad y, como explicaba FERRAJOLI, la exclusión. Llevando al extremo estas consecuencias, los mecanismos diferenciadores diseñados por la UE y sus Estados miembros —en cuanto a la titularidad y condiciones de ejercicio de derechos humanos— han sido caracterizados como propios de sistema de apartheid (BALIBAR, 2003:191).

Según BALIBAR, es posible hablar de un Apartheid Europeo no solamente porque las personas extranjeras gozan de menos derechos (o mejor dicho: algunas categorías de extranjeros, especialmente trabajadores migrantes y solicitantes de asilo provenientes del Este y el Sur de Europa, quienes de manera regular o irregular han cruzado las fronteras que protegen la rica «civilización» de Europa). Esta situación, explica, es precisamente el resultado de los desarrollos experimentados en Europa desde el Tratado de Maastricht en 1993. Por ello, en todos y cada uno de las naciones-Estados europeas, existen estructuras de discriminación que definen el acceso a la ciudadanía o la nacionalidad, particularmente aquellos heredados del pasado colonial. Pero el hecho adicional del nacimiento de la Unión Europea es la conformación de un nuevo individuo y derechos. Pero la cuestión crucial es: ¿Nuevos derechos para *quién*? ¿Para toda la población de Europa o solamente una parte de ella? (BALIBAR, 2001:20).

Para este autor, el tratado de Maastricht ha resuelto de manera simple ese dilema, al establecer que solamente a aquellos que poseen una determinada ciudadanía (es decir, los nacionales) en alguno de los estados nacionales les será adjudicado el estatuto de ciudadanía Europea. Frente a ello, teniendo en cuenta la relevancia cualitativa y cuantitativa de la población inmigrante que reside de manera permanente en Europa, BALIBAR afirma que el proyecto inclusivo se transforma inmediatamente en un programa de exclusión que podría sintetizarse en 3 metamorfosis: a) de «*foreigners*» a «*aliens*» (es decir, residentes de segunda clase); b) de la protección a la discriminación; y c) de la diferencia cultural a la estigmatización racial (BALIBAR, 2001:20).

(18) En igual sentido, BALIBAR (2009:204) destaca, por un lado, que los individuos de los Estados partes ya no son totalmente extranjeros, a diferencia de los nacionales de terceros países, y por el otro, que diversos aspectos (culturales, económicos, seguridad, criterios asimilacionistas, etc.) determinan que una persona sea más o menos «extranjera».

Resulta interesante la noción de *apartheid* incorporada —provocativamente— por BALIBAR. Sin perjuicio de la mayor o menor similitud formal e histórica con un régimen de segregación racial, lo cierto es que la desigualdad en derechos se sostiene a partir de la pertenencia a un determinado grupo social, conformado con base en la nacionalidad de la persona. Luego, en razón de su condición migratoria, ello puede derivar en circunstancias y condiciones que faciliten la integración y el acceso a ciertos derechos o, al contrario, que profundicen la desigualdad.

Esta exclusión puede derivar, como se señaló, en la utilización de otro de los componentes medulares de las políticas migratorias: el control, especialmente a través de la detención y expulsión, que complementan —precisamente— los criterios selectivos de la tríada ciudadana, nacionalidad y derechos. En efecto, se recurre al mecanismo de la deportación no sólo para sancionar las infracciones administrativas sobre ingreso y residencia, sino también para delinear y marcar los límites de la pertenencia, es decir, de la noción acotada de ciudadanía (ANDERSON *et al.*, 2011).

En este escenario que prevalece en la Unión Europea y que —en el actual contexto de crisis— incluso se profundiza, desde Sudamérica se han emitido, de forma regional y/o nacional, numerosas observaciones críticas respecto de las políticas implementadas en materia migratoria por los Estados miembros de la UE y por los mismos organismos comunitarios. En particular, estos cuestionamientos se han centrado en cómo dichas políticas impactan en los derechos de la población migrante latinoamericana que desea ingresar al territorio europeo o habita allí.

En este sentido, cabe destacar que en la Declaración adoptada en la IX Conferencia Sudamericana de Migraciones (Quito, 2009), los Estados sudamericanos expresaron «su preocupación por la dirección que está tomando la Política Europea Común en materia migratoria, así como las normas comunitarias que derivan de la misma —Directiva de Retorno y conexas y otras tales como medidas de tránsito aeroportuario—, caracterizadas por la criminalización de los migrantes, personas que por su propia condición de movilidad son particularmente vulnerables».

De igual manera, en la VIII Conferencia, desarrollada en Montevideo en el año 2008, cuestionaron las políticas migratorias restrictivas contempladas en el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo adoptado ese año, bajo la presidencia *pro-tempore* de Francia. Y seguidamente, exhortaron a la Unión Europea a impulsar políticas migratorias consistentes con la promoción de los derechos humanos y el desarrollo integral, e instar a los países que la conforman a mantener y profundizar los compromisos asumidos en los Objetivos del Milenio, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el Derecho Internacional Humanitario, y en la jurisprudencia internacional sobre la materia.

Asimismo, cabe recordar, la aprobación de la Directiva de Retorno en 2008 llevó a una ola de críticas por parte de los países sudamericanos⁽¹⁹⁾. Entre esas reacciones, cabe destacar al propio Mercosur, cuyos Estados partes emitieron una resolución en la cual «deploraron» la aprobación de esta directiva, en tanto el texto no respeta la dignidad de los migran-

(19) Para un análisis detallado de estos cuestionamientos, véase CHUECA SANCHO (2010a), CERIANI CERNADAS (2009) y GIANELLI DUBLANC (2009).

tes en situación irregular, no es congruente con el derecho humanitario ni las obligaciones de derechos humanos; omite un enfoque comprehensivo de la migración; ignora el interés superior del niño, y vulnera el principio de reunificación familiar. También destacaron que las políticas migratorias restrictivas son ineficaces e incrementan la xenofobia, el racismo, el tráfico de migrantes y la trata de personas⁽²⁰⁾.

Teniendo en cuenta esta clase de críticas emanadas desde Sudamérica ante los mecanismos excluyentes de las políticas migratorias de la UE y sus Estados miembros y, en particular, de las derivaciones de un proceso de integración conformado por una apertura (en circulación interna y atribución de derechos) hacia adentro, y por un cerramiento (de fronteras) y una desigualdad (en derechos) hacia «afuera»⁽²¹⁾, resulta apropiado hacer algunas reflexiones sobre las consecuencias que podría tener la implementación de la reciente propuesta de ciudadanía del Mercosur.

V. EL ESTATUTO DE CIUDADANÍA DEL MERCOSUR A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN Y LA REALIDAD DE LA REGIÓN: RIESGOS, CONTRADICCIONES, HIPÓTESIS

El análisis del contenido de la Decisión 64/10 del CMC del Mercosur que hiciéramos anteriormente señalaba que la propuesta de Estatuto de Ciudadanía de la región se estaba delineando —al menos, en esta configuración inicial— con apoyo en la nacionalidad de los Estados partes. Así, el reconocimiento de la libre circulación y residencia, así como la atribución de igualdad de derechos, o el propósito de desarrollar acciones que tiendan a ello, está limitado a los llamados «nacionales» de los países que integran el Mercosur. Una primera reflexión sobre este punto, una vez expuestos en las secciones anteriores los cuestionamientos efectuados a una concepción restringida de ciudadanía y los problemas que de allí se han derivado en el ámbito de la Unión Europea, no puede ir en otro sentido que el de alertar de los riesgos que supondría continuar en esa misma dirección.

Y esta observación es particularmente necesaria y atinada si, al volver sobre las críticas dirigidas desde los Estados sudamericanos a sus pares europeos, invocamos la cuestión de la coherencia política, y no tan sólo la retórica. Este aspecto, incluso, fue específicamente tenido en consideración por los gobiernos de Sudamérica. En efecto, en la IX CSM (Quito, 2009), los Estados afirmaron su «voluntad de garantizar a las personas migrantes a lo interno de nuestra región el disfrute de los mismos derechos que perseguimos para nuestros ciudadanos en los países de tránsito y destino a lo externo de la región en aras del principio de coherencia, igualdad y no discriminación».

Evidentemente, de esta afirmación se deduce la necesidad, si no la obligación, de seguir un determinado modelo (y rechazar otro, claro), que en buena medida estaría guiado por los propios posicionamientos asumidos por los Estados sudamericanos, incluyendo

(20) Declaración de los países del MERCOSUR ante la «Directiva de retorno de la Unión Europea», Tucumán, 01/07/2008.

(21) BALIBAR (2001:21) sostiene que los inmigrantes que residen en un Estado miembro de la UE son *insiders*, pero oficialmente considerados *outsiders*.

sus cuestionamientos a la Unión Europea y sus países miembros. Por ello, a continuación observaremos en qué medida el Plan de Acción se puede presentar como una iniciativa que contribuya a esa coherencia o, al contrario, que reproduzca los males que se cuestionan y se buscan evitar.

Este análisis se centrará, por un lado, en la cuestión de la libre circulación, o más precisamente en el derecho a migrar (y uno de sus componentes centrales, el ingresar y permanecer en un territorio). Por el otro, en la atribución de otros derechos (sociales, políticos) con base en la nacionalidad. La indagación estará basada, en primer lugar, en la propia normativa que existe en la región y en algunos de sus Estados, así como en las declaraciones regionales. En segundo lugar, y como consecuencia del punto anterior, en una serie de hipótesis sobre escenarios que se podrían presentar en la región, sobre todo a mediano o largo plazo, según el contenido que finalmente se incluya en el Plan de Acción, es decir, según cómo se configure el estatuto de ciudadanía del Mercosur.

1. Leyes, Declaraciones, Propuestas: caminos encontrados

Si hay un aspecto que en los últimos años ha caracterizado a la región sudamericana, en el campo de las políticas migratorias, es la presencia de un posicionamiento crecientemente progresista, que no sólo se enfrenta a las tendencias prevalentes en otras regiones, sino que también busca revertir un pasado propio, caracterizado por la presencia de leyes migratorias profundamente restrictivas, excluyentes y, en numerosos casos, represivas⁽²²⁾.

Este cambio sustancial se ha manifestado, como hemos visto, en las declaraciones que los Estados han emitido en los últimos años en la materia, en diversos foros regionales. Igualmente, donde se ha materializado de manera especial esta nueva tendencia ha sido precisamente en leyes migratorias que han sido adoptadas en algunos países. En particular, en Argentina y Uruguay, dos de los cuatro Estados parte del Mercosur. Las modificaciones más relevantes se han dado en relación con las dos cuestiones antes mencionadas, la circulación y los derechos, como describiremos seguidamente.

a) En cuanto al primer aspecto, cabe mencionar que ambas leyes reconocen de manera explícita el derecho humano a migrar. La ley argentina (25.871, de 2004) estipula en su artículo 4: «El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad». Por su parte, la ley de Uruguay (18.250, de 2008) dispone en su artículo 1.º: «El Estado uruguayo reconoce como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración...»⁽²³⁾.

En este escenario, resulta particularmente interesante reflexionar sobre cómo este derecho humano a migrar, reconocido de manera universal y sin discriminación por ningún motivo (como la nacionalidad), podría convivir con un marco regional en el cual la libre

(22) Para un análisis más detallado, ver CERIANI CERNADAS (2011), MONDOL y ZURBRIGGEN (coords., 2010), y OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (2009).

(23) Es importante destacar también que la nueva Constitución proclamada en Ecuador (el 24 de julio de 2008) establece lo siguiente en su artículo 40: «Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria».

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

circulación está exclusivamente destinada a quienes tienen determinada nacionalidad. Si, mediante un futuro y progresivo desarrollo e implementación del proceso de integración regional, se decide la eliminación de los controles fronterizos entre los Estados partes, es atinado preguntarse si ello no redundaría, a partir de la normativa de algunos países, en una extensión de este derecho a todas las personas que habiten en la región, con independencia de su nacionalidad.

Sin embargo, ese no parecería ser el escenario que, al menos hasta el momento, se estaría diseñando. Ello, especialmente por dos motivos. En primer lugar, porque del propio texto de la Decisión 64/10 no se derivaría necesariamente tal corolario, sino un modelo más restrictivo. Y en segundo lugar, porque la limitada y restrictiva aplicación que en estos años se ha dado al derecho a migrar, especialmente en el caso de Argentina, y justamente en razón de la nacionalidad de la persona (Mercosur o extra-Mercosur), indicaría que ese derecho carecería de los elementos de igualdad y universalidad proclamados en la legislación. Como consecuencia de ello, las personas migrantes que son nacionales de países no miembros ni asociados al Mercosur encuentran innumerables obstáculos para ejercer dos componentes fundamentales del derecho a migrar: ingresar o permanecer de manera regular en el territorio (CELS-FIDH, 2011).

Esta circunstancia, además de poner en evidencia el carácter cuasi-retórico del reconocimiento del derecho a migrar y las limitaciones del cambio normativo, al menos hasta el momento, también interpela la profundidad de los posicionamientos adoptados a nivel regional en torno al enfoque que debe darse, a través de las políticas públicas, al fenómeno de las migraciones internacionales. En este sentido, y siguiendo las declaraciones de la CSM sobre la coherencia a seguir en esta materia, es importante que también sean tenidas en cuenta las críticas hacia Europa en lo relativo a la necesidad de adoptar políticas comprensivas que incluyan, entre otros aspectos, las causas estructurales que fomentan la migración⁽²⁴⁾.

Ante ello, si la cuestión está en que los países receptores de migrantes en el hemisferio norte comprendan estos elementos estructurales del fenómeno migratorio, de ahí se deriva, por un lado, la asunción de responsabilidad de los Estados más desarrollados económicamente en relación con la generación de esas causas. Pero por el otro, la obligación de adecuar las políticas migratorias a esa realidad, y ello involucra no sólo a esos países de destino, sino también a quienes reciben población migrante en otras latitudes, como es el caso de varios países sudamericanos. En consecuencia, las condiciones de ingreso y permanencia en el territorio deberían ser revisadas con base en los principios fijados tanto en la legislación vigente (casos de Argentina, Ecuador y Uruguay), como en los posicionamientos políticos realizados a nivel regional.

b) Ahora bien, la cuestión aún más compleja que se advierte al examinar la Decisión 64/10 (y algunos de los antecedentes mencionados) a la luz de ciertos posicionamientos

(24) En la VIII Conferencia Sudamericana de Migraciones (Montevideo, 2008), los Estados enfatizaron «la importancia de que los países desarrollados adopten políticas necesarias para evitar que las asimetrías económicas internacionales, los multimillonarios subsidios que distorsionan la competitividad, la falta de apertura de sus mercados a los productos de los países en desarrollo profundicen las causas de las migraciones, esto es la pobreza estructural, la exclusión social y la desigualdad de oportunidades».

regionales y, en especial, de las leyes migratorias ya citadas, es la de la atribución de derechos humanos, por un lado, a todas las personas migrantes, y por el otro, únicamente a los nacionales de los Estados partes.

Nuevamente, los ejemplos de las leyes de Argentina y Uruguay son los indicados para ilustrar esta situación. En relación con los derechos sociales de las personas migrantes, la ley argentina establece: «Artículo 6.º El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia. Artículo 7.º En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria». El artículo 8 regula con idéntica amplitud el derecho a la salud.

Con el mismo criterio, la ley migratoria de Uruguay dispone: «Artículo 8.º—Las personas migrantes y sus familiares gozarán de los derechos de salud, trabajo, seguridad social, vivienda y educación en pie de igualdad con los nacionales. Dichos derechos tendrán la misma protección y amparo en uno y otro caso. Artículo 9.º—La irregularidad migratoria en ningún caso impedirá que la persona extranjera tenga libre acceso a la justicia y a los establecimientos de salud. Las autoridades de dichos centros implementarán los servicios necesarios para brindar a las personas migrantes la información que posibilite su regularización en el país». El artículo 11 brinda los mismos niveles de protección al derecho a la educación.

Ambas leyes reconocen la plena igualdad de los derechos sociales entre las personas nacionales y extranjeras, enfatizando especialmente que la irregularidad migratoria no puede ser un obstáculo para el ejercicio de esos derechos en igualdad de condiciones. Se trata, sin dudas, de un cambio trascendental. Y, como es fácilmente observable, en esas cláusulas no se hace ninguna distinción según si las personas migrantes sean nacionales de los países del Mercosur o de otros. El criterio adjudicador de derechos no es la nacionalidad sino, siguiendo principios básicos de derechos humanos, la persona.

Por tal razón, y con independencia de la cuestión de la circulación y residencia (y su eventual definición a futuro en el plano regional), el dilema aquí radicaría en si la ciudadanía del Mercosur podría generar algún conflicto o contradicción a partir de dispositivos que limitan algunos de esos derechos (salud, educación) con base en la nacionalidad. Ante eventuales conflictos bastaría con aplicar ciertos principios del derecho internacional de derechos humanos (como el principio *pro persona*) para evitar que un marco más restrictivo (regional) pudiera ser invocado para justificar un tratamiento menos protector que el provisto por la legislación nacional. Sin embargo, ello no impediría dos situaciones complejas y delicadas:

En primer lugar, el hecho de que se produzca tal contradicción es una situación conflictiva en sí misma que podría derivar en un sinnúmero de prácticas que —*de facto*— supongan la vulneración de derechos en razón de la nacionalidad de la persona. Y en segundo lugar, no imposibilitaría que ante cambios políticos en el plano nacional, algunos gobiernos

modifiquen sus normativas internas con el objetivo de «adecuarlas» a estándares más restrictivos que estén en vigor en el ámbito regional⁽²⁵⁾. Es verdad que en este caso se podrían dar respuestas desde un enfoque de derechos humanos —por ejemplo, con el principio de no regresividad—, pero es aún más cierto —o realista— que las medidas regresivas en materia de derechos humanos son moneda corriente en diferentes países y regiones.

Por otra parte, cabe mencionar que en los casos de Brasil y Paraguay, aun cuando sus normativas están —en mayor o menor medida— desfasadas en el tiempo y presenten diversos problemas en materia de reconocimiento de derechos⁽²⁶⁾, lo cierto, y lo relevante en el marco de este trabajo, es que no hacen ninguna distinción en cuanto a la nacionalidad de las personas migrantes a la hora de reconocer derechos.

Finalmente, en cuanto a los derechos políticos, también nos encontramos con una situación que, en alguna medida, es similar a la planteada respecto de los derechos sociales. La normativa vigente en los países del Mercosur en materia de reconocimiento de derechos políticos —sufragio activo y pasivo— de personas extranjeras, varía de país a país. Más precisamente, varía incluso entre las diferentes jurisdicciones de cada país, según si hablamos del ejercicio de esos derechos a nivel nacional, provincial o municipal. Mientras que en algunos países, luego de determinados años de residencia, los extranjeros tienen iguales condiciones en el ejercicio de estos derechos, en otros se encuentran limitados al plano local, o bien únicamente al sufragio activo, pero sin posibilidad de ser elegidos⁽²⁷⁾.

De todas maneras, lo importante es que en todos los casos en que estos derechos son reconocidos a las personas extranjeras (sea a nivel local o nacional), ese reconocimiento no distingue según la nacionalidad. En la región no existe ningún antecedente en el cual se otorguen derechos políticos únicamente a los nacionales del Mercosur o Sudamérica. Por esta razón, una eventual consagración de estos derechos de manera exclusiva a quienes gozaran de la «Ciudadanía del Mercosur» podría generar conflictos normativos, contradicciones y, peor aún, medidas regresivas y excluyentes (en términos de participación política), que en nada beneficiarían la integración de los y las inmigrantes en un país, la calidad democrática y la consolidación del Estado de derecho.

2. Hipótesis de mediano y largo plazo

En la sección anterior, al examinar algunas leyes vigentes en países del Mercosur, hemos adelantado cómo el contraste entre estas normas y el contenido de la Decisión 64/10 podría derivar en un escenario complejo, en detrimento de la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros, e incluso en situaciones de discriminación entre diferentes categorías de migrantes, según su nacionalidad. Ahora nos limitaremos a esbozar algunas hipótesis sobre situaciones que ello podría generar, especialmente en el mediano y largo plazo.

(25) Sin ir más lejos, eso es lo que ha sucedido en algunos países europeos, los cuales han modificado sus leyes migratorias a fin de introducir cambios más restrictivos aceptados en el seno de la Unión Europea. Es el caso del aumento del período de detención migratoria en ciertos países, que utilizaron como argumento —excusa— la adopción de la Directiva de Retorno.

(26) Al respecto, véase CERIANI CERNADAS (2011) y UNICEF-Universidad Nacional de Lanús (2010).

(27) Para un análisis más detallado sobre este tema, ver CERIANI CERNADAS (2009b).

Hemos identificado que, en cierta forma, podrían existir dos tendencias: una que profundizaría la igualdad de derechos, incluyendo el de libre circulación, y otra, al contrario, que propugnaría una igualdad anclada en la nacionalidad, es decir, un criterio excluyente. Ante ello, cabe plantearse cuál de estas tendencias podría consolidarse en los próximos años (o décadas). A este interrogante podrían agregarse otras variables, como algunos cambios en los flujos migratorios hacia la región, o una situación de crisis económica grave.

En el primer caso, ante un eventual escenario de crecimiento de la inmigración proveniente de otras regiones (por ejemplo, de algunos países africanos o asiáticos, o incluso de otros países latinoamericanos), ¿qué consecuencias podría generar un modelo que priorice determinadas nacionalidades para el reconocimiento de derechos y para poder ingresar al territorio y obtener un permiso de residencia? En ese escenario, ¿cómo se gestionaría la diversidad cultural y se diseñarían políticas de integración, siendo que no todos los habitantes tendrían iguales derechos?

También podría darse, como sucede en varios Estados miembros de la Unión Europea, que algunos migrantes «extra-Mercosur» tengan un status jurídico que les permita acceder a un catálogo de derechos más amplio que personas de otros países de origen. A modo de ejemplo, cabe imaginar un acuerdo entre países del Mercosur y de Centroamérica, o México, que reconozca recíprocamente ciertos derechos que no son extensibles a personas de otras nacionalidades. O, sin ir más lejos, y en caso de que entrara en vigor el estatuto de ciudadanía con las características definidas en la Decisión 64/10, en Argentina se daría la situación de que los nacionales de países asociados al Mercosur también gocen del status privilegiado que brindaría la ciudadanía regional. Como en los Estados de la UE, estaríamos a una ciudadanía estratificada con base en la nacionalidad de cada persona que integre una sociedad.

Es cierto que en la actualidad las cifras de migrantes en la región que no provengan de los países que la integran no es significativamente alta. Es más, podría decirse que las medidas que (a nivel nacional y regional) han favorecido la circulación de los nacionales de los Estados parte del Mercosur han sido una respuesta de enorme relevancia, necesaria, progresiva y realista, y entre otros efectos han permitido la regularización migratoria de cientos de miles de personas⁽²⁸⁾. La amplísima mayoría de las personas que se desplazan en la región o migran hacia uno de sus países son parte de flujos intra-regionales, y por lo tanto resulta razonable (y deseado) que esa migración no encuentre trabas, ni en su proceso migratorio ni, luego, en el ejercicio de derechos en el país de destino.

Asimismo, podría argumentarse que, a diferencia de Europa, en Sudamérica la migración intra-regional responde en buena medida a las causas y condiciones de la migración que se produce desde esta región hacia territorio europeo. Mientras la libre circulación dentro del Espacio Schengen se da entre países y sociedades que tienen condiciones de

(28) El caso más importante es el de Argentina, que a través de su cambio de ley migratoria reconoció el derecho de los nacionales de países del Mercosur y asociados a residir en el país por el plazo de 2 años, luego del cual se les concede una residencia definitiva (artículo 23, inciso I, de la ley 25.871). Asimismo, en el año 2006 inició la implementación de un Programa de Normalización Documentaria («Patria Grande»), dirigido a las personas de esas nacionalidades que vivían en el país sin una situación migratoria regular.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

vida con ciertas similitudes⁽²⁹⁾, en Sudamérica pueden encontrarse asimetrías bien significativas, así como elevadas tasas de exclusión, desempleo y pobreza en diversos países. Por ello, también es encomiable la facilitación de la migración entre los países de la región, ya que más allá de su compatibilidad con objetivos de integración regional (política, económica, social, etc.), lo cierto es que contribuye a establecer un paradigma interesante y progresivo frente a la migración producida mayoritariamente por razones socio-económicas, o mejor dicho, por la privación de derechos fundamentales en sus países de origen.

Ahora bien, siguiendo con la hipótesis planteada, los avances en torno a la migración dentro de la región no resultan óbice para cuestionar las falencias o contradicciones existentes en cuanto al tratamiento de las personas migrantes que provienen de otras regiones. Y sea que aumente o no su número en el futuro, debe destacarse que en diversos países, la migración extra-regional se ha incrementado de un modo notable, así como la diversidad de los países de origen. A modo de ejemplo, la presencia de migrantes desde naciones asiáticas o africanas (entre ellas, China, Senegal) o caribeñas (Cuba, Haití, República Dominicana) es un hecho crecientemente incontestable en países como Argentina y Brasil.

En la segunda hipótesis —cambios políticos en los países de la región—, cabe preguntarse sobre un eventual cambio regresivo en leyes migratorias aprobadas en la última década. O sobre qué ocurriría, por ejemplo, en tiempos de crisis. ¿Se recurriría, como se verifica actualmente en el contexto de la UE, a iniciativas regresivas, si no directamente excluyentes, discriminatorias o, incluso, represivas? O, a contrario de ello, ¿la región podría diseñar un modelo centrado en la igualdad de derechos, en el cual la ciudadanía, así como los problemas sociales y económicos de la sociedad, estén disociados de la nacionalidad de las personas que componen una comunidad?

En este escenario, cabe destacar, como señala DE LUCAS, que es precisamente en tiempos de crisis cuando debe profundizarse la defensa de los derechos de quienes están en mayor situación de vulnerabilidad —como la población migrante—. Estas situaciones exigen más que nunca una apuesta decidida por las políticas públicas que aseguran la satisfacción de necesidades básicas a todos los seres humanos y no sólo a los «ciudadanos» (DE LUCAS, 2010).

Los países de la región ya cuentan con diversos antecedentes de manifestaciones de xenofobia y rechazo a la población migrante, con especial intensidad en contextos de crisis económicas, sociales y políticas⁽³⁰⁾. Por ello, los mecanismos que los países y la región adopten para regular el ingreso y la permanencia —y en especial, las condiciones de esa permanencia en términos de derechos— resultan vitales para promover una integración intercultural que prevenga esta clase de actitudes.

Y en igual sentido, en la hipótesis de que el estatuto de ciudadanía se adopte con los extremos incluidos en la Decisión 64/10, es importante examinar bajo qué criterios sería

(29) Por supuesto, esta afirmación es relativa. De hecho, la incorporación a la UE de Bulgaria y Rumania generó diversos debates al respecto. Pero, avalando lo dicho sobre la diferencia que supone la libre circulación en una y otra región, cabe recordar los obstáculos que numerosos estados miembros de la UE impusieron a personas de esos dos países para garantizarles plenamente todos los derechos incluidos en la condición de ciudadanía europea.

(30) Para el caso de Argentina, ver GIUSTINIANI (2004).

posible —para migrantes de otros países— ingresar y residir en un Estado parte. ¿Contrato de trabajo? Si así fuera el caso, y las prácticas actuales en la región así lo indican, no estaríamos ante una situación que se diferencia de lo que se ha llamado, en el contexto europeo, de la lógica instrumental. Como explica DE LUCAS, la instrumentalidad de las políticas migratorias se caracteriza por la reducción de la inmigración a una cuestión estadística (el porcentaje de mano de obra que necesita coyunturalmente el mercado de trabajo), cuando no a una cuestión de orden público, de riesgo para la seguridad o para la identidad; un regateo en los derechos universales que se conceden a las personas migrantes según su contribución a la sociedad de acogida (por ejemplo, como trabajador); la imposición de obstáculos para el acceso a una residencia legal o su renovación; un alto nivel de discrecionalidad (y arbitrariedad) administrativa y, en general, un esquema de derechos basado en la desigualdad y la vulnerabilidad (DE LUCAS, 2003).

En relación con el impacto que tendría una lógica excluyente que establezca catálogos diferenciados de acceso a derechos humanos, cabría hacer una pequeña observación sobre una cuestión que, al menos en el largo plazo, podría reducir las implicaciones negativas. Nos referimos a la vigencia del principio *ius soli* en todos los países de la región, por el cual los hijos e hijas de migrantes nacidos en su territorio adquieren la nacionalidad de ese país. Ello, de alguna manera, facilitaría la integración de las familias de migrantes, el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, e, incluso, el acceso a una residencia y, eventualmente, a la libre circulación por otros países de la región⁽³¹⁾.

Por supuesto, ello no evitaría, por un lado, las restricciones que podrían operar para ingresar efectivamente al territorio, evitar ser objeto de una medida de expulsión, o acceder a una residencia, previo a la constitución de una familia en el país. Tampoco sería un obstáculo para que la desigualdad de los derechos afecte de manera grave las condiciones de vida de las personas migrantes que no pueden regularizar su situación migratoria. Una situación de profunda privación de derechos y exclusión social podría tener un impacto determinante en las condiciones de vida y el desarrollo de sus hijos, situación que no se revertiría fácilmente ni siquiera en caso de que nazcan en el territorio y adquieran la nacionalidad del país de nacimiento.

Por lo tanto, volvemos nuevamente a los interrogantes centrales de este trabajo, acerca del problema que supone la sinonimia entre nacionalidad y ciudadanía, y la atribución de derechos fundamentales con base en esa ciudadanía selectiva y excluyente. En las reflexiones finales de estas páginas haremos los últimos comentarios sobre los posibles escenarios que podrían presentarse en la región como consecuencia de la elaboración y futura implementación de un Estatuto de Ciudadanía en el Mercosur.

Un último interrogante, más inmediato, es en torno a la ampliación del Estatuto de Ciudadanía a los estados asociados del Mercosur, abarcando prácticamente todo el continente sudamericano. La Decisión 64/10 nada dice al respecto y habrá que aguardar los primeros

(31) A diferencia de los países del Mercosur, los criterios y el marco jurídico que determina el acceso a la nacionalidad del país de nacimiento o residencia no son iguales entre los diferentes países europeos. En tal sentido, VINK y DE GROOT (2010) distinguen al menos seis grandes tendencias o criterios de atribución de la nacionalidad en los países de Europa occidental: *ius sanguinis*; *ius soli*; múltiple nacionalidad; criterios de idioma e integración; prevención de la apatridia; y la creciente relevancia de la ciudadanía de la UE.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

pasos que se den en la elaboración del Plan de Acción. En cualquier caso, lo importante sería que fuera simultánea la incorporación de todos los países de la región al proceso de integración regional, dando también coherencia y eficacia a las propuestas realizadas en el marco de la UNASUR. Esto, más allá de todo lo señalado respecto de la cuestión de la ciudadanía, la nacionalidad y el mecanismo de adjudicación de derechos.

VI. REFLEXIONES FINALES

La región sudamericana ha experimentado numerosos cambios en los últimos años, especialmente si se la compara con la situación existente tan solo diez años atrás. Las mejoras obtenidas en el campo la economía, y más especialmente en las condiciones de vida de una parte importante de su población (sin perjuicio del alto número que aún vive en situación de pobreza y exclusión), son un ejemplo de este cambio positivo que se ha producido en la región.

De la misma manera, cabe destacar la profundización de las iniciativas de integración regional, en particular en los aspectos sociales y políticos. La creación de la Unasur, y la adopción de diversos acuerdos de índole social en el ámbito del Mercosur, también dan cuenta de ello. En ese contexto, los Acuerdos de Residencia (2002) y la decisión de elaborar un Plan de Acción para un Estatuto de Ciudadanía del Mercosur (2010), podrían considerarse aspectos muy positivos, y, en el primer caso, ya con un impacto destacable para la población migrante.

Sin lugar a dudas, puede considerarse legítimo, e incluso deseable, la adopción de iniciativas que consoliden los objetivos de integración regional, para lo cual resulta vital la facilitación del libre tránsito y la libre residencia a las personas migrantes de cualquier país de la región. Sin embargo, estos cambios, procesos y decisiones alentadoras no pueden diseñarse e implementarse a costa no sólo de la negación de los derechos humanos de otras personas. Tampoco, en contradicción con principios y normas que los mismos Estados han incorporado en su legislación y han defendido abierta y enfáticamente en foros regionales y globales en materia de migración, desarrollo y derechos humanos.

En este trabajo hemos observado que la reciente iniciativa del Mercosur hace alusión de manera exclusiva a los nacionales procedentes de los Estados miembros, al momento de proponer un estatus de ciudadanía regional que estaría acompañado del derecho a la libre circulación y a la igualdad de derechos (sociales y políticos) con los nacionales de los países de destino. Tal vez, reproduciendo un modelo de regulación de las migraciones —el europeo— iniciado hace unos veinte años, sobre el cual se está progresivamente verificando no sólo su ineficacia sino especialmente su drástica desconexión con principios elementales de derechos humanos, parecería que no se ha comprendido debidamente la relación entre esa realidad y la configuración de una ciudadanía excluyente.

Ello podría conducir, como hemos sostenido y evidenciado —al examinar el caso de la UE— a la creación de «ciudadanías» de distintas categorías y (desiguales) derechos, que poco contribuirían a los objetivos de integración, inclusión social e igualdad que se proponen. Por ello, es sorprendente que en Sudamérica se propugne un modelo notoriamente similar, pese a que de manera creciente se ha cuestionado dicha acepción del concepto

de ciudadanía, y consecuentemente, se ha propuesto la necesidad de otro paradigma. En ninguna otra región como la sudamericana la crítica a dicho modelo ha sido tan oportuna como enfática.

La formulación restrictiva de una propuesta tan relevante en materia de circulación de personas colisiona con tendencias que progresivamente se han ido imponiendo en esta región en los últimos años en el campo de las migraciones. El reconocimiento —en algunas leyes de países de la región— del derecho humano a migrar y a la igualdad de derechos sin perjuicio de la nacionalidad y la condición migratoria representa un hito fundamental de los últimos años, que es preciso no sólo preservar, sino consolidar y ampliar.

En la misma dirección, los principios y posicionamientos defendidos públicamente por los Estados de la región constituyen un indicio rotundo sobre la posibilidad de desarrollar un nuevo paradigma en el enfoque que debe darse al fenómeno de la migración internacional: una verdadera mirada integral y comprehensiva (incluyendo causas y consecuencias de la migración) que tome la persona migrante como el centro de la política y se asiente sobre los principios y estándares de derechos humanos, en particular la universalidad y la igualdad de derechos de todas las personas.

El escenario introducido por la Decisión 64/10, en particular el proceso que se inicia a partir de ella (el Plan de Acción), resulta ser una oportunidad única para dirimir este dilema: la profundización y consolidación de un modelo o paradigma nuevo en materia de políticas migratorias, o bien la reproducción de un sistema excluyente y restrictivo que reconoce derechos diferenciados con base en la nacionalidad de la persona.

En los próximos años, a través del desarrollo y posterior implementación del Estatuto de Ciudadanía del Mercosur, la universalidad de los derechos humanos puede encontrar —una vez más— sus límites. O al contrario, puede hallar su efectiva realización, en su más amplio sentido, en una fórmula inédita hasta la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUELO NAVARRO, Pascual, y CHUECA SANCHO, Ángel (2009), *El derecho de voto de los extranjeros en España en perspectiva europea*, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 19, Barcelona, julio de 2009.
- AGUIRRE, Orlando, MERA, Gabriela, y NEJAMIKS, Lucila (2009), «Migrantes y Ciudadanos. Avances y Contradicciones en el MERCOSUR», *X Jornadas Argentinas de Estudios de Población. Evento nacional*, 4-6 de noviembre de 2009, San Fernando del Valle de Catamarca, Argentina.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia (2011), «Concepto de extranjero. Ámbito de aplicación del Derecho de extranjería. Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea», en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, octubre 2010-septiembre 2011, Módulo II. Unidad núm. 1
- ÁLVAREZ VALDÉS, Rodrigo (2009), «UNASUR: Desde la perspectiva subregional a la regional», Serie *Documentos Electrónicos* núm. 6, FLACSO Chile, Programa Seguridad y Ciudadanía, octubre 2009.
- ANDERSON, Bridget; GIBNEY, Matthew; y PAOLETTI, Emanuela (2011), «Citizenship, deportation and the boundaries of belonging», en *Citizenship Studies*, 15: 5, August 2011, pp. 547-563.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

- AÑÓN, María José (2002), «Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6-2002, Valencia.
- ARANGO, Rodolfo (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, LEGIS, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- ASA, Pablo y CERIANI CERNADAS, Pablo (2005), «Los acuerdos del Mercosur y la nueva ley de migraciones en Argentina», en revista *Beyond Law*, núm. 28, Bogotá.
- BALIBAR, Étienne (2009), «Europe as Borderland», en *Environment and Planning D: Society and Space*, volume 27, pp. 190-215.
- (2003), *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?*, Tecnos, Madrid.
- (2001), «Outlines of a Topography of Cruelty: Citizenship and Civility in the Era of Global Violence», en *Constellations*, volumen 8, núm. 1, pp. 15-29.
- BAUBÖCK, Rainer (2004), «Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: Perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales», en AUBARELL, G. y ZAPATA, R. (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto actual*, Icaria, Barcelona, pp. 177-214.
- CARDESA SALZMANN, Antonio (2011), «El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas», presentado en el Seminario *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados*, Universidad Carlos III, Madrid, 28-29 de septiembre de 2011.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, CELS, Y FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, FIDH (2011), *Argentina: Avances y asignaturas pendientes en la consolidación de una política migratoria basada en los derechos humanos*, Buenos Aires, abril de 2011.
- CERIANI CERNADAS, Pablo (2011), «Luces y Sombras en las legislación migratoria latinoamericana», en *Revista Nueva Sociedad*, núm. 233, mayo-junio.
- (2009), «La Directiva de Retorno de la Unión Europea: comentarios críticos desde una perspectiva de derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 84-04.
- (2009b), «Un enfoque de derechos humanos a los derechos políticos de migrantes en España: la ilegitimidad del principio de reciprocidad», en DE LUCAS, J., y SOLANES, Ángeles (coords.), *Derechos Humanos e Integración Política de los Inmigrantes*, Dykinson, Madrid, pp. 481-520.
- CHUECA SANCHO, Ángel (2010), «La ciudadanía de la Unión Europea. Los derechos fundamentales en la Unión Europea», en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, octubre 2010-septiembre 2011, Módulo I, Unidad núm. 11.
- (2010a), «El derecho migratorio europeo (IV)», en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, octubre 2010-septiembre 2011, Módulo Primero, Unidad núm. 15.
- (2008), «Libre circulación de personas en Sudamérica: una aproximación», en *Revista Electrónica Iberoamericana*, Centro de Estudios de Iberoamérica, volumen 2, núm. 1.
- (1999), *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Ed. Bosch (2.^a ed.), Barcelona.
- COHEN, Jean (1999), «Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos», en *International Sociology*, volumen 14, núm. 245.
- CORTI VARELA, Justo (2011), «La libre circulación de personas “en” el MERCOSUR: evolución», presentado en el Seminario *La libre circulación de personas en los sistemas de integra-*

ción económica: modelos comparados, Madrid, 28-29 de septiembre de 2011.

- DAL LAGO, Alessandro (2000), «Personas y No-Personas», en Silveira Gorski, H. (Ed.), *Identidades Comunitarias y Democracia*, Trotta, Madrid, pp. 127-144.
- DE LUCAS, Javier (2010), «La lógica jurídica de las políticas de inmigración y asilo en tiempos de crisis», en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, octubre 2010-septiembre 2011, Módulo Introductorio, Unidad 3.2.
- (2004), «Ciudadanía: La jaula de hierro para la integración de los inmigrantes», en AUBARELL, G. y ZAPATA, R., *cit.*, pp. 215-259.
- (2003), «Globalización, Migración y Derechos Humanos. La inmigración como res política», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, Valencia, pp. 1-44.
- DULITZKY, Ariel (2007), «El Principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 15-32.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2002), «La Declaración socio laboral del MERCOSUR y su eficacia jurídica», en *Notisur, Revista de la cultura del trabajo*, año 26, núm. 68-69, enero-junio 2002.
- FERRAJOLI, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- GIANELLI DUBLANC, Laura (2009), «El debate sobre los derechos humanos y las políticas migratorias en los foros latinoamericanos», en CERIANI CERNADAS, P., y FAVA, Ricardo (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*, editado por la Universidad Nacional de Lanús (UNLa), Remedios de Escalada, Lanús, pp. 245-262.
- GIUSTINIANI, Rubén —comp.— (2004), *Migración: Un derecho humano*, Ed. Prometeo, Buenos Aires.
- HABERMAS, Jürgen (1997), *Más allá del Estado nacional*, Ed. Trotta, Madrid.
- LÓPEZ-JACOISTE, Eugenia (2011), «Marco jurídico de la libre circulación de personas en la Unión Europea», presentado en el Seminario *La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados*, Madrid, 28-29 de septiembre de 2011.
- MAAS, Willem (2008), «Migrants, states, and EU citizenship's unfulfilled promise», en *Citizenship Studies*, vol. 12, núm. 6, diciembre 2008, pp. 583-596.
- MALM GREEN, Lucas (2008), «Eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur», en *Hologramática*, Facultad de Ciencias Sociales UNLZ, año v, número 8, V2, pp. 95-106.
- MEZZADRA, Sandro (2005), *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- MONDOL, Lenin y ZURBRIGGEN, Cristina —coords.— (2010), *Estado actual y perspectivas de las políticas migratorias en el Mercosur*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Montevideo.
- MOYA, David (2010), «Inmigración, Ciudadanía y Derechos Humanos», en *Master online en Migraciones Internacionales y Derecho de Extranjería*, octubre 2010-septiembre 2011, Módulo Introductorio, Unidad 7.
- OBSERVATORIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR (2009), *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*, Montevideo.
- OLEA RODRÍGUEZ, Helena (2004), «Derechos Humanos y Migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno», en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2007, pp. 197-210.

II. CIUDADANÍA, MIGRACIONES Y LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCOSUR

- RIGO, Enrica (2005), «Citizenship at Europe's Borders: Some Reflections on the Post-colonial Condition of Europe in the Context of EU Enlargement», en *Citizenship Studies*, vol. 9, núm. 1, pp. 3-22.
- ROBLES, Alberto José (2004), *Buenas prácticas para el reconocimiento del derecho de los trabajadores a la libre circulación en el MERCOSUR*, en OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Serie Documentos de Trabajo, núm. 181.
- UNICEF y UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS (2010), *Estudio sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y el Caribe. Estándares jurídicos básicos y líneas de acción para su protección*, Panamá.
- VINK, Maarten y DE GROOT, Gerard-René (2010), «Citizenship Attribution in Western Europe: International Framework and Domestic Trends», en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 36, núm. 5, May 2010, pp. 713-734
- ZAPATA BARRERO, Ricard (2003), «Inmigración y Multiculturalidad: hacia un nuevo concepto de ciudadanía», en MARTÍNEZ DE PISÓN, José María, y GIRÓ MIRANDA, Joaquín (coords.), *Inmigración y ciudadanía: perspectivas sociojurídicas*, Barcelona, pp. 113-128.

III. UNA MIRADA A LA APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EN ESPAÑA. EL RETORNO VOLUNTARIO Y EL CODESARROLLO COMO OPCIÓN

ROCÍO PERIAGO MARTÍNEZ

*Licenciada en Derecho por la Universidad de Murcia
Máster en Derecho Constitucional Europeo por la Universidad de Granada*

RESUMEN

Una mirada a la aplicación de las políticas migratorias en España. El retorno voluntario y el codesarrollo como opción

En este trabajo planteo un análisis al sistema migratorio europeo en general, centrándome en el específico caso español. Presento asimismo el codesarrollo como una opción viable para solventar los diferentes problemas y situaciones por las que actualmente están pasando los diferentes Estados miembros de la Unión Europea respecto de la regulación y el control de los flujos migratorios, sugiriendo una perspectiva que presente al individuo como actor relevante en el proceso migratorio. Realizo igualmente una crítica a las diferentes formas de regulación y control de los extranjeros, centrándome específicamente en la figura del retorno como herramienta utilizada por los Estados para eliminar parte de la población inmigrante de un Estado, defendiendo una opción basada en el codesarrollo como elemento clave de todas las políticas de regulación migratorias.

Palabras clave: Inmigración, codesarrollo, retorno, extranjería, flujos migratorios, integración.

ABSTRACT

One view to the application of migrant policies in Spain. Voluntary return and Codevelopment such an option

In that work, I would like to present a critical vision of migratory European policies, focusing in the Spanish situation. I present also co-development like a viable option in order to resolve current problems and the diverse circumstances actually are suffering EU members about the control and regulation of migrant flows, advising a perspective that shows the individual person such a key in the whole migratory process. I make also an analytical point of view about different measures for the control and regulation of foreigners, focusing on the figure of return like a tool used by the different States to drive out immigrant population. I defend also a position based on co-development like the possible answer for current migrant policies.

Key words: Immigrants, co-development, return, foreigner policies, migrant flows, integration.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN ESPAÑA.

I. PARTICULARIDADES ESPAÑOLAS Y ANTECEDENTES NORMATIVOS.

II. LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ACTUAL. LA OPINIÓN DE LOS TRIBUNALES.

III. PROGRAMA DE INMIGRACIÓN EN DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE ESPAÑA COMO «PUERTA SUR» DE EUROPA.

La Política Europea de Vecindad y la inmigración.

V. EL CODESARROLLO APLICADO A LOS FLUJOS MIGRATORIOS.

El retorno como opción.

VI. IDEA DE «RETORNO VOLUNTARIO» COMO INSTRUMENTO CLAVE DEL CODESARROLLO.

REFLEXIÓN FINAL.

BIBLIOGRAFÍA.

RECURSOS ELECTRÓNICOS.

INTRODUCCIÓN. LA POLÍTICA MIGRATORIA EN ESPAÑA

Refiriéndonos al desarrollo específico de las políticas migratorias en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, hay que tener en cuenta que hasta el Tratado de Maastricht la materia migratoria carecía de interés para Europa, pasando a ser una cuestión prácticamente interna, con relevancia exclusiva a nivel nacional. Con las principales reformas y modificaciones que se fueron realizando —Tratado de Ámsterdam, Consejo Europeo de Tampere, Programa de La Haya, etc.— se fueron creando poco a poco distintas situaciones legales destinadas a suplir las necesidades que iban surgiendo, así como a crear un compendio normativo común para toda la Unión Europea.

Centrándonos en los Estados miembros, y particularmente en España, podemos decir que ésta ha experimentado la «triple vertiente» del fenómeno migratorio; «como país emisor, como país de tránsito y como país de destino»⁽¹⁾, por lo que, aparte del interés propio que nos atañe, resulta curioso estudiar cómo se ha desarrollado en nuestro país el fenómeno de la inmigración desde la entrada en las entonces Comunidades Europeas hasta la situación actual. Dice acertadamente BALAGUER CALLEJÓN refiriéndose a la evolución sufrida en nuestro sistema jurídico de protección de derechos: «este crecimiento no era previsible en 1978, cuando España era aún un país de emigrantes y en la propia Constitución se manifestaba la preocupación por el trato que pudiera darse a los españoles en el extranjero (artículo 42 CE-1978)»⁽²⁾. No deja de ser acertado este comentario, pues bien es cierto que en nuestra más reciente memoria histórica y política podemos encontrar situaciones bien dispares, que no hacen sino reflejar los vaivenes políticos y sociales que han ido conformado el Estado actual.

(1) GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M.J., (coord.) *Veinte años de España en Europa*, UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008, p. 71.

(2) BALAGUER CALLEJÓN, F., «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre», en *ReDCE*, número 10, 2008, p. 481.

I. PARTICULARIDADES ESPAÑOLAS Y ANTECEDENTES NORMATIVOS

En España, las dos grandes fases migratorias también incidieron de manera importante. A comienzos del Siglo xx hubo una gran oleada migratoria, que afectó a todo el continente europeo, España incluida. La segunda gran oleada se produjo en el período de entreguerras, pero principalmente después de la Guerra Civil española y la 2.^a Guerra Mundial. A los flujos migratorios producidos por estas dos deben sumarse todos los movimientos migratorios que se produjeron en España durante la segunda mitad del pasado siglo, bien por motivos económicos, bien por políticos. Como bien reflejan MUÑOZ DE BUSTILLO y ANTÓN, la primera oleada de emigrantes españoles tenía como destino principal Latinoamérica, en especial Venezuela y Colombia, y, a partir de los años 60 del pasado siglo, la segunda ola migratoria tuvo como destino los países más ricos dentro de Europa⁽³⁾, especialmente Alemania, Francia y Suiza.

La Constitución Española de 1978 recoge en su artículo 149.1.2.^a que la «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo» son competencias exclusivas del Estado; aunque en los últimos años se ha venido matizando esta afirmación al permitirse a las Comunidades Autónomas y a los Entes locales tener ciertas competencias sobre la materia migratoria, dada la relevancia que tiene a nivel nacional, en aras de una mejor gestión de los flujos migratorios. Aun así, de momento, es el gobierno central el que tiene la prerrogativa en esta materia, debiéndonos remitir a la Ley de extranjería vigente y a su reglamento de desarrollo para conocer las particularidades específicas.

Haciendo un breve repaso a la legislación española en materia de extranjería, la primera Ley democrática después del régimen franquista en España fue la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁽⁴⁾. Esta Ley se creó, en parte, con la intención de cumplir con la normativa europea sobre extranjería, previa la admisión de España en la Unión Europea. Con ella, «el legislador cumplía con el mandato constitucional (art. 13 CE-1978) de adaptar las cuestiones de extranjería a los valores, principios y normas constitucionales»⁽⁵⁾. Las críticas sobre esta ley son variadas, aunque la mayoría recaen en la escasa atención que presta a la inmigración en sí, y que se centra principalmente en materias de extranjería⁽⁶⁾, no de integración de inmigrantes. Establece un sistema rígido mediante el fomento de visados en el país de origen y en la necesidad de tener una propuesta de trabajo estable para poder establecerse en España, fomentando una inmigración de carácter temporal.

Es interesante observar, asimismo, que recoge la orden de expulsión administrativa como medida de ejecución de las sanciones por permanencia ilegal. Esta Ley se pensó para adaptarse a la entrada en la Unión Europea, en un momento histórico donde la inmigración

(3) MUÑOZ DE BUSTILLO, R., y ANTÓN, J. I., «De la España que emigra a la España que acoge: contexto, dimensión y características de la inmigración latinoamericana en España», *América Latina hoy*, número 55, 2010, p. 17.

(4) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la actual, el 1 de febrero del año 2000.

(5) GARCÍA COSO, E., en VEINTE AÑOS DE ESPAÑA EN EUROPA, GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008, p. 58.

(6) *Ibid.*

no suponía ningún problema a nivel nacional porque estábamos más preocupados en adaptarnos a los cambios europeos y en avanzar y desarrollar nuestro país de cara a la integración con el resto de Europa. Desde Europa, en cambio, se intentaba bloquear la admisión de extranjeros a la Unión para que el ingreso de Portugal y España no supusiera un gran desequilibrio por ser una puerta abierta a la inmigración.

Respecto a esta situación, se produce un cambio radical cuando, gracias a las ventajosas condiciones con las que se pacta la entrada de España en la Unión, poco a poco vamos progresando económicamente, recibiendo grandes ayudas de los fondos europeos, y empezando a mostrarnos como un Estado solvente y en continuo crecimiento. Es interesante la reflexión que hace sobre esta admisión POWELL⁽⁷⁾, al decir que España no encajaba dentro de ninguno de los supuestos existentes en ese momento en Europa. No era un país rico y grande, como Alemania o Francia, no era pequeño y rico, como los Países Bajos o Bélgica, y tampoco era grande y pobre, como Grecia o Portugal. Al tener sus características propias, en opinión de Powell quizás el más parecido podía ser Italia, y no deja de ser curioso que ésta llevara en la Unión Europea desde su fundación y que España cuando se incorpora lo haga con un nivel muy similar.

Contemporáneamente, la entrada de España en las Comunidades Europeas coincide con una etapa de prosperidad y crecimiento en Europa, siendo un foco de atracción para personas provenientes de los países vecinos. De una forma paulatina, podemos observar que el porcentaje de inmigrantes en la Unión Europea va aumentando considerablemente, acrecentado en parte por la caída del Muro de Berlín en el año 1989, y el desmoronamiento de la URSS en 1991, con la consiguiente oleada de inmigrantes provenientes de los países más orientales de Europa.

Concretamente en España, el crecimiento poblacional va aumentando durante los años noventa del pasado siglo, siendo a nivel estatal una etapa de crecimiento y de apertura internacional. Según un estudio realizado por MUÑOZ DE BUSTILLO y ANTÓN⁽⁸⁾, la población inmigrante en España aumentó desde el año 1997 al año 2007 de una manera totalmente positiva, llegando a suponer el 10% de la población española, siendo la procedencia fundamental de países de Latinoamérica⁽⁹⁾.

Como consecuencia de todo lo expuesto, «la aplicación práctica de la legislación de extranjería de 1985 dio como resultado la imposibilidad de adecuar la demanda de mano de obra con un sistema de entrada de inmigrantes regular por motivos laborales»⁽¹⁰⁾. Políticamente se acudió a la regularización extraordinaria de estas personas, mediante la figura del contingente anual, que fue utilizada masivamente por los inmigrantes irregulares que estaban residiendo en España⁽¹¹⁾, e igualmente provocó que desde los órganos jurisdiccionales

(7) POWELL, C., en *Veinte años de España en Europa*, GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI Colección Jean Monnet 4, 2008, p. 110.

(8) MUÑOZ DE BUSTILLO R., y ANTÓN, J. I., *op. cit.*

(9) Recalca García Coso que en el año 2000 más del 50% de la población inmigrante en España era de procedencia no-comunitaria.

(10) CAICEDO CAMACHO, N., *Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España*, Sant' Anna School of Advanced Studies, Department of Law, 2010, p. 8.

(11) *Ibid.*

se entrara a conocer sobre la materia, principalmente el Tribunal Constitucional con las sentencias 107/1984, de 23 de noviembre, 99/1985, de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio, y 242/1994, de 20 de julio. Con esta jurisprudencia se sentaron las bases del criterio interpretativo español a la hora de definir el estatus de los derechos constitucionalmente establecidos para los extranjeros y los españoles, posteriormente desarrollado y superado con ulteriores sentencias como la STC 236/2007, o la STC 259/2007; moldeando la doctrina aplicable y adaptándola a la situación real.

II. LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ACTUAL. LA OPINIÓN DE LOS TRIBUNALES

Respecto de la legislación vigente en la actualidad, es interesante destacar que la LO 4/2000 se creó teniendo recientes los objetivos desarrollados por Tampere, debido a las carencias existentes y a la necesidad de saber dar una respuesta adecuada a la cuestión migratoria a nivel estatal. Políticamente, esta Ley tiene la peculiaridad de que fue aprobada por la oposición en el gobierno, por ello la primera reforma que sufrió fue al poco de entrar en vigor, cuando el grupo parlamentario popular consiguió la mayoría absoluta en el Congreso⁽¹²⁾.

Por todo ello, con posterioridad ha sufrido diversas reformas y ha sido objeto de diversos pronunciamientos tendentes a limitar el alcance de su ejercicio y al cumplimiento de la legislación europea, siendo la modificación más reciente del año 2011, aunque la reforma más importante la sufrió en el 2009⁽¹³⁾, principalmente para adaptarse a la normativa comunitaria.

Desde un enfoque político, se ha hecho un uso un tanto demagógico de las políticas reguladoras de la migración por parte de los distintos Gobiernos españoles; en la actualidad, la lucha contra la inmigración ilegal supone uno de los principales focos activos de la política de interior, ayudada en parte por contingentes europeos y por la Agencia Europea de Control de Fronteras Exteriores⁽¹⁴⁾.

(12) La LO 4/2000, de 11 de enero, fue aprobada por el Partido Socialista e IU, con los votos en contra del Partido Popular, que ostentaba la Presidencia del Gobierno pero no tenía la mayoría absoluta.

(13) La LO 4/2000 fue modificada en primer lugar por la LO 8/2000, de 22 de diciembre de ese mismo año. Posteriormente por las LLOO 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre. Mediante la LO 2/2009 se quiso adaptar la normativa española a las diferentes normas europeas vigentes. Las principalmente normas europeas a las que hace referencia esta última reforma son la *Directiva 2003/110/CE*, de 25 de noviembre de 2003, la *Directiva 2003/109/CE*, de 25 de noviembre de 2003, la *Directiva 2004/81/CE*, de 29 de abril de 2004, la *Directiva 2004/82/CE*, de 29 de abril de 2004, la *Directiva 2004/114/CE*, de 13 de diciembre de 2004, la *Directiva 2005/71/CE*, de 25 de octubre de 2005, la *Directiva 2008/115/CE*, de 16 de diciembre 2008, la *Directiva 2009/50/CE*, de 25 de mayo de 2009 y la *Directiva 2009/52/CE*, de 18 de junio de 2009. La última reforma que se ha hecho sobre la misma ha sido mediante la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, mediante la cual se han modificado los artículos 31 bis y 59 bis relativos a la «residencia temporal y trabajo de mujeres víctimas de la violencia de género» y «víctimas de la trata de seres humanos».

(14) FRONTEX, que en relación a España ha desarrollado distintos proyectos. Los principales han sido los programas HERA (I, II y III), en relación a los flujos de inmigración provenientes del continente africano y que llegan a las costas de las islas Canarias. En este programa, la Agencia ha trabajado conjuntamente con el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, y se han realizado Acuerdos con Mauritania y Senegal que han tenido resultados positivos en el objetivo de frenar los flujos migratorios provenientes de estos países. Fuente: <http://www.frontex.europa.eu/external_relations/>.

Un punto de gran importancia respecto al alcance de esta Ley ha sido la gran controversia jurídica que ha planteado desde su creación⁽¹⁵⁾. La primera reforma a la Ley de extranjería se le hizo a los pocos meses de entrar en vigor, mediante la LO 8/2000, matizando y limitando el alcance de importantes derechos reconocidos en la misma exclusivamente a los extranjeros residentes legales en España.

Esta reforma lo que supuso fue que se planteara ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad por el alcance de las modificaciones previstas en la misma. El TC plantea, en su STC 236/2007, un desarrollo actualizado de las teorías mantenidas hasta ese momento respecto al alcance y disfrute de derechos reconocidos en la Constitución por parte de los extranjeros, que superaron las teorías mantenidas hasta ese momento. Del mismo modo se han ido limitando las diferencias existentes entre las dos regulaciones (extranjeros-no extranjeros), destacando la referencia a la «dignidad de la persona» como principio interpretativo del alcance de los mismos, en base al artículo 10 de la CE-1978, y la apelación, por la vía del artículo 53.1 CE-1978, a la garantía de «contenido esencial» de estos derechos.

«La vinculación de los derechos al principio de dignidad de la persona nos permite definir un núcleo intangible de derechos que son inherentes a la persona y de los que los extranjeros no pueden ser desposeídos. Por su parte, la apelación a la garantía del contenido esencial permite establecer un límite al legislador en la regulación de los derechos de los extranjeros que le obliga a respetar el contenido esencial de esos derechos»⁽¹⁶⁾.

Aunque la STC 236/2007 confirma la inconstitucionalidad de algunas de las modificaciones realizadas a la LO 4/2000, la respuesta del TC tuvo cierta amplitud, y no ha estado exenta de críticas. El planteamiento del Tribunal confirmó por un lado la inconstitucionalidad de las limitaciones al ejercicio de estos derechos exclusivamente para los extranjeros residentes «legales» en territorio español, y declaró la nulidad del inciso en cuestión para los preceptos que hacen referencia al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita, decisión que fue aplaudida por gran parte de la doctrina. La discusión se planteó al no ser absoluta esta inconstitucionalidad y no declarar la nulidad de los artículos referentes a los derechos de asociación, reunión y libertad sindical de los extranjeros residentes legales en España, alegando que «ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador, ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa en el ejercicio de los señalados derechos»⁽¹⁷⁾.

(15) El RD 864/2001, de desarrollo de la LO 4/2000 fue anulado en parte por la STS de 20 de marzo de 2003. Igualmente, el Tribunal Constitucional ha conocido de varios recursos de inconstitucionalidad frente a la LO 4/2000, entre otros, en las Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre.

(16) BALAGUER CALLEJÓN, F., *op. cit.*, p. 485.

(17) STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17.

Este planteamiento no deja de ser discutible incluso en el mismo seno del TC, donde se plantearon dos votos particulares respecto a la posición finalmente acatada por el Tribunal. Lo que sí supuso fue un afianzamiento en la equiparación normativa del reconocimiento de derechos entre extranjeros y españoles, perspectiva positiva en todo caso, y confirmada posteriormente por el mismo Tribunal en el preámbulo de la LO 2/2009. Dice así: «reconociendo que la exigencia que la indicada ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo».

En esta misma reforma del año 2009, y de ahí la importancia de la misma, se reformó el articulado de la Ley de extranjería para que fuera coherente con la jurisprudencia del TC, al igual que acorde con la norma suprema del Ordenamiento Jurídico. Igualmente se modificó para incluir toda la normativa europea pendiente de trasposición, y por la que incluso España había sido penalizada desde el Tribunal de Justicia Europeo⁽¹⁸⁾, así como para adaptarse a la situación migratoria española, que había evolucionado considerablemente respecto al momento en que se redactó la Ley. Es importante destacar que, finalmente, las reformas introducidas por la LO 2/2009, y en general los objetivos que tiene la normativa vigente en la actualidad, han quedado establecidos en el reciente Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) de 2011⁽¹⁹⁾, siendo a grandes rasgos los siguientes:

- Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales.
- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales.
- Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.
- Reforzar la integración como eje central de la política de inmigración.
- Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía y potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas. Coordinando la labor entre ellas.
- Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y con otras que tengan interés en el tema migratorio, incluyendo a sindicatos y organizaciones empresariales.

Esta perspectiva, sumada a las grandes dificultades de llevar a la práctica muchas de ellas, conforma la situación a la que se enfrenta jurídicamente nuestro Ordenamiento. De la teoría a la práctica media una gran distancia, y aunque los objetivos de integración son muy loables, no hay que olvidar que la situación de crisis y desempleo actual incide, y de gran manera, en los objetivos planteados. El Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000, el RD

(18) Me refiero a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 2007/317, de 15 de noviembre, asunto C-59/07.

(19) II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, Secretaría de Estado de inmigración y emigración. Dirección General de Integración de los Inmigrantes.

557/2011, «pretende consolidar un modelo de inmigración regular, ordenado y vinculado al mercado de trabajo, a la vez que garantizar mayor rigor, objetividad y transparencia en los procedimientos administrativos de extranjería»⁽²⁰⁾. Estas metas, no obstante, no deben hacernos olvidar que estamos regulando normas que afectan a personas individualmente consideradas, y que muchas veces no se pueden ajustar a unos patrones específicos.

III. PROGRAMA DE INMIGRACIÓN EN DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA ESPAÑOLA

A raíz de las políticas desarrolladas por España para gestionar los flujos migratorios, y en desarrollo de los objetivos europeos establecidos tanto en Tampere como en La Haya, o el más reciente en Estocolmo, el Ministerio del Interior español puso en marcha un Programa de inmigración⁽²¹⁾ previsto para desarrollarse en un plazo de 5 años (2008-2013) en base al Fondo Europeo para el Retorno⁽²²⁾.

Este Programa Plurianual sobre inmigración recogía la situación existente en España a fecha del año 2008, y que en rasgos generales se sigue manteniendo en la actualidad, aunque en los últimos meses están descendiendo los porcentajes de inmigrantes y aumentando los retornos o salidas. A pesar de esto, se siguen manteniendo los principales flujos migratorios provenientes tanto del continente africano como americano, asiático o europeo.

Respecto a los países africanos, se observa en especial que provienen de la franja del Magreb mediterráneo y de los países sub-saharianos, que arriban a las costas españolas (mediterráneas y canarias) de forma ilegal mediante pequeñas y frágiles embarcaciones, en muchas ocasiones extenuados y enfermos por el trayecto. Estas embarcaciones parten de Marruecos, Mauritania, Senegal, Argelia o incluso desde Guinea Bissau y Gambia; aunque las principales ciudades de salida están en Senegal (Saint Louis y Dakar) y en Mauritania (Nouadhibou y Nouakchott). Por ello la importancia de colaborar con estos países en materia migratoria, dado el importante papel que juegan como Estados emisores.

Se establecen como una importante vía de entrada de inmigrantes ilegales las ciudades fronterizas de Ceuta y Melilla, que por su especial enclave geográfico se han convertido en el eje geopolítico de los flujos migratorios africanos. Respecto a la inmigración proveniente del continente asiático, la población china está en continuo crecimiento, y junto con el sureste asiático forman la zona de procedencia más frecuente. Estas personas llegan por medios marítimos, principalmente barcos que transportan mercancías o grandes pesqueros. Existe, además, una relación entre estos flujos migratorios asiáticos y algunos países afri-

(20) *Ibid.*, p. 63.

(21) <http://www.mir.es/SES/DGIMS/Programa_Solidaridad/Fondo_Europeo_Retorno/Programa_Plurianual/MAP_RF_ES.pdf>.

(22) Fondo europeo previsto para una duración de cinco años dentro del Programa Europeo «Solidaridad y Gestión de los flujos migratorios». Ya se estableció en el Programa de La Haya como una de las diez prioridades u objetivos a desarrollar, con la idea de incluir la figura del retorno para homogeneizar y armonizar las medidas de alejamiento. COM (2005) 123 final. Información disponible en <http://ec.europa.eu/home-affairs/funding/return/funding_return_en.htm>.

canos, principalmente Guinea Conakry, desde donde parten muchos barcos con destino a Europa.

Respecto al tema de la inmigración proveniente de Latinoamérica, ésta es más difícil de controlar, porque estas personas suelen entrar al país mediante un visado de turista, y una vez finalizado éste permanecen en territorio español de manera ilegal. Es la más numerosa, siendo los principales países emisores de emigrantes Ecuador, Colombia y Perú.

En el informe se establecen las acciones emprendidas en el ámbito del retorno forzoso y del retorno voluntario, tanto a nivel interno (aumento del personal funcionariado responsable, por ejemplo) como a nivel externo (organización de los vuelos de retorno, coordinación con otros organismos, etc.) El problema respecto al retorno forzoso es que existen Acuerdos bilaterales con bastantes de los Estados de donde provienen estas personas, pero muchos de los inmigrantes destruyen sus documentos de identificación para que no se conozca su procedencia, dificultando su repatriación. En otros casos, son los mismos Estados los que, aun existiendo Acuerdo o Convenio, ofrecen un grado de cooperación mínimo y no funciona.

Se establece también que los inmigrantes sorprendidos ilegalmente en España serán ingresados en un primer momento, con un máximo de 72 horas, en un centro de recepción, especialmente habilitado para tal efecto, y durante ese tiempo se intentará resolver su situación. Posteriormente, si es necesario, son trasladados a un centro de internamiento para extranjeros (CIE), donde estarán hasta que se haga efectiva su expulsión del territorio español.

El problema que se plantea aquí es el trato recibido y la situación en que se encuentran estos CIES, porque son «centros públicos de carácter no penitenciario, previstos para servir de lugar de detención, atención y custodia, a disposición de la Autoridad Judicial, a los extranjeros sujetos a un expediente de expulsión», pero en la mayoría de los casos las circunstancias y el contexto provocan que se saturen, que las condiciones en que residen estas personas no sean aceptables, o que pasen un período de tiempo prolongado en ellos, sin que las autoridades puedan disponer de medios para tramitar la expulsión del individuo⁽²³⁾.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE ESPAÑA COMO «PUERTA SUR» DE EUROPA

El enclave geoestratégico en que se encuentra situada la Península Ibérica es uno de sus principales factores a nivel internacional, siendo clave para entender el proceso evolutivo por el que ha ido desarrollándose históricamente. Desde la época fenicia y cartaginense, posteriormente el Imperio romano, el dominio visigótico y la dominación musulmana, la situación en que se encontraba la Península Ibérica fue determinante para comprender desde el punto de vista histórico cómo ha ido evolucionando. Es importante asimismo para comprender el papel que ha jugado España como Estado desde sus orígenes, con la unifi-

(23) AEDIDH, Comité para la eliminación de la discriminación racial, examen de los informes XVIII a XX de España, *Dictamen: Los Centros de Internamiento para Extranjeros*, febrero 2011, Ginebra, y Amnistía Internacional, *Los derechos de los extranjeros que llegan a las Islas Canarias siguen siendo vulnerados, resultados de la misión de investigación de Amnistía Internacional los días 14 a 16 de junio, 2006*, fuente: <www.es.amnesty.org>.

cación de reinos que produjeron los Reyes Católicos, al Imperio español de los Austrias, su posterior ocaso, la etapa de España como metrópoli colonizadora, la dinastía borbónica, y en general todos los avatares, guerras, dictaduras y diferentes situaciones por las que hemos pasado, hasta los tiempos más recientes.

España, junto con Portugal, forman el extremo más occidental de Europa. Igualmente, nuestra cercanía con el continente africano ha estado muy vinculada con la historia y desarrollo de los distintos pueblos que habitaron la Península Ibérica. Solamente 14 kilómetros separan el continente europeo del africano, por el estrecho de Gibraltar, aparte de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El mar Mediterráneo ha forjado, como actor principal, la historia de España desde sus orígenes, participando de forma muy activa en todos los grandes acontecimientos históricos. Esta situación especialmente privilegiada en que nos encontramos influyó decisivamente en nuestra historia, y hoy día, dentro de la Unión, somos un enclave importantísimo como frontera o linde del conjunto europeo.

El fenómeno de la inmigración, desde tiempos remotos, ha tenido en cuenta la situación en que se encuentra España con respecto a Europa, principalmente la proveniente del continente africano; pero no solo en este Estado, sino que afecta a toda la cuenca europea mediterránea: Italia, Malta, Chipre y Grecia, principalmente, con especial incidencia en la actualidad debido a los conflictos y situaciones de inestabilidad en los Estados del norte de África, donde el «eterno debate entre seguridad y democratización permanece abierto»⁽²⁴⁾.

A esta situación general hay que sumarle las diferentes formas de aproximación que ha realizado la Unión Europea respecto sus vecinos del sur, donde España juega un papel fundamental por las razones anteriormente expuestas. Merece destacar, no obstante, como un matiz alentador en el lento proceso de integración y regulación de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea, la consideración que se hace desde la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración al considerarlos, más que inmigrantes, «nuevos vecinos»⁽²⁵⁾.

La Política Europea de Vecindad y la inmigración

Los antecedentes de las relaciones europeas con los países de la cuenca mediterránea no-comunitarios⁽²⁶⁾ comenzaron desde el inicio de la Unión, plasmadas inicialmente en la Política Global Mediterránea (PGM, 1972-1992) y con la Política Mediterránea Renovada (PMR, 1992-1996)⁽²⁷⁾.

(24) DRISS, A., «Gran Angular: La UE, el Mediterráneo y la democracia. Devolver el protagonismo a las poblaciones es dar mayores oportunidades de éxito al Partenariado, sobre todo en cuanto a cambios democráticos», en *Afkar/Ideas*, número 30, 2011, p. 32.

(25) II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014, *op. cit.*, p. 26.

(26) Países considerados mediterráneos y no-comunitarios son los siguientes: Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Israel, Chipre (hasta su admisión en la UE en el año 2004), Jordania, Líbano, Siria, Territorios Palestinos, y Turquía (con sus especialidades por su calidad de Estado candidato a la Unión Europea).

(27) NÚÑEZ VILLAVERDE, J. A., en *Veinte años de España en Europa*, GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008, p. 79.

A pesar de la existencia de estas relaciones, no es hasta que se le concede un impulso mayor, con posterioridad al Tratado de Maastricht, cuando verdaderamente se toman en serio. En 1995, con la Conferencia de Barcelona se comienza a impulsar un nuevo marco en las relaciones entre estos países, con vistas a futuros Acuerdos de asociación⁽²⁸⁾. En este Proceso de Barcelona, con la idea de desarrollar una «Unión por el Mediterráneo», es también donde se proyecta la Política Europea de Vecindad⁽²⁹⁾; una estrategia de la Unión que nació con el objetivo de fortalecer los lazos con los países vecinos tanto del sur (toda el área mediterránea meridional) como de Europa oriental. Su fundamento jurídico podríamos encontrarlo en el actual artículo 217 TFUE. En palabras de DÍEZ PERALTA, «la mayor parte de los autores que han abordado esta cuestión no dudan en reconocer la especial relevancia política de los Acuerdos de asociación, por cuanto llevan aparejados el establecimiento de relaciones privilegiadas, duraderas y fuertemente institucionalizadas»⁽³⁰⁾.

A grandes rasgos, esta nueva Unión euromediterránea tenía tres elementos esenciales: Garantizar un espacio común de paz y estabilidad, permitir un crecimiento económico compartido entre todos los Estados parte y favorecer un ambiente multicultural y social entre todas las partes. Para alcanzar la realización de estos objetivos se desarrollaron políticas de muy diversa índole, principalmente Acuerdos de Asociación respecto a temas muy específicos⁽³¹⁾, fundamentalmente relacionados con el primer sector, y estableciendo los contingentes europeos propuestos para su consecución. Además, todos ellos con el objetivo último de crear una Zona de Libre Comercio y Cambio común y promover una mayor integración económica y cooperación política. Para ello estaba previsto eliminar progresivamente determinadas tarifas arancelarias, distinguiendo entre productos industriales y productos agrícolas, previendo para ambos esa zona futura de «libre comercio», liberalizando también de manera gradual el sector servicios. En el desarrollo de esta política europea, la herramienta principal de la que hace uso la Unión Europea son los Planes de Acción, documentos que amplían de manera concreta para cada Estado miembro los Acuerdos de Asociación, con el objetivo de alcanzar y promover una mayor integración.

Más allá de este aspecto, la Política europea de vecindad no se ha limitado a establecer relaciones con los Estados de la cuenca mediterránea, sino que abarca a todos los países considerados «fronterizos» con el territorio de la Unión. Por ejemplo, con motivo de la ampliación europea a 10 nuevos Estados en el año 2004, principalmente provenientes de la Europa más oriental, el 12 de mayo de ese mismo año se presentó un documento que esta-

(28) Por ejemplo, en 1996, dentro de la Conferencia de Barcelona se firmó un nuevo Acuerdo de asociación con Marruecos, que vino a sustituir al anterior de 1969 y al de 1976 con la desaparecida CECA.

(29) En este caso se tuvo en cuenta a los países mediterráneos no-comunitarios, a la Liga Árabe y a la Unión del Magreb Árabe, además de Mauritania. Fuente: <http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r15001_es.htm>.

(30) DÍEZ PERALTA, E., *El comercio de productos agrícolas entre la Unión Europea y Marruecos: Régimen jurídico*, Dykinson/Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2005, p. 62.

(31) Por ejemplo, a raíz de la Cumbre se firmaron distintos convenios: Acuerdo de Asociación UE con Argelia (2002), Acuerdo de Asociación UE con Túnez (1995), Acuerdo de Asociación UE con Jordania (1997), Acuerdo de Asociación UE con Egipto (2001), Acuerdo de Asociación UE con Marruecos (1996). Nota: indico las fechas de la firma, la entrada en vigor se pospone normalmente unos 3 o 4 años. En el caso de Marruecos, en la actualidad desde el año 2008 las relaciones se rigen por un Estatuto avanzado. En los casos de Líbano y Palestina existe un Acuerdo Interino vigente.

blecía la política europea a seguir para con los países de Europa oriental y los del sur del Mediterráneo⁽³²⁾. El objetivo de la misma era que esta ampliación no agravara más aún las diferencias existentes entre los países de la Unión y los que no pertenecían a ella, sino que de alguna manera, acercándose posturas, se vieran beneficiados todos los países vecinos del desarrollo económico y político de la Unión, sin ninguna intención política de adhesión futura a la Unión por los mismos.

Para alcanzar este fin se ofrecían formas de colaboración, cooperación y asociación a los países más cercanos, con los que en un principio no se plantea la opción de la ampliación, que hasta entonces había sido el «premio» otorgado a los países que realizasen cambios en su estructura y gobierno para ir acercándose cada vez más a los principios de la Unión. En esta nueva actitud por parte de la Unión el objetivo es exportar la política de prosperidad europea para garantizar estabilidad política en las fronteras de la Unión, y a la misma vez ampliar mercados y posiciones estratégicas⁽³³⁾.

Después del desarrollo de esta Política Europea de Vecindad durante un lustro, donde los Estados no-comunitarios aceptaron una política de sumisión a los intereses europeos con el objetivo final de «mantener estabilizada la situación en sus territorios de referencia»⁽³⁴⁾, la situación explotó a comienzos del año 2011 con llamada «primavera árabe».

Como se refiere a ello NÚÑEZ VILLAVERDE, existía una marginación evidente respecto a los temas de cooperación igualitaria en las políticas seguidas por Europa, con un «ensanchamiento de las brechas de desigualdad entre ambas orillas»⁽³⁵⁾, previendo que si ya fracasó con anterioridad la política europea y provocó que en 1995 se impulsara la Asociación euromediterránea, o se cambiaba la forma de relacionarse desde Bruselas o estas relaciones estaban condenadas al fracaso.

«La Unión Europea puede y debe reorientar su aproximación a los asuntos mediterráneos, dando mayor prioridad a los temas de desarrollo. Esto no significa, en ningún caso, el abandono de las consideraciones de seguridad y defensa. Antes al contrario, se trata de comprender que la mejor opción para defender los intereses propios pasa por una apuesta decidida en el terreno del desarrollo integral (social, político y económico), como vía para fomentar sociedades abiertas y unas condiciones de vida equiparables a las existentes en la orilla Norte. De esta manera se podrá asentar la estabilidad no, como ha ocurrido hasta ahora, sobre la imposición de la fuerza, la negación de espacios de maniobra para el conjunto de la sociedad civil y la explotación de los recursos humanos y naturales de la zona, sino sobre la voluntad de sus ciudadanos para defender un modelo que les garantice la satisfacción de sus necesidades»⁽³⁶⁾.

(32) Comunicación de la Comisión, de 12 de mayo de 2004, «Comunicación de la Comisión relativa a la Política europea de vecindad - Documento de estrategia», COM (2004) 373 final. Fuente: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0373:FIN:ES:PDF>>.

(33) JORDÁN GALDUF, J.M., «La política europea de vecindad y el desarrollo económico de Marruecos», *Información Comercial Española*, 2004, núm. 819.

(34) NÚÑEZ VILLAVERDE, J. A., *op. cit.*, p. 80.

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*, p. 81.

Esta opinión, premonitoria de las crisis actuales que azotan los países de la cuenca sur del Mediterráneo, no hace sino indicar claramente el tipo de política que debía seguir la Unión Europea, basada en una exportación de valores y de diálogo político. La idea era ir creando en estos Estados una situación de prosperidad semejante a la que se puede encontrar en Europa, basándose en la idea de desarrollo sostenible. El problema está en que los regímenes en el poder han estado más pendientes de sus propios asuntos que del bienestar de los ciudadanos, y la Unión Europea no ha sabido actuar con la suficiente voluntad práctica para evitar una situación previsible.

Desde la Unión Europea se ha venido manteniendo una postura un tanto contrapuesta. Las principales críticas radican en que «se mantenía la contradicción de alimentar la retórica abierta frente a los temas de cooperación y desarrollo al tiempo que se implementaba una perspectiva eurocéntrica basada en la priorización de la gestión de fronteras y la necesidad de un control sobre la ilegalidad de los flujos»⁽³⁷⁾. La situación actual finalmente ha provocado una nueva visión del proceso de diálogo Euromediterráneo, porque incluso se ha llegado a plantear a nivel europeo el cierre temporal del espacio Schengen, pilar básico de la estructura comunitaria.

El problema al que se enfrenta la Unión Europea en la actualidad es saber gestionar de una manera adecuada todos los flujos migratorios que llegan a Europa, principalmente teniendo en cuenta el importante papel que juega España en este contexto internacional. Se da una tendencia en la actualidad a restringir los flujos migratorios, apoyada en parte por la renovación de la Política Europea de Vecindad, pero esta postura debe respetar en todo caso los aspectos ya defendidos por NÚÑEZ VILLAYERDE de desarrollo y diálogo, ratificados por la idea de «mantener para largo plazo el Planteamiento Global sobre la Migraciones, por el que se busca un equilibrio entre los tres principales ámbitos de intervención: organizar la inmigración legal, reforzar la lucha contra la inmigración irregular y potenciar los efectos positivos que tienen las migraciones sobre el desarrollo»⁽³⁸⁾.

V. EL CODESARROLLO APLICADO A LOS FLUJOS MIGRATORIOS

Después de tantos años realizando diferentes acciones destinadas al desarrollo de los Estados considerados del «tercer mundo» o «en vías de desarrollo» desde Europa, la realidad nos demuestra que no se ha producido ningún cambio significativo. Es más, en la mayoría de estos Estados las condiciones de vida han empeorado, y en muchas ocasiones estas personas se han visto abocadas a emigrar como única alternativa. Además, como hace referencia a ello NAÏR, las políticas de cooperación mercantiles que ha estado desarrollando la Unión Europea con los Estados ribereños mediterráneos tampoco han producido el anhelado desarrollo previsto. ¿A qué se debe este fracaso? En primer lugar, a que se ha previsto un desarrollo económico como objetivo inicial a alcanzar, dejando de lado el desarrollo personal, favorecedor de la integración, y un desarrollo que sea progresivamente sostenible

(37) ARAGALL, X., e IEMed, «Observatorio Euromediterráneo: Revueltas y transiciones políticas: impacto en las migraciones», en *Afkar/Ideas*, número 30, 2011, p. 68.

(38) *Ibid.*, p. 69.

por las propias comunidades. «En las sociedades en transición hacia una economía de mercado, el desarrollo no puede ser reducido únicamente a su dimensión económica, dejando de lado el sistema social. Su finalidad debería ser la integración social global de todas las capas de la población: una integración sistemática, es decir, política, económica, social, cultural e identitaria»⁽³⁹⁾.

Si estas personas pudieran tener expectativas de crecimiento y desarrollo en sus países de origen, no se verían obligadas a emigrar para poder tener un proyecto de vida. «El desarrollo es un sustituto de la emigración en casos individuales y en general»⁽⁴⁰⁾, y está demostrado que cuando las condiciones de vida en el Estado de origen aumentan, lo hacen también las perspectivas laborales, de futuro, de crecimiento, etc., y no se produce la necesidad de emigrar, e incluso se produce un retorno de los emigrantes a su país de origen. El problema está en cómo se configura ese desarrollo, qué aspectos engloba, porque es necesaria una visión desde el *codesarrollo* para conseguir un crecimiento sustentable, armonizado y sobre todo viable. «Sólo una estrategia de codesarrollo, basada en la toma de conciencia de los intereses comunes, puede hacer frente a los retos. El codesarrollo no significa ayuda, ni caridad, ni trueque, sino el aprovechamiento de la interdependencia para impulsar el desarrollo»⁽⁴¹⁾.

¿Qué implica este enfoque? Que sean beneficiarios del mismo no sólo los países receptores de migrantes, sino también los propios migrantes, y, consecuentemente, sus países de origen. Hay que desarrollar conjuntamente los intereses comunes, para poder crear un desarrollo sostenible, donde no se vean beneficiados solamente unos pocos y donde cada vez haya mayores diferencias. Para ello, la Unión Europea debe desarrollar políticas conjuntas con los Estados de procedencia, gestionando de forma común los recursos y posibilidades de los flujos migratorios. Se debe partir de las necesidades que se observan en el país de origen de estas personas, e intentar solucionar los fallos existentes allí con políticas que benefician a ambas partes. Igualmente, es necesario implicar en ello a toda la sociedad: desde organizaciones y empresas, a ONGs, instituciones educativas o administraciones públicas. Hay que organizar las migraciones desde unos principios que favorezcan a todas las partes interesadas.

«Dominar los flujos no significa únicamente dotar a los países de acogida de los medios para preservar su equilibrio social, sino también de hacer posible la inmigración en el futuro; favorecer la movilidad no significa sólo poner los medios para beneficiarse de las aportaciones del trabajo de los inmigrantes, cualificado o no, o responder a una demanda migratoria irreprimible, sino permitir que los países emisores también se beneficien de ello a través del regreso de sus emigrantes y de la posibilidad de “hacer salir” otros emigrantes»⁽⁴²⁾.

(39) NAÏR, S., *La Europa mestiza*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2010, p. 660.

(40) GARCÍA ROCA, J., y LACOMBA, J., *La inmigración en la sociedad española. Una radiografía multidisciplinar*, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2008, p. 754.

(41) NAÏR, S., *op. cit.*, p. 690.

(42) *Ibid.*, p. 664.

El retorno como opción

Una vez planteada la situación en que se encuentran en la actualidad los flujos migratorios, parece necesario desde los propios Estados afectados el regular de una manera eficaz la gestión de los mismos. Igualmente es de gran importancia el establecer una política de asilo e inmigración adecuada, para dar cabida a las necesidades que van surgiendo, así como para luchar contra la inmigración ilegal. Con todos estos objetivos por delante, las normas existentes intentan positivizar y regular esta área homogeneizando y aunando las normas en materia migratoria.

Los motivos por los que una persona emigra pueden ser muy variados, pero en general tienen en común la búsqueda en el país de acogida de mayores posibilidades tanto económicas como laborales, con la idea de un plan a corto y medio plazo para establecerse en el mismo. La migración internacional en la actualidad se plantea generalmente de los países considerados del «Sur» hacia el «Norte», porque «el desplazamiento del recurso humano ante las condiciones de las economías desarrolladas es inevitable, debido a la baja remuneración del mismo en el país de origen y a que los procesos de acumulación del capital demandan trabajadores de los países menos desarrollados»⁽⁴³⁾, existiendo múltiples factores y circunstancias que hacen que este fenómeno tenga un alcance y extensión global.

Aunque la mayoría de las personas migrantes tienen la meta de volver a su país originario en un futuro, en rasgos generales se plantean la idea del retorno como un objetivo a largo plazo. Esta visión puede, no obstante, irse reduciendo según el tiempo y la acogida en el país de destino. El proyecto de vida que se establece al migrar, alejándose del país de origen, se puede ver afectado por múltiples situaciones que pueden hacer o no cambiar de idea al individuo. La idea inicial de estar unos años fuera y retornar con éxito y dinero es un deseo general entre los migrantes, sea cual sea su nacionalidad; pero el encontrarse con una realidad socioeconómica distinta a la prevista y debido a la cual se deba trabajar más duramente, el contraer obligaciones y deudas en el país de destino, que la situación en el país de origen no sea estable y segura para el individuo, o que las posibilidades de prosperar en el país de destino sean muy elevadas y la integración de esta persona (en diferentes ámbitos) sea positiva, pueden hacer que la idea de retornar se diluya y quede como un objetivo lejano, no materializable a corto plazo.

En general, los migrantes, lo que más acusan y los principales motivos alegados para querer retornar son el anhelo de estar con la familia y seres queridos, ya que muchas veces se rompen lazos familiares al emigrar solo un miembro de la familia dejando al resto en el país de origen, así como la dificultad de adaptación a la sociedad de destino. La idea de que «la separación es el precio para obtener los beneficios y metas de la migración»⁽⁴⁴⁾ es un elemento constante en la forma de plantearse el proceso migratorio, y generalmente se parte con la idea común de que «la expectativa de retorno está presente desde el momento mismo de la migración; el viaje (...) está siempre acompañado de la idea del retorno, aunque los y las migrantes son conscientes de que ésta no podrá materializarse en un futuro

(43) PUYANA VILLAMIZAR, Y., MOTOA FLÓREZ A. J., y VIVIEL CASTELLANOS, A., *Entre aquí y allá. Las familias colombianas transnacionales*, Bogotá, Fundación Esperanza, 2009, p. 30.

(44) *Ibid.*, p. 80.

inmediato, y se van con la plena consciencia de que pasarán mucho tiempo alejados de sus familiares»⁽⁴⁵⁾.

VI. IDEA DE «RETORNO VOLUNTARIO» COMO INSTRUMENTO CLAVE DEL CODESARROLLO

En todo el ámbito europeo, y concretamente en España, la inmigración se ha visto ostensiblemente incrementada en la última década, época de crecimiento económico y desarrollo social. Asimismo, se está notando la crisis y la falta de trabajo en la época de inestabilidad económica y carestía, siendo uno de los colectivos más perjudicados la población inmigrante. Esta situación, sumada a unas altas tasas de desempleo, precariedad laboral e inflación, junto con el desplome de las Bolsas y devaluación de las deudas nacionales, han provocado diversas políticas de recortes presupuestarios tendentes a regular y disminuir en la medida de lo posible los gastos estatales. Es por ello que, desde los Gobiernos europeos, se han planteado distintas actuaciones destinadas a completar las políticas migratorias comunitarias, siendo el caso español uno de ellos. Apoyándose en la situación actual de crisis, muchos migrantes se han planteado en los últimos años esta idea de retorno a su país de origen como solución para escapar a la crítica situación de Europa.

Esta idea de retornar nos muestra la posibilidad de un individuo que «retorna a su país de origen, el país de ciudadanía, después de haber sido migrante internacional durante un período de corto o largo plazo, y que tiene la intención de quedarse en el país de origen (...)»⁽⁴⁶⁾. Me parece interesante la perspectiva que supone esta figura específica, dentro de las distintas medidas de complementación de las políticas migratorias que establece la normativa tanto europea como española.

El retorno es un fenómeno amplio, con una diversidad de actuaciones que hacen más compleja aún, si cabe, la posibilidad de definirlo de una manera concreta, aparte de las complicaciones terminológicas que su polisemia conlleva: «Puede ser voluntario u obligatorio. Puede ser temporal o definitivo. Puede ser espontáneo o incitado. Puede realizarse sin ayuda o de forma asistida. Puede ocurrir después de una estancia corta en el exterior o después de una estancia de larga duración»⁽⁴⁷⁾.

Si nos remitimos a la normativa europea, generalmente el retorno se configura como una medida de alejamiento, entendida ésta como «aquellas medidas de traslado forzoso del extranjero a su país de origen, como consecuencia del incumplimiento de las normas de entrada o residencia de extranjeros y que lleven aparejada una prohibición de entrada, siempre que tales medidas estén vigentes y no hayan sido suspendidas»⁽⁴⁸⁾. Este retor-

(45) *Ibid.*, p. 77.

(46) D'ANGLEJAN, S., «Migraciones internacionales, crisis económica mundial y políticas migratorias ¿llegó la hora de retornar?», en *OASIS*, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, núm. 14, 2009, p. 20.

(47) *Ibid.*

(48) MOYA MALAPEIRA, D., «La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas», en *ReDCE*, número 10, 2008, p. 113.

no asimismo puede subdividirse en distintas manifestaciones que pueden darse o no de manera concurrente: La orden de alejamiento, la orden de ejecución forzosa y la orden de prohibición de entrada. Éste es el significado aplicable por parte de la Directiva 115/2008 y toda la normativa nacional que la desarrolla. Aquí retorno equivale a una suerte de «deportación», realizada por el Estado en el ejercicio de su soberanía nacional. Esta política, junto a la situación de inestabilidad e incertidumbre económica actualmente en la Unión Europea, no hace sino ampliar aún más las diferencias existentes social y económicamente y las políticas tendentes a recortar derechos sociales, porque aquí el retorno se configura como un fracaso por parte del migrante; su proceso migratorio ha fracasado y vuelve al país de origen expulsado a la fuerza. El retorno en este supuesto está configurado como parte de una decisión administrativa o judicial que ordena la expulsión de un individuo del territorio del Estado, considerado por tanto como «retorno forzoso»; siendo el ejemplo más usual en España los inmigrantes que intentan cruzar el Estrecho de Gibraltar ilegalmente en pequeñas embarcaciones y son descubiertos por las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Otro tipo de retorno es el voluntario, decidido por el migrante; que por determinados motivos decide retornar a su país de origen, generalmente porque considera que ha cubierto el ciclo migratorio, que las condiciones en su país han mejorado, o bien por cualquier otro motivo que considere oportuno. Esta opción libre y voluntaria del individuo es parte inherente del proceso en sí; puede suponer la culminación con éxito del proyecto iniciado, o puede, asimismo, suponer la vuelta a casa con unas expectativas fracasadas, pero tiene como característica principal que es una opción libre y voluntaria de la persona afectada, no existe influencia o presión por parte del Estado.

Esta vuelta a un punto de partida dentro del proyecto ideado por el migrante está siendo utilizada por los Gobiernos nacionales como parte complementaria a la regulación migratoria. Se configura como un programa asistido donde los Estados incentivan el retorno de los migrantes residentes en su territorio, reduciendo de esta manera el número de trabajadores de terceros Estados en el mismo. Es por tanto, una política interesante para los países receptores: si tiene éxito puede ser una forma alternativa de regular la inmigración con menos presión de la opinión pública y a un coste mucho menor que el necesario para el tipo de retorno considerado como «forzoso». Este es el llamado «retorno voluntario asistido».

En la actualidad desde el Gobierno español existe un programa de este tipo, un plan de retorno asistido para nacionales de terceros Estados con los que España tenga convenio en materia de Seguridad Social⁽⁴⁹⁾. Este plan ofrece a los inmigrantes que quieran retornar y que estén cobrando el subsidio por desempleo en España la posibilidad de cobrar aquí un 40%, y el restante 60% cuando lleguen a su país de origen, con el incentivo de que cubre el desplazamiento desde España hasta el país de origen, y aporta una pequeña cantidad de dinero de bolsillo. Después del primer pago, el migrante tiene un mes para retornar, y deben hacerlo él y todos los miembros de su familia (incluidos los que llegaron a España mediante reagrupación familiar). A cambio, existe una prohibición de solicitar una autori-

(49) Toda la información se encuentra en la página web <www.planderetornovoluntario.es>, siendo los países con los que existe este convenio en materia de Seguridad Social los siguientes: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, EE.UU., Rusia, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

zación por residencia o trabajo durante un periodo de tres años en España. Es decir, durante ese periodo de tiempo no puede volver a España, excepto como turista.

Esta idea en sí parte de unos principios que pueden parecer positivos, pero no hay que engañarse. Desde que se inició el programa en el año 2009, los inmigrantes que han hecho uso del mismo han sido una minoría. ¿Por qué? Por muy diversas razones, pero la principal de ellas es que este programa no tiene en cuenta ni los intereses del migrante ni del Estado de origen, siendo el único beneficiario seguro el Estado de acogida.

El migrante no tiene ninguna garantía de que su situación vaya a mejorar cuando vuelva a su país de origen, su proyecto de vida como migrante puede llegar a considerarse un fracaso. De igual manera, por parte de los Estados de origen, no existe un control y seguimiento acerca de estas personas, no hay ningún organismo que se encargue de gestionar los recursos que aportan, tanto personales como materiales. Es más, generalmente estos países se van a ver perjudicados a la larga porque con el retorno de los migrantes van a perder una de las principales fuentes de ingresos que suponen: las remesas⁽⁵⁰⁾. Además, existe la problemática de que los fondos destinados a sufragar los gastos se han visto agotados, y la mala gestión por parte del organismo español ha provocado en muchas ocasiones desconocimiento y descoordinación, siendo los perjudicados siempre el colectivo migrante. Son diversas las críticas que se hacen al mismo, pero en opinión de NAÏR, y coincido con su parecer, el fallo radica en que, aparte de presentar al inmigrante como culpable de la crisis, «ninguna política de retorno puede funcionar sin movilidad, ya que la decisión de volver depende mayormente de la posibilidad o no de volver al país de acogida, y ello sin límites de tiempo»⁽⁵¹⁾. Además, no existe una política de visados adecuada para desarrollar esta idea, configurada más bien como una escueta retribución económica que, a la hora de la verdad, no compensa para los migrantes el esfuerzo realizado.

Convengo también con la crítica que hace D'ANGLEJAN acerca de este plan de retorno asistido al resaltar que, de la teoría a la práctica, la situación cambia radicalmente. «En la realidad las diferentes partes no tienen el mismo interés en el retorno. Los países de origen no necesariamente pueden recibir esos retornados (...) El retorno de los migrantes representa una presión incrementada sobre el mercado laboral del país de origen (...) Los únicos que realmente salen ganando de este tipo de política son los países de recepción que encuentran una forma efectiva, duradera y relativamente barata de disminuir la cantidad de mano de obra extranjera»⁽⁵²⁾. Esta posición un tanto drástica se confirma con los datos⁽⁵³⁾

(50) Las remesas económicas son una gran fuente de recursos para los países emisores de migrantes, siendo un claro ejemplo de este fenómeno Latinoamérica. Por ejemplo, en Colombia en el año 2005 supusieron el 3,3% del PIB, siendo el segundo valor en ingresos al país, por detrás del petróleo y delante de productos como el café. En la actualidad representa alrededor del 2%. Fuente: Banco de la República de Colombia, <<http://www.banrep.gov.co>>.

(51) NAÏR, S., *op. cit.* p. 613.

(52) D'ANGLEJAN, S., *op. cit.*, p. 25.

(53) Desde la creación del plan en el año 2009, solamente se han acogido al mismo 23.500 extranjeros Fuente: <www.casamerica.es>. Igualmente, en un estudio realizado conjuntamente por el Observatorio de la Realidad Social y Cáritas, se establece que, del escaso porcentaje de personas que deciden retornar, un 43% acude a sus propios medios, y solo un 40% recurre a los programas del Gobierno. Fuente: >http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e/Caritas_inmigrantes_crisis.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e<.

que demuestran que, en el periodo que lleva en marcha este plan de retorno voluntario asistido, el porcentaje de inmigrantes retornados ha sido ínfimo.

El problema que se plantea aquí es que este retorno no se entiende como una forma de integración del inmigrante, como un recurso controlado o regulado de las políticas migratorias. El retorno es utilizado muchas veces como una forma de «eliminar» o expulsar a la población inmigrante de un Estado miembro, con los consiguientes perjuicios y situaciones de desarraigo que supone para estas personas, que ven la vuelta en muchas ocasiones como un fracaso de sus expectativas que les impulsaron a salir de su país de origen. De igual manera, esta política de alejamiento es usualmente fomentada con fines electorales y demagógicos por partidos antidemocráticos, en gran auge en época de recesión y crisis⁽⁵⁴⁾. En España se acusa sobre todo la falta de seguimiento e interés acerca del migrante fuera de las fronteras de nuestro país. Hace falta una regulación que asuma con efectividad las previsiones más allá del momento en que el migrante se sube a un avión con destino incierto; una previsión de medidas conjuntas con los países de origen favorecería no sólo individualmente a la persona afectada, sino que en general beneficiaría los flujos migratorios entre los dos Estados, favoreciendo tanto al emisor como al de acogida, es decir, una política basada en el codesarrollo como pieza principal de su articulación.

El juego político que se hace de los flujos migratorios, como se viene denunciando desde diversos ámbitos, no es algo exclusivo de los Estados receptores; el problema afecta también a los de salida. Son muchos los países para los cuales las remesas suponen un aspecto importante de su economía, e igualmente no son pocos los que económicamente se lucran de ello. En Perú, por ejemplo, «existe un programa en que entidades de micro finanzas prestan créditos a los que reciben remesas con dinero que a una tasa preferencial les presta el Banco de la Nación, para que a su vez estas entidades presten a los receptores de remesas»⁽⁵⁵⁾, es decir, se realizan una serie de actividades económicas que lo único que hacen es encarecer un proceso del que los mayores beneficiarios no son los receptores de esas remesas enviadas desde el extranjero, sino las entidades bancarias. Este ejemplo no hace sino demostrar que es necesaria una correcta regulación jurídica de los flujos migratorios, desde una perspectiva respetuosa y coherente con los derechos humanos, y que parta de una visión que defienda la cooperación y el codesarrollo como pilares base de su estructura, sin supeditarse a intereses económicos o políticos.

REFLEXIÓN FINAL

Progresivamente, Europa se ha ido transformando en una fortaleza, bloqueándose frente al exterior. Como pilares fundamentales de la política exterior se han instaurado el control fronterizo, la represión de inmigrantes irregulares, e incluso la restricción de derechos a los inmigrantes legales. Este bloqueo hacia los flujos migratorios no ha hecho distinción acer-

(54) Dentro de las políticas defendidas por el *Frente Nacional* de Le Pen en Francia está la repatriación de ciudadanos franceses de origen extranjero. Entre otros, el *Partido de la Libertad* de Geert Wilders en Holanda defiende también una política restrictiva respecto a la entrada de inmigrantes provenientes de países árabes. Fuente: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/18/internacional/1303161851.htmkhjul>>.

(55) JIMÉNEZ, R., *Descargar la crisis sobre los migrantes*. Fuente: <<http://www.eldiariointernacional.com/spip.php?article3224>>.

ca de la procedencia y razón de los individuos afectados, atañendo también a las figuras de los refugiados y los solicitantes de asilo. Igualmente se produce un retroceso normativo, no avanza la normativa común europea en la integración de los inmigrantes, y sí en cambio en las políticas restrictivas que frenan las migraciones.

Más aún, los pocos avances que se van haciendo en la materia surgen como un desarrollo secundario de la consecución de unos objetivos primordialmente económicos. No se desarrolla la normativa acerca de los refugiados y asilados porque la Unión Europea haya decidido altruistamente que son una materia digna de protección, sino porque económicamente supone un perjuicio para determinados Estados que ven saturadas sus finanzas con la cantidad de solicitudes de asilo y refugio que reciben y que solicitan una adecuada regulación a nivel europeo. Igualmente, los derechos de los migrantes no se regulan porque la Unión Europea sea un legislador filantrópico, sino porque en desarrollo de los derechos sociales de los ciudadanos europeos estas personas, nacionales de terceros Estados pero residentes legales en el territorio de la Unión por diferentes motivos, exigen también una serie de derechos que el Estado les tiene que garantizar.

Resulta cuanto menos curiosa la contradicción que se plantea a nivel europeo cuando se habla de desarrollar los objetivos del Consejo Europeo de Estocolmo del año 2009. En el mismo claramente se apuesta por la inmigración como eje clave del crecimiento de Europa, de su desarrollo en todas las áreas, apostando por una consolidación de una auténtica política de migración y una proyección de los valores de respeto a la persona, dignidad humana, libertad, igualdad o solidaridad como parte del acervo europeo exportable, o como textualmente recoge, como «piedra angular de nuestro esfuerzo»⁽⁵⁶⁾. ¿Cómo se compagina esta posición con el bloqueo de fronteras exteriores y el aislamiento progresivo de la Unión? Bien es cierto que muchos de estos puntos afectan a aspectos no cedidos a la Unión Europea y que atañen a la soberanía de los Estados miembros. Por ello mismo, es mucho más complicado alcanzar una posición común de 27 partes, con diferentes intereses cada una. Pero aquí entraría en juego el papel de las instituciones europeas. ¿No existe una Carta de derechos jurídicamente vinculante? ¿No se ofrece una protección a diferentes niveles de los derechos fundamentales en la Unión? No se pueden supeditar los derechos fundamentales a la consideración o no de ciudadano de la Unión, debiendo alcanzar un nivel uniforme y garantizado para todas las personas, equiparando a los extranjeros legales con los ciudadanos europeos.

Las actuaciones de la Unión Europea en materia de relaciones con terceros Estados se han venido desarrollando por intereses económicos y de seguridad esencialmente, pero todos ellos marcados por la separación clara entre «ellos» y «nosotros». Estas relaciones generalmente se han mantenido por diversos motivos y beneficios para Europa, pero a la larga han demostrado que si no se basan en una exportación de valores europeos basados en la democracia y los derechos humanos, con una garantía por parte del Estado sobre los mismos, no deja de ser una simple relación bilateral principalmente económica; donde claramente va a existir una parte desfavorecida, cuyos gobiernos no dudan en explotar o utilizar a su población en aras de unos objetivos que los mantengan interesantes para la Unión

(56) Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, 20 de abril de 2010, Bruselas, COM (2010) 171 final, p. 2.

Europea. Por todo ello, no sólo a nivel nacional, sino conjuntamente con Europa, se debe hacer una regulación que se adecúe a los perfiles y escenarios reales existentes, para poder afrontar esta situación de una manera respetuosa con los principios y valores del acervo europeo. Igualmente interesaría poder encabezar, a nivel internacional, la regulación o positivación sobre este fenómeno global del que somos parte, de una manera respetuosa y eficiente, basada en el cumplimiento de los Derechos Humanos y en la exportación de los principios rectores de los que hace gala Europa mundialmente.

Existe una responsabilidad colectiva en este ámbito, tanto por parte de los Estados de origen como de los receptores; el derecho migratorio debe formarse atendiendo a principios y derechos fundamentales, alejándose de una visión económica y afectada por la crisis y la recesión que ello supone. Defiendo el codesarrollo como la herramienta adecuada para solventar los problemas actuales. Solo desde una perspectiva que favorezca a ambas partes se va a lograr un crecimiento equitativo y sustentable, que progresivamente vaya consiguiendo pequeños logros, en vez de aumentar cada vez más las diferencias. Europa tiene un importante papel en este ámbito, y no debe dejar pasar la oportunidad de regular sobre una materia que afecta a muy diversos ámbitos, pudiendo hacerlo de una forma que suponga un paradigma internacional.

Este es el mayor reto al que se enfrenta la Unión Europea actual; saber hacer frente a los flujos migratorios de una manera responsable, comprometida y garante. Una sociedad donde en vez de cerrarnos a lo proveniente del exterior, como una defensa absurda o un muro más de los tantos que dividen comunidades y culturas hoy en día, sepamos ver y prever las situaciones en que nos han tocado vivir, aprovechándolas y desarrollándolas conforme a los principios rectores de nuestra regulación, creando una sociedad intercultural donde tenga cabida tanto nuestro pasado como el futuro de Europa.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGALL, X., e IEMed, «Observatorio Euromediterráneo: Revueltas y transiciones políticas: impacto en las migraciones», en *Afkar/Ideas*, número 30, 2011.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre», en *ReDCE*, número 10, 2008.
- CAICEDO CAMACHO, N., «Panorámica jurídica del fenómeno migratorio en España», *Sant'Anna School of Advanced Studies, Department of Law*, 2010.
- D'ANGLEJAN, S., «Migraciones internacionales, crisis económica mundial y políticas migratorias ¿llegó la hora de retornar?», *OASIS*, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, núm. 14, 2009.
- DÍEZ PERALTA, E., *El comercio de productos agrícolas entre la Unión Europea y Marruecos: Régimen jurídico*, Dykinson, Servicio de publicaciones de la Universidad de Almería, 2005.
- DRISS, A., «Gran Angular: La UE, el Mediterráneo y la democracia. Devolver el protagonismo a las poblaciones es dar mayores oportunidades de éxito al Partenariado, sobre todo en cuanto a cambios democráticos», en *Afkar/Ideas*, número 30, 2011.

- GARCÍA COSO, E., en *Veinte años de España en Europa*, GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI Colección Jean Monnet 4, 2008.
- GARCÍA ROCA, J., y LACOMBA, J., *La inmigración en la sociedad española. Una radiografía multidisciplinar*, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2008.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M.J., (coord.) *Veinte años de España en Europa*, UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008.
- JORDÁN GALDUF, J.M., «La política europea de vecindad y el desarrollo económico de Marruecos», *Información Comercial Española*, número 819, 2004.
- MOYA MALAPEIRA, D., «La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas», en *ReDCE*, número 10, 2008.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R., y ANTÓN, J. I., «De la España que emigra a la España que acoge: contexto, dimensión y características de la inmigración latinoamericana en España», *América Latina hoy*, número 55, 2010.
- NAÏR, S., *La Europa mestiza*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2010.
- NÚÑEZ VILLAVERDE, J. A., en *Veinte años de España en Europa*, en GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008.
- POWELL, C., en *Veinte años de España en Europa*, en GORTÁZAR ROTAECHE, C., y CASTAÑO REYERO, M. J., (coord.), UPCO Servicio de publicaciones, Serie XVI, Colección Jean Monnet 4, 2008.
- PUYANA VILLAMIZAR, Y., MOTOA FLÓREZ, A. J., y VIVIEL CASTELLANOS, A., *Entre aquí y allá. Las familias colombianas transnacionales*, Bogotá, Fundación Esperanza, 2009.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- <http://ec.europa.eu/home-affairs/funding/return/funding_return_en.htm>.
- <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0373:FIN:ES:PDF>>.
- <http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/mediterranean_partner_countries/r15001_es.htm>.
- <<http://www.banrep.gov.co>>.
- <<http://www.eldiariointernacional.com/spip.php?article3224>>.
- <<http://www.elmundo.es/elmundo/2011/04/18/internacional/1303161851.htmkhjul>>.
- <http://www.frontex.europa.eu/external_relations/>.
- <http://www.mir.es/SES/DGIMS/Programa_Solidaridad/Fondo_Europeo_Retorno/Programa_Plurianual/MAP_RF_ES.pdf>.
- <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e/Caritas_inmigrantes_crisis.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a600f8046378d7b987fbbc4d090bb2e>.
- <<http://www.casamerica.es>>.
- <<http://www.es.amnesty.org>>.
- <<http://www.planderetornovoluntario>>.

IV. EL VELO ISLÁMICO EN FRANCIA: DE LA OPINIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE 1989 A LA DECISIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE 2010

FERNANDO ARLETTAZ

Investigador FPU. Universidad de Zaragoza

RESUMEN

**El velo islámico en Francia:
de la opinión del Consejo de Estado de 1989
a la decisión del Consejo Constitucional de 2010**

El artículo presenta la evolución de la regulación jurídica del uso del pañuelo islámico en Francia, enfocándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cambios legislativos de la última década y su recepción por el Consejo Constitucional. Se muestra que la progresiva construcción de esta regulación es coherente con la concepción francesa de integración de las minorías (en este caso minorías religiosas surgidas de la inmigración), pero se sitúa en ruptura con la interpretación moderadamente republicana de la laicidad que había sido antes prevalente.

Palabras clave: Velo islámico, laicidad, integración de minorías.

ABSTRACT

**The Islamic headscarf in France:
from the Council of State's 1989 opinion
to the Constitutional Council's 2010 decision**

The article exposes the evolution of the legal regulation of the Islamic veil in France. It focuses on the Council of State case-law, the statutory changes during the last decade, and its consideration by the Constitutional Council. It shows that this evolution is coherent with the French way of integration of minorities (in this case, religious minorities originated in immigration), but it breaks the moderately republican interpretation of the *laïcité* that had prevailed so far.

Key words: Islamic veil, *laïcité*, integration of minorities.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL MARCO GENERAL: LA LAICIDAD FRANCESA Y LA NOCIÓN REPUBLICANA DE INTEGRACIÓN.
 - 1. La laicidad en Francia.
 - 2. La noción republicana de integración.
 - III. LA SAGA DEL VELO ISLÁMICO.
 - 1. La primera fase: la permisión con límites.
 - 2. Segunda fase: la prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas públicas.
 - 3. Tercera etapa: la prohibición del ocultamiento del rostro en los lugares públicos.
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos ocuparemos del recorrido histórico de las controversias sobre el uso del velo islámico en Francia. Como es sabido, desde hace ya más de veinte años el uso de este tipo de prendas en lugares públicos es objeto de una importante polémica. Desde fines de los años '80 diferentes restricciones al uso del velo fueron apareciendo, ya en la jurisprudencia administrativa, ya en la legislación. De estas decisiones nos ocuparemos aquí. Las estudiaremos desde la perspectiva jurídica, haciendo mención a una panorámica sociológica o política más amplia en cuanto resulte necesario para comprender mejor la construcción normativa que estudiamos⁽¹⁾.

Antes de comenzar el estudio del derecho creado en torno a las controversias sobre el velo haremos algunas precisiones sobre el marco general en el que ellas encajan. En efecto, no es posible comprenderlas sin tener presente el modo en que se ha construido en Francia la idea de laicidad estatal, así como la forma típicamente republicana de integración de los grupos minoritarios. Esto último resulta de capital importancia ya que, como es sabido, la presencia en Francia de las minorías musulmanas es debida fundamentalmente a los procesos migratorios de la segunda mitad del siglo xx. La libertad de los miembros de estos grupos minoritarios para expresar públicamente su pertenencia al grupo, así como los límites de esta libertad, se vinculan íntimamente con la idea de integración de las minorías surgidas de la inmigración.

II. EL MARCO GENERAL: LA LAICIDAD FRANCESA Y LA NOCIÓN REPUBLICANA DE INTEGRACIÓN

Como decíamos hace un momento, sólo es posible comprender el desarrollo normativo en torno del velo islámico dentro del contexto de estos dos conceptos. A ellos nos referiremos aquí.

1. La laicidad en Francia

Bajo el Antiguo Régimen previo a la Revolución, el Estado francés era un Estado católico. El catolicismo era religión pública y las leyes de la Iglesia eran leyes del Estado en materia de dogma, de disciplina del culto y de moral. La Revolución rompió con esta concepción. La libertad de conciencia fue consagrada por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Se garantizó la libertad de religión como variante de la libertad de opinión: lo que se protegió fue la libertad de tener cualesquiera creencias, sean éstas filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole. El límite de la manifestación exterior de estas creencias debía hallarse en *el orden público establecido por la ley*.

La Revolución Francesa hizo aparecer la idea de un Estado neutro ante todos los cultos, de modo que el ejercicio de los derechos civiles estaba asegurado más allá de cualquier

(1) Un estudio amplio del uso y significado del velo islámico, tanto en los países musulmanes como en los occidentales, puede encontrarse en RAMÍREZ, Ángeles (2011): *La trampa del velo. El debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, Editorial Catarata, Madrid.

convicción religiosa. A partir de entonces la laicidad estatal se fue construyendo gradualmente. La laicización fue identificada con la separación de las diversas funciones de la vida pública respecto de las convicciones y prácticas religiosas privadas, y con la liberación del espacio público del poder de la Iglesia⁽²⁾.

El proceso de laicización de las instituciones se reforzó a partir de la III República, desde 1870. En el curso del siglo XIX, dos representaciones de la identidad nacional se habían opuesto entre sí. Por un lado, Francia como *hija mayor de la Iglesia Católica*; por otro, la Francia republicana, hija predilecta de la Revolución que ensalzaba los valores de 1789. A diferencia de lo que sucedió en otros países como los Estados Unidos y el Reino Unido, en Francia el proceso de secularización se desarrolló como un conflicto frontal entre un sector clerical que proclamaba el dominio religioso (católico) sobre la política y un sector anticlerical que lo combatía abiertamente. Los fundamentos de la laicidad francesa están enraizados precisamente en la victoria del movimiento anticlerical al que el establecimiento de la III República estuvo vinculado⁽³⁾.

Un primer campo de lucha entre *las dos Francias* fue la enseñanza. Esta lucha culminó con la adopción de las leyes de educación pública y laica en la década de 1880. El segundo gran debate se dio al momento de la discusión de la ley de separación de las iglesias y el Estado, finalmente aprobada en 1905⁽⁴⁾.

La ley de 1905 se desarrolló en dos ejes. Por un lado, aseguró la libertad de conciencia y garantizó el libre ejercicio del culto. Por otro lado, estableció que la República no reconoce, no financia ni subvenciona ningún culto. La ley garantizó la libertad de conciencia y de culto, pero muchas de las tradicionales manifestaciones públicas de la religión se laicizaron. Así, el poder de policía de los cementerios fue atribuido a los ayuntamientos, se prohibieron los símbolos religiosos en los monumentos públicos, se reglamentaron las procesiones y el uso de los campanarios, etc. La República dejó de financiar a los cultos, honores y privilegios de jurisdicción fueron abolidos, aunque se mantuvieron las capellanías en escuelas, prisiones, hospitales y cuarteles como forma de garantizar la libertad religiosa de quienes están imposibilitados de salir de esos lugares.

La Constitución de la IV República, en 1946, dio rango constitucional al principio de laicidad y estableció el deber estatal de organizar la enseñanza laica en todos los niveles⁽⁵⁾. Se abrió entonces una época de *concordia sin concordato*⁽⁶⁾, en el que los grandes focos

(2) BAUBÉROT, Jean (2004): *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Seuil, París, pp. 14-17.

(3) BAUBÉROT, Jean (2003): «Secularism and French religious liberty. A sociological and historical view», en *Brigham Young University Law Review*, número 2, pp. 459-461.

(4) Sobre esta ley pueden consultarse los trabajos de SCOT, Jean-Paul (2007): «Liberté-égalité-laïcité. Genèse, caractères et enjeux de la loi de 1905», en *Cahiers d'histoire critique*, número 100; y FOYER, Jean (2004): «La genèse de la loi de séparation», en *Archives de Philosophie du Droit*, número 48, pp. 75-83. Para una perspectiva más amplia, ver BOYER, Alain (2005): «Comment l'État laïque connaît-il les religions?», en *Archives des Sciences Sociales des Religions*, número 129; y BARBIER, Maurice (2005): «Pour une définition de la laïcité française», en *Le Débat*, número 134, pp. 129-141. Sobre la evolución de la laicidad francesa ver MUHLMANN, Géraldine y ZALC, Claire (2008): «La laïcité, de la IIIe à la Ve République», en *Pouvoirs*, número 126, pp. 101-114; y HAARSCHER, Guy (2005): *La laïcité*, Presses Universitaires de France, París.

(5) Preámbulo y artículo 1, Constitución de 1946.

(6) LE TOURNEAU, Jean (2000): *L'église et l'État en France*, Presses Universitaires de France, París, p. 106.

de conflicto estuvieron en la financiación estatal de la enseñanza privada. La V República mantuvo en su Constitución de 1958 el principio de laicidad⁽⁷⁾.

La ley de 1905 ha sido objeto de una extensa jurisprudencia del Consejo de Estado⁽⁸⁾. Esta jurisprudencia se refiere a asuntos como la posibilidad de recibir subvenciones públicas por parte de las asociaciones culturales o el poder de policía sobre los actos de culto. Uno de los aspectos más importantes ha sido el de la neutralidad de los servicios públicos, en relación con la libertad de expresión religiosa de los agentes públicos. En la interpretación clásica del Consejo de Estado, la neutralidad estatal se manifiesta como neutralidad de los servicios públicos. Esto quiere decir que no puede haber en los edificios públicos ningún símbolo religioso, y que los agentes públicos están también estrictamente sometidos al deber de neutralidad. Fuera del ejercicio de sus funciones, los agentes públicos son libres, a condición de que sus expresiones religiosas no tengan repercusiones sobre el servicio público⁽⁹⁾.

Una cuestión diferente es la de la manifestación de las creencias religiosas por particulares en los lugares públicos, fuera de una situación de servicio público. Los antecedentes más claros en este sentido se refieren a las procesiones religiosas y a la reglamentación del ruido de las campanas de las iglesias. Respecto de lo primero, hay una abundante jurisprudencia del Consejo de Estado de resguardo de las procesiones tradicionales o ceremonias funerarias, pudiendo prohibirse sólo en caso de riesgo de afectación grave del orden público⁽¹⁰⁾. Respecto de las campanas, se reconoció la legitimidad de su reglamentación para asegurar la tranquilidad pública, aunque se anularon aquellas reglamentaciones que se consideraron desprovistas de toda fundamentación de orden público⁽¹¹⁾.

Los conflictos relativos a la expresión religiosa en el ámbito de los servicios públicos por parte de los usuarios aparecieron en los años '80 del siglo xx en relación con el uso del pañuelo islámico en las escuelas por parte de jóvenes musulmanas. Estas controversias pusieron de manifiesto que, tal como sucedió en 1905 con el catolicismo, es necesario hoy encontrar un compromiso histórico con el Islam y con los musulmanes presentes en Francia. Para ello, mientras que algunos proponen radicalizar los esquemas de la laicidad clásica otros plantean construir un nuevo pacto laico, que tenga en cuenta las nuevas identidades religiosas y que no sea hostil a ellas. Para esta segunda opción teórica, el desafío consiste en buscar una aplicación de la laicidad que respete la dimensión histórica de las nuevas minorías religiosas y no desgarrar brutalmente a sus

(7) Artículo 1, Constitución de 1958.

(8) Sobre esta jurisprudencia en general se puede consultar SCHWARTZ, Rémy (2004): «La jurisprudence de la loi de 1905», en *Archives de Philosophie du Droit*, número 48, pp. 85-94.

(9) Conseil d'État: *Abbé Bouteyre* (10/05/1912).

(10) Conseil d'État: *Abbé Chalmaudron et autres* (27/01/1911); Conseil d'État: *Abbé Plisson* (22/11/1912); Conseil d'État: *Abbé Didier* (01/05/1914); Conseil d'État: *Rochette et autres* (16/06/1926); Conseil d'État: *Abbé Demarest* (22/12/1928); Conseil d'État: *Abbé Vroman* (26/07/1932); Conseil d'État: *Rennus* (31/01/1934); Conseil d'État: *Cuiller* (02/07/1947).

(11) Conseil d'État: *Leclercq et Gruso* (05/08/1908); Conseil d'État: *Abbé Savarin* (13/01/1911); Conseil d'État: *Abbé Gary* (07/06/1912).

miembros. Este proyecto de actualización de la laicidad suele aparecer bajo el rótulo de *nouvelle laïcité*⁽¹²⁾.

2. La noción republicana de integración

El segundo elemento relevante para comprender la historia de la construcción jurídica en torno del velo islámico es la forma típicamente francesa de gestión de la diversidad (en este caso, la diversidad religiosa surgida de la inmigración). La integración de las minorías pasa, en Francia, por un mecanismo de asimilación a ciertos valores dominantes, que son los valores de la tradición republicana surgida de la Ilustración y la Revolución, convenientemente construida como mito nacional unificador a lo largo de los siglos XIX y XX. La integración exige así la aceptación del valor universal de la razón, la laicidad del Estado y la relegación de las creencias religiosas a la esfera estrictamente privada, la confianza en la voluntad general creadora de la ley, entre otros valores fundantes.

El mecanismo de asimilación a la ciudadanía francesa no opera hoy del modo represivo que pudo haberlo hecho hace doscientos años. La asimilación funciona hoy no tanto por eliminación total de la diferencia cuanto por relegación de ésta a la total irrelevancia pública (lo que implica no sólo su exclusión de la esfera pública, sino un debilitamiento de su protección por medio de las libertades públicas). Si se es musulmán y francés, la primera pertenencia queda en el mundo de lo privado y sólo la *francesidad* importa públicamente.

La ausencia de reconocimiento público de la identidad cultural junto con la identidad política manifiesta la opción por un sistema de igualdad formal, en el que la identidad política compartida, la identidad republicana, tiene precedencia por sobre cualquier otro aspecto de la identidad religiosa, étnica o lingüística. Por todo ello la forma francesa de integración puede caracterizarse bien como asimilación: la negación pública de cualquier identidad minoritaria a favor de la *francesidad*⁽¹³⁾.

La perspectiva republicana se presenta a sí misma como basada en la autonomía individual, que existiría con carácter previo a cualquier elección de estilo de vida, valores y opciones políticas. Estos últimos no serían sino circunstancias externas, agregadas a un individuo autónomo y que no puede, por definición, abdicar de su autonomía. Desde una perspectiva crítica, en cambio, se apunta que el individuo no es totalmente autónomo, porque opera en un marco de parámetros normativos que definen su individualidad y regulan sus opciones. La idea de un individuo que existe con carácter previo a las influencias externas enmascara su estatus real de individuo condicionado por sus elecciones y por sus circunstancias no elegidas.

(12) En la primera posición, DEBRAY, Régis (2008): «Sur la laïcité aujourd'hui», en *Le Monde* (25/01/2008). En la segunda, BAUBÉROT, Jean (1990): *Vers un nouveau pacte laïque?*, Seuil, París; BAUBÉROT, Jean (2006): «La laïcité en crise?», en *Informations sociales*, número 136, pp. 48-59.

(13) WALZER, Michael (1997): *On toleration*, Yale University Press, New Haven-Londres, pp. 37-40. WILES, Ellen (2007): «Headscarves, Human Rights, and Harmonious Multicultural Society: Implications of the French Ban for Interpretations of Equality», en *Law and Society Review*, número 41, pp. 702-703.

III. LA SAGA DEL VELO ISLÁMICO

Entramos ahora en el tema que constituye el núcleo de este trabajo: el tratamiento dado por el derecho francés al velo islámico. Expondremos el tema en tres subapartados, que se corresponden con las tres fases que pueden identificarse al respecto. La primera corresponde a la permisión del uso del velo islámico en todos los lugares públicos, incluidas las escuelas públicas, aunque con algunas limitaciones respecto del modo de usarlo en el ámbito educativo. La segunda corresponde a la prohibición del velo islámico en las escuelas, como consecuencia de una ley que, aunque formalmente se enunció como de prohibición general de todo tipo de símbolo religioso, estaba claro que iba dirigida a prohibir el uso del velo islámico. Finalmente, la tercera fase corresponde a la situación actual del derecho, en la que a la prohibición de todas las formas de velo islámico en las escuelas se suma la prohibición de algunas formas de velo islámico en los lugares públicos en general.

1. La primera fase: la permisión con límites

El primer momento de la polémica que estudiamos se sitúa en 1989. Un grupo de alumnas musulmanas de un colegio de Creil, cerca de París, se negó a ir a clase con la cabeza descubierta. La cuestión tuvo una amplia repercusión mediática. El caso del velo dejó rápidamente de ser sólo el problema de unas jóvenes expulsadas de un colegio para ser una discusión sobre los fundamentos mismos de la comunidad cívica. Esta discusión, de una manera no insignificante, se daba precisamente cuando Francia festejaba los doscientos años de la Revolución⁽¹⁴⁾.

Ante la trascendencia de los eventos, el gobierno decidió solicitar un dictamen al Consejo de Estado. Según este dictamen, que no tiene en sí carácter vinculante pero sí un alto valor moral, no había en el derecho francés vigente fundamento suficiente para impedir, de forma general, que las jóvenes musulmanas usaran el velo en las escuelas, ya que este uso estaba amparado por la libertad religiosa:

«la libertad reconocida a los alumnos implica para ellos el derecho de expresar y manifestar sus creencias religiosas al interior de los establecimientos escolares, con respeto al pluralismo y la libertad de los otros, y siempre que no se afecten las actividades de enseñanza, el contenido de los programas y la obligación de asistencia regular»⁽¹⁵⁾.

La opinión del Consejo de Estado se basaba en una doble afirmación. En primer lugar, considerar que el velo islámico es un símbolo religioso. En segundo lugar, que tal forma de manifestación religiosa estaba amparada por la libertad religiosa de los alumnos. La libertad de conciencia, en efecto, está asegurada por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la ley de separación de las iglesias y el Estado de 1905 y los

(14) SCOTT, Joan Wallach (2007): *The Politics of the Veil*, Princeton University Press, Princeton. Oxford, p. 116. BENHABIB, Seila (2010): «The return of political theology», en *Philosophy and Social Criticism*, número 36, p. 458. DE GALEMBERT, Claire (2008): «Le voile en procès», en *Droit et Société*, número 66, pp. 20-22.

(15) Conseil d'État: *Avis rendu par l'assemblée générale du Conseil d'État. No. 346893 (27/11/1989)*. La traducción es nuestra.

compromisos internacionales adquiridos por Francia. Estos últimos, además, reconocen el derecho a acceder a la educación sin distinción de religión y el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas; y establecen el deber de tomar las medidas necesarias para que la educación favorezca la comprensión y la tolerancia.

El ejercicio de la libertad religiosa por parte de los alumnos, sin embargo, encontraba su límite en determinadas formas de llevar la prenda de vestir. El límite, en efecto, estaba dado por aquellos signos que

«por su naturaleza, por las condiciones en las que son llevados individual o colectivamente, o por su carácter ostentoso [*ostentatoire*] o reivindicativo [*revendicatif*] constituirían un acto de presión, de provocación, de proselitismo o de propaganda, implicarían una afectación de la dignidad o la libertad del alumno o de otros miembros de la comunidad educativa, comprometerían su salud o su seguridad, perturbarían el desarrollo de las actividades de enseñanza y el rol educativo de los docentes, en fin afectarían el orden en el establecimiento o el funcionamiento normal del servicio público»⁽¹⁶⁾.

El Consejo de Estado utilizó el término *ostentatoire*, que puede entenderse como vinculado a la ostentación, a la búsqueda de la atención a todo precio. Por eso dijo que los símbolos religiosos eran incompatibles con la laicidad si, y sólo si, implicaban un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda, con daño para la libertad de los miembros de la comunidad educativa; comprometían su salud o seguridad; o perjudicaban el orden o el desarrollo de las actividades del establecimiento. La laicidad no impedía que las jóvenes alumnas musulmanas usaran el velo en ejercicio de su libertad religiosa, aunque sí limitaba ciertas formas de ese ejercicio.

Las conclusiones del Consejo de Estado se referían a los símbolos religiosos utilizados por los usuarios del servicio público educativo. Respecto de los agentes estatales, como vimos más arriba, sí existía una prohibición general que nunca estuvo en discusión. Como consecuencia del principio de laicidad enunciado en la ley de 1905, en efecto, la prohibición de portar símbolos religiosos se extiende a todos los funcionarios públicos. Estén o no en contacto con los usuarios de los servicios públicos, los agentes públicos no pueden, en el marco de sus funciones, expresar sus convicciones religiosas (lo que obviamente les impide llevar cualquier signo religioso visible).

El recurso al Consejo de Estado había sido criticado. La opinión consultiva, en cambio, fue en un primer momento respetada casi sin discusión. Una circular del Ministerio de Educación conocida como *circular Jospin* siguió el criterio del Consejo de Estado y autorizó a llevar símbolos religiosos, con tal de que estos no fueran reivindicativos ni obstaculizaran el normal funcionamiento de los establecimientos educativos⁽¹⁷⁾. Quedaba en manos de los centros determinar cuándo los símbolos eran reivindicativos y debía impedirse su uso, aunque la circular insistía en que, en caso de conflicto, debía recurrirse en primer lugar

(16) Conseil d'État: *Avis rendu par l'assemblée...*, cit. La traducción es nuestra.

(17) *Circulaire du ministre de l'Éducation Nationale du 12 décembre 1989 relative au port d'insignes religieux à l'école se référant à l'avis du Conseil d'Etat.*

al diálogo. Al mismo tiempo, se insistía en el deber de los profesores de evitar cualquier acto que pudiera menoscabar la libertad de conciencia de los alumnos.

Se abría así un margen importante para una pluralidad de soluciones distintas, que llegaron en muchos casos a los tribunales administrativos, los que asumieron soluciones también heterogéneas. Cuando las cuestiones llegaban al Consejo de Estado, éste se mantenía fiel a su jurisprudencia, que no era otra, como vimos, que la de resolver casuísticamente a partir de ciertas guías generales. El Consejo de Estado siguió recordando que no era legítima una prohibición total respecto de los signos de pertenencia religiosa, pero continuó justificando las prohibiciones y las sanciones disciplinarias correspondientes cuando éstas se referían a actos que podían ser interpretados como incompatibles con la laicidad según los principios que él mismo había enunciado⁽¹⁸⁾. Sin embargo, el Consejo afirmó que en algunos casos particulares (como las clases de educación física) no era necesaria una justificación que demostrara caso a caso la existencia de un peligro para el propio alumno o para sus compañeros, ya que podía presumirse que en ese contexto ciertas vestimentas resultaban incompatibles con las actividades del curso y con las exigencias de seguridad⁽¹⁹⁾.

Poco después se volvió a poner en discusión la interpretación del principio de laicidad hecha por el Consejo de Estado. Una nueva circular del Ministerio de Educación, la *circular Bayrou* de 1994, volvió a referirse a la materia⁽²⁰⁾ con el argumento de que se habían dado nuevos incidentes en los establecimientos educativos con ocasión de *espectaculares* manifestaciones de pertenencia religiosa. Aunque el contenido de la circular era fiel a la jurisprudencia del Consejo de Estado, su tono era otro. La circular enfatizaba el carácter de la nación francesa como *comunidad de destino*, que respeta todas las creencias, pero que rechaza la división de la nación en comunidades separadas, indiferentes las unas a las otras. Por eso, solicitó a los establecimientos educativos que incluyeran en sus reglamentos la prohibición de signos religiosos ostentosos [*ostentatoires*], que pudieran ser proselitistas o discriminatorios y que tuvieran como efecto separar algunos alumnos de la vida común de la clase.

En el año 2000 el Alto Consejo Francés para la Integración hizo público un informe sobre la situación del Islam en Francia⁽²¹⁾. El informe criticó la *circular Bayrou* cuyo tenor, como dijimos, iba más allá de las restricciones admitidas como lícitas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al mismo tiempo, y respecto del estado del derecho vigente, el informe reconoció que existía una falta de concordancia entre el principio jurídico de laicidad y sus consecuencias concretas tal como habían sido desgajadas por la jurisprudencia administrativa, por un lado, y la percepción social de tal principio, por otro. En la mente de los franceses el principio de laicidad sería mucho más amplio de lo

(18) Dado que el criterio del Consejo de Estado era casuístico, en algunos casos convalidó las expulsiones de alumnos basadas en la violación de los principios que rigen el uso de los símbolos religiosos (Conseil d'État: *Époux Aoukili* [10/03/1995]; Conseil d'État: *Ligue Islamique du Nord* [27/11/1996]; Conseil d'État: *Époux Wissaadane et Époux Chedouane* [27/11/1996]), y en otros las anuló (Conseil d'État: *M. et Mme. Kerhouaa* [02/11/1992]; Conseil d'État: *Mlles. Yilmaz* [14/03/1994]; Conseil d'État: *Ministre de l'Éducation Nationale c. Ali* [20/05/1996]).

(19) Conseil d'État: *Ministre de l'éducation nationale c/Epoux Aït Ahmad* (20/10/1999).

(20) *Circulaire du ministre de l'Éducation Nationale du 20 septembre 1994 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires.*

(21) Haut Conseil à l'intégration: *L'Islam dans la République* (01/12/2000).

que en realidad era en su estricta definición jurídica, lo que daría lugar a una sensación de desamparo de parte de profesores y directores de establecimientos que veían cómo las decisiones que adoptaban al interior de las escuelas eran desautorizadas por las instancias administrativas superiores.

El informe destacó el difícil equilibrio entre la garantía de la libertad de conciencia de los alumnos y la necesidad de evitar cualquier instrumentalización de la religión que fuera perjudicial a los fines de la integración. En esta línea, se pronunció a favor del mantenimiento del régimen jurídico vigente, a pesar de las dificultades que él mismo señalaba. Además indicó que sólo a través de la intervención legislativa podría producirse una reforma de ese régimen jurídico que encuadrara de modo más estricto o más sistemático los signos religiosos en las escuelas. Sin embargo, afirmó que una prohibición general de los signos religiosos sería contraria no sólo a la Constitución francesa y a los compromisos internacionales asumidos por Francia, sino más genéricamente a la tradición republicana de respeto de las libertades públicas.

2. Segunda fase: la prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas públicas

Las controversias en las escuelas en torno del velo islámico siguieron siendo de actualidad. Seguramente mucho tenía que ver en esto el hecho arriba mencionado de que, en la percepción social, la laicidad parecía exigir una reserva religiosa mucho mayor de parte de los alumnos de lo que en realidad el derecho vigente exigía. Así las cosas, en 2003 el gobierno decidió formar una comisión, presidida por Bernard Stasi, para el estudio del estado de la laicidad.

El informe de la Comisión Stasi⁽²²⁾ comenzó con una descripción de la situación, señalando que la cuestión del velo se manifestaba con gran agudeza en las escuelas, por tratarse de recintos parcialmente cerrados, en los que los alumnos, caracterizados por la fragilidad de la edad, están sujetos a influencias y presiones exteriores. La actitud de las jóvenes musulmanas era interpretada como un intento de hacer prevalecer las convicciones comunitarias sobre las reglas generales, que ponía en cuestión el normal funcionamiento de los servicios públicos, en particular el servicio público educativo. Sin embargo, el uso del velo no era el único síntoma de este repliegue comunitario:

«En efecto, el curso normal de la escolaridad se ve también alterado por las solicitudes sistemáticas de ausencia un día de la semana, o la interrupción de cursos y exámenes por motivo de oración o de ayuno. Los cuestionamientos a bloques enteros de los programas de historia o de ciencias de la vida y de la tierra desorganizan el aprendizaje de estas disciplinas. Algunas jóvenes recurren a certificados médicos injustificados para ser dispensadas de los cursos de educación física y deportiva. Los exámenes se ven afectados por el rechazo de las alumnas de sexo femenino a someterse a los controles de identidad o a ser oídas por

(22) COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE: *Rapport au Président de la République* (Rapport Stasi, 11/12/2003). Ver en particular las pp. 28, 40-41 y 56.

un examinador masculino. Los profesores o los jefes de establecimiento, por la sola razón de ser mujeres, ven su autoridad cuestionada por alumnos o padres» ⁽²³⁾.

La respuesta de la Comisión, según sus propias palabras, fue la de *afirmar una laicidad firme* que debía al mismo tiempo luchar contra las discriminaciones y garantizar la libertad de conciencia. En algunos casos, se trataba de propuestas que implicaban afirmar la laicidad republicana clásica: la adopción de una *Carta de la Laicidad*, especie de guía orientativa que sería entregada a los ciudadanos en diferentes ocasiones (en la escuela, al recibir la carta de elector, al adquirir la nacionalidad francesa, etc.), la incorporación explícita en el estatuto de los funcionarios públicos del deber de neutralidad al que están sujetos, etc. Otras propuestas podían ser incluidas en el movimiento de la *nouvelle laïcité* del que hablamos más arriba: la inclusión de la enseñanza no confesional del hecho religioso en los programas escolares de historia, literatura, etc. y el desarrollo de los estudios superiores sobre el Islam mediante la creación de una Escuela Nacional de Estudios Islámicos, la consideración de las exigencias religiosas en materia alimentaria (en las escuelas, hospitales, etc.) y funeraria, etc. Finalmente, algunas propuestas se enfocaron en el hecho religioso dentro del contexto más amplio de exclusión social en el que se encuentran las minorías religiosas, en especial las musulmanas de origen inmigrante: se hizo referencia a la necesidad de eliminar los guetos y de luchar, sobre todo en la enseñanza, contra los prejuicios existentes respecto de la historia francesa y del hecho migratorio (por ejemplo, todo lo relativo a la historia de la colonización y descolonización).

La propuesta para el velo se situó más cerca de la primera de las tres categorías, pero significó no sólo afirmar la laicidad republicana, sino incluso radicalizarla. Se recomendó prohibir todo signo que manifieste una pertenencia religiosa o política, incluyendo como exposición de motivos de la norma una aclaración de que los signos prohibidos eran los ostensibles. El texto que se propuso fue el siguiente:

«En el marco del respeto de la libertad de conciencia y del carácter propio de los establecimientos privados bajo contrato, están prohibidos en las escuelas, colegios y liceos, las vestimentas y los signos que manifiesten una pertenencia religiosa o política. Toda sanción debe ser proporcionada y tomada luego de que el alumno haya sido invitado a cumplir con sus obligaciones» ⁽²⁴⁾.

La razón alegada para recomendar prohibir por ley los signos religiosos en las escuelas fue el orden y unidad de la República, en la que se reservan las manifestaciones de la diversidad cultural y religiosa al ámbito privado. Estas disposiciones no resultarían aplicables a las universidades, ya que ahí no concurren menores influenciados y en periodo de formación básica, sino personas adultas.

La propuesta de la Comisión respecto del velo significó una radicalización de la laicidad que rompía con la lectura más moderada que se había ido formando a lo largo de casi

(23) COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE: *Rapport au Président...*, cit., p. 41; traducción nuestra.

(24) Ambas citas en COMMISSION DE RÉFLEXION SUR L'APPLICATION DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LA RÉPUBLIQUE: *Rapport au Président...*, cit., p. 68, la traducción es nuestra.

cien años de jurisprudencia del Consejo de Estado y que implicaba reconocer la libertad de conciencia de los usuarios de los servicios públicos. Además, como bien se ha puesto de manifiesto⁽²⁵⁾, la única forma de coerción que la Comisión condenó es la coerción que puede resultar del uso de prendas religiosas; pero no mencionó la presión que puede existir sobre las mujeres musulmanas en sentido contrario, es decir, para no usar esas prendas. Paralelamente, el informe describía las amenazas de que son víctimas jóvenes judíos que utilizan la kipá. Pero aquí el remedio propuesto fue exactamente el contrario que se propuso para las jóvenes musulmanas. Mientras la Comisión argumentaba que el Estado tiene la responsabilidad de combatir la presión sobre las jóvenes musulmanas que no quieren utilizar el velo, la respuesta de la Comisión en el caso de la kipá dio a quienes se oponían a su uso exactamente lo que querían: su prohibición.

Siguiendo la recomendación de la Comisión, la ley de prohibición de los símbolos religiosos en las escuelas se aprobó en 2004. Por medio de ella, se agregó un artículo al Código de Educación Nacional en virtud del cual

«en las escuelas, colegios y liceos públicos, el uso de signos o vestimentas por los que los alumnos manifiestan ostensiblemente una pertenencia religiosa está prohibido. El reglamento interno recuerda que la puesta en marcha de un procedimiento disciplinario debe ser precedido de un diálogo con el alumno»⁽²⁶⁾.

Al momento de la elaboración de la ley había tres posibilidades respecto de la calificación que habría de agregarse a los signos religiosos prohibidos: *ostentatoire* (que nosotros traducimos como *ostentoso*), *visible*, *ostensible*. El Consejo de Estado, como vimos, había utilizado el término *ostentatoire*. La ley, en cambio, utilizó el término *ostensible*, que hace referencia a algo que se manifiesta abiertamente, que se muestra claramente, pero sin la connotación de proselitismo o provocación que era necesaria en el caso de la sentencia del Consejo de Estado⁽²⁷⁾. Lo *ostensible* aparece así como algo más que lo meramente *visible*, pero bastante menos que lo directamente *ostentatoire*.

La ley fue especificada por una circular posterior⁽²⁸⁾, que fue evaluada por el Consejo de Estado ese mismo año. El Consejo resolvió que, en el contexto de la nueva legislación, la circular no implicaba una restricción excesiva a la libertad de manifestar la religión, en vistas del objetivo general de protección de la laicidad en los establecimientos públicos⁽²⁹⁾. Sin embargo, está claro que la ley representaba una radicalización de la laicidad, ya que según la jurisprudencia del Consejo de Estado a partir de la ley de 1905 la obligación de

(25) GUNN, T. Jeremy (2004): «Religious Freedom and Laïcité: a Comparison of United States and France», en *Brigham Young University Law Review*, vol. verano, pp. 470-478.

(26) *Loi 2004-228 du 15 mars encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*. La traducción es nuestra.

(27) SAYAH, Jamil (2006): «La laïcité réaffirmée: la loi du 15 mars 2004», en *Revue de droit public*, número 4, p. 496.

(28) *Circulaire du ministre de l'Éducation Nationale du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n.º 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*.

(29) Conseil d'État: *Union française pour la cohésion nationale* (08/10/2004).

neutralidad en el servicio público se aplicaba al servicio público mismo y a sus agentes, pero no a sus usuarios. Por otra parte, si la jurisprudencia anterior del Consejo de Estado, que vino a ser reemplazada por la ley en cuestión, había sido criticada porque ponía a los directores de establecimientos en la difícil situación de tener que definir cuáles signos religiosos debían prohibirse y cuáles no, la nueva ley no fue mucho más clara, ya que dejó en manos de las autoridades de los establecimientos el definir qué ha de considerarse un signo *ostensible*⁽³⁰⁾.

La solución adoptada en Francia es una consecuencia del modo republicano y asimilacionista de gestión de la diversidad. La solución se basó en la concepción republicana dominante que mantiene la ficción de que la escuela es un marco no-social. Se exige a todos que se adapten a ella y, después de la prohibición de 2004, también que todos se abstengan de mostrar en ella su afiliación religiosa. Este modelo de regulación establece fuertes límites entre la escuela y su entorno⁽³¹⁾.

3. Tercera etapa: la prohibición del ocultamiento del rostro en los lugares públicos

La tercera etapa de la controversia se relaciona no ya con la presencia del velo islámico en las escuelas, sino con la presencia de algunas de sus formas en los lugares públicos en general. Se trata de aquellas formas de velo que ocultan la totalidad del cuerpo de la mujer, como el *burka* o el *niqab*, y que parecen estar ligadas a la presencia de corrientes islámicas salafistas. Aunque el número de salafistas en Francia no es muy grande, y la inmensa mayoría de los musulmanes que se identifican con esta corriente optan por un salafismo apolítico y no violento, el uso del velo integral es percibido por la opinión pública como un símbolo de opresión comunitaria y una amenaza a las libertades públicas⁽³²⁾.

El gobierno se propuso aprobar una ley que prohibiera el velo integral en los lugares públicos, y solicitó al respecto un informe del Consejo de Estado. El Consejo entendió que tal prohibición sería una injerencia en la libertad de manifestar las convicciones religiosas que no podría justificarse por el principio de laicidad, porque éste se aplica con todo su rigor a las instituciones, pero no a los individuos, salvo por las exigencias concretas de ciertos servicios públicos como la escuela. Una prohibición general podría además encontrar obstáculos en la jurisprudencia europea sobre manifestación de creencias religiosas. No podría tampoco fundarse en la protección de la dignidad humana, porque para la Corte Europea la dignidad se identifica con el libre arbitrio y no con una exigencia moral colectiva que se impone a la voluntad de la persona que libremente elige usar una determinada prenda de vestir. Finalmente, la idea de seguridad pública tampoco sería suficiente para estatuir una prohibición general.

(30) BLONDEL, Philippe (2004): «Quelle jurisprudence pour la nouvelle loi sur les signes religieux?», en *Archives de philosophie du droit*, número 48, p. 208.

(31) LORCERIE, Françoise (2010): «A French approach to minority Islam? A study in normative confusion», en *Journal for International Migration and Integration*, número 11, pp. 61-69.

(32) Ver la opinión del especialista Samir AMGHAR en el documento de la ASSEMBLÉE NATIONALE: *Rapport d'information fait en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national* (26/01/2010).

Al considerar que una prohibición destinada concretamente al velo integral sería incompatible con los principios fundamentales del derecho francés y se exponería a una censura constitucional y convencional, el Consejo de Estado examinó la posibilidad de una norma que prohibiera en general el ocultamiento del rostro en los lugares públicos. También a este respecto la conclusión fue negativa.

«Le ha parecido que una prohibición general de la disimulación del rostro en los lugares públicos no podría establecerse sino sobre una determinada concepción del orden público, entendido como un zócalo de exigencias recíprocas y de garantías fundamentales de la vida en sociedad. Pero tal concepción, jurídicamente sin precedentes, sería expuesta a un serio riesgo de censura constitucional o convencional, lo que impide recomendarla. Sin embargo, el orden público entendido en su sentido tradicional, aunque no podría autorizar una prohibición general, constituiría un fundamento para una prohibición parcial»⁽³³⁾.

El Consejo consideró que la prohibición general del ocultamiento del rostro en los lugares públicos, y no sólo la prohibición del velo integral, sería una injerencia en la libertad personal y la vida privada (entre otras libertades constitucionales) sólo justificable a la luz de un concepto de orden público muy amplio nunca utilizado por su propia jurisprudencia, y que incluye una exigencia de afirmación coactiva de la igual pertenencia de cada individuo al cuerpo social. El principio de igualdad, por su parte, no podría servir para restringir la libertad de los individuos, porque dado que se trata del uso de una prenda que es voluntariamente aceptado, ello implicaría aplicar el principio de igualdad en contra de la persona a la que se intenta proteger. Además, como no se han suscitado problemas generalizados de seguridad pública, este argumento tampoco podría ser invocado para una prohibición general del ocultamiento del rostro. La seguridad pública, a lo sumo, sólo podría servir de fundamento para una prohibición parcial, si ella se diera en circunstancias especiales (controles de seguridad o de identidad, por ejemplo)⁽³⁴⁾.

Paralelamente, una Comisión parlamentaria recomendó la adopción de una resolución que declarara que el *burka* es *contrario a los valores de la República*. Sin embargo, no propuso una ley que directamente prohibiera su uso y debió admitir que, aunque muchos parlamentarios se mostraban favorables a una tal ley de prohibición general, esta actitud no era unánime. Sí se propuso, en cambio, una ley de prohibición limitada, que se aplicara al transporte público y a los edificios públicos⁽³⁵⁾.

A pesar de la opinión contraria del Consejo de Estado, el gobierno avanzó en la prohibición, lo que implicaba minimizar los riesgos de posible censura constitucional posterior. La ley fue finalmente aprobada en 2010. Las exigencias de generalidad y abstracción que se suponen propias de toda legislación, hicieron que ella no prohibiera concretamente el velo integral islámico sino genéricamente toda forma de ocultamiento del rostro en el espacio público, entendido en su sentido físico de lugar público. Su primer artículo estableció, en efecto, que

(33) CONSEIL D'ÉTAT: *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral. Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat* (25/03/2010), traducción nuestra.

(34) CONSEIL D'ÉTAT: *Étude relative aux possibilités...*, cit.

(35) ASSEMBLÉE NATIONALE: *Rapport d'information...*, cit.

«nadie puede, en el espacio público, llevar una vestimenta destinada a ocultar su rostro»⁽³⁶⁾.

Aunque la ley se presentaba como una norma general y *prima facie* neutra, era de hecho una ley para prohibir el uso del *burka* y del *niqab*. A continuación, el segundo artículo delimitó qué es lo que se ha de entender por espacio público, y reconoció una serie de excepciones al principio general del artículo precedente.

«I- Para la aplicación del artículo 1, el espacio público está constituido por las vías públicas, así como los lugares abiertos al público o afectados a un servicio público. II- La prohibición prevista en el artículo 1 no se aplica si la vestimenta está prescrita o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias, si ella está justificada por razones de salud o por motivos profesionales, o si ella se inscribe en el marco de prácticas deportivas, de fiestas o de manifestaciones artísticas o tradicionales».

Los artículos siguientes de la ley establecieron sanciones para los supuestos de violación. Así, se dispone la pena de multa para la persona que violara directamente la prohibición. Esta pena puede ser reemplazada o acompañada por un *curso de ciudadanía* (artículo 3). También se castiga la conducta de quien imponga a otra u otras personas, por razón de su sexo, el ocultamiento del rostro por medio de amenazas, violencia, presión, abuso de autoridad o abuso de poder. En este caso la pena es de multa y prisión, que se agravan si la conducta se comete sobre un menor (artículo 4). La ley finaliza con disposiciones relativas a su puesta en práctica: un plazo de seis meses de *vacatio legis* (artículo 5), la declaración de que ella se aplica en todo el territorio de la República (artículo 6) y la obligación del gobierno de presentar al Parlamento un informe sobre su puesta en práctica dieciocho meses después de su entrada en vigor (artículo 7).

Los argumentos utilizados por los partidarios de la prohibición eran semejantes a los usados antes en relación con las escuelas. Se invocaba la igualdad entre hombres y mujeres, pero también la idea de que la República no podía permitirse un tal repliegue identitario comunitarista⁽³⁷⁾. La cuestión de los símbolos religiosos era así estrechamente vinculada a los principios fundadores de la República. La prohibición se vinculaba a la pertenencia republicana; en última instancia, se buscaba reforzar un mecanismo de asimilación en los valores republicanos de los grupos inmigrantes, asimilación que no se había producido naturalmente como tal vez se pensó en algún momento que sucedería⁽³⁸⁾.

Dado el precedente del informe desfavorable del Consejo de Estado, los riesgos de una eventual censura constitucional eran grandes. Por ello, los presidentes de ambas

(36) *Loi numéro 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. La traducción es nuestra.

(37) En el año 2008, el Consejo de Estado francés había negado la nacionalidad francesa a una mujer marroquí, casada con un nacional francés, por llevar habitualmente el *burka* (Conseil d'État: *Mme. M.* [27/06/2008]). El Consejo de Estado entendió que la actitud de la mujer era un rechazo de los valores en los que se asienta el pacto republicano, en concreto la igualdad de sexos. Y que la laicidad francesa impide reconocer excepciones a los principios básicos en función de creencias religiosas. Al respecto puede verse BIENKOWSKI, Sarah (2010): «Has France taken assimilation too far? Muslim beliefs, French national values and the June 27, 2008 Conseil d'État decision on Mme. M.», en *Rutgers Journal of Law and Religion*, número 11, pp. 437-458.

(38) KOUBI, G  n  v  e (2010): «Vers une d  construction du principe de la  cit  ?», en *Revue de Droit Public*, número 2, p. 326.

asambleas legislativas decidieron enviar la ley al Consejo Constitucional. El recurso al Consejo Constitucional era el resultado de una estrategia legislativa que intentaba evitar el activismo judicial de algunos grupos, que podrían cuestionar la ley con base en su libertad religiosa. Se intentaba tener una decisión preventiva que afirmara la constitucionalidad de ley evitando así un cuestionamiento posterior. Esta situación era todavía más evidente si se tiene en cuenta una reforma constitucional de 2008 que permitió a los altos tribunales del Estado (el Consejo de Estado y la Corte de Casación) deferir una cuestión de constitucionalidad al Consejo Constitucional si se invoca una violación de derechos fundamentales. Hasta ese momento sólo había sido posible un control judicial *ex ante*, impulsado por las autoridades ejecutivas o legislativas, pero no un control *ex post* promovido por particulares.

El Consejo Constitucional avaló la compatibilidad entre la norma legislativa y el texto constitucional. Uno de los puntos en debate era si el orden público debía entenderse en el sentido restringido en que lo había hecho el Consejo de Estado; o si por el contrario había que hacer una lectura más amplia del concepto de orden público. El Consejo Constitucional consideró que la ley tenía la legítima finalidad de proteger el orden público, y aunque no hizo referencia expresa a la distinción que recién nombramos, autorizó tácitamente una definición amplia e inmaterial del orden público. El Consejo consideró que la ley tenía por objeto responder a las prácticas de disimulación del rostro en los lugares públicos, y que

«[...] el legislador ha estimado que tales prácticas pueden constituir un peligro para la seguridad pública y desconocen las exigencias mínimas de la vida en sociedad; que ha estimado igualmente que las mujeres que ocultan su rostro, voluntariamente o no, se ubican en una situación de exclusión y de inferioridad manifiestamente incompatible con los principios constitucionales de libertad e igualdad; que al adoptar las disposiciones deferidas, el legislador ha completado las reglas hasta ahora reservadas a situaciones puntuales con la finalidad de proteger el orden público»⁽³⁹⁾.

El Consejo Constitucional sólo agregó una salvedad, según la cual debía mantenerse el equilibrio entre el orden público y los derechos constitucionalmente protegidos, y por ello

«[...] la prohibición de ocultar el rostro en el espacio público no podría, sin implicar una violación al artículo 10 de la Declaración de 1789, restringir la libertad religiosa en los lugares de culto abiertos al público [...]»⁽⁴⁰⁾.

La opinión del Consejo Constitucional fue generalmente aceptada. De hecho, prácticamente no hubo reacciones públicas más allá de algunas opiniones de especialistas de derecho constitucional que cuestionaron la decisión. Para estos constitucionalistas, la decisión era jurídicamente débil, y sólo podía entenderse como una reacción frente a la creciente islamofobia de la sociedad francesa.

(39) Conseil Constitutionnel: *Décision n.° 2010-613 DC* (07/10/2010). Traducción nuestra.

(40) Conseil Constitutionnel: *Décision n.° 2010-613 DC...*, cit. Traducción nuestra.

Así, para una opinión doctrinaria⁽⁴¹⁾ la argumentación del Consejo Constitucional fue, en primer lugar, excesivamente superficial, ya que las normas de referencia utilizadas para el control de constitucionalidad fueron simplemente enunciadas, prácticamente sin argumentación. En segundo lugar, el Consejo Constitucional utilizó, como vimos más arriba, una noción altamente controvertida de orden público como fundamento de la limitación de las libertades públicas, que superaba el orden material y exterior como había sido tradicionalmente considerado por la jurisprudencia francesa. Así, en el concepto de orden público se integró también un orden público inmaterial, fundado sobre una concepción legislativa del orden y de la libertad que se impone a los individuos. Finalmente, el control de proporcionalidad fue muy somero, limitándose a un control mínimo destinado a excluir un error de apreciación de parte del legislador.

Como ya insinuamos más arriba, difícilmente se podía invocar la laicidad para justificar constitucionalmente la prohibición. Esto es así ya que la ley engloba todos los casos de ocultamiento del rostro, precisamente para evitar la crítica de que estigmatiza a una religión en concreto, con lo cual se incluyen supuestos que no tienen nada que ver con la religión. Además, la laicidad no podría ser invocada porque en la interpretación generalmente aceptada ella obliga a los agentes públicos y en algunos casos a los particulares cuando actúan en relación con un servicio público. Pero de ningún modo puede imponerse un deber de neutralidad a los particulares por el solo hecho de estar ubicados en un lugar público.

Como manifestó el consejero de Estado Rémy Schwartz antes de la aprobación de la ley, en un marco de Estado laico, regular una expresión religiosa fuera del servicio público y con independencia de toda amenaza al orden público plantea un serio problema, porque fuera del marco del servicio público y si no hay amenaza al orden público (en su sentido restringido y material), no es posible restringir el ejercicio de la libertad individual⁽⁴²⁾.

IV. CONCLUSIONES

La construcción de la regulación jurídica del uso del velo islámico en Francia pasó por tres etapas sucesivas, que hemos querido retratar en este trabajo. La primera etapa, relativa a la controversia sobre la posibilidad de su uso por parte de los alumnos en las escuelas, se caracterizó por su permisividad con ciertas limitaciones, basadas en la necesidad de asegurar el normal funcionamiento de los establecimientos educativos y evitar prácticas proselitistas. Esta permisividad estuvo jurídicamente asentada en la interpretación que el Consejo de Estado realizó, en 1989, sobre el estado del derecho vigente, en particular en lo relativo a la libertad religiosa y la laicidad del Estado.

La modificación de este estado de cosas exigía un cambio en el derecho en vigor. Esto fue lo que sucedió en 2004, por medio de una ley que prohibió el uso de símbolos religio-

(41) FATIN-ROUGE STÉFANINI, Marthe; PHILIPPE, Xavier (2011): «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010, n.º 2010-613 DC», en *Revue française de droit constitutionnel*, número 87, pp. 547-639.

(42) SCHWARTZ, Rémy (2010): «Voile intégral, liberté individuelle et liberté religieuse. Entretien avec Rémy Schwartz», en *Regards sur l'actualité*, número 364.

sos ostensibles en las escuelas públicas y que supuso la apertura de la segunda etapa de nuestra historia. Aunque estaba claro que el objetivo de la ley era prohibir el uso del velo de las alumnas musulmanas, la necesidad de formular la norma en términos generales llevó a que ésta estableciera una prohibición general respecto de los símbolos religiosos. La ley, por otra parte, sólo se aplica al ámbito escolar.

La tercera etapa corresponde al periodo abierto en 2010, con la ley que prohibió en forma general el ocultamiento del rostro en los lugares públicos. Así, a la prohibición de toda forma de velo islámico en las aulas se sumó la prohibición de algunas formas de velo islámico en todos los lugares públicos. Nuevamente, aunque el objetivo era prohibir el *burka* y el *niqab*, la necesidad de que la ley estuviera formulada en términos generales y abstractos llevó al legislador a utilizar el eufemismo de la prohibición del ocultamiento del rostro en los lugares públicos.

Estos desarrollos legislativos no pueden comprenderse si no es a la luz de la tradición francesa de integración republicana, por un lado, y la laicidad francesa, por otro. Respecto de lo primero, las dos prohibiciones establecidas por vía legislativa vienen a confirmar que la vía francesa de tratar con las minorías (en este caso, minorías religiosas surgidas de la inmigración) es la vía asimilacionista. La incorporación al espacio público (a la escuela en particular, pero también al espacio público en general) exige la renuncia a determinadas marcas de identidad religiosa en beneficio de una comprensión universalista y presuntamente neutra de la pertenencia ciudadana.

Si respecto de los modos de integración las dos prohibiciones legislativas se sitúan en continuidad con la tradición de asimilación republicana, respecto de la laicidad sucede lo contrario. De hecho, las dos normas suponen una radical ampliación del concepto de laicidad. Como puso de manifiesto el Consejo de Estado en sus opiniones de 1989 y 2010, el estado del derecho vigente en relación con la laicidad en ese momento no alcanzaba para excluir los símbolos religiosos en las escuelas (opinión de 1989), ni el principio constitucional de laicidad era base suficiente para una prohibición legislativa del *burka*, del *niqab* o del ocultamiento del rostro en general en los lugares públicos (opinión de 2010). La laicidad, tal como había sido interpretada durante más de un siglo por el propio Consejo de Estado, implicaba una restricción de la actuación de los poderes públicos para permitir la libertad religiosa de los individuos. La laicidad no podía usarse para limitar la propia libertad de los individuos. Así, las leyes de 2004 y 2010 significaron la puesta en funcionamiento de un concepto mucho más fuerte de la laicidad, en ruptura con más de un siglo de interpretación moderadamente republicana de este principio del derecho francés.

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

- ABARCA OBREGÓN, G., *Migraciones y cultura de paz. Educando y comunicación solidaridad*, Dykinson, Madrid 2012, 290 p.
- CEYHAN, A., y PIAZZA, P. (directores), *L'identification biométrique: Camps, acteurs, enjeux et controverses*, Maison des Sciences de l'Homme, París, 2011, 454 pp.
- FLAUSS, J.-F. (dir.), *Migrations des populations et droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, Bruselas, 2011, 273 pp.
- GUÍO CEREZO, Y., *Ideologías excluyentes. Pasiones y razones ocultas de la intolerancia al otro*, La Catarata, Madrid, 2012, 160 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Economic Cycles, Demographic Change and Migration*, Ginebra, 2012, 88 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Climate Change, Environmental Degradation and Migration*, Ginebra, 2012, 86 pp.
- MONEREO PÉREZ, J. L., GARCÍA CASTAÑO, F. J., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *La inmigración en Andalucía. Instituciones, aspectos jurídico-sociales y culturales*, Comares, Granada, 2012, 618 pp.
- QUIROGA, V., y ALONSO, A., *Abriendo ventanas. Infancia, adolescencia y familias inmigradas en situaciones de riesgo social*, Fundació Pere Tarrés, Universitat Ramon Llull y UNICEF, Barcelona 2011, 163 p.
-

Formularios de extranjería

TERESA DÍAZ OLTRA

Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a edición, 2012

[HIPÓLITO-VTE. GRANERO SÁNCHEZ
*Máster en Migraciones Internacionales
y Extranjería*]

Nuevamente (pues ya es la 3.^a edición) la Abogada colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia Teresa Díaz Oltra, con ocasión de la publicación en el BOE de 30-04-2011 del RD 557/2011, en vigor desde el 01-07-2011, de desarrollo reglamentario de la LO 4/2000, cuya profunda reforma operada por la LO 2/2009

es la causante de la derogación del anterior RELOEX (RD 2393/2004, que se mantiene vigente en cuanto a la regulación de los CIE, hasta que se dé cumplimiento por el Ejecutivo a la Disposición Adicional 3.^a de la LO 2/2009), nos ofrece, actualizada, su obra *Formularios de extranjería*, en la que se evidencia su dedicación al Derecho de Extranjería y Asilo desde la práctica forense, no exenta, sin embargo, de un riguroso tratamiento jurisprudencial y doctrinal.

La obra aparece dividida en cinco Capítulos, en los que se autora se adentra en prácticamente todos los aspectos referidos al extranjero, tanto nacional de terceros Estados como ciudadanos de la Unión Europea.

El capítulo I la autora lo dedica a los nacionales de terceros Estados y en él se pormenorizan los supuestos de entrada en España, la estancia y residencia en España, el trabajo en España, la gestión colectiva de contratación en origen, los procedimientos sancionadores, expulsión e internamiento.

En el capítulo II se contiene la regulación que resulta de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea, y en él se hace un exhaustivo análisis de los requisitos para su permanencia en España, así como de los supuestos de expulsión.

El capítulo III se detiene en la protección internacional (asilo y refugio) y en él, entre otros, aparecen formularios, desde la solicitud inicial de asilo a la petición de reexamen, con escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo y demanda contra denegación de asilo.

También se ocupa la autora de la nacionalidad y presenta formularios sobre los modos de acceder a la misma en el capítulo IV.

Finalmente, el capítulo V está dedicado a la protección de derechos fundamentales y *habeas corpus*, ofreciéndose formularios referidos a los supuestos que se presentan en materia de extranjería.

En todos los supuestos se abarca desde la solicitud inicial hasta la actuación ante Juzgados y Tribunales, pasando por los trámites administrativos previos necesarios.

En suma: se está ante una obra eminentemente práctica, aunque no exenta de tratamiento jurisprudencial y doctrinal, dirigida a expertos en Derecho de Extranjería, en la que consultar y encontrar respuesta práctica a los supuestos de hecho que con más generalidad se presentan, de la que también quienes se inicien en la materia sacarán provecho.

Inmigración y democracia

ELISEO AJA

Alianza Ensayo

Pocos fenómenos han transformado tanto España en las últimas décadas como la inmigración. En los años ochenta y noventa su regulación presentaba muchos problemas desde el punto de vista democrático y, aunque la legislación

ha mejorado notablemente, aún quedan aspectos fundamentales por reformar. El presente libro ofrece una visión de conjunto del fenómeno migratorio, con la voluntad de aportar ideas para la elaboración de una estrategia que se corresponda con los principios constitucionales. Consolidada una inmigración de más de cinco millones de personas, incluso cuando la situación económica no es propicia, es necesario perfeccionar la legislación e incluir en ella la integración social, que afecta tanto a la inmigración como al conjunto de la sociedad.

Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la Unión Europea en el contexto Mediterráneo

R. ZAPATA BARRERO, X. FERRER-GALLARDO

Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2012, 345 pp.

[FRANCESCO PASETTI

*Estudiante de Máster en el Departamento
de Ciencias Políticas de la Universidad
Pompeu Fabra, Asistente de Investigación
en el Centro ASK, Università Bocconi]*

«La frontera siempre es resultado de un proceso, y, por lo tanto, es una realidad construida que sirve para conseguir un orden, pero que es modificable cuando los fundamentos de dicho orden se desvanecen» (p. 36).

La noción de frontera ha sido uno de los conceptos supuestos en el debate de las Ciencias Sociales. Hoy en día, se ha convertido en una categoría política que es objeto de discusión. Este supuesto es el objeto del programa de investigación «Teoría Política de las Fronteras: Políticas en torno al movimiento de personas en el contexto Euromediterráneo», del cual este libro, representa el producto final.

Editada por Ricard Zapata Barrero y Xavier Ferrer-Gallardo, esta obra despliega una reflexión crítica acerca de la relación entre la categoría de frontera, las migraciones internacionales y la praxis política diseñada para su gestión. Las aportaciones de los autores abordan tanto las implicaciones teóricas como el análisis de las políticas, de los discursos y de las prácticas de redes de actores, teniendo en cuenta el marco eurome-

diterráneo y el proceso de definición de una política de fronteras de la Unión Europea. Tras la introducción, el texto se estructura en tres partes diferenciadas por los enfoques adoptados.

La primera parte explora los fundamentos teóricos que subyacen bajo la gestión del proceso migratorio y el control de fronteras en el escenario político UE-Mediterráneo. El punto de partida es el cuestionamiento de la frontera como constructo apriorístico. Centrándose en la dimensión de frontera como límite territorial, Zapata Barro destaca cómo los mismos principios liberales que gobiernan las democracias occidentales están limitados por un concepto de frontera según el cual un Estado es legitimado para proteger sus ciudadanos y excluir a los no-ciudadanos. Este paradigma colisiona con el escenario vigente caracterizado por una creciente movilidad humana, característica estructural de la sociedad.

Por esta razón el autor enfatiza la necesidad de establecer una Teoría Política de las Fronteras *strictu sensu*, fundada en una concepción de la frontera como categoría política compleja, que consienta i) cuestionar los argumentos dominantes que justifican el control de la movilidad humana y ii) destacar las contradicciones de una sociedad liberal y democrática «cerrada hacia dentro» (p. 54).

Los siguientes capítulos profundizan dichas contradicciones en el ámbito UE-Mediterráneo. Primero Sara Wolff investiga el contraste entre la definición de una política de gestión de fronteras integrada a nivel comunitario y las prácticas de acuerdos bilaterales de los Estados miembros de la UE con terceros países norteafricanos. A continuación, Ferrer-Gallardo y Thomas estudian la dialéctica espacial de fractura y ensamblaje subyacente a la acción geopolítica de la UE. En la última década, por un lado se ha incrementado la fortificación de los confines meridionales de la UE, y por otro han proliferado acuerdos para extender la cooperación entre la UE y sus vecinos de la orilla sur (en el marco establecido por la Política Europea de Vecindad). Estas lógicas opuestas resultan complementarias al basarse en el mismo enfoque eurocéntrico y de seguridad. El resultado es un régimen migratorio asimétrico que plantea problemas jurídicos significativos en términos de tutela de los derechos humanos.

Los problemas y las cuestiones relativas al vínculo entre política y frontera son tratados en la segunda parte desde una perceptiva normativa. Aquí son cuestionados los principios y los argumentos cardinales del debate académico. ¿Por qué algunos pueden entrar y otros no? ¿Cuáles son los presupuestos normativos que justifican una diferencia de trato entre ciudadanos y no ciudadanos?

Independientemente de la específica respuesta en términos políticos, los autores afirman la necesidad de posicionar la movilidad humana al centro de la gestión de las migraciones. Esto no es posible sin un diálogo que tenga en cuenta los intereses de los países emisores. En términos de agenda política esto implica tanto el replanteamiento de las prioridades a nivel comunitario como el desarrollo de políticas migratorias específicas para el contexto mediterráneo.

Esto es lo que se desprende del estudio de Argall, Muixí y Burgos, que examinan dicha agenda política describiendo el escenario actual como resultado del solapamiento de diferentes acciones políticas en el que predominan los intereses de los Estados europeos.

«La mayor integración y cooperación entre Estados emisores y receptores puede conseguir un efecto de justicia redistributiva internacional e incluso de libertad de movimiento entre estos países» (p. 165), afirma Jonathan Zaragoza. Centrando su análisis en la externalización de políticas migratorias (EPM) conducida por el gobierno español, el autor despliega una nueva propuesta de EPM fundada en un enfoque realista y en el respeto de los principios fundamentales de la justicia global: justicia distributiva y libertad de movimiento.

A continuación Elena Sánchez-Montijano pone de relieve el efecto *from above to below* que agentes públicos y privados en los países de destino tienen sobre los patrones migratorios transnacionales.

Este capítulo cierra la segunda parte e introduce la tercera. El enfoque de estos últimos capítulos se mueve hacia la dimensión institucional de la gestión de fronteras, pues se examinan los diferentes instrumentos jurídicos, administrativos y políticos implementados. Como resulta enfa-

tizado por Ferrero-Turrión y López Sala, éstos son relacionados con la concepción de seguridad que prevalece en la agenda política europea. En particular el análisis se centra en los siguientes instrumentos: los acuerdos de cooperación internacional sobre la movilidad; la agencia FRONTEX (véase la inspiradora contribución de Bermejo Casado) y las políticas de visados que permiten el control respectivamente de las fronteras y de los flujos migratorios (Francina Esteve García ofrece interesantes reflexiones sobre el nexo entre políticas de visados y de readmisión), así como las nuevas ordenanzas y las nuevas tecnologías para la identificación de los individuos.

Todos estos mecanismos jurídicos y políticos demuestran el interés dominante de la UE: proteger la integridad de las fronteras exteriores y, al mismo tiempo, permitir la movilidad dentro del espacio de Schengen (véase el capítulo de Illamola Dausà a este respecto). Una vez más, sin embargo, los autores advierten que el enfoque eurocéntrico subyacente a estas prácticas puede perjudicar los derechos y las libertades individuales en nombre de una mayor seguridad.

La Primavera Árabe ha puesto de manifiesto la importancia de la movilidad humana como fenómeno social que influye de modo orgánico en los países de la región mediterránea. Sus efectos se extienden más allá de estos confines, afectando a los países del África subsahariana (en este sentido es clarificadora la contribución de Gemma Pinyol). En un mundo cada vez más en movimiento y más interconectado la gestión de los procesos migratorios, y con ella el control de las fronteras, deben ser subordinadas a la protección de los derechos humanos y al respeto de los principios establecidos por el derecho internacional. En este sentido el concepto de seguridad debe ser rescatado de sus supuestos eurocéntricos y flanqueado por una lógica de desarrollo que tenga en cuenta los intereses de los terceros países y de los migrantes.

Este libro constituye una aportación insoslayable sobre la relación entre migraciones internacionales y fronteras. Esa relación es investigada en tres niveles de análisis: teórico, normativo e institucional. Dichos niveles representan tam-

bién importantes criterios para evaluar la relevancia de esta obra.

En cuanto al primer aspecto este volumen representa una referencia clave en la reflexión teórica sobre migración y fronteras, sentando las bases para una Teoría Política de la Fronteras, en sentido estricto, que pueda informar las nuevas orientaciones políticas.

Desde el punto de vista normativo las aportaciones de los autores son fundamentales para destacar las contradicciones y las cuestiones éticas relativas al vínculo entre frontera y política. Los principios y argumentos que caracterizan el debate académico son ponderados en relación a la evidencia empírica pertinente al contexto UE-Mediterráneo y evaluados en el marco del derecho internacional. El enfoque holístico del análisis da un valor particular a los preceptos normativos indicados en el texto: la gestión de los flujos migratorios y el control de fronteras deben estar centrados en el respeto de los derechos de los migrantes.

Desde el punto de vista empírico los estudios de casos concretos permiten que el lector tenga una imagen extensa y detallada de la *governance* migratoria en la región mediterránea. En este sentido, el análisis va más allá esbozando las pautas para abordar los problemas de coordinación a nivel comunitario de los países receptores y, al mismo tiempo, responder a los intereses, en términos de desarrollo, de los países emisores.

Al margen de estas consideraciones, cabe recalcar la importancia de esta obra desde un punto de vista metodológico. La investigación y los estudios reunidos en este volumen combinan diferentes enfoques metodológicos y técnicas de investigación que corroboran y amplifican el alcance del análisis.

El enfoque interdisciplinario abordado hace de este libro una referencia crucial para todos los estudiosos e investigadores que se ocupan de la migración en los ámbitos de las diferentes disciplinas. Al mismo tiempo, la claridad de la narración y la relevancia práctica de los análisis hacen de él una herramienta única para los profesionales que, fuera del contexto académico, tratan la gobernanza del fenómeno migratorio.

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 recensiones deberán remitirse a la sede de la *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: 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.