

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 25

Revista de Derecho Migratorio y Extranjería

© Lex Nova 2010

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 solo 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.

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

LEX NOVA

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 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia

FERNANDO 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)

FERNANDO OLIVÁN LÓPEZ

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

MANUEL POMBO BRAVO

Representante Especial del Director General de la OIM

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

Abogado del Ilustre Colegio de Málaga

EDUARD SAGARRA I TRIAS

Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona

FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO

Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Almería

ELENA ZABALO ESCUDERO

Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza

RICARD ZAPATA-BARRERO

Profesor Titular de Ciencia Política. Universidad Pompeu Fabra

ÍNDICE GENERAL

	Página
EDITORIAL	7

ARTÍCULOS

1. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS <i>Sagrario Morán</i>	11
2. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES DE MENORES ESPAÑOLES EN SITUACIÓN IRREGULAR <i>Sara Iglesias Sánchez</i>	35
3. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. UNA CUESTIÓN COMPLEJA PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y SOCIALES <i>Chabier Gimeno Monterde</i>	55
4. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES: LA EXPULSIÓN COMO SANCIÓN A LA SITUACIÓN IRREGULAR <i>M.ª Nieves Arrese Iriondo</i>	73

DOSSIER

ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN (Julio 2009–Junio 2010) <i>David Moya Malapeira</i>	99
---	----

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

Asilo	167
Expulsión	180
Derecho al trabajo	190
Permiso de trabajo	197
Derecho penal	200
Homologación	206
Nacionalidad	211
Régimen comunitario	227

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

I. CRÓNICA LEGISLATIVA	239
II. EUROPA EN BREVE. INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS	241

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

II. AUSTRALIA, DIEZ AÑOS DESPUÉS DEL <i>TAMPA</i> . EVOLUCIÓN Y ENCRUCIJADA ACTUAL DE LAS POLÍTICAS AUSTRALIANAS DE INMIGRACIÓN Y MULTICULTURALISMO <i>Eduardo J. Ruiz Vieytes</i>	273
---	-----

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS

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

COMPLETE INDEX

	Página
EDITORIAL	7

ARTICLES

1. DIVERSITY OF THE EUROPEAN UNION AND EU LEGISLATION FOR THE PROTECTION OF MINORITIES AND DISCRIMINATION	
<i>Sagrario Morán</i>	11
2. THE REGULARIZATION OF THE ADMINISTRATIVE SITUATION OF UNDOCUMENTED IMMIGRANTS WHO ARE PARENTS OF SPANISH CHILDREN	
<i>Sara Iglesias Sánchez</i>	35
3. UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS: A COMPLEX ISSUE FOR PUBLIC AND SOCIAL POLICIES	
<i>Chabier Gimeno Monterde</i>	55
4. THE LEGAL FRAMEWORK OF IRREGULAR SITUATIONS OF IMMIGRANTS: EXPULSIONS AS IRREGULAR PENALTIES	
<i>M.ª Nieves Arrese Iriondo</i>	73

DOSSIER

INSTITUCIONAL ACTIVITY, BIBLIOGRAPHY AND DOCUMENTATION IN THE FIELD OF THE INMIGRATION (JULY 2009-JUNE 2010)	
<i>David Moya Malapeira</i>	99

REPORTS OF JURISPRUDENCE

ANALYTIC INDEX OF VOICES

Asylum	167
Expulsion	180
Right to work	190
Working license	197
Criminal Law	200
Recognition of qualifications.....	206
Nationality	211
Community Rules	227

LEGISLATIVE REPORTS

I. LEGISLATIVE REPORT	239
II. EUROPE IN BRIEF. WEEKLY INFORMATION FROM THE DELEGATION IN BRUSSELS	241

RESEARCHS FROM BOTH SHORES

I. APPROACH TO THE SPANISH CONSULAR ACTIVITIES ABROAD <i>David Querol Sánchez</i>	251
II. AUSTRALIA, TEN YEARS AFTER THE <i>TAMPA</i> CRISIS: EVOLUTION AND CURRENT CHALLENGES OF THE AUSTRALIAN POLICIES ON IMMIGRATION AND MULTICULTURALISM <i>Eduardo J. Ruiz Vieytes</i>	273

BIBLIOGRAPHICAL NOTICES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS

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

EDITORIAL

El año 2010, que ha terminado, deja sin realizar importantes tareas tales como la elaboración del Reglamento sobre Asilo y Protección Subsidiaria y del Reglamento de la Ley de Extranjería, tras las reformas de ambas leyes en octubre y diciembre de 2009, respectivamente. En ambos casos, se autorizó al Gobierno para dictar, en el plazo de seis meses, cuantas disposiciones de carácter reglamentario exigiera cada una de las Leyes; estamos ante un plazo legalmente incumplido con una enorme amplitud. Esperamos que, por fin, su tramitación y aprobación se produzcan en los primeros meses del año 2011, con la suficiente anticipación al inicio del proceso electoral municipal y autonómico. En otro caso, se corre el riesgo de mediatizar el discurso técnico-jurídico por el político-electoral; este segundo se encuentra contaminado por planteamientos y propuestas de contenido meramente electoralista casi siempre alejados de un sincero proyecto de soluciones perdurables y duraderas.

Asimismo, el año que finalizó estuvo inmerso en la profunda crisis estructural que, con toda probabilidad, continuará presente en el próximo año y que sin duda tendrá significativas repercusiones en los movimientos migratorios. Si al comienzo de 2010 señalábamos la decisiva importancia de las políticas integradoras, al inicio del nuevo año 2011 deberemos insistir en su trascendencia, precisamente en estos momentos de aguda crisis económica, en los que, con facilidad, pueden desarrollarse actitudes y comportamientos xenófobos como consecuencia del deterioro de las condiciones de vida y del empleo.

El nuevo RELOEX deberá acertar en el diseño de los procedimientos administrativos dotando a las autorizaciones de residencia y trabajo de una mayor estabilidad, al tiempo que se mejoran los procedimientos de acceso a la regularidad residencial y se instrumentan mecanismos para afrontar las situaciones de irregularidad sobrevenida. El derecho a la reagrupación familiar debe encontrar en el nuevo Reglamento una regulación reforzada y la concreción de algunos conceptos legales indeterminados que son decisivos para su ejercicio.

La migración circular, unos criterios flexibles para renovar los permisos y para el acceso a las residencias de larga duración deben tener cabida en el texto del nuevo RELOEX. En este sentido la determinación de conceptos como el «esfuerzo integrador», que ha de ser un compendio de los derechos y obligaciones razonadamente exigibles desde el principio de igualdad y no discriminación, deberá ser objeto de una definición racional y jurídica que evite interpretaciones poco garantes con los derechos fundamentales de las personas migrantes.

También en el plano sancionador el nuevo RELOEX ha de mostrar un cuidado exquisito con los derechos y garantías de las personas migrantes, evitando transmitir la percepción de criminalización de las personas en situación de mera irregularidad y considerando adecuadamente las circunstancias de arraigo personal, familiar y sociolaboral de los presuntos infractores en la toma de decisiones sobre la residencia o la repatriación.

Por otro lado, parece preciso que la aprobación del Reglamento venga acompañada por la aprobación del Reglamento de los Centros de Internamiento, tan necesitados de regulación para poder garantizar los derechos de los internos. En fin, estaremos atentos a los textos que se propongan, procurando que la REDMEX realice su labor de análisis crítico que siempre ha mantenido.

En cuanto al contenido de este número 25 de la REDMEX, desarrollado a lo largo de más de 300 páginas, destacamos los artículos sobre diversidad étnica, lingüística y religiosa en la UE, la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular, los MENA y las políticas públicas, la expulsión como sanción a la situación irregular, la actividad consular española en el extranjero y la migración en Australia.

No podemos dejar de leer con atención la «Crónica anual Institucional, Bibliográfica y de Documentación en el ámbito de la inmigración», que como cada año ha sido elaborada por el Grupo de Estudio de los Derechos de los Inmigrantes del IDP de la Universidad de Barcelona coordinado por el Profesor David MOYA y que servirá para repasar la actividad institucional, normativa y jurisprudencial a nivel internacional, europeo e interno en materia de inmigración y asilo.

Por último, solo nos resta desear una buena lectura de la REDMEX y, como siempre por estas fechas, un buen comienzo de año y las mejores perspectivas profesionales para el próximo curso.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ARTÍCULOS

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS

SAGRARIO MORÁN

*Profesora Contratada Doctora en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*

RESUMEN

Diversidad étnica, lingüística y religiosa en la Unión Europea y protección de los derechos de las minorías

El artículo versa sobre los dos fenómenos que contribuyen a incrementar la diversidad étnica, lingüística, religiosa y cultural en el ámbito de la Unión Europea: la ampliación y la inmigración. Explicada la heterogeneidad en el espacio europeo, el artículo se marca como objetivo plantear la evolución de la normativa comunitaria para la protección de las minorías y contra la discriminación, así como las medidas puestas en marcha para favorecer la integración.

Palabras clave: Inmigración, discriminación, integración, Unión Europea.

ABSTRACT

Diversity of the European Union and eu legislation for the protection of minorities and discrimination

The article discusses the two phenomena which contribute to increasing the ethnic, linguistic, religious and cultural life in the field of European Union: enlargement and immigration. Explained the heterogeneity in the European area, this article is marked as the objective of presenting the evolution of Community legislation for the protection of minorities and discrimination, and measures implemented to promote integration.

Key words: Immigration, discrimination, integration, European Union.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL AUMENTO DE LA DIVERSIDAD.

1. **Diversidad étnica.**
2. **Diversidad lingüística.**
3. **Diversidad cultural.**
4. **Diversidad religiosa.**

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS —DEL ÁMBITO INTERNACIONAL A LA UE— Y LA LEGISLACIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.

1. **Normativa de la Unión Europea y derechos de las minorías.**
2. **Directivas contra la discriminación.**
3. **Nueva Directiva.**

IV. LA INMIGRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.

1. Población musulmana. Segregación, xenofobia y racismo en Europa.
2. Las iniciativas de países UE con respecto a la inmigración.
3. Medidas de «integración» *versus* multiculturalismo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Europa se ha caracterizado a lo largo de los siglos por ser un mosaico de culturas, un terreno donde hay un fuerte entramado de etnias, religiones y lenguas distintas producto de invasiones, colonizaciones... La diversidad en todas estas áreas es una de las características más visibles de Europa. Sin embargo, esta gran riqueza de los pueblos europeos ha sido en multitud de ocasiones fuente de conflictos y enfrentamientos; pocas zonas del planeta han estado tan asoladas por los fanatismos identitarios como Europa. Nos podríamos remitir a la historia más reciente para contrastar esta afirmación. Las guerras balcánicas de la década de 1990 fueron la última expresión de esta realidad, unas guerras alimentadas por los odios que existen entre tres comunidades humanas a las que separan diferencias lingüísticas, étnicas y religiosas, y que tuvo uno de los capítulos más negros de la historia europea reciente en el genocidio cometido por las fuerzas serbias contra los bosnios musulmanes, el 11 de julio de 1995, en el que murieron 8.000 hombres⁽¹⁾.

Sin embargo, desde la creación de la Unión Europea no se ha vuelto a vivir ningún capítulo de violencia armada entre sus Estados miembros. Las rivalidades se han resuelto en la mesa de la negociación en Bruselas y, dentro de los Estados, la Unión Europea ha favorecido que toda esa amalgama de etnias, religiones⁽²⁾, lenguas y culturas convivan en relativa paz dentro de su ámbito.

La cooperación dentro de la Unión Europea ha hecho olvidar la posibilidad de una nueva confrontación entre sus miembros, además de cicatrizar antiguas divisiones y reportar beneficios a sus integrantes. En efecto, la antigua hostilidad generadora de conflictos ha quedado neutralizada por el Mercado Común y el nacionalismo de las grandes naciones apaciguado en buena medida o transitando por cauces democráticos dentro de la vida política de los diferentes países europeos. Hoy, la Unión se ha convertido en el núcleo duro alrededor del cual se organiza el nuevo orden continental y las continuas adhesiones han ampliado progresivamente la zona de paz, democracia, prosperidad y seguridad en el continente europeo. Las experiencias de Irlanda, Portugal, España y Grecia han demostrado que para las economías menos fuertes la adhesión puede suponer un impulso al crecimiento. En

(1) En la antigua Yugoslavia conviven varias comunidades humanas: los croatas-católicos, los serbios-ortodoxos, los bosnios-musulmanes, los kosovares-musulmanes, entre otros.

(2) Véase PETSCHEN, Santiago: La Religión en la Unión Europea. UNISCI, Universidad Complutense de Madrid, Discussion Papers núm. 16 (enero 2008).

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

general, los candidatos, una vez en la Unión, crecen más que los demás. Es el caso de los diez países que ingresaron en el 2004, aunque la media del Producto Interior Bruto (PIB) *per cápita* (medida habitual de la riqueza) era un 40% más baja de la media del resto de los países miembros, tres años después el PIB *per cápita* de países como Chipre y Eslovenia se acercaba a la media de la UE.

Por eso, la ampliación debe continuar y los líderes de las repúblicas exyugoslavas no dudan, siempre que pueden, en proclamar encendidos llamamientos a la Unión Europea para que no se olvide de la prometida ampliación hacia los Balcanes, ya que de ésta depende también la estabilidad de toda la región. Entienden que la dilación en los procesos de acercamiento e integración de esta región en la UE pone en peligro la cooperación interregional, frena las inversiones y genera inmensas frustraciones que pueden aprovechar los nacionalistas de todos sus países para retomar la senda de la violencia.

Al respecto, ya el Tratado de Maastricht de 1992 disponía en su artículo 49 que todo Estado europeo que respete el Estado de Derecho y los principios de libertad, democracia, derechos humanos y libertades fundamentales puede solicitar su ingreso como miembro de la Unión. Lo que significa que la Unión Europea está abierta a cualquier país europeo que sea democrático, tenga una economía de mercado y posea la suficiente capacidad administrativa para asumir los derechos y las obligaciones de los Estados miembros⁽³⁾. No obstante, como una cosa es querer y otra poder, ante las constantes peticiones de ingreso por parte de todos los países europeos, los dirigentes de la UE acordaron en junio de 2006 que las futuras ampliaciones atenderían a la capacidad de la propia Unión de absorber a los nuevos miembros.

En octubre de 2005, antes de la incorporación de Bulgaria y Rumanía, se iniciaron negociaciones con otros países candidatos, Turquía y Croacia. Las negociaciones con Croacia pueden finalizar dentro de pocos años. Con Turquía, sin embargo, se prevé que duren bastante tiempo. En junio de 2010, el Consejo Europeo decidió que debían iniciarse negociaciones para la adhesión de Islandia a la UE.

Una vez dicho que la Unión Europea ha sido construida desde la diversidad, y que esta seña de identidad dentro del espacio de la Unión no ha sido motivo para el enfrentamiento directo armado, analicemos los dos factores que más han contribuido y contribuyen a esa diversidad: la ampliación y la inmigración, así como la progresiva inclusión en la normativa comunitaria de los derechos de las minorías y de la prohibición de la discriminación.

II. LA AMPLIACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL AUMENTO DE LA DIVERSIDAD

Si hacemos un repaso histórico comprobamos que el proceso de integración europea, desde sus comienzos hasta el momento actual, ha ido ganando en diversidad. Las sucesivas ampliaciones, que no resultan por sí mismas neutras, han convertido a la Unión Europea en una entidad más heterogénea al irse sumando a ese proyecto europeo las «minorías nacionales» de los países miembros.

(3) Véase Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. 14.^a edición actualizada. Septiembre 2008. Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

La ampliación de 2004, que elevó de 15 a 25 el número de Estados miembros, fue la mayor de las registradas en la historia de la Unión, incrementando su superficie en un 25% y su población en un 20%, hasta más o menos los 450 millones de personas. Desde el punto de vista poblacional, se convirtió en el mercado único más grande del mundo (económicamente, el más poderoso es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

Los orígenes de esta ampliación se encuentran en el fin del comunismo, simbolizado por la caída del Muro de Berlín en 1989. Esto significó una oportunidad única y sin precedentes para unir a Europa de una manera pacífica y para llevar a Europa Central y Oriental la estabilidad y prosperidad de la que hasta entonces habían disfrutado los ciudadanos de la UE. La última ampliación se produjo en el 2007, con la incorporación de Rumanía y Bulgaria⁽⁴⁾.

Pues bien, las dos últimas ampliaciones incrementaron de manera exponencial la diversidad en todos los campos, entre otras razones porque el conocido como «patio trasero» de Europa siempre ha estado habitado por una mezcla de diferentes pueblos.

1. Diversidad étnica

La diversidad étnica en Europa está por doquier. Si bien la primera etapa de vida del proyecto de integración europea revela que las primeras ampliaciones estuvieron reservadas a aquellos países con un menor número de problemas de minorías nacionales en sus fronteras, puesto que son aquellos con una mayor homogeneidad étnico-nacional, las últimas ampliaciones reflejan todo lo contrario. Si nos detenemos en la penúltima ampliación, comprobamos que los países incorporados al proyecto comunitario son sociedades multiétnicas y plurinacionales. Así, las tres repúblicas bálticas se caracterizan por su diversidad étnica. Letonia, Lituania y Estonia cuentan con una minoría rusa importante. En la primera el 56% de su población es letona y un 28% rusa. Con lo cual, la población de origen letón representa poco más de la mitad de los habitantes del país y es minoría en Riga, la capital. En Lituania, alrededor del 80% de la población es lituana, el 11% es polaca y el 7% rusa. Por su parte, Estonia cuenta con un 30% de rusos y un 62% de estonios.

Si nos fijamos en Eslovaquia, el 86% de la población es eslovaca y la principal minoría la constituyen los húngaros, con un 10% de la población. Mención especial merece Hungría, uno de los países de la UE que posee un sistema de protección de las minorías existentes en el territorio *magiar*, calificado por el Consejo de Europa como muy desarrollado. Hungría cuenta con unas 13 minorías étnicas que representan a un 7% de la población. Sin embargo, el caso de la comunidad romaní constituye todavía un claro ejemplo de minoría marginada tanto en Hungría como en Eslovaquia (país en el que representan a un 1,7% de la población).

En el 2007 entraron Rumanía, un país con un 8% de húngaros, y Bulgaria, con un 9,4% de turcos y un 4,6% de romaníes. En total la adhesión de estos dos países suma tres millones más de gitanos a la Unión, convirtiendo a España en el segundo país en ciudadanos gitanos sólo por debajo de Rumanía, donde viven en una situación de mayor marginación.

(4) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Estrategia y retos principales de la ampliación (2009-2010). En http://ec.europa.eu/enlargement/press_corner/key_documents/reports_oct_2009_es.htm (consultado el 3 de septiembre de 2010).

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

La UE se plantea ahora su ampliación a los Balcanes occidentales, lo que incluiría a Croacia, habitada por una mayoría de eslavos, aunque existe una clara división étnica compuesta por un 78% de croatas y un 12% de serbios. Por su parte Macedonia (64,2% macedonios, 25,2% albaneses, 4% turcos y 2,7% romaníes), Bosnia-Herzegovina (48% bosnios musulmanes, 37,1% serbios y 14,3% croatas), Serbia y Montenegro, cuya población está compuesta por serbios, montenegrinos, albaneses, húngaros, romaníes y croatas, y Albania (95% albaneses y 3% griegos), enriquecerían considerablemente la diversidad étnica, de producirse su ingreso.

2. Diversidad lingüística

Junto a la diversidad étnica, Europa se caracteriza por su pluralidad lingüística. Hasta las últimas ampliaciones del 2004 y 2007, Europa tenía 11 lenguas oficiales, de los 15 países integrantes.

La complejidad lingüística ha aumentado tras las últimas ampliaciones y otros cambios, ya que a las 11 lenguas oficiales se añaden otras 12: el eslovaco, el esloveno, el estonio, el húngaro, el irlandés⁽⁵⁾, el letón, el lituano, el maltés, el polaco, el checo, el búlgaro y el rumano. Entre ellas destaca la lengua húngara, distinta de las demás lenguas europeas y sólo indirectamente relacionada con el finés o finlandés, y el estonio. Por lo tanto, la actual UE se caracteriza por tener 24 lenguas oficiales y más de 200 lenguas y dialectos. Entre ellas el romaní, el idioma de los gitanos, vivo en casi toda Europa. Esta lengua originaria de la zona norte oeste de la antigua India y el centro de Pakistán cuenta con 4,8 millones de hablantes. Llama la atención que en España, con 600.000 hablantes potenciales, se encuentre en trance de desaparición.

Con lo cual, el número de Estados miembros sobrepasa el número de lenguas oficiales, ya que varias lenguas se hablan en más de un país. Por ejemplo, el neerlandés es oficial en Holanda y Bélgica; el griego en Grecia y Chipre; y el francés, en Francia, Bélgica y Luxemburgo. Además, no todas las lenguas oficiales son reconocidas como oficiales en la UE. Este es el caso del luxemburgués, que no es ni lengua oficial ni lengua de Tratado, aunque se incluye en todos los programas lingüísticos de la Unión. Todas las lenguas oficiales de la UE son asimismo lenguas de trabajo.

Además, a estas lenguas hay que añadir las lenguas de los inmigrantes, cada vez más numerosas y difundidas. Se calcula que más de 40 millones de personas en la UE hablan una lengua que no es oficial en sus países de origen o residencia, con lo cual, en la Europa de nuestros días, las *minorías lingüísticas autóctonas* no constituyen el único factor de diversidad en el ámbito de la lengua. Un factor de primer orden y con influencia en aumento es la inmigración. De hecho, en muchos países de Europa occidental, el volumen de población inmigrada es muy superior al de cualquier *minoría lingüística autóctona*. En Gran Bretaña hay muchos más inmigrantes que hablantes del galés, y en Francia, muchos más árabes que hablantes del bretón o del alsaciano. Por lo tanto, en la Unión Europea ampliada se da la paradoja de que son reconocidas como lenguas oficiales y de trabajo

(5) En el caso del irlandés el Gobierno de dicho país aceptó renunciar al estatuto de lengua oficial y de trabajo hasta 2005. Ese año se aprobó e incluyó como idioma de trabajo en la UE, entrando en vigor el 1 de enero de 2007.

lenguas habladas por un número de ciudadanos inferior al de otras lenguas que carecen de ese reconocimiento oficial.

El Diario Oficial de la Unión se publica en todas las lenguas oficiales, al igual que los documentos que tienen un interés público. Se parte, pues, del reconocimiento de la pluralidad lingüística como un signo de respeto de las identidades culturales de los Estados y una manifestación del principio de igualdad entre ellos, así como una necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica y no discriminación. En el caso de la Comisión Europea, las lenguas de trabajo son el inglés, el francés y el alemán, lo cual significa que en las reuniones semanales del colegio de comisarios sólo se asegura el servicio de interpretación en estas lenguas. En el trabajo diario, interno, de los servicios administrativos de la Comisión se utilizan el inglés y el francés, sin interpretación simultánea ni traducción.

En cuanto a la protección que la Unión Europea proporciona a sus lenguas hay que decir que el Tratado de Roma de 1957 ya incluye, como condición que deben cumplir los Estados asociados a la Comunidad, el rechazo de la discriminación por motivos de lengua. En dicho Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de enero de 1958, hay varios artículos que se refieren a cuestiones lingüísticas. Entre ellos el artículo 314 (TCE), que establece las lenguas en las que la versión del Tratado será auténtica, mencionando las lenguas oficiales reconocidas. «El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lengua alemana, lengua francesa, lengua italiana y lengua neerlandesa, cuyos cuatro textos son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia certificada conforme a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios». Este precepto ha adquirido una nueva relevancia a partir del Tratado de Ámsterdam (en vigor el 1 de mayo de 1999) al añadirse un segundo párrafo al texto del artículo 314, modificado posteriormente por las ampliaciones de 2004 y 2007. Dicho párrafo dice: «En virtud de los Tratados de adhesión, son igualmente auténticas las versiones del presente tratado en lenguas búlgara, checa, danesa, española, eslovaca, eslovena, estonia, finesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, letona, lituana, maltesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca». En dicha revisión del Tratado se introdujo también un nuevo párrafo al artículo 21 que establece: «Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos contemplados en el presente artículo o en el artículo 7 en una de las lenguas mencionadas en el artículo 314 y recibir una contestación en esta misma lengua»⁽⁶⁾. Se trata, por tanto, de un auténtico derecho lingüístico que forma parte del estatuto de la ciudadanía de la Unión.

Hoy, la Unión insiste en que los ciudadanos de Europa deben aumentar su conocimiento de lenguas extranjeras y en que los sistemas educativos de los distintos países refuercen esta enseñanza. No obstante, la lengua extranjera más solicitada y más ofrecida en todos los países de la Unión, igual que ocurre también en el resto del mundo, es el inglés. Este proceso de difusión del inglés no parece que en un futuro previsible vaya a detenerse, sin embargo, esta tendencia a la uniformidad lingüística coexiste con una tendencia opuesta en defensa de la diversidad. Es evidente que hay que fomentar la enseñanza de las lenguas

(6) Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. 14.^a edición actualizada. Septiembre 2008. Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pp. 106 y 244.

más difundidas, entre ellas el inglés, pero también hay que hacer esfuerzos para mantener el plurilingüismo europeo y potenciar el uso de todas las lenguas.

3. Diversidad cultural

La diversidad cultural en Europa es también muy amplia. La gran variedad de creencias, valores, hábitos y pautas de comportamiento se aprecian tanto en el interior de cada país como entre los distintos países o regiones que integran el espacio europeo. Esta diversidad además se amplía con la inmigración.

Desde hace ya años los esfuerzos de la Unión Europea se dirigen no sólo a respetar dicha diversidad sino a contribuir a su florecimiento. Prueba de ello es que se han puesto en marcha proyectos con el objetivo de fomentar su patrimonio cultural. Ya en el Tratado de Maastricht de 1992 o Tratado de la Unión Europea, que dio por primera vez reconocimiento oficial a la dimensión cultural de la integración europea, añadiendo el Título XII sobre Cultura, se especificaron dos objetivos: 1) preservar y fomentar esta diversidad y 2) hacerla más accesible a todos. Así, el artículo 151.1 dice textualmente: «La Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común». Mientras que el artículo 151.4 señala: «La Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas». Esta nueva redacción del apartado 4, insertada por el Tratado de Ámsterdam, expone que la Comunidad deberá tener en consideración los aspectos culturales en sus acciones futuras y por encima de otras provisiones estipuladas en el Tratado «para respetar y promover la diversidad de sus culturas»⁽⁷⁾.

Pero ya antes había emprendido iniciativas culturales, por ejemplo el programa para seleccionar cada año la capital cultural europea, que se puso en marcha en 1985. Por otra parte, la Unión potencia la difusión de la actividad cultural a través de un programa genérico (*Programa Cultura 2000*) y de otros más específicos. En concreto, el *Programa Cultura 2000*, con un presupuesto de 236 millones de euros para un período de seis años y que culminó en 2006, fue uno de los programas insignia de la UE. Los objetivos de Cultura 2000 fueron: contribuir al establecimiento de un espacio cultural europeo, desarrollar la creación artística y literaria, promover el conocimiento de la historia y de la cultura europea en la UE y fuera de ella, valorizar el patrimonio y las colecciones culturales de importancia europea, estimular el diálogo intercultural y la integración social. Finalizado el plazo, la Comisión Europea propuso prorrogar el programa para el período 2007-2013⁽⁸⁾, con similares objetivos al Programa Marco anterior.

En la misma línea que el *Programa Cultura 2000*, a finales de noviembre de 2004 tuvo lugar en Berlín un encuentro internacional bajo el lema «Alma para Europa». Los países participantes plantearon como objetivo crear un «espacio cultural europeo común» para que su identidad sea comprensible para los ciudadanos. Además, figuras de la cultura,

(7) Ibídem, pp. 172-173.

(8) Diario Oficial de la Unión Europea, 7.8.2007.

intelectuales y políticos suscribieron un documento que pide la elaboración de una Carta Europea de la Cultura, a fin de desarrollar los valores humanistas comunes y el legado cultural. Los primeros objetivos fueron aumentar la cooperación entre institutos culturales nacionales y fomentar el intercambio de estudiantes, entre otros.

4. Diversidad religiosa

Aunque algunos defiendan la idea de que en el aspecto de la religión no hay tanta diversidad y que en Europa somos de tradición cristiana, la realidad dista de esa percepción. La primera división se produjo en 1517, cuando el teólogo alemán Martín Lutero publica sus tesis de Wittenberg y se inicia la Reforma protestante que partió en dos la unidad religiosa europea. Desde entonces, toda la Europa cristiana se ve obligada a posicionarse entre la Reforma protestante y la Iglesia católica. Los Estados alemanes del Norte, los países escandinavos y Dinamarca se suman al mundo protestante, al igual que lo hacen también otras zonas de Centroeuropa y de Francia. Inglaterra lo hace a partir de 1534 de la mano de su rey Enrique VIII, que provoca el cisma de la Iglesia anglicana.

Hoy la Europa de los 27 se caracteriza por la existencia de dos religiones mayoritarias: el catolicismo y el protestantismo. La religión ortodoxa es la tercera religión tras el ingreso de Rumanía y Bulgaria, puesto que en el primero, con unos 23 millones de habitantes, el 90% de la población es cristiano ortodoxa y el 7% protestante, y en Bulgaria, el 83% es ortodoxa y un 13% musulmana⁽⁹⁾.

El Islam es la cuarta religión en Europa, con 15 millones de seguidores. De culminarse la adhesión de Turquía, un país con más de 70 millones de habitantes, de los cuales el 90% de su población es musulmana, el Islam pasaría a convertirse en la tercera religión más importante en el ámbito europeo⁽¹⁰⁾. Por ejemplo, según los datos del «barómetro religioso» de 2008, un estudio científico basado en encuestas y patrocinado por varios medios de comunicación y universidades belgas, en Bruselas, el Islam será la religión mayoritaria en 10 ó 15 años. En la capital belga y europea la población musulmana alcanza ya el 33% mientras el cristianismo, que se sitúa en torno a un 42% de la población, se «desmorona», según el informe. En Bruselas, una de cada tres personas es musulmana. En 2005 este grupo representaba un cuarto de población. No obstante el fenómeno solamente ocurre en Bruselas ya que en el resto de ciudades belgas sólo representa entre un 3 y un 5% de la población⁽¹¹⁾.

Entre los países potenciales candidatos tenemos a Croacia, donde prácticamente el 90% son católicos; Macedonia, el 70% son ortodoxos y el 29% musulmanes; Bosnia-Herzegovina con el 48% musulmanes, el 37% ortodoxos y el 14,3% católicos; y en Albania, el 70% son musulmanes y el 20% son ortodoxos.

(9) Véase SANTOS, José Luis: «El Factor Religioso en Bulgaria y Rumanía, nuevos miembros de la Unión Europea», *UNISCI Papers*, núm. 14 (mayo 2007).

(10) Hay argumentos económicos y políticos en contra de la adhesión de Turquía. La UE inició las negociaciones de adhesión el 3 de octubre de 2005, sin embargo, de acuerdo con el marco de negociación para Turquía, las negociaciones siguen siendo «un proceso abierto, con lo cual el resultado no puede garantizarse por adelantado».

(11) En <http://www.webislam.com/?idn=11791> (consultado el 4 de septiembre de 2010).

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS —DEL ÁMBITO INTERNACIONAL A LA UE— Y LA LEGISLACIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Los derechos de las minorías nacionales, a pesar de figurar como uno de los principios esenciales dentro del contexto normativo europeo, han ocupado posiciones secundarias tanto en los procesos de ampliación como de constitucionalización de Europa. Como señala Ruth FERRERO, «en las negociaciones de los tratados de adhesión de los nuevos miembros, y de los candidatos actuales, han primado las figuras macroeconómicas sobre el respeto a los derechos de las minorías nacionales» ⁽¹²⁾.

De hecho, la protección de las minorías estuvo ausente de manera virtual de la agenda de la UE en la época pre-Maastricht. En cambio, en el contexto internacional estos derechos cobraron interés desde principios del siglo xx, aunque sin avances significativos.

Durante el período de entreguerras cristalizó, bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones, un sistema de protección internacional de las minorías destinado a salvaguardar los derechos de ciertos grupos minoritarios de la Europa Central y Oriental, a través de la adopción de diversos tratados específicos de protección de las minorías. El fracaso de la Sociedad de Naciones arrastró también al fracaso a este incipiente sistema. La cuestión de las minorías recibió poca atención tras la Segunda Guerra Mundial y las Naciones Unidas se concentraron en el desarrollo de un sistema de protección de los derechos del ser humano individual (derechos humanos) más que en la protección de los grupos ⁽¹³⁾. En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no hace mención a los derechos de las minorías. En aquel momento la mayoría de países democráticos defendieron que los derechos pertenecían a los individuos y no a los grupos.

Aunque la cuestión no se abandonó del todo y continuaron los trabajos de la Subcomisión creada en 1946 para la prevención de la discriminación y la defensa de los derechos de las minorías, los temas de la identidad y de la protección de los grupos regresaron a las agendas internacionales y regionales a finales de la década de 1970, irrumpiendo con mayor interés tras el fin de la Guerra Fría ⁽¹⁴⁾.

Así, a partir de 1989 comienza una sucesión de declaraciones y convenciones relativas a la protección de los derechos de minorías en el marco de la ONU, Consejo de Europa u OSCE, entre otros. De hecho, diversos instrumentos jurídicos de la ONU en materia de derechos humanos constituyen la base jurídica del respeto del principio de no discriminación y de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas. Entre ellos el texto de referencia es el Pacto Internacional de Derechos Civiles

(12) FERRERO, Ruth: «Los derechos de las minorías nacionales en el contexto de ampliación y constitucionalización de la Unión Europea», *Revista de Debat Polític*, UNED, Revista FRC, 9 Tardor/Hivern, 2004, p. 8.

(13) Véase el Documento final sobre el seminario «El reconocimiento institucional de la comunidad gitana en España». Fundación Secretariado Gitano, Madrid, 6 de febrero de 2006, p. 14.

(14) Véase, sobre la protección internacional de las minorías, la interesante obra escrita por tres catedráticos de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M.; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Cástor M.: *La protección internacional de las minorías*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

y Políticos de 1966, que incluía en el artículo 27 la primera norma de carácter internacional que obligaba a los Estados a proteger específicamente a las minorías. «En aquellos Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a tales 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 propia lengua»⁽¹⁵⁾. Dicho Pacto garantiza a las personas pertenecientes a minorías nacionales el derecho de promover su cultura, religión y lengua⁽¹⁶⁾.

Otro instrumento jurídico de Naciones Unidas de relevancia para la cuestión de las minorías es la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Por otra parte, la Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes a las Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 47/135, del 18 de diciembre del mismo año, es también importante, aunque no tiene carácter vinculante. El artículo 1 dice: «Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad». El artículo 2 de la Declaración reconoce una serie de derechos a las personas pertenecientes a las minorías: desarrollo de su cultura e identidad, participación en el proceso de decisión de las autoridades en cuestiones que les afecten, participación en la vida social, económica y cultural, establecimiento de asociaciones y utilización de la propia lengua en los ámbitos privado y público. El artículo 4 insta a los Estados a tomar medidas apropiadas para garantizar estos derechos incluyendo el fomento, a través del sistema educativo, del conocimiento de la historia y cultura del grupo minoritario en el resto de la sociedad, y la garantía de que los miembros de las minorías puedan aprender su propia lengua⁽¹⁷⁾.

Por su parte, también desde principios de la década de 1990, el Consejo de Europa dirigió una especial atención a la protección de las minorías que tuvo como resultado la creación de dos instrumentos de carácter vinculante para los Estados signatarios: la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias (aprobada en 1992 y en vigor desde 1998) y, sobre todo, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1 de febrero de 1995.

(15) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

(16) En el marco de la aplicación del artículo 27 del Pacto, se hizo necesaria la adopción de una definición de minorías étnicas, lingüísticas y religiosas. La definición del Relator Especial de Naciones Unidas Francesco Caportori ha servido de referencia a muchas posteriores. «Una minoría es un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado (...) cuyos miembros —siendo nacionales de dicho Estado— poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes al resto de la población y que, aunque sólo sea implícitamente, mantienen un sentido de solidaridad dirigido hacia la preservación de su cultura, tradiciones, religión o lengua». Después se elaboraron más definiciones de otros relatores y del Grupo de Trabajo para las Minorías, creado en 1996, que se dotó de la suya propia, pero que fundamentalmente alteran el orden de los componentes principales que se pueden resumir en los siguientes puntos: la concurrencia en un grupo determinado de características étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas que les son propias; la importancia numérica del grupo; su posición no dominante, la voluntad de supervivencia de la identidad del grupo. En CAPORTORI, F: *Estudio de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, Doc E/CN.4/Sub 2/1979/384, Publicaciones de las Naciones Unidas, Ginebra, 1979.

(17) Véase el Documento final sobre el seminario «El reconocimiento institucional de la comunidad gitana en España». Fundación Secretariado Gitano, Madrid, 6 de febrero de 2006, pp. 17-18.

El primero, la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, es un tratado diseñado para proteger y promover las lenguas regionales y minoritarias, y contiene una serie de medidas diseñadas para facilitar y animar el uso de lenguas regionales o minoritarias en la esfera pública. Por su parte el Convenio Marco, que no contiene una definición de minorías nacionales, es más un conjunto de obligaciones para los Estados que derechos individuales o colectivos, y deja a los Estados un margen muy amplio de apreciación en la aplicación de los objetivos. Sólo el artículo 3 expresa claramente un derecho: el de cualquier persona de escoger libremente si quiere o no ser tratado como miembro de una minoría nacional. Entre los temas que cabe destacar: el derecho a la auto-identificación; el desarrollo de la cultura; la igualdad completa y efectiva, la tolerancia y el diálogo intercultural, la libertad de asociación; el derecho a las propias creencias religiosas y de culto, el acceso a los medios de comunicación; el uso de lenguas minoritarias.

El seguimiento de la implementación del Convenio Marco por los Estados-parte es función del Consejo de Ministros, asistido por un Comité Asesor de expertos que examinan los informes realizados por los Estados y preparan una opinión acerca de las medidas tomadas por cada Estado-parte. Los Estados pueden remitir un documento de comentarios a la opinión del Comité Asesor, y el proceso termina con la adopción de una Resolución por parte del Comité de Ministros.

La mayoría de los Estados del Consejo de Europa han firmado y ratificado el Convenio Marco⁽¹⁸⁾. Algunos incluyeron al tiempo de la ratificación una declaración adicional, en ausencia de una definición en el texto del Convenio Marco, en la cual consta las minorías del país. Dinamarca, Eslovenia, Alemania, Suecia y Macedonia proveían con una lista de las minorías nacionales que declaraban como protegidas bajo el Convenio Marco. En Dinamarca: la «minoría alemana del sur de Jutlandia», en Alemania: «daneses de nacionalidad alemana y los sorabos de Lusacia (...) los grupos étnicos que residen tradicionalmente en Alemania, los frisonos y los gitanos». En Eslovenia: «las minorías italianas y húngaras», en el Reino Unido: «la minoría corno de Cornualles». En Austria: «las minorías croatas, eslovenas, húngaras, checas, eslovacas y gitanas». Por su parte Rumanía reconoce 20 minorías nacionales y su ley electoral les garantiza representación parlamentaria. Otros muchos firmantes simplemente declararon que no tienen minorías nacionales. Las recientes minorías, como los inmigrantes, no han sido enumeradas por los países firmantes de las minorías afectadas por este convenio.

Aunque España, al ratificar el Convenio, no formuló ninguna declaración sobre minorías nacionales a las que aplicarlo, posteriormente, a través de dos informes, afirmó que los romaníes o gitanos residentes durante generaciones en España, aunque no reconocidos oficialmente como «minorías nacionales», representan el único grupo que puede ampararse bajo la protección del Convenio Marco⁽¹⁹⁾.

(18) Véase DÍAZ BARRADO, Cástor M.: *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*. Edisofer, Madrid, 1999 y DÍAZ BARRADO, Cástor M.: «La protección de las minorías en el seno del Consejo de Europa. Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales». *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 17, 1999.

(19) «Convenio Marco para la Protección de las minorías nacionales», *Revista Bimestral de las FSG*, núm. 37-38, diciembre 2006-enero 2007, pp. 71-72.

La importancia del Convenio Marco estriba en que es el «primer instrumento multilateral jurídicamente vinculante dirigido a la protección de las minorías nacionales en general»⁽²⁰⁾. Dicho Convenio, que entró en vigor en febrero de 1998, considera que una sociedad pluralista y genuinamente democrática no sólo debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las personas pertenecientes a minorías nacionales⁽²¹⁾, sino que también debe crear las condiciones que les permitan preservar y desarrollar esta identidad, así como alcanzar un clima de tolerancia y diálogo necesarios para que la diversidad cultural provoque el enriquecimiento de cada sociedad y no su división. Y expone en su artículo primero, sección 1: «La protección de las minorías nacionales y de los derechos y libertades de las personas pertenecientes a estas minorías forma una parte integral de la protección internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, entra bajo la influencia de la cooperación internacional»⁽²²⁾.

Por lo tanto, el Convenio marco es uno de los tratados más generales concebidos para proteger los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales. Las partes firmantes de este Convenio se comprometen a promover la igualdad plena y efectiva de las personas que pertenecen a grupos minoritarios en todas las esferas de la vida económica, social, política y cultural, junto con las condiciones que les permitirán expresar, preservar y desarrollar su cultura e identidad⁽²³⁾.

Lo realmente efectivo es que el procedimiento para lograr el ingreso a la UE pasa por la ratificación previa de estos convenios y tratados, como quedó reconocido en una opinión de la Comisión en 1997 al afirmar que «la observancia de los derechos humanos es parte del acervo comunitario»⁽²⁴⁾ para, posteriormente, poder pedir la adhesión a la UE con la que ya adquirirían compromisos específicos⁽²⁵⁾.

(20) Conseil de l'Europe, Doc. H (94) 10, Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et Rapport Explicatif, p. 13. BOE, núm. 20/1998, de 23 de enero de 1998.

(21) No hay una definición universalmente aceptada de «minorías». En Europa se utiliza más el término «minorías nacionales» entendido como grupos étnicos que viven en un determinado Estado y que normalmente están vinculados a una nación que ha constituido su propio Estado. Hasta ahora, las minorías nacionales se han definido por oposición a las minorías étnicas de inmigrantes, siendo característica distintiva de las primeras su arraigo a un territorio con una serie de características culturales y lingüísticas diferenciadas. La ausencia de una definición formal en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales deja un amplio margen de apreciación a los Estados y al Comité Asesor creado como órgano de seguimiento de dicho Tratado.

(22) Véase RELAÑO PASTOR, Eugenia: «Una Valoración del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario», *Migraciones*, núm. 17, 2005, pp. 185-214.

(23) El Convenio Marco no tiene una definición del concepto de «minoría nacional», ya que no existe una definición general acordada por todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Por tanto, cada parte en el Convenio Marco puede evaluar libremente qué grupos deberán estar amparados por el Convenio dentro de su territorio. Sin embargo, esta selección deberá realizarse de buena fe, y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional y con los principios fundamentales contenidos en el artículo 3 del Convenio Marco. Revista Bimestral de la FSG, núm. 37-38, diciembre 2006-enero 2007, pp. 71-72.

(24) Hay un requisito que los miembros potenciales tienen que cumplir, que es adecuar la legislación nacional para armonizarla con el cuerpo de la legislación europea construida hacia arriba sobre la historia de la Unión, conocida como el acervo comunitario. En la preparación para cada admisión, el acervo es dividido en capítulos separados, cada uno tratando áreas de política diferente. Para el proceso de la quinta ampliación, que concluyó con la admisión de Bulgaria y Rumanía en 2007, se dividió en 31 capítulos. En las rondas de conversaciones con Croacia y Turquía el acervo ha sido dividido en más de 35 capítulos.

(25) FERRERO, Ruth: *Op. cit.*, p. 4.

1. Normativa de la Unión Europea y derechos de las minorías

En la normativa comunitaria no fue hasta la década de 1990, con la aprobación y entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, cuando comienza a tenerse en cuenta, y así se dispone en varios artículos, la protección de las minorías. El artículo 2 del TUE señala que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». En el artículo 3.3 se señala que «la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo»⁽²⁶⁾. Son dos artículos en los que se habla de respeto a las minorías y se destaca el principio de no discriminación como uno de los valores de la sociedad europea.

El siguiente paso importante fue incluir de manera explícita el respeto a los derechos humanos en general y a las minorías en particular en los criterios de Copenhague para la adhesión (1993), según los cuales el criterio político necesario para la adhesión es que los países interesados alcancen una «estabilidad en las instituciones que garantizan la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías»⁽²⁷⁾. También el principio de no discriminación⁽²⁸⁾ se convertía en uno de los «criterios políticos» de adhesión adoptados por los Estados miembros en el Consejo Europeo de Copenhague de 1993.

Sin embargo, fue en el Tratado de Ámsterdam de la UE, firmado en 1997, cuando se avanzó de manera notable en el proceso de inclusión de derechos humanos en el marco de la UE. Dicho tratado introdujo el artículo 13 (antiguo artículo 6 A), que hace referencia a la no discriminación, ya sea por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o creencias, de minusvalía, de edad o de tendencias sexuales. El principio de la no discriminación es el centro de la protección de los derechos humanos. Además, el artículo 13 permite al Consejo adoptar medidas para luchar contra la discriminación por nuevas razones que incluían el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual, lo que representa un claro avance en relación con el artículo 12, que limita la no-discriminación únicamente en función de la nacionalidad.

El artículo 13 fue posteriormente modificado por el Tratado de Niza para hacer posible la adopción de medidas incentivadoras por mayoría cualificada en el Consejo. Por lo

(26) El Tratado de la Unión Europea entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. DO C 191 de 29 de julio de 1992.

(27) Los criterios de Copenhague son las reglas que definen si un país es elegible para convertirse en miembro de la UE. Fue durante el Consejo Europeo de Dinamarca, de junio de 1993, cuando se planteó elaborar una lista de criterios de adhesión. Boletín de la Comunidad Europea, 6/1993, I. 13 FERRERO, Ruth: *Op. cit.*

(28) Desde la década de 1970 se establecieron un conjunto de disposiciones legislativas europeas para combatir la discriminación entre hombres y mujeres en materia de remuneración, condiciones laborales y seguridad social. A lo largo de los años, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ayudado a clarificar y reforzar este marco jurídico. Actualmente la igualdad entre hombres y mujeres se reconoce como uno de los objetivos centrales de la Unión Europea. Sobre la base de la experiencia de la UE en la lucha contra la discriminación por motivos de sexo, a mediados de la década de 1990 se llegó a un acuerdo sobre la necesidad de que la Comunidad Europea combatiera también la discriminación por otros motivos.

tanto el Tratado de Ámsterdam, que enuncia la lucha contra toda forma de discriminación basada en el sexo..., intensificó el compromiso de la Unión Europea con el principio de la no discriminación.

En los años posteriores a la firma del Tratado de Ámsterdam la importancia de proteger a las minorías se puso de relieve en varios Consejos. Durante el Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 se insistió en la necesidad de combatir todas las manifestaciones de racismo, xenofobia y antisemitismo tanto en la Unión Europea como en terceros países, y se pidió a la Comisión que elaborase propuestas de medidas para atajar el racismo en los países candidatos a la adhesión. La Comisión se puso manos a la obra y presentó algunas propuestas en la comunicación titulada «Contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en los países candidatos», presentada al Consejo Europeo de Colonia en junio de 1999.

Además, la UE y el Consejo de Europa han colaborado durante algún tiempo en temas relacionados con las minorías de Europa. Con ocasión del cincuentenario del Consejo de Europa, celebrado en Budapest en mayo de 1999, se puso en marcha el Programa Conjunto «Minorías de Europa». Entre las actividades desarrolladas en ese ámbito se encuentra la creación de mecanismos de cooperación entre oficinas estatales encargadas de asuntos relativos a las minorías⁽²⁹⁾.

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 el marco de la UE se volvió a discutir el tema en la Conferencia de Niza de diciembre de 2000. De gran relevancia fue la firma de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el 7 de diciembre de 2000 en Niza, al reconocer los derechos básicos de los ciudadanos europeos. El capítulo I recoge el derecho a la dignidad mediante cinco artículos en los que se expresa el derecho de la dignidad humana, a la vida, a la integridad de la persona... En el capítulo II se expresan las libertades a las que todo ciudadano de la Unión tiene derecho, entre ellas la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de expresión, etc. En el capítulo III se define la igualdad mediante seis artículos en los que se describe la igualdad ante la ley, la no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombres y mujeres, etc. No obstante, sobre el tema que nos ocupa hay que destacar la parte 1 del artículo 21 que dice: «Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Es decir, el artículo 21 prohíbe la discriminación basada en los seis motivos de discriminación mencionados en el artículo 13 del Tratado de la CE y en siete motivos adicionales: origen social, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y nacimiento. A imagen del artículo 12 del

(29) Informe Anual de la Unión Europea sobre Derechos Humanos, II Parte. Título: *Lucha contra la discriminación y respeto de la diversidad*.

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

Tratado CE, el artículo 21 de la Carta prohíbe también cualquier discriminación basada en la nacionalidad⁽³⁰⁾. Y, por supuesto, el artículo 22 en el que se destaca que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística».

Lo más importante es que la firma de la Carta de los Derechos Fundamentales dio un gran impulso a la lucha contra la discriminación en la Unión Europea y fue decisiva para que en el Tratado de Niza (firmado en febrero de 2001), se añadiese un nuevo párrafo que prevé la adopción de medidas positivas, de prevención.

2. Directivas contra la discriminación

Pero, además, durante el año 2000 el Consejo adoptó dos Directivas innovadoras, que tienen por objeto garantizar que todas las personas que viven en la UE se beneficien de una protección jurídica eficaz contra la discriminación. 1) La Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180 de 19 de julio de 2000) y 2) la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303 de 2 de diciembre de 2000). La primera Directiva (Directiva «igualdad racial») prohíbe la discriminación directa e indirecta, así como el acoso y las instrucciones para discriminar por motivos de origen racial o étnico. Abarca el empleo, la formación, la educación, la seguridad social, los cuidados de salud, la vivienda y el acceso a los bienes y servicios. La segunda directiva (Directiva «igualdad en el empleo») se concentra en la discriminación en el empleo y la ocupación, así como en la formación profesional. Aborda la discriminación directa e indirecta, así como el acoso y las instrucciones para discriminar por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Incluye disposiciones importantes relativas a las adaptaciones razonables para promover el acceso de las personas con discapacidad al empleo y la formación⁽³¹⁾.

Ambas directivas constituyeron importantes proyecciones en la protección contra la discriminación en la UE, al obligar a todos los Estados miembros a introducir modificaciones importantes en sus legislaciones nacionales, incluso en los países que ya disponían de una legislación antidiscriminatoria elaborada. Además, gracias a estas Directivas se han introducido protecciones contra algunas formas de discriminación en un gran número de Estados miembros, creándose nuevos organismos especializados en materia de igualdad. *Amnistía Internacional* reconocía en el 2010 que: «Estudios independientes han demostra-

(30) El derecho a la no discriminación es reconocido por los principales instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de la ONU relativo a derechos civiles y políticos, el pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo. Las disposiciones relativas a la no discriminación contenidas en el Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales fueron reforzadas por la entrada en vigor, el 1 de abril de 2005, de un nuevo protocolo 12 a dicho convenio, que instaura un derecho autónomo a la igualdad de trato.

(31) Las Directivas «igualdad racial» e «igualdad en el empleo» se inspiran en la anterior legislación de la CEE en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Muchas de las definiciones y conceptos jurídicos utilizados en ambas Directivas se basan en la legislación relativa a la equidad de género o la jurisdicción del TJCE en este ámbito. Libro Verde *Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada* en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc? (consultado el 8 de septiembre de 2010).

do que la Directiva relativa a la igualdad racial ha mejorado considerablemente la protección contra la discriminación racial en muchos países de la UE»⁽³²⁾.

En los años posteriores, los Estados miembros actualizaron su legislación en materia de discriminación por motivos de sexo, a raíz de la modificación de la Directiva 2002/73/CE relativa a la igualdad de trato, y transpusieron a la legislación nacional las Directivas «igualdad racial» e «igualdad en el empleo».

No obstante, la aplicación eficaz de la legislación en materia de lucha contra la discriminación depende del empeño de las autoridades nacionales, el respaldo activo y la implicación de la sociedad civil, y el apoyo complementario de las medidas no legislativas para combatir la discriminación.

Apoyo de la UE a las medidas para luchar contra la discriminación:

Las Directivas «igualdad racial» e «igualdad en el empleo» se completaron con un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación 2001-2006⁽³³⁾. Este programa, que abarcó todos los motivos mencionados en el artículo 13, con excepción de la discriminación por razones de sexo, contenía un conjunto de medidas positivas para hacer frente a los comportamientos discriminatorios y promover un cambio de actitud a lo largo del tiempo.

También la Unión Europea apoyó activamente las medidas adoptadas por la comunidad internacional para reforzar el respeto del principio de no discriminación⁽³⁴⁾. En este sentido, desempeñó un papel activo en 2001 en la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Xenofobia, que se celebró en Durban (Sudáfrica). También ha participado en varios acontecimientos dedicados a la tolerancia y la no discriminación, organizados por la OSCE, en el marco de sus trabajos sobre la «dimensión humana».

No obstante, como comprobamos en las páginas anteriores, las dos últimas ampliaciones de la UE hacia Europa del Este (2004 y 2007) fueron las que realmente incrementaron la diversidad étnica, lingüística y religiosa en el ámbito comunitario, lo que «obligó» a las instituciones comunitarias a colocar en los primeros lugares de la agenda de la UE la importancia del respeto por las minorías. Sin embargo, a nivel normativo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009⁽³⁵⁾,

(32) «Amnistía critica a Alemania por bloquear directiva antidiscriminación en la UE», en EUROLATINPRESS. com. En <http://eurolatinpress.com/index.php/2010/04/28/amnistia-critica-a-alemania-por-bloqu> (consultado el 6 de septiembre de 2010).

(33) Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, DO L 303 de 2 diciembre de 2000. Véase BELTRÁN, Susana; ESTEVE, Francia: «El reto de la ampliación de la Unión Europea: ¿un nuevo diseño jurídico e institucional?», en *Las Incógnitas de la ampliación: Oportunidades y Desafíos*. Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2005, p. 37.

(34) Según señala Ruth FERRERO, «aunque para muchos las políticas de no-discriminación y los derechos de las minorías puedan parecer contradictorias, de hecho pueden ser complementarias y, por lo tanto, ambas son necesarias. El principio de no-discriminación ayuda a asegurar la igualdad, los derechos de las minorías ayudan a la preservación de la diversidad. Mientras el primero asegura el derecho a la igualdad, el segundo cuida de la preservación de la identidad». FERRERO, Ruth: *Op. cit.*, p. 5.

(35) BOE de 31 de julio de 2008, BOE 184, pp. 32919-32925. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

no hace ninguna mención a los derechos de las minorías nacionales como derechos colectivos. En dicho Tratado simplemente se repite el artículo 13 del TCE, ahora convertido en artículo 19 (Título II, Segunda Parte No Discriminación y Ciudadanía de la Unión), mientras el artículo 18 dice que «se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad».

Por último debe resaltarse que, por el Tratado de Lisboa, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual, proclama, tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Se trata de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea. Por lo tanto, en el Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Humanos Fundamentales se convierte en un documento jurídicamente vinculante para los Estados.

Aplicación del marco jurídico:

Como hemos visto, la UE se ha ido dotando de un marco normativo para luchar contra la discriminación, sin embargo, su aplicación no ha sido todo lo eficaz que se pensaba puesto que los actos racistas y las discriminaciones basadas en la raza se multiplican. De hecho, buena parte de los conflictos actuales dimanen de tensiones étnicas y de violaciones de los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

Es un hecho objetivo que las personas pertenecientes a minorías o pueblos indígenas se enfrentan a un mayor riesgo de violación de los derechos humanos así como a la marginación de la vida social y económica. En efecto, parece que los actos racistas y la discriminación racial aumentaron desde el 2000 y así lo constatan los informes del Observatorio Europeo de Racismo y la Xenofobia sobre la islamofobia y el antisemitismo, y la encuesta del Eurobarómetro sobre la «Discriminación en Europa» de esos años.

Un ejemplo se puede observar en Letonia, donde la población rusa sigue estando en una situación de discriminación flagrante en relación con la mayoría constituyente del Estado, la letona⁽³⁶⁾. Otro caso evidente es el de los romaníes. Según cifras estimativas hay unos 12 millones de gitanos en el conjunto de Europa, principalmente en países de la Europa central y oriental, y se han observado casos de discriminación contra este grupo étnico en el mercado laboral, donde se registran tasas de desempleo especialmente elevadas, y en su acceso a la vivienda, la sanidad y los servicios públicos en general. Diferentes comunicaciones de la UE reconocen que la situación de los romaníes se caracteriza por una discriminación individual e institucional persistente, y por una exclusión social de gran alcance⁽³⁷⁾.

La UE ha prestado especial atención a la situación de los romaníes, ayudando a los países candidatos a adoptar las medidas necesarias, principalmente por medio del programa Phare para Europa central y oriental. En Eslovaquia, por ejemplo, se prestó apoyo a proyectos relacionados con la mejora de las condiciones de vivienda, el nivel cultural y el de educación, y las oportunidades de empleo de la población romaní. En la República Checa, las ONG locales que fomentan la integración mediante el asesoramiento jurídico y acciones de tolerancia social se han beneficiado de la financiación de Phare.

(36) FERRERO, Ruth: *Op. cit.*

(37) IP/08/1071. Bruselas, 2 de julio de 2008, «La Unión Europea propone medidas de protección contra la discriminación más allá del lugar de trabajo».

En España, para fomentar la integración de los gitanos, se han producido dos avances que son un punto de referencia: la creación del Consejo Estatal del Pueblo Gitano (Real Decreto 891/2005, de 22 de julio) como órgano colegiado interministerial de carácter consultivo y asesor, en el que se institucionaliza la cooperación entre el movimiento asociativo gitano y la Administración General del Estado, para el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en el desarrollo y promoción integral de la población gitana. Y la aprobación por el Congreso de los Diputados de una Proposición de ley, el 27 de septiembre de 2005, por la que se insta al Gobierno a promover la cultura, la historia, la identidad y la lengua de los gitanos⁽³⁸⁾.

3. Nueva Directiva

No obstante, hay que seguir haciendo frente a estos problemas combinando medidas a favor del empleo, de la inclusión social y de lucha contra la discriminación. Precisamente con este objetivo, la Comisión Europea presentaba en julio de 2008 una propuesta de Directiva que contempla la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo. Con esta nueva Directiva se pretende garantizar la igualdad de trato en los ámbitos de la protección social, incluidas la seguridad social y la asistencia sanitaria, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios comercialmente disponibles al público, incluida la vivienda. Es decir, esta propuesta de Directiva introduce condiciones de igualdad en la Unión, puesto que extiende a todos los Estados miembros la amplia protección contra la discriminación que ya existe en algunos de ellos y hace efectivo el principio de trato igual para todas las personas en la UE más allá del empleo, llenando así importantes vacíos existentes en el actual marco jurídico de la UE contra la discriminación.

Pero la propuesta ha sido bloqueada por Alemania en el Consejo de la UE, de abril de 2010, a pesar de haber dado prioridad a su aprobación tanto la entonces Presidencia española de la UE como la Presidencia sueca anterior. El Gobierno alemán argumenta que la actual legislación de la Unión Europea contra la discriminación no ha sido eficaz y que no hay ninguna base jurídica para que la Unión actúe en algunas de las áreas que la Directiva abarca.

IV. LA INMIGRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Junto a la ampliación, el otro fenómeno origen directo del aumento de la diversidad étnica, lingüística y religiosa en los países europeos desde la Segunda Guerra Mundial es la inmigración. Se puede decir, sin caer en la exageración, que la inmigración está transformando la sociedad europea más que ningún otro fenómeno en el nuevo siglo.

Entre 1945 y principios de la década de 1970 este aumento se vio impulsado por la demanda de mano de obra no cualificada, por parte de los países de Europa occidental en fase de expansión industrial. La recesión económica mundial de principios de la década de 1970 paralizó coyunturalmente dicha emigración laboral. Sin embargo, en la década de 1980 se

(38) Los gitanos son considerados a todos los efectos bajo la protección de los instrumentos legales europeos de protección de las minorías. Véase el Documento final sobre el seminario «El reconocimiento institucional de la comunidad gitana en España». Fundación Secretariado Gitano, Madrid, 6 de febrero de 2006, p. 34.

reinició el fenómeno inmigratorio en algunos países de Europa occidental. Los incrementos significativos de población residente extranjera durante dicha década se dieron fundamentalmente en Alemania, Austria, Holanda y Suecia. Estas oleadas migratorias cambiaron el panorama sociológico de algunos países. Ser francés ahora puede significar ser negro, musulmán o araboparlante, muy distinto a lo que significaba a principios del siglo xx.

1. Población musulmana. Segregación, xenofobia y racismo en Europa

Ahora bien, esta transformación creciente de la composición étnica de las sociedades europeas, fruto de la inmigración, está protagonizada fundamentalmente por una presencia creciente de población de confesión musulmana que habita en todos los países de la Unión. Con lo cual, los musulmanes vuelven a tener una presencia considerable en Europa. Presencia que no deja de aumentar ya que el índice de natalidad de las familias musulmanas es superior a la de los cristianos católicos o protestantes. Un prestigioso estudioso americano del Islam, John Kelsay, afirma que «la inmigración musulmana crece a tal ritmo que muy pronto ya no hablaremos del Islam y Occidente, sino del Islam en Occidente»⁽³⁹⁾.

Las predicciones señalan que en los próximos 25 años se registrará un importantísimo aumento de esta inmigración hacia Europa. Según los expertos, la UE de los albores del 2025 será como mínimo un 15% musulmana. También en un congreso celebrado en Valencia, el sociólogo Sami Nair anticipaba que en los próximos 25 años se registrará un «importantísimo» aumento de esta inmigración hacia Europa debido a la disgregación política, social y económica de los países subsaharianos. Problemas todos ellos que no se resolverán mediante la llegada a Europa de pateras o barcos cargados de inmigrantes, sino que sólo se podrán resolver si logramos conducir a estos países por el camino de la buena gestión económica, la democratización política, la educación, la erradicación de la corrupción...⁽⁴⁰⁾. La única solución, por más utópica que parezca, es evitar que salgan de su país, y para ello lo que hay que hacer es invertir en estos países, creando trabajo, fomentando la prosperidad. En definitiva, equilibrando una parte de la injusticia social que reina en el mundo.

Por ello, la inmigración es hoy un asunto central de preocupación pública en la Unión Europea, y eje de las relaciones entre Bruselas y los países ribereños del norte de África⁽⁴¹⁾.

Además, la convivencia entre «los de dentro» y los «de fuera» dista mucho de ser armónica. Los inmigrantes, que ocupan a menudo los escalones más bajos de la estructura socioeconómica, son percibidos por un porcentaje nada desdeñable de la población autóctona en Europa como una amenaza no sólo a la identidad nacional del país, sino a su propia seguridad. Existen pruebas de un creciente sentimiento anti-inmigrantes, en varios países europeos, desde la década de 1980 hasta hoy.

(39) En KELSAY, John: *Islam and War. A study in comparative ethics*. Louisville, Ky., John Knox Press, 1993.

(40) En noviembre de 2003, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea (entonces, de 15 miembros) adoptó un «programa de medidas para combatir la inmigración ilegal a través de las fronteras marítimas de la UE».

(41) Palestina, Turquía, Marruecos y Egipto tienen, cada uno, más de 2,5 millones de ciudadanos en el extranjero. Argelia, más de un millón. Túnez y Líbano, más de medio millón. Europa es el principal destino de la primera generación de esos emigrantes, lo que supone casi la mitad de ellos. Los inmigrantes marroquíes eligen Francia, España e Italia, por ese orden.

Varios informes señalan que, con independencia de su origen étnico o su manera de enfocar la religión, muchos musulmanes europeos sufren discriminación en el empleo, la educación y la vivienda. La discriminación contra los musulmanes puede atribuirse a actitudes islamófobas, así como a resentimientos racistas y xenófobos, elementos que suelen ir unidos. Por ejemplo, en el Reino Unido las tasas de desempleo entre los musulmanes son mayores que entre las personas de cualquier otra religión, ya sean hombres o mujeres. En esta situación, las medidas y prácticas para combatir la discriminación y evitar la marginación social deben convertirse en prioridades políticas. Una política que debe cumplir tres requisitos, entre otros. Primero, aplicación de la legislación: Los Estados miembros tienen que aplicar plenamente las directivas antidiscriminación (la Directiva 2000/43/CE relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE relativa a la igualdad de trato en el empleo) y hacer un mayor uso de sus disposiciones, algunas de las cuales contemplan medidas específicas para promover la igualdad. Segundo, aplicación de políticas de integración e inclusión social para emigrantes y minorías. Y tercero, promoción de la educación y medidas de formación⁽⁴²⁾. Por ejemplo en Luxemburgo, el Ministerio de Educación ofrece cursos sobre «instrucción religiosa y moral» que se centran en el diálogo interreligioso. En Alemania se han creado varios «Foros del Islam» con el objetivo de reducir los prejuicios y temores hacia la comunidad musulmana, y de promover un debate crítico entre representantes de las organizaciones musulmanas y representantes de la sociedad mayoritaria. En el Reino Unido, los líderes de las religiones musulmana, judía y cristiana han creado el Foro de las Tres Religiones, que organiza conferencias, seminarios y encuentros con políticos nacionales y locales⁽⁴³⁾.

Por consiguiente, la «integración» de las *minorías nacionales e inmigrantes* es uno de los desafíos clave a los que se enfrenta el proyecto de construcción europea. Para ello hay que evitar la tendencia a la segregación de las *minorías* en la gran mayoría de las ciudades. Se ha demostrado, a juzgar por los hechos de violencia xenófoba y racista sufridos en urbes europeas, que la ciudad segregada es la ciudad de la ruptura de la solidaridad social y, eventualmente, de la potencial violencia urbana.

2. Las iniciativas de países UE con respecto a la inmigración

La inmigración es un fenómeno internacional que afecta a los 27 Estados miembros de la UE. Hoy prácticamente todos los miembros de la Unión son receptores netos de inmigrantes de terceros países. Los mayores receptores son: Alemania (7,3 millones de inmigrantes), España (4,1 millones, cifra del INE), Francia (3,2 millones) y Reino Unido (2,7 millones). Por su parte España, desde principios del nuevo siglo, se ha convertido en el país europeo al que llegan más inmigrantes.

(42) <http://www.eume.eu.int/eumc/index.php?fuseaction>.

(43) Resumen del informe del EUMC: «Los musulmanes en la Unión Europea: Discriminación e islamofobia». Informe del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC) sobre la situación de los musulmanes en los Estados miembros de la Unión Europea. En dicho informe se examinan los datos y la información disponibles sobre el grado y la naturaleza de la discriminación contra musulmanes y de los incidentes islamófobos en la UE. Además el informe presenta toda una serie de medidas destinadas a combatir la discriminación y el racismo, y favorecer la integración.

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

No obstante, la intensidad, los tipos y la evolución es diferente en cada uno de los países. Hay países como Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica y Holanda, en los que el fenómeno empezó a tener lugar en la década de 1950, y otros, como son España, Portugal, Grecia, Irlanda e Italia, en los que los flujos de inmigración comenzaron sobre todo a apreciarse en la primera década del siglo XXI⁽⁴⁴⁾.

Los países pioneros en inmigración cuentan ya con la segunda e incluso la tercera generación de inmigrantes y cada uno está optando por distintas políticas de inmigración en la actualidad. Países como Alemania u Holanda, que han cambiado el signo de las políticas de inmigración que han mantenido siempre, se han centrado en los últimos años en frenar la inmigración ilegal, aumentando el número de expulsiones, y en un más difícil acceso al permiso para la reagrupación familiar (en el caso de Holanda).

Por su parte Italia, España, Portugal, Irlanda y Grecia, que están recibiendo inmigrantes desde hace pocos años, han reaccionado rápidamente ante unos masivos flujos de inmigración, aplicando políticas cada vez más restrictivas e incrementando los controles fronterizos. En algunos de estos países las nuevas leyes se centran en la disminución de la inmigración ilegal, y la expulsión de los residentes ilegales que se hallen en el país. Un caso es Francia, un país que ha expulsado durante el verano de 2010 a romaníes *sin papeles*, procedentes de Rumanía. Tras este hecho, la Comisión Europea ha pedido al país galo que «respete las reglas en lo que se refiere a la libertad de circulación y asentamiento» de los ciudadanos europeos⁽⁴⁵⁾.

Algunas ONG como *Médicos Sin Fronteras* han denunciado las condiciones de vida a las que tienen que enfrentarse algunos inmigrantes en países como Grecia. Las investigaciones de *Human Rights Watch* en Grecia en 2008 y 2009 hicieron públicas graves denuncias de malos tratos contra los inmigrantes. Estas declaraciones reflejan un fracaso más amplio de la política de asilo e inmigración de la UE, que ejerce una gran presión sobre los países de sus fronteras externas, en lugar de asegurar un reparto equitativo de la carga en toda la Unión. El Reglamento de Dublín II establece que el país de primera entrada es responsable de examinar las solicitudes de asilo y que otros Estados de la UE pueden transferir migrantes y solicitantes de asilo al país de primera entrada. Por motivos simplemente geográficos, Grecia es la puerta de ingreso a Europa para un gran número de migrantes procedentes de Oriente Medio, el Sureste Asiático y África, y soporta una pesada carga a cuenta de otros países de la Unión. El Reglamento de Dublín II parte de la premisa de que las prácticas de asilo y migración de todos los países de la UE son comparables. Sin embargo, existen importantes disparidades en esta materia dentro de la Unión, con Estados como Grecia, que no ofrece ningún tipo de protección. En 2009, este país sólo concedió protección a un 0,04% de los solicitantes de asilo en primera instancia. Sin embargo, los Estados miembros de la UE siguen retornando a migrantes, solicitantes de asilo e incluso

(44) Informes de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo, del 2003, señalaban que si bien la inmigración no proporcionará soluciones para todos los efectos del descenso demográfico y del envejecimiento de la población, sí será necesario un aumento de los flujos migratorios para poder satisfacer las necesidades futuras del mercado laboral de la Unión.

(45) Los ciudadanos rumanos y búlgaros tienen libertad de circulación por Europa desde que sus países ingresaron en la Unión Europea en 2007. Sin embargo, algunos países, como Francia, han impuesto una moratoria transitoria hasta 2012 que puede ampliarse hasta 2014.

menores no acompañados a Grecia, simulando que todo va bien y aumentando la pesada carga del país heleno. Por ello sería conveniente reformar el sistema de Dublín y asegurar un reparto equitativo de la carga en toda la Unión⁽⁴⁶⁾.

Esta situación sobre el terreno contrasta con la aprobación de algunas directivas para mejorar la situación de los inmigrantes en el ámbito comunitario. En este sentido, en septiembre de 2003, se aprobó una directiva sobre el derecho a la reunificación familiar (2003/86/CE), que se convirtió en el primer instrumento jurídico aprobado por la UE en el área de la inmigración legal. Esta directiva expone las condiciones y circunstancias en virtud de las cuales aquellos ciudadanos de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros tienen derecho a traer a la Unión Europea a sus maridos, esposas o hijos menores. Dos meses después, en noviembre de 2003, se aprobó otra directiva relativa al estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración (2003/109/CE). Dicha directiva garantiza a los ciudadanos de terceros países, que hayan estado viviendo en situación legal en la UE durante al menos cinco años, igualdad de derechos y de trato en la mayoría de los ámbitos sociales y económicos. Asimismo, también les garantiza el derecho a desplazarse a otro Estado miembro para trabajar, estudiar o por otros motivos, si bien esta posibilidad está sujeta a ciertas condiciones.

Por su parte, es de esperar que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa favorezca la puesta en marcha de políticas planteadas en su articulado. Así el artículo 67 punto 2 plantea como objetivo el desarrollo de «una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países». Este objetivo se vuelve a reiterar en el capítulo II sobre Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, en el artículo 79 punto 1: «La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas». Mientras el punto 4 señala que «el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinadas a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

3. Medidas de «integración» *versus* multiculturalismo

Hasta ahora, los Estados han desarrollado una serie de estrategias para hacer frente a los aspectos conflictivos de esta creciente inmigración.

1. En primer lugar, una de las vías que se han aplicado —cuando a estas sociedades de Europa Occidental han llegado personas de otras regiones del planeta— para el mantenimiento del sistema de valores y pautas de conducta es la de socializar a los inmigrantes a través del sistema educativo. En el inicio del proceso inmigratorio, el escaso número de inmigrantes

(46) Revista Médicos sin Fronteras. Inmigración, mayo 2010.

I. DIVERSIDAD ÉTNICA, LINGÜÍSTICA Y RELIGIOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

favorece que éstos se acoplen individualmente a la nueva situación, a la vez que en la sociedad receptora se generaliza la opinión de la fácil asimilación de estas personas⁽⁴⁷⁾.

El problema se plantea cuando el flujo inmigratorio se dispara y el sistema educativo ya no puede «absorber» fácilmente a los hijos de los inmigrantes. Es entonces cuando empiezan a surgir en la población autóctona brotes de rechazo a los extranjeros y los Gobiernos comienzan a preocuparse por regularizar la presencia de éstos a través de políticas de límites y cupos de entrada de inmigrantes.

Con lo cual cabe constatar que en muchas ocasiones no se han aplicado políticas de integración, sino más bien de «asimilación», y este es un camino que no siempre funciona, como se ha comprobado en Francia.

En los países de Europa Occidental, el rechazo a la integración es menor en el caso de los europeos blancos y mayor en el caso de los magrebíes y subsaharianos, sobre los que pesan prejuicios históricos y culturales. El profesor Tariq RAMADAN, muy conocido en el ámbito de las comunidades musulmanas de Europa, habla de «integración positiva de intimidades», es decir, define una doble realidad: la religiosa como musulmán y la laica como ciudadano europeo. Para RAMADAN el concepto de «integración» tiene que ver con el reconocimiento de los principios identitarios de cada ciudadano: «aquel a quien se le han dado los medios para construirse una personalidad “en el interior” podrá adaptarse mejor a su entorno específico»⁽⁴⁸⁾.

Durante los primeros años del siglo XXI la mayoría de los países europeos aplicaron medidas para facilitar la integración de los inmigrantes. Alemania puso en marcha planes de integración que consisten en organizar cursos de enseñanza del idioma, la cultura y el derecho alemán para que los inmigrantes establecidos legalmente en el país tengan una más fácil integración social. Bélgica simplificó los trámites tanto para el acceso al empleo de los inmigrantes como para su naturalización, para así facilitar su integración, al igual que el Reino Unido. En el caso de Francia, país en el que ha existido siempre un sistema de regularización permanente, se creó programas de integración.

2. En segundo lugar, la idea de multiculturalismo ha sido presentada como una alternativa posible a las políticas «asimilacionistas», pero en la práctica se ha comprobado que en ocasiones choca con una resistencia notable por parte de las poblaciones autóctonas.

La multiculturalidad o pluriculturalidad significa que cada grupo étnico o nacional debería mantener intacta su cultura de origen, al margen de la identidad mayoritaria de la sociedad de acogida. «La sociedad se convertiría así en un *collage cultural* en el que conviviría una diversidad de grupos diferentes y aislados». Los críticos con el multiculturalismo señalan que el inconveniente de esta opción es que se tiende a crear guetos étnicos que provocan en muchas ocasiones marginación y lagunas en el Estado de derecho. En este grupo están expertos en Derecho Internacional y en Filosofía del Derecho, que nos sugieren que en puridad no existen las sociedades interculturales, sino más bien, muchas sociedades aisladas, cada una de éstas con su propia cultura. DE LUCAS señala que el único ejemplo

(47) En LAMO DE ESPINOSA, Emilio (ed.): *Culturas, Estados, Ciudadanos. Una aproximación al Multiculturalismo en Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

(48) MOHAMED ALI, Abdelkader: «El Islam y la inmigración en la Unión Europea», *WebIslam*, en <http://webislam.com/?idt=4114> (consultado el 13 de septiembre de 2010).

histórico de sociedad verdaderamente multicultural que conoce es la España musulmana. Una sociedad que se extendió hasta la llegada de los Reyes Católicos⁽⁴⁹⁾.

Educación intercultural y escuelas.

Analizadas algunas de las estrategias puestas en marcha por los Estados para hacer frente a la creciente inmigración, nos damos cuenta de que hasta ahora no se ha apostado por una verdadera integración. Una integración que implique el derecho a la diversidad y a la elección de la propia identidad cultural, y la obligación de aceptar la diferencia, en pro de la coexistencia e interrelación de elementos culturales diversos. Esta visión de la integración como proceso gradual de aceptación de las normas y valores de la sociedad receptora, así como de inserción en la estructura laboral, convierte a la escuela en la protagonista del proceso de integración de los inmigrantes.

En efecto, las opiniones y las actitudes de los ciudadanos se forman básicamente a lo largo de su proceso educativo, de ahí que una educación adecuada permitirá que puedan convertirse en «ciudadanos de Europa».

También es precisa la educación de la población autóctona ante la nueva realidad multirracial. Si los inmigrantes han de ser educados en los principios de la mayoría para que puedan elegir con libertad, también se debería «educar» a la población autóctona —con la implicación de la escuela y de los medios de comunicación— en la aceptación de la diferencia como algo enriquecedor, y no como una amenaza⁽⁵⁰⁾.

Dicho esto, no es realista del todo pensar que los resultados de estas políticas de «integración» sean todo lo óptimos que nos gustaría a medio plazo, porque no está claro que la sociedad de Europa occidental se resigne tan fácilmente ante la diversidad cultural y étnica que la inmigración ha generado en las últimas décadas. Pero sí es de esperar que si se trabaja con voluntad en esa dirección se irá avanzando en la integración y la adaptación social de los inmigrantes. El futuro de la Unión Europea e incluso su poder económico dependen también de su propio avance en la integración.

En este sentido, el gran reto de las próximas décadas es seguir construyendo la unidad de la diversidad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los últimos 15 años se han realizado importantes progresos en el ámbito de la UE para desarrollar un marco jurídico y político que permita luchar contra la discriminación y proteger los derechos de las minorías, tanto nacionales como extranjeras. Hoy la UE dispone de uno de los marcos legislativos más avanzados del mundo en este sector.

Sin embargo, la discriminación continúa siendo una realidad cotidiana para millones de personas que viven y trabajan en la UE. Por ello, es necesario colmar el vacío existente entre las disposiciones jurídicas aprobadas en la Unión, el estado de aplicación en algunos Estados miembros y la persistencia de las discriminaciones.

(49) LAMO ESPINOSA, Emilio: *Op. cit.*

(50) *Panorama de las actividades de la Unión Europea, Cultura*. Véase http://europa.eu.int/pol/cult/overview_es.htm.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES DE MENORES ESPAÑOLES EN SITUACIÓN IRREGULAR

SARA IGLESIAS SÁNCHEZ

Doctora en Derecho

Universidad Complutense de Madrid. LL.M., Yale Law School

RESUMEN

La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular

La inexpulsabilidad de los padres de niños españoles, declarada por el Tribunal Supremo, así como la dudosa compatibilidad de la situación de «tolerancia» de su estancia irregular con el Derecho de la Unión Europea y con determinadas consideraciones ligadas al respeto a los derechos fundamentales, abogan por el establecimiento de un cauce normativo destinado a su regularización. En este trabajo se exploran las posibilidades ofrecidas por el actual ordenamiento jurídico español, a través de la aplicación de la figura del arraigo, la aplicación directa del artículo 31 de la Ley de extranjería y la aplicación de cauce de la disposición adicional primera de su reglamento, concluyendo —por distintas causas— la inadecuación de éstas para la regulación del supuesto del que nos ocupamos. Tras dicha constatación, se concluye la necesidad de evitar una situación de discriminación inversa, que se considera contraria al principio constitucional de igualdad, y se aboga por la equiparación de la situación jurídica con la de los progenitores en situación irregular de menores con nacionalidad de otros Estados miembros de la Unión Europea, establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia en el asunto *Chen*.

Palabras clave: padres de menores españoles, inmigración irregular, regularización, arraigo, discriminación inversa, Derecho de la Unión Europea.

ABSTRACT

The regularization of the administrative situation of undocumented immigrants who are parents of Spanish children

The non-deportability of parents of Spanish minors —declared by the Spanish Supreme Court— and the doubtful compliance of the widespread «tolerance» of their irregular stay with EU law and fundamental rights considerations, advice the enactment of legal provisions aimed at their regularization. This paper explores the possibilities offered by the Spanish legal order through the procedure of «arraigo», through the direct application of Article 31 of the Spanish Immigration Law, and through the path opened by the first additional provision established in the Immigration Regulation, and concludes that all these options are inadequate for different reasons. After this analysis, attention is devoted to the issue of reverse discrimination with regard to the parents of minors of other EU nationalities, whose situation is covered by the case-law of the Court of Justice in the *Chen* case. Finally, we assert the need to grant the same treatment to the parents of Spanish minors, in order to avoid a reverse discrimination situation, which should be regarded as prohibited by the Spanish Constitution.

Key words: parents of Spanish minors, undocumented migration, regularization, reverse discrimination, European Union Law.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LAS RAÍCES DEL PROBLEMA Y LAS TENSIONES INHERENTES A SU RESOLUCIÓN.
- III. LAS POSIBILIDADES OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA PATERNIDAD DE NIÑOS ESPAÑOLES COMO UNA «CIRCUNSTANCIA EXCEPCIONAL».

1. La inadecuación de la figura del arraigo.
 2. La aplicabilidad directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica de Extranjería.
 3. La aplicación del apartado cuarto de la disposición adicional primera del Reglamento de Extranjería.
- IV. ¿UN PAPEL PARA EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA? LA JURISPRUDENCIA *CHEN* Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO UNA VÍA PARA LA REGULARIZACIÓN DE LOS PADRES DE NIÑOS ESPAÑOLES.
- V. CONSIDERACIONES FINALES.
-

I. INTRODUCCIÓN

En un pasado no muy lejano era común la apreciación de que los extranjeros que se encontraran irregularmente en España podrían derivar diversos efectos jurídicos beneficiosos del hecho de tener un hijo en territorio español, fundamentalmente, ver automáticamente regularizada su situación administrativa. Ello llevó incluso a la denominación de estos menores como «niños ancla»⁽¹⁾, levantando los recelos sobre este fenómeno tanto en la Administración como en la propia opinión pública. El estado de la cuestión en nuestros días —tras la eliminación de la figura de la exención de visado— es muy otro, y, aunque no puede considerarse que la paternidad de un menor español sea en modo alguno un elemento carente de impacto en la situación jurídica del progenitor en situación administrativa irregular, se trata de una cuestión no expresamente regulada, y objeto de distintas interpretaciones. Al estudio de las posibles vías para proceder a la regularización de la situación administrativa de los progenitores de menores españoles y a su plasmación jurisprudencial está destinado el presente trabajo.

Sin duda esta cuestión ocupa un lugar destacado entre los problemas a los que se enfrenta la actual regulación de la extranjería en España, ya que se trata de uno de los varios asuntos con respecto a los cuales es especialmente complicado establecer un equilibrio entre la necesidad de poner en práctica una política migratoria solvente y el imperativo de salvaguardar los derechos fundamentales, principalmente, el derecho a la vida familiar y el derecho a la libre circulación y residencia, que comporta el derecho de los españoles a no ser obligados a abandonar el territorio español.

II. LAS RAÍCES DEL PROBLEMA Y LAS TENSIONES INHERENTES A SU RESOLUCIÓN

En la actualidad, a pesar de la eliminación de nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la exención de visado, la paternidad o maternidad de un menor español es un hecho que tiene importantes consecuencias en la situación jurídica de los extranjeros que se en-

(1) Véase el artículo publicado en el diario *El País*, de 15 de mayo del año 2000, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/espana/ESPAnA/LEY_DE_EXTRANJERIA/Ninos-ancha/elpepiesp/20000515elpepinac_20/Tes.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

cuentren en situación irregular. La primera de ellas es la incidencia en el procedimiento de expulsión, tanto en relación con la suspensión cautelar de la ejecución de la medida de expulsión como con respecto a la revocación de la orden de expulsión, y, en su caso, su sustitución por una pena de multa⁽²⁾. Los efectos de la nacionalidad española de los niños en la situación jurídica de los padres en situación irregular se han clarificado en gran medida con respecto al procedimiento de expulsión por la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005⁽³⁾. En los casos en los que está en juego la posibilidad de expulsar al progenitor y, por lo tanto, es seguro que se produzca una notable injerencia en el disfrute de la vida familiar, las consideraciones de derechos fundamentales cobran su mayor relevancia y la valoración de la proporcionalidad de la medida se hace particularmente a favor del individuo en relación con los intereses estatales en controlar los movimientos migratorios.

No obstante, si bien estrechamente relacionada, la cuestión de la que aquí nos ocupamos es diferente: no se trata únicamente de frenar la materialización de la expulsión de un extranjero progenitor de un menor español o de impedir la iniciación del expediente de expulsión, sino de la regularización de su situación administrativa, es decir, del efecto que tiene la alegación de la paternidad o maternidad de un español menor de edad en el procedimiento de solicitud de una autorización de residencia en España.

La posibilidad de que un menor cuyos padres sean ambos o uno de ellos de nacionalidad extranjera resulte ser español de origen, lejos de ser una eventualidad, constituye un fenómeno extraordinariamente extendido. De entre las múltiples causas que pueden estar en el origen de que un menor con nacionalidad española tenga un progenitor que no la tenga, destaca la figura de la nacionalidad con valor de simple presunción⁽⁴⁾, que responde a los esfuerzos para evitar la apatridia, en el sentido indicado por el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁵⁾. Así, el artículo 17.1.c) de nuestro Código Civil

(2) Sobre esta cuestión, véase: HURTADO MARTÍNEZ, J.A.: «La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores», *Diario La Ley*, núm. 6904, Sección doctrina, 14 de marzo de 2008.

(3) En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo señaló, en primer lugar, que: «la orden de expulsión de la madre (...) o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores)». Por ello, considera el Tribunal que: «ni las normas sobre extranjería ni el solo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y que se la trate como a tal; (...) que pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y que quede en España el menor con todos sus derechos, pero solo y separado de su madre». STS 324/2005, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, 26/01/2005. No obstante, se ha puesto en duda el valor de dicho pronunciamiento, particularmente por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, que ha estimado que es «preciso esperar a nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión para poder afirmar que nos encontramos ante un cambio de criterio jurisprudencial en la materia...», STSJ de Extremadura de 28 de septiembre de 2007, núm. de recurso 123/2007, núm. de resolución 217/2007.

(4) Para un estudio de la cuestión de la nacionalidad de los hijos de extranjeros en España, véase: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España», *Documentos del observatorio permanente de la inmigración*, núm. 9, 2006, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

(5) Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. El artículo 7 dispone que: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legis-

establece que serán españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad»⁽⁶⁾.

Adicionalmente, el impacto que en la situación administrativa de los padres en situación irregular pueda tener la paternidad de un niño de nacionalidad española es un tema de importante proyección práctica y susceptible de tener un potencial «regularizador» de envergadura, dado el gran número de nacimientos de padres extranjeros que se producen en nuestro territorio⁽⁷⁾, cuestión que no es ajena a la sensibilidad legislativa.

En definitiva, la extrema complejidad de esta cuestión deriva de la tensión existente entre los distintos elementos jurídicos y políticos en juego. En primer lugar, existe una tensión intrínseca entre la necesidad de ofrecer vías jurídicas destinadas a evitar situaciones de apatridia, en gran parte impuestas por obligaciones internacionales, y las consideraciones de política migratoria, derivadas de que, en gran medida, la figura de la nacionalidad con valor de simple presunción es aplicable a los hijos de personas procedentes de los más representativos países origen de las corrientes migratorias que afectan a España. Otros sistemas jurídicos han resuelto esta tensión manteniendo una estricta separación entre la necesidad de otorgar la nacionalidad a los menores nacidos en su territorio y la situación jurídico-administrativa de los padres, entendiendo incluso que la expulsión de éstos no afecta al disfrute de los derechos ligados a la nacionalidad de aquellos⁽⁸⁾. Pero esta solución está precluida en nuestro ordenamiento jurídico, según la interpretación del Tribunal Supremo del artículo

lación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida». La solución adoptada por el Código Civil español es también acorde con el espíritu de la Convención para reducir los casos de apatridia adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961 (Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15, 1961), si bien España no es parte de ella.

(6) Así, según distintas resoluciones de la DGRN —mencionadas todas ellas en la Instrucción de 28 de marzo de 2007 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción, BOE núm. 86 de 10/4/2007—, se aplica este artículo (a grandes rasgos) a los hijos de argentinos, bolivianos, colombianos, costarricenses, cubanos, chilenos, ecuatorianos, guineanos, peruanos, santotomenses, palestinos y saharauis (apátridas), así como a los hijos de padre venezolano y madre colombiana, y a los hijos de madre marroquí y de padre conocido apátrida o que no transmita su nacionalidad al hijo. La Circular de 16 de diciembre de 2008 de la DGRN sobre la aplicación del artículo 17.1.c) del Código Civil ha estimado que, tras la reforma de la Constitución de Ecuador de 20 de octubre de 2008, y la modificación del derecho chileno de la nacionalidad por la ley núm. 20.050, D.O. de 26 de agosto de 2005, se eliminan los preexistentes riesgos de apatridia en dichos ordenamientos jurídicos, por lo que no se resolverán favorablemente los expedientes de nacionalidad de los hijos de ecuatorianos y chilenos en el futuro. Asimismo, los mismos efectos ha tenido la nueva regulación de la nacionalidad por la nueva Constitución boliviana: véase la Circular de 21 de mayo de 2009 de la DGRN, complementaria de la dictada el 16 de diciembre de 2008, sobre la aplicación del artículo 17, núm. 1, C) del Código Civil respecto de los hijos de extranjeros nacidos en España.

(7) Según los datos del Instituto nacional de estadística para el año 2008, de los 518.967 nacimientos ocurridos ese año, en 204.823 casos al menos uno de los dos progenitores era extranjero, siendo en 80.884 casos ambos de nacionalidad distinta a la española. Por supuesto, se trata de datos agregados en los que se incluyen tanto ciudadanos europeos como turistas, etc.

(8) El caso más representativo es el de los Estados Unidos de América, donde, por imperativo constitucional (motivado en razones relacionadas con la historia abolicionista que está detrás de la incorporación de la decimocuarta enmienda en el siglo XIX tras la guerra civil, y no por consideraciones ligadas a la lucha contra la apatridia), son ciudadanos estadounidenses todas las personas nacidas en su territorio (con algunas excepciones). No obstante, la nacionalidad de los EE.UU. de un menor no afecta a la situación administrativa de los padres, que son considerados expulsables sin menoscabo de la nacionalidad de sus descendientes.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

19 de nuestra Constitución, que introduce una nueva tensión: los derechos fundamentales como elemento prevalente ante las consideraciones estrictamente migratorias. La identificación de un derecho constitucional a permanecer en suelo español para los nacionales españoles ha llevado a declarar que, en tanto en cuanto la expulsión de los padres sería equivalente a la expulsión de los hijos menores de nacionalidad española dependientes de ellos, esta solución no puede ser en modo alguno acorde con el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, el derecho fundamental de los niños españoles a residir en el territorio español y su derecho fundamental a la vida familiar impiden la expulsión de sus padres, en situación irregular, de nuestro territorio. La cuestión de la regularización de la situación administrativa de los padres alcanza, según estas consideraciones, envergadura constitucional.

La situación fáctica resultante es, por lo tanto, la existencia de un número considerable de menores que adquieren la nacionalidad española cuyos padres están en situación de irregularidad, pero que son, según la doctrina del Tribunal Supremo, inexpulsables. De ello se deriva una situación de tolerancia, que sitúa a los padres de los menores españoles fuera de la legalidad, lo cual tiene importantes consecuencias, claro está, en el nivel de vida y desarrollo de los menores.

Esta situación de «tolerancia» se muestra enormemente insatisfactoria por varias razones. En primer lugar, encuentra una dudosa justificación en consideraciones de política migratoria: en tanto en cuanto los padres de menores españoles son en gran medida inexpulsables, la no concesión de una autorización de residencia no tiene un impacto absolutamente determinante en la posibilidad de retornarlos a su país, ni en la existencia del denominado «efecto llamada», que, en el caso de existir, ya vendría dado en parte por la inexpulsabilidad de los progenitores.

En segundo lugar, esta «tolerancia» de la estancia de los padres en situación irregular incide directamente en los derechos fundamentales de los menores españoles. En este sentido, el TSJ del País Vasco ha estimado en su Sentencia de 19 de abril de 2007 que tal situación conllevaría una violación del artículo 14 de nuestra Constitución⁽⁹⁾.

Adicionalmente, hay que señalar que, con respecto a los casos que nos ocupan, la no iniciación del procedimiento de expulsión o la no expulsión de hecho —una vez adoptada formalmente la decisión de expulsión— no constituyen por sí mismas medidas suficientes para que no se dé lugar a una violación del derecho fundamental a la vida familiar, cuando el menor tenga la nacionalidad del Estado en el que se encuentra con su progenitor y la vida familiar no sea posible en otro lugar. En efecto, como ha sido reconocido por el TEDH, en estos casos la no concesión de una autorización de residencia lleva también aparejada una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽¹⁰⁾.

(9) En efecto, el TSJ del País Vasco ha señalado que «las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE. De suerte que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral. Toda vez que al carecer de la autorización de residencia queda vetada la autorización de trabajo. Y con ello, *ab initio*, se priva al menor español de las posibilidades de un libre desarrollo de la personalidad en igualdad con aquellos menores españoles cuyos ascendientes desde el inicio tienen acceso al mercado laboral». Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de abril de 2007.

(10) Sentencia del TEDH de 3 de julio de 2006, en el asunto *Rodrigues da Silva*. En este caso, se considera que la denegación de una autorización de residencia por parte de las autoridades de los Países Bajos a la madre residente

Finalmente, se aprecia en el Derecho de la Unión Europea una tendencia a limitar las situaciones de «tolerancia» de la estancia de inmigrantes irregulares a los cuales no se otorgue un permiso de residencia. Si adoptamos una interpretación estricta de la Directiva de Retorno, la tolerancia de la estancia irregular podría considerarse contraria al Derecho de la Unión Europea⁽¹¹⁾. En efecto, dicha norma establece en su artículo 6 la regla general de la adopción de una decisión de retorno con respecto a aquellas personas que se encuentren en situación irregular⁽¹²⁾, regla general que únicamente puede exceptuarse si los Estados miembros se acogen a una de las excepciones tasadas por la Directiva en los apartados 2 a 5 de su artículo 6: que el afectado tenga autorización de residencia en otro Estado miembro, en cuyo caso deberá dirigirse a dicho Estado; que no se aplique la orden de retorno en virtud de convenios bilaterales; que exista pendiente un procedimiento de revocación y que el Estado miembro decida otorgar una autorización de residencia por motivos humanitarios u otros⁽¹³⁾. Así pues, una interpretación plausible de esta disposición es que la norma general ha de ser la adopción de una decisión de retorno —la cual en caso de incumplimiento del plazo otorgado para el retorno voluntario irá eventualmente seguida de una decisión o medida de expulsión⁽¹⁴⁾—, que únicamente puede ser evitada a través de la aplicación de una de las excepciones permitidas. En el caso de que la persona en cuestión no tenga residencia en otro Estado miembro y de que no sea posible la aplicación de ningún convenio bilateral, la única posibilidad que restaría para justificar la no adopción de una decisión de retorno sería el otorgamiento de un permiso de residencia. De acogerse dicha interpretación, el derecho de la Unión Europea iría encaminado a poner fin a la extendida práctica de la «tolerancia» de la estancia irregular, obligando a que se inicie el procedimiento de retorno, o a que se aplique alguna de las excepciones permitidas. Esta interpretación puede ser, no obstante, rebatida por la existencia de la cláusula destinada a permitir la aplicación de «disposiciones que sean más favorables», si bien la interpretación de dicha cláusula es controvertida, en tanto en cuanto dichas dis-

irregular de una menor de nacionalidad neerlandesa constituía una violación del artículo 8 del Convenio, cuyo respeto conllevaba no únicamente la obligación negativa de no expulsión, sino también la obligación positiva de conceder una autorización de residencia. Véanse asimismo las Sentencias del TEDH de 17 de enero de 2006, en el asunto *Ariztimuno Mendizabal v France*, demanda núm. 51431/99, y de 15 de enero de 2007, en el asunto *Sisojeva et al. v Latvia*, demanda núm. 60654/00. Sobre esta cuestión, véase: THYM, D.: «Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to Regularize Illegal Stay?», *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, núm. 57, pp. 87-112.

(11) Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, *DOUE* L 348 de 24 de diciembre de 2008, p. 98/107. Deberá incorporarse al Derecho español antes del 24 de diciembre de 2010.

(12) El artículo 6 apartado 1 de la Directiva establece que: «Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio...».

(13) En efecto, el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva establece que: «Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia».

(14) Artículo 8 de la Directiva de Retorno.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

posiciones únicamente pueden aplicarse a condición de ser compatibles con lo dispuesto por la Directiva⁽¹⁵⁾.

El marco jurídico europeo anterior a la adopción de dicha Directiva se mostraba más flexible a este respecto, según la interpretación del TJUE del artículo 23 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que, si bien prevé la medida de expulsión, remite para su aplicación a «las condiciones establecidas en el Derecho nacional de la parte contratante». En su interpretación de dicha disposición, el TJUE ha establecido, en el asunto *Zurita García*, que la legislación española consistente en sustituir la sanción de expulsión por la sanción de multa no era contraria al artículo 23 del CAAS, concluyendo que «cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión»⁽¹⁶⁾. Tal y como señaló la Abogada General Kokott en sus conclusiones en el asunto *Zurita García*, esta apreciación se basa en la confianza mutua entre Estados miembros, que no es defraudada en el caso de sustitución de la sanción de expulsión por la de multa ya que la imposición de la pena de multa no presupone la tolerancia de la situación irregular, si se tiene en cuenta que la obligación de abandonar el territorio nacional sigue vigente, y su incumplimiento lleva aparejado teóricamente un subsiguiente procedimiento de expulsión⁽¹⁷⁾.

En definitiva, la adopción de una medida de expulsión contra progenitores de menores españoles es contraria a la Constitución según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 —entendemos que asimismo lo sería la adopción de una orden de retorno—, y la absoluta inactividad del Estado —entendida como «tolerancia»— puede ser considerada asimismo contraria a la Directiva de Retorno. Estas consideraciones abogan por la necesidad de que estas personas sean dotadas de un estatuto jurídico a través de la provisión de un permiso de residencia.

III. LAS POSIBILIDADES OFRECIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA PATERNIDAD DE NIÑOS ESPAÑOLES COMO UNA «CIRCUNSTANCIA EXCEPCIONAL»

Una vez establecida la dudosa adecuación de la situación descrita de tolerancia a consideraciones de política migratoria, a los estándares constitucionales y de derechos humanos, y a los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea, cabe preguntarse si el Derecho español se encuentra dotado de instrumentos jurídicos susceptibles de aportar una solución plausible a la cuestión que se nos presenta.

(15) Artículo 4, apartado 3 de la Directiva: «La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva».

(16) Apartado 66, Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2009, *Zurita García y Choque Cabrera*, asuntos C-261/08 y C-348/08, aún no publicada en la Rec. Véase asimismo el apartado 57 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott en este asunto, presentadas el 19 de mayo de 2009.

(17) Véase el apartado 61 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto *Zurita García* (C-261/08 y C-348/08).

A primera vista, la respuesta parece ser negativa, ya que la cuestión que nos ocupa no encuentra regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico. La redacción inicial de la LO 4/2000 preveía en su artículo 31.7 la figura de la exención de visado, desarrollada por el artículo 49 del Real Decreto 864/2001 y aplicable, entre otros casos, a los extranjeros que acreditaran ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado de nacionalidad española, que residiera en España y viviera a sus expensas. Esta figura estaba presente también en la regulación del régimen comunitario⁽¹⁸⁾. A través de esta figura se posibilitaba la regularización de la situación administrativa de las personas incluidas en los supuestos regulados reglamentariamente sin necesidad de salir del territorio español y someterse al procedimiento ordinario de tramitación de un visado de residencia. Estas disposiciones fueron suprimidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, que convierte al visado en un elemento central del sistema de extranjería. La exposición de motivos de dicha Ley orgánica indica claramente que la eliminación de la figura de la exención de visado «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». Ello pone aún más de manifiesto, si cabe, que la no regulación expresa de esta cuestión supone indudablemente una opción de política migratoria. En la raíz de esta modificación podemos estimar que no únicamente está la remodelación de la figura del visado, sino también el gran número de personas afectadas por la situación anteriormente descrita. En efecto, la no regulación expresa de un supuesto de tal importancia conlleva ineludiblemente un grado mayor de inseguridad jurídica que puede actuar como elemento disuasorio, o simplemente dificultar que los afectados inicien los procedimientos administrativos pertinentes.

Sea como fuere, la eliminación de la figura de la exención de visado y actual falta de regulación expresa de las consecuencias jurídicas que la paternidad de un español puede tener en la situación administrativa de los extranjeros en situación irregular, en modo alguno significan que nuestro ordenamiento jurídico no esté equipado para ofrecer cauces suficientes para la resolución de estos casos. A estas vías jurídicas dedicaremos los siguientes apartados, analizando el tratamiento que la Administración viene dando a esta cuestión, que ha experimentado una importante evolución motivada por la concurrencia de otros actores, principalmente los distintos Tribunales Superiores de Justicia y el Defensor del Pueblo.

La propia Ley 14/2003 es la que nos daba la pista en su exposición de motivos para la primera posibilidad de encuadre normativo de la cuestión del impacto de nacionalidad española de un menor en la situación administrativa de sus padres, al estimar que la figura de la residencia temporal por circunstancias excepcionales vendría a dar cobertura a los «supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado».

No obstante, como ya fue previsto por la doctrina, no todos los supuestos que según la regulación anterior encontraban cabida en la figura de la exención de visado fueron expresa-

(18) Sobre los problemas que planteaba el régimen de exención de visados relativo a los familiares de comunitarios en el Real Decreto 178/2003, véase: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: «Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, 2003, pp. 29-59.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

mente recogidos en la regulación reglamentaria de la residencia temporal por circunstancias excepcionales⁽¹⁹⁾. En efecto, el artículo 45 del Reglamento de extranjería, si bien hace alusión a determinadas circunstancias familiares⁽²⁰⁾, no hace mención expresa de la circunstancia de ser padre o madre de un menor con nacionalidad española. No obstante, la Administración ha señalado en diversas ocasiones el cauce del artículo 45 como la opción plausible para tramitar las solicitudes de permiso de residencia de los progenitores de menores españoles⁽²¹⁾.

A continuación, examinaremos la inadecuación de la figura del arraigo como cauce legal para la regularización de los padres de niños españoles, la posibilidad de la aplicación directa del artículo 31 de la Ley Orgánica de extranjería y la aplicación del cauce abierto por la disposición adicional primera de su reglamento.

1. La inadecuación de la figura del arraigo

La consideración del artículo 45 del Reglamento de extranjería como única vía posible para la regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles plantea problemas relevantes. En primer lugar, esa norma hace referencia a circunstancias de arraigo familiar que pueden posibilitar que se prescinda de la necesidad de presentar informe de inserción. Pues bien, esas circunstancias se refieren a los vínculos familiares con otros extranjeros residentes, y no con españoles. Adicionalmente, esta disposición no permite una regularización de la situación administrativa de manera inmediata, sino que sería necesario residir de manera irregular en territorio español cuando menos durante tres años, con el consiguiente menoscabo para las condiciones de vida tanto del menor español como de su familia⁽²²⁾.

Asimismo, la inadecuación de la figura del arraigo del artículo 45 viene dada por la denegación automática de la autorización de residencia basada en este supuesto que se produce si existe un expediente de expulsión⁽²³⁾. En particular, la posibilidad de que recaiga

(19) FERNÁNDEZ COLLADOS, B.; CARDENAL CLARO, M.: «Régimen de entrada, permanencia y salida de España», en PALOMAR OLMEDA, A.: *Tratado de Extranjería*, Thomson, 2004, pp. 291-322, esp. pp. 306 y ss.

(20) El artículo 45.2.b) prevé la posibilidad de que se conceda el «arraigo social» «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».

(21) Véase la respuesta emitida el 17 de abril de 2007 por la Dirección General de Inmigración a la consulta realizada por la Subdelegación del Gobierno en Cádiz. Sobre este particular véase el escrito del Servicio Jurídico Asociación Cardijn, <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/PADREESP.pdf>.

(22) La difícil situación en la que quedan los afectados ha sido puesta de relieve por la STSJ Castilla y León de 24.11.2006: «Sin perjuicio de que, como razona la juez de instancia, esta resolución no implica una expulsión, es cierto que la falta de trabajo y residencia implica una situación de estancia ilegal y, por consiguiente, la expulsión del país, una vez tramitado el correspondiente expediente; y, por otra parte, la estancia en el país sin poder obtener un trabajo legal, lleva a la situación de tener que obtener unos ingresos de forma ilegal, e incluso hasta ilícita». A pesar de estas consideraciones, la sentencia citada procedió a la denegación de la autorización inicial según el proceso de normalización, por no haber alegado esa circunstancia en la vía administrativa.

(23) Sobre la imposibilidad de recurrir a la vía del arraigo mientras continúe vigente la orden de expulsión, véase la Sentencia del TSJ Cataluña de 9 de mayo de 2006. Esta sentencia establece, que, una vez conseguida la revocación

sobre el progenitor del menor español una sanción de expulsión constituye el riesgo más grave. Estos acontecimientos, según nos consta, se han producido en tiempos no muy lejanos⁽²⁴⁾. La consecuencia de la denegación de la autorización de residencia para el progenitor de un ciudadano español menor de edad es, como ha señalado el Defensor del Pueblo, colocar a dicho progenitor «en una situación de irregularidad documental que podría ser sancionada con la expulsión del territorio nacional»⁽²⁵⁾. Dicha expulsión, según la doctrina del Supremo, no puede ser ejecutada, ya que conllevaría, o bien la expulsión del propio español, o la desmembración de la familia. Ello nos lleva a que la irremediable situación resultante es la ya comentada «tolerancia» de la estancia irregular del padre o madre del menor español, quien, durante un período de 3 años o hasta que sea capaz de cumplir todos los requisitos reglamentarios del artículo 45, verá su calidad de vida mermada debido a la falta de seguridad jurídica en sus posibilidades de trabajo.

Todo ello hace que la aplicación de la vía del arraigo social como cauce jurídico para atajar la compleja situación jurídica de los padres de niños españoles sea particularmente inadecuada.

2. La aplicabilidad directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica de Extranjería

Dada la omisión de regulación expresa de la cuestión que nos ocupa en el Reglamento de extranjería, y teniendo en cuenta los inconvenientes de la aplicación del artículo 45 del Reglamento, ha de plantearse la posibilidad de recurrir directamente al artículo 31.3 de la Ley Orgánica de extranjería, que permanece inalterado tras la reforma operada por la LO 2/2009⁽²⁶⁾.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrece un apoyo importante a esta opción interpretativa, ya que ha declarado sobre este precepto que «no puede acogerse la alegación de que se incurre en una ilegalidad omisiva por no incorporar supuestos previstos en el Reglamento anterior, pues el Gobierno es libre para no regularlos. Además sucede respecto al extremo que estamos estudiando lo mismo que respecto a la autorización por razones humanitarias. *La regulación del precepto no es exhaustiva* y, aparte de que puede aplicarse directamente el mandato del artículo 31.3 de la Ley Orgánica, en otros preceptos se contemplan autorizaciones de este tipo (...)»⁽²⁷⁾. Asimismo, el Tribunal Supremo ha estimado que el artículo 45 del Reglamento de extranjería «ni amplía ni restringe los términos de la LOYLE pues ésta no delimita en qué forma deben interpretarse los conceptos jurídicos

de la orden de expulsión (que en el caso de autos se acordó mediante su sustitución por una pena de multa, basándose en la nacionalidad española de los hijos del interesado), el actor tendría la posibilidad de reiterar sus pretensiones en la vía administrativa.

(24) Parece ser que el Defensor del Pueblo constató que se había procedido a la expulsión de madres extranjeras en situación irregular de niños españoles. Véase: CAMPO CABAL (coord.): *Comentarios a la ley de extranjería*, Civitas, Madrid, 2001, p. 412.

(25) Véase el documento disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DefPuebloPadresEspanol.pdf.

(26) 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. BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009, Sec. I, p. 104986.

(27) Sentencia del TS de 8 de enero de 2007, núm. de recurso 38/2005. La cursiva es nuestra.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

indeterminados en ella precisados (situación de arraigo, razones humanitarias, de colaboración con la justicia) que pueden ser de aplicación directa (...)»⁽²⁸⁾.

Estas estimaciones ponen de relieve que la enumeración de supuestos que realiza el número 45 del Reglamento de extranjería no ha de considerarse como un *numerus clausus*, por lo que será posible encuadrar en la figura de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales otros supuestos no expresamente regulados, aplicándose directamente el artículo 31.3 de la Ley de extranjería. Esta posición es la mantenida por el Defensor del Pueblo, quien dirigió en el año 2007 una recomendación a la Dirección General de Inmigración en este sentido, señalando la necesidad de «que se impartan instrucciones a todas las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno para que procedan a admitir a trámite y tramitar las solicitudes de tarjeta de residencia por circunstancias excepcionales solicitadas por progenitores españoles en situación documental irregular de menores de edad españoles, entendiendo que la citada circunstancia es suficiente a los efectos del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, sin necesidad de alegar que el interesado se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 45 del Real Decreto 2393/2004»⁽²⁹⁾.

La estricta limitación a la figura del arraigo como única vía para dar cauce a la regularización de la situación administrativa de los padres de niños españoles ha sido rechazada por distintos pronunciamientos jurisdiccionales de los Tribunales Superiores de Justicia. El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha declarado en repetidas ocasiones la necesidad de proceder a la admisión a trámite de las solicitudes de autorización de residencia fundamentadas en la circunstancia de ser progenitor de un ciudadano español, rechazando así la práctica administrativa consistente en no admitir a trámite las solicitudes por no presentar documentación justificativa de los requisitos exigidos por el artículo 45 del reglamento de extranjería⁽³⁰⁾. Asimismo, la aplicabilidad directa del artículo 31.3 de la Ley de extranjería para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales ha sido estimada también por el TSJ de las Islas Baleares⁽³¹⁾. No obstante, este Tribunal ha considerado en repetidas ocasiones que la decisión sobre la autorización del permiso de residencia ha de quedar en manos de la autoridad administrativa⁽³²⁾.

Yendo aún más lejos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha procedido a apreciar directamente el derecho de los ascendientes de españoles menores de edad a que

(28) Sentencia del TS de 9 de enero de 2007, núm. de recurso 40/2005. Véase también la Sentencia del TS de 10 de enero de 2007, núm. de recurso 39/2005.

(29) Esta es la posición que sostienen múltiples sentencias del TSJ del País Vasco, que abordaremos más adelante con detenimiento, así como el Defensor del Pueblo (véase el documento disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DefPuebloPadresEspanol.pdf).

(30) STSJ de las Islas Baleares de 11 de abril de 2008, núm. de recurso 357/2007, núm. de resolución, 115/2008.

(31) STSJ de las Islas Baleares de 25 de junio de 2008, núm. de recurso 46/2008, núm. de resolución 340/2008; STSJ de las Islas Baleares de 18 de mayo de 2009, núm. de recurso 7/2009, núm. de resolución 380/2009.

(32) Sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 23 de octubre de 2008, núm. de recurso 415/2007, núm. de resolución 606/2008. Así, estima el Tribunal que «sólo en el excepcional supuesto en que el motivo de inadmisión a trámite lo fuese exclusivamente el cumplimiento/incumplimiento de un particular y concreto requisito, en este caso su apreciación en sede judicial determinaría no sólo la anulación del acuerdo de inadmisión, sino que condicionaría el sentido de la posterior resolución definitiva. En este caso podría imponerse que la valoración de la Administración en el acto que haya de poner fin al procedimiento, lo sea en el mismo sentido de lo ya valorado judicialmente». Véase asimismo la STSJ de las Islas Baleares de 9 de diciembre de 2008.

les sea otorgado un permiso de residencia basado directamente en el artículo 31.3 de la Ley de Extranjería, anulando las resoluciones que deniegan las autorizaciones de residencia por no cumplirse los requisitos del artículo 45 del reglamento de Extranjería. Así, en los casos presentados sobre este particular, el TSJ del País Vasco va más allá de lo que estima el TSJ de las Islas Baleares, y procede al reconocimiento de la situación jurídica individualizada de los progenitores de niños españoles, estimando el reconocimiento judicial del derecho a obtener de la Administración General del Estado la autorización inicial de residencia por circunstancias excepcionales. En este sentido, el TSJ del País Vasco estima que «el fundamento para la aplicación directa del artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el presente caso, ha de buscarse en la libertad de circulación y residencia del menor español recogida en el artículo 19 de la CE y en la protección del derecho del menor español a la intimidad familiar recogido en el párrafo 1.º del artículo 18 de la CE»⁽³³⁾. Además, estima este Tribunal, «las consecuencias de la negativa a permitir que el progenitor extracomunitario resida con el menor español incluirían la vulneración del artículo 14 CE, de manera que se crearía una categoría de españoles menores de edad, ilícitamente discriminados por la circunstancia de que sus ascendientes, a cuyo cargo están, no pueden acceder al mercado laboral». Estima así el TSJ que la omisión de regulación de este supuesto en el Reglamento de extranjería constituye una laguna jurídica que debe ser colmada con la aplicación directa de la ley de extranjería⁽³⁴⁾.

Otros Tribunales Superiores de Justicia no comparten, no obstante, el razonamiento avanzado por el TSJ del País Vasco. En particular, el TSJ de Extremadura ha estimado que no corresponde a los tribunales proceder a la concesión de autorizaciones de residencia⁽³⁵⁾, y que las consideraciones del TS vertidas en su Sentencia de 26 de enero de 2005 no son aplicables, por no tratarse de un caso de expulsión⁽³⁶⁾. Asimismo, otros tribunales han considerado irrelevante la circunstancia de ser progenitor de un menor español en la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales⁽³⁷⁾.

3. La aplicación del apartado cuarto de la disposición adicional primera del Reglamento de Extranjería

Distintas sentencias de la Audiencia Nacional han confirmado que el cauce administrativo para la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales no contempladas en el artículo 45 del Reglamento de Extranjería es el del apartado cuarto de la disposición adicional primera de dicha norma, que dispone *in fine* que «el Secretario de

(33) STSJ del País Vasco de 19 de abril de 2007. Véanse también las Sentencias de 6 de octubre de 2008 y de 26 de noviembre de 2008.

(34) STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2008.

(35) STSJ de Extremadura, núm. de recurso 118/2007, núm. de resolución 144/2007. En dicha sentencia se señala que el supuesto «relativo al nacimiento de una hija con presunción de nacionalidad española, es un supuesto no contemplado, que no admite interpretación analógica y que en todo caso corresponderá su concesión a la administración y no a los Tribunales, salvo que se demostrase violación del principio de igualdad u otra razón similar».

(36) Véanse las Sentencias del TSJ de Extremadura de 31 de mayo, núm. de recurso 118/2007 y de 28 de septiembre de 2007, núm. de recurso 123/2007. En este último caso, el JCA había procedido a estimar la concesión del permiso de residencia.

(37) STSJ Andalucía de 24 de noviembre de 2008, núm. de recurso 2137/2007, núm. de resolución 2847/2008.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento»⁽³⁸⁾.

Esta disposición reconduce la cuestión que nos ocupa al marco reglamentario, evitando el recurso a la aplicación directa de la ley, lo cual lleva aparejadas importantes consecuencias en la determinación del organismo competente para proceder al trámite y resolución de las solicitudes de permisos de residencia temporal por circunstancias excepcionales basados en la paternidad o maternidad de un menor español. Ello es así porque las solicitudes de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que no estén fundadas en el artículo 45 del Reglamento determinan la competencia de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y no la de las Delegaciones del Gobierno, como venía siendo aceptado por otros órganos jurisdiccionales⁽³⁹⁾.

A pesar de que el supuesto que nos ocupa, por el hecho de constituir una circunstancia excepcional no susceptible de ser subsumida en el artículo 45 del Reglamento, desencadena la aplicabilidad de la vía confirmada por la Audiencia Nacional, ha de estimarse que la excepcionalidad de la vía administrativa parece no ajustarse a la importancia del fenómeno, al número de personas a las que afecta, y a los importantes problemas ligados a la protección de los derechos fundamentales de los menores. Esta situación produce una notable inseguridad jurídica e importantes dificultades que obligan a los interesados a tener que elevar sus solicitudes ante la Secretaría de Estado, y a recurrir, por consiguiente, ante la Audiencia Nacional, conllevando un sustancial aumento de los costes del litigio.

IV. ¿UN PAPEL PARA EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA? LA JURISPRUDENCIA *CHEN* Y LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO UNA VÍA PARA LA REGULARIZACIÓN DE LOS PADRES DE NIÑOS ESPAÑOLES

La relevancia del Derecho de la Unión Europea en la cuestión de la regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles no se deriva de la posibilidad de aplicar el Real Decreto 240/2007 que transpone la Directiva 2004/38/CE⁽⁴⁰⁾, ya que

(38) Véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 2009, núm. de recurso 272/2008; de 15 de junio de 2009, núm. de recurso 285/2008; de 10 de junio de 2009, núm. de recurso 274/2008 y de 13 de mayo de 2009, núm. de recurso 262/2008. Mi agradecimiento a Margarita Palos Nadal por esta información.

(39) Sentencias del TSJ de las Islas Baleares de 25 de junio de 2008, núm. de recurso 46/2008, núm. de resolución 340/2008 y de 16 de junio de 2008, núm. de recurso 126/2008, núm. de resolución 487/2008. Dicho Tribunal entiende este asunto subsumido en lo previsto por el apartado primero de la disposición adicional primera del Reglamento de Extranjería («Cuando las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones no estén expresamente atribuidas a un determinado órgano en este Reglamento, serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y por los Subdelegados del Gobierno en las provincias»), y no, como pretendía el Abogado del Estado, en su apartado cuarto («... Asimismo, el Secretario de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, podrá otorgar autorizaciones individuales de residencia temporal cuando concurren circunstancias excepcionales no previstas en este Reglamento»).

(40) Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, *DOUE*, L 158, de 30 de abril de 2004, p. 77.

ninguna de ambas normas recoge el supuesto que aquí tratamos, sino de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentada en el famoso asunto *Chen*⁽⁴¹⁾. Dicha jurisprudencia ha desplegado importantes consecuencias con respecto a la cuestión que nos ocupa, y es susceptible aún de dar lugar a relevantes desarrollos, teniendo en cuenta que se encuentra pendiente de resolución el caso *Ruiz Zambrano*, que se ocupa exactamente de esta cuestión en relación al derecho a residir en Bélgica de una persona en situación irregular, progenitor de menores con nacionalidad belga⁽⁴²⁾.

A pesar de que el hecho familiar constituye uno de los elementos determinantes de esta cuestión, no se trata de un supuesto susceptible de ser encuadrado en la regulación de la reagrupación familiar ni de régimen general, ni del régimen comunitario del Real Decreto 240/2007⁽⁴³⁾. Cabría plantearse que la nacionalidad española del niño sería determinante de la aplicabilidad del régimen comunitario. Pero incluso la aplicación del régimen general de reagrupación familiar ha de quedar aquí descartada, ya que lo que éste pretende regular es la reagrupación de los ascendientes a cargo, dependientes de su descendiente, que ha de ser, por lo tanto, una persona con recursos económicos. El caso que nos ocupa es el contrario: se trata de un descendiente español en situación de dependencia, en razón de su minoría de edad, de su progenitor de nacionalidad extranjera, que se encuentra en situación irregular⁽⁴⁴⁾.

No queremos significar, sin embargo, con la estimación de la inaplicabilidad del Real Decreto 204/2007 que sea irrelevante en este campo el Derecho de la Unión Europea. El hecho de que la situación jurídica de los padres extranjeros de menores comunitarios no se encuentre expresamente regulada en la Directiva 2004/38/CE es posiblemente también la causa del silencio a este respecto de la norma nacional de transposición⁽⁴⁵⁾. Las importantes implicaciones del Derecho de la UE a este respecto se encuentran contenidas, por lo tanto, no en la Directiva 2004/38/CE, sino en la Sentencia en el asunto *Chen*, que afirma el derecho a la residencia legal con carácter indefinido de los progenitores de menores comunitarios que ejerzan su libertad de circulación y residencia en otro Estado miembro distinto del cual son nacionales, so pena de menoscabar el efecto útil de las libertades fundamentales⁽⁴⁶⁾.

(41) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de octubre de 2004, asunto C-200/02, *Zhu y Chen*, Rec. p. I-9925.

(42) Conclusiones de la Abogada general Sharpston de 30 de septiembre de 2010, asunto C-39/09.

(43) *BOE* núm. 51, de 28 de febrero de 2007, p. 8558.

(44) Así lo declaran tanto la Sentencia del TJCE en el asunto *Chen* como la STSJ de Cantabria de 17 de noviembre de 2008, núm. de recurso 58/2008, núm. de resolución 383/2008.

(45) La ausencia de regulación expresa en la Directiva comunitaria trae causa del hecho de que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE fuera dictada cinco meses más tarde de la adopción de la norma comunitaria. Tradicionalmente, las interpretaciones jurisprudenciales del derecho a la libre circulación y residencia han sido codificadas las sucesivas modificaciones del derecho derivado.

(46) Así lo señala el apartado 45 de la citada Sentencia: «la negativa a permitir que el progenitor, nacional de un Estado miembro o de un Estado tercero, que se ocupa del cuidado efectivo de un niño al que el artículo 18 CE y la Directiva 90/364 reconocen un derecho de residencia, resida con el niño en el Estado miembro de acogida privaría de todo efecto útil al derecho de residencia de este último. En efecto, es evidente que el disfrute de un derecho de residencia por un niño de corta edad implica necesariamente que el niño tenga derecho a ser acompañado por la persona que se encarga de su cuidado efectivo y, por tanto, que esta persona pueda residir con él en el Estado miembro de acogida durante su estancia en éste».

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

Bien es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE —por el momento⁽⁴⁷⁾— no se refiere a situaciones en las cuales los menores en cuestión residen en el Estado miembro del que son nacionales, ya que en este caso, al tratarse de una situación puramente interna⁽⁴⁸⁾, quedaría regulada por el Derecho nacional⁽⁴⁹⁾. En efecto, es el Derecho español, del cual se deriva la necesidad de extender el tratamiento que el Derecho europeo otorga a los menores de otros Estados miembros de la Unión, a los menores de nacionalidad española⁽⁵⁰⁾.

Esta argumentación ha sido la adoptada por el Defensor del Pueblo español⁽⁵¹⁾. En este sentido, existen pronunciamientos jurisprudenciales que han estimado que se ha de con-

(47) Las conclusiones de la Abogada General Scharpston en el asunto *Ruiz Zambrano* invitan a superar esta situación, señalando que la situación de los progenitores de los ciudadanos europeos menores de edad se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, porque su expulsión conllevaría la del propio ciudadano, y menoscabaría, por lo tanto, sus potenciales posibilidades de ejercer el derecho a la libre circulación (puntos 99 y ss.). Más allá de la potencial afectación a dicho derecho, la Abogada General Scharpston invita al Tribunal de Justicia a reconsiderar su aproximación a las situaciones de discriminación inversa en relación con los derechos fundamentales (puntos 139 y ss.).

(48) Sentencias del TJCE de 28 de marzo de 1979 en el asunto 175/78 *Saunders* (Rec. 1979, p. 1129); de 27 de octubre de 1982, en el asunto 35/82, *Morson and Jhanjan/Netherlands State* (Rec. 1982, p. 3723); de 3 de enero de 1986, en el asunto 298/84, *Iorio/Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato* (Rec. 1986, p. 247); de 28 de enero de 1992 en el asunto C-332/90, *Steen/Deutsche Bundespost* (Rec. 1992, p. I-341); de 5 de junio de 1997, en el asunto C-64/96, *Uecker and Jacquet/Land Nordrhein-Westfalen* (Rec. 1997, p. I-3171).

(49) Sobre el debate acerca de la discriminación inversa y las «situaciones puramente internas», puede consultarse: CANNIZARO, E.: «Producing “reverse discrimination” through the exercise of EC competences», *Yearbook of European Law*, vol. 7, 1997, pp. 29-46; GAJA, G.: «Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable», en *Mélanges en homage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999; DAVIES, G.: *Nationality Discrimination in the Internal Market*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, especialmente, su capítulo 7: «The Wholly Internal Situation»; DUE, O. y GULMANN, C.: «Restrictions à la libre circulation intracommunautaire et situations purement internes», en COLNERIC, E.; PUISSOCHET y RUIZ-JARABO COLOMER (eds.): *Une Communauté de droit- Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2003; JANER TORRENS, J.D.: «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, pp. 305-320; KON, S.D.: «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *European Law Review*, vol. 6, 1981, pp. 75-101; PÉREZ DE LAS HERAS, B.: «Las discriminaciones en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 1, 1988, pp. 343- 359; PICKUP, P.: «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *Common Market Law Review*, vol. 23, 1986, pp. 135-156; POIARES MADURO, M.: «The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», en KILPATRICK, C.; NOVITZ, T. y SKIDMORE, P.: *The Future of Remedies in Europe*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2000, pp. 117-140; RITTER, C.: «Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234», *European Law Review*, v. 31, núm. 5 2006, pp. 691-710; RUIZ-JARABO, P.: «La reacción del Ordenamiento Jurídico español ante la discriminación inversa», *Noticias de la Unión Europea* núm. 225, 2003, pp. 93-106.

(50) Para un razonamiento similar en relación con la «discriminación inversa» introducida por el Real Decreto 240/2007 en relación con los ascendientes de españoles, véase: IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del Real Decreto 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión a las parejas registradas, el concepto de “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, núm. 28, septiembre/diciembre, pp. 913-939.

(51) «[E]n el presente caso, y en virtud de la necesaria igualdad de trato, proclamada en el artículo 14 de la Constitución en relación con el 19 de la misma, es de aplicación lo previsto en la Sentencia de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, que anuló varios preceptos del hoy derogado Real Decreto 178/2003 cuando señala que la solución aplicable a los familiares de los nacionales de otros Estados a los que se extiende el ámbito de aplicación del precepto impugnado ha de ser la misma que la aplicable a

ceder una autorización de residencia basándose en los razonamientos vertidos en la jurisprudencia *Chen*⁽⁵²⁾. Aunque esta posibilidad ha sido expresamente rechazada por el TSJ de Andalucía⁽⁵³⁾, otros Tribunales se han mostrado abiertos a ella⁽⁵⁴⁾, destacando especialmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de julio de 2008⁽⁵⁵⁾. Un razonamiento semejante es exactamente el que ha dado lugar a los pronunciamientos del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional belgas a este respecto, estimando que la discriminación inversa en la aplicación de la jurisprudencia *Chen* es contraria al principio de igualdad⁽⁵⁶⁾. Otras jurisdicciones constitucionales nacionales han considerado la discriminación inversa contraria al principio de igualdad contenido en las Constituciones nacionales. En efecto, a través del principio de igualdad, el Derecho de la Unión cobra relevancia incluso en situaciones que quedan al margen de su competencia⁽⁵⁷⁾.

los familiares, nacionales de terceros Estados de los ciudadanos españoles. Por tanto, si en aplicación de la doctrina citada en la Sentencia de 19 de octubre de 2004 del TJCE, España debe conceder una autorización de residencia, al nacional del tercer Estado que se encuentre en nuestro territorio en situación documental irregular acompañado de su hijo, menor de edad, que ostente la nacionalidad de cualquier Estado de la UE y haya ejercido su derecho a la libre circulación y residencia; constituye una exigencia de estricta justicia tratar, al menos, del mismo modo al progenitor extranjero del menor de edad español, con independencia de que este último haya ejercido o no su derecho a la libre circulación y residencia dentro de la Unión Europea. De no hacerlo así, estaremos, a criterio de esta Institución, ante un supuesto claro de discriminación del menor de edad español hijo de ciudadano extranjero en situación documental irregular en relación al menor de edad ciudadano de la UE que se encontrase en España en la misma situación que el menor de edad español». Véase el documento disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DefPuebloPadresEspanol.pdf. El destacado es nuestro.

(52) Como precedente, ya la Sentencia de 10 de marzo de 2006 del TSJ del País Vasco había considerado aplicable la exención de visado del anterior reglamento de comunitarios (RD 178/2003), basándose en la jurisprudencia *Chen*.

(53) STSJ Andalucía de 24 de noviembre de 2008, núm. de recurso 2137/2007, núm. de resolución 2847/2008.

(54) Otros Tribunales, si bien incidentalmente, han planteado la posibilidad de recurrir a esta vía: La STJS de las Islas Canarias de 13 de enero de 2009, núm. de recurso 168/2008, núm. de resolución 3/2009, si bien desestima el recurso planteado ante él por no cumplirse las condiciones para dar lugar a una concesión de autorización de residencia por razones humanitarias, señala: «ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir a otras vías previstas legal y reglamentariamente para la obtención de permisos de residencia, como familiar de ciudadano de la Unión Europea, al ser su hijo menor de edad de nacionalidad española».

(55) «(...) es preciso conceder una autorización a la aquí recurrente, por cuanto que su hija no solamente es nacional de un Estado de la Unión, sino que es nacional de este Estado, de España, es española. La sentencia del Tribunal Supremo se refiere a que no procede la expulsión, pues eso es precisamente lo estudiado, pero si no procede la expulsión es preciso aplicar un camino para que doña María Cristina resida de forma legal en España y atienda las necesidades de su hija de muy corta edad. Es decir, se le conceda una autorización que, permitiéndola salir y entrar libremente, pueda también trabajar como si de un español más se tratase, dado que debe sufragar los gastos y necesidades de un español, como es su hija, no solamente los propios de ella. (...) [L]a autorización que procede conceder es el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio, entendiendo como tiempo indefinido el que precise el menor para obtener un adecuado cuidado, con la amplitud que establece el artículo 154 del Código Civil, como viene a recoger la Sentencia antes indicada del Tribunal Supremo y también la recogida del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estas circunstancias llevan a la ineludible consecuencia de eliminar las trabas impuestas para conceder la autorización solicitada, pues es más importante el cuidado y educación y los derechos del menor español que las posibles cargas que pueda ocasionar la madre extranjera al erario público del Estado, y procede conceder esta autorización solicitada (—la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión—) reside por cuanto que la duración de la misma es mayor que la prevista en la Ley Orgánica 4/2000, en cualquiera de sus modalidades, que es la adecuada atendiendo a la edad de la hija menor».

(56) Conseil d'État, sentencias 193.348 de 15 de mayo de 2009 y 196.294 de 22 de septiembre de 2009; Cour Constitutionnelle, sentencia 174/2009 de 3 de noviembre de 2009.

(57) Sobre esta cuestión véase UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: «La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del derecho comunitario en el ordenamiento interno», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84 (2008), pp. 105-143 y la jurisprudencia allí comentada.

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

La vía jurídica del régimen comunitario permite también subsanar el problema planteado por la existencia de antecedentes penales, ya que a través de la aplicación del artículo 31 de la ley de extranjería, la existencia de éstos proscribía la posibilidad de conceder un permiso inicial de residencia temporal, impidiendo tener en cuenta circunstancias ligadas a la apreciación de la proporcionalidad, que son habitualmente valoradas en la ponderación del interés individual en relación con el interés del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽⁵⁸⁾. La situación de esta cuestión en el ámbito del Derecho de la Unión Europea —si bien a través de la vía indirecta de la prohibición constitucional de la discriminación inversa— nos permite importar aquí el estándar establecido en materia de antecedentes penales en los casos relativos a la reagrupación familiar de los ciudadanos de la Unión. Así, si bien el Derecho de la Unión Europea permite a los Estados miembros limitar el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias ante la existencia de circunstancias de orden público o seguridad pública, dichas medidas «deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado». Pero lo que es más importante: «la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas»⁽⁵⁹⁾.

La aplicación del régimen comunitario, a través del otorgamiento de una tarjeta de familiar de ciudadano comunitario, parece más adecuada para resolver la situación jurídica de los padres de los ciudadanos españoles, no sólo porque ésta constituye una autorización por un tiempo indefinido que supone una mayor garantía de la estabilidad del derecho del progenitor del ciudadano español, sino también porque evita los problemas de constitucionalidad que plantea el introducir un régimen diferente para los progenitores de menores españoles con respecto a los progenitores de los nacionales de otros Estados miembros de la UE. Esta solución es reforzada tras el importante pronunciamiento del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010⁽⁶⁰⁾, que pone fin a la situación de discriminación inversa creada por la disposición adicional tercera del Real Decreto 240/2007⁽⁶¹⁾. No obstante, dicha sentencia no apoya su razonamiento en la Constitución española sino en el Derecho de la Unión. Por ello, la eliminación de la discriminación inversa a través de esta sentencia resulta endeble: está fundamentada en una incompatibilidad parcial y bien determinada con el Derecho de

(58) Véase a este respecto: BOZA MARTÍNEZ, D.: «El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 11, 2006, pp. 25-39.

(59) Véase el artículo 27 de la Directiva 2004/38/CE. Dicha disposición establece asimismo que «la conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general».

(60) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección quinta, recurso núm. 114/2007.

(61) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, BOE núm. 51 de 28 de febrero de 2007. Dicho Real Decreto introdujo a través de su disposición final tercera la disposición adicional vigésima en el Real Decreto 2393/2004, que establecía la «normativa aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano español que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea», cuyo segundo apartado reconduce la regulación de la reagrupación familiar de los ascendientes de los españoles al régimen general de extranjería.

la Unión en relación a los miembros de la familia de aquellos españoles que tras haber ejercitado su derecho a la libre circulación retornen a España⁽⁶²⁾, y la anulación completa de la mención que daba lugar a la discriminación inversa responde más a la limitación de las potestades jurisdiccionales que a una incompatibilidad general del precepto con el Derecho de la Unión Europea⁽⁶³⁾. En efecto, queda a salvo la posibilidad de que el Reglamento sea modificado incluyendo de nuevo la discriminación inversa aludida, siempre que se incluya dentro del régimen comunitario a los familiares de españoles que hayan hecho uso de su derecho a la libre circulación y hayan retornado con posterioridad a España.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Los problemas jurídicos planteados por la cuestión de la regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles traen causa de cuestiones mucho más profundas. La progresiva tendencia a limitar en cierto modo los derechos ligados a los procesos migratorios en los que se ven involucrados distintos familiares de los «nuevos españoles» está dando lugar a la apreciación generalizada de la posible emergencia de distintas categorías de españoles, lo cual en el lenguaje coloquial queda plasmado en la expresión de «españoles de segunda», para designar a aquellas personas nacidas en el extranjero o nacidas en España de padres extranjeros. Los problemas de la regulación administrativa que se dan en el terreno de los padres extranjeros de menores españoles, así como los intentos de reconducir la reagrupación familiar de los ascendientes de españoles al régimen general, no son sino una consecuencia de la estimación por parte de la Administración de la necesidad de limitar los efectos «migratorios» de estas concesiones de nacionalidad. Ello lleva a importantes fricciones jurídicas, ya que se ataja de una manera dudosa una cuestión con importantes implicaciones constitucionales y de derechos fundamentales.

Ante las posibles vías jurídicas ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico para regular esta situación, nos hemos decantado aquí por las posibilidades ofrecidas por la aplicación del derecho de igualdad para evitar una discriminación inversa en las situaciones en las que el Derecho de la Unión Europea sí ofrece una respuesta con respecto de la situación de los progenitores de menores con la nacionalidad de otros Estados miembros. En nuestros días, la importancia del Derecho de la Unión Europea es determinante para el estatuto jurídico no únicamente de aquellos ciudadanos de la Unión que ejerzan las libertades fundamentales, sino también para el de los nacionales de terceros países a través de las normas

(62) Véanse los fundamentos jurídicos segundo y undécimo, apartado b) de la Sentencia citada. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la situación de los nacionales de un Estado que retornan a él tras haber ejercido su derecho a la libre circulación queda enmarcada dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y no constituye, por lo tanto, una situación puramente interna. Véase, a este respecto, la Sentencia del TJUE en el asunto *Surinder Singh*, C-379/90, Rec. p. I-04265, punto 29. Sobre esta cuestión tratamos con más profundidad en nuestro trabajo: «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE...» antes citado.

(63) En efecto, el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, BOE 167 de 14 de julio de 1998, establece que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

II. LA REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS PADRES

de la política migratoria común. Ello convierte a los nacionales de los Estados miembros que no ejercen la libre circulación en el único grupo de individuos cuyo estatuto jurídico parece quedar completamente a expensas de la discrecionalidad del Estado cuya nacionalidad ostentan. No obstante, es aquí el principio de no discriminación o de igualdad de los propios ciudadanos, inserto no ya en el Derecho de la Unión sino en las propias constituciones nacionales, el que actúa de elemento comunicador entre las soluciones dadas por el Derecho de la Unión y por los legisladores nacionales.

Sin perjuicio de posibles desarrollos futuros en el marco del Derecho de la Unión, la discriminación inversa ha de ser combatida, en primer lugar, en el ámbito de la constitucionalidad nacional. Es en virtud del artículo 14 de nuestra Constitución por medio del cual el estándar creado por el Derecho de la Unión en relación con los padres de niños de nacionalidad de otro Estado miembro se convierte en el mínimo por debajo del cual no puede situarse el tratamiento otorgado por nuestro sistema jurídico a los padres de los menores españoles que se encuentren en nuestro país en situación de irregularidad.

Por ello, consideramos que es necesaria la regulación expresa de este supuesto en el Derecho español, lo que nos lleva a proponer que esta cuestión sea efectivamente incluida en el marco de la norma española encargada de regular la reagrupación familiar (o más bien, libre circulación) de los familiares de los ciudadanos de la Unión, así como de los familiares de españoles, a través de una reforma del Real Decreto 240/2007, más que a través del futuro Reglamento de extranjería.

III. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS. UNA CUESTIÓN COMPLEJA PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y SOCIALES

CHABIER GIMENO MONTERDE

Licenciado en Sociología y Diplomado en Trabajo Social

RESUMEN

Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales

Los menores extranjeros no acompañados (MENA) se han configurado como un nuevo actor migratorio en el comienzo de siglo. En este ensayo se aporta una perspectiva de los retos que estos menores plantean a las políticas sociales y a sus bases jurídicas.

La generación de estructuras e itinerarios estandarizados de acogida y protección a estos menores está orientando el desarrollo de expectativas de acogida institucionalizada en el diseño previo de la migración. Los MENA pueden comenzar a percibirse a sí mismos como consumidores de una *carta de servicios* globalizada, abandonando y desbordando la vía asistencial anterior.

Elemento clave de esa globalización, las nuevas tecnologías introducen elementos de control y previsión, tanto colectivos (familia) como individuales, que influyen ahora transversalmente en los proyectos y desarrollos migratorios de los menores.

Palabras clave: Migración irregular, menores inmigrantes, MENA, protección de menores.

ABSTRACT

Unaccompanied foreign minors: a complex issue for public and social policies

Unaccompanied foreign minors (UFM) have configured themselves as a new migratory actor at the beginning of this century. This essay provides an overview of the challenges social policies and their legal bases face regarding these children.

The generation of standardized structures and itineraries of reception and protection to these minors is guiding the development of institutionalized hosting expectations in the prior design of migration. The UFM can begin to perceive themselves as consumers of a global list of services, overflowing and leaving behind the previous welfare way.

A key element of this globalization: new technologies introduce elements of control and foresight, both collective (family) and individual, that now influence foreign minors migration developments and projects.

Key words: irregular migration, migrant children, UFM, child protection.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

1. Servicios públicos.

A) Saturación.

B) Fragilidad de los modelos de intervención.

2. Aspectos jurídicos.

- A) Denegación de regularizaciones.
- B) Lentitud del proceso de regularización.
- C) Errores en la determinación de la edad.

3. El caso marroquí.

III. PERSPECTIVAS Y DEBATES.

1. Regularización.

- A) Acceso a la documentación.
- B) MENA y mayoría de edad.

2. Recursos para MENA.

- A) Masificación de los recursos residenciales.
- B) Recursos sociales: ¿específicos u ordinarios?

3. MENA en conflicto.

- A) MENA en la calle.
- B) Incremento de MENA infractores.

IV. EXPECTATIVAS DE ACOGIDA.

V. MENA Y TIC.

VI. VOCES.

1. Profesionales de la acción social.

- A) Como favorable.
- B) Como desfavorable.
- C) Como propuestas.

2. Menores.

VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA) son estudiados mediante el uso de varios términos⁽¹⁾, que en su conjunto hacen referencia a un mismo fenómeno: *menores extranjeros que llegan a territorio español sin ningún familiar o adulto responsable de su cuidado*⁽²⁾.

(1) Podemos ver en documentos oficiales y académicos otras denominaciones, como MMNA (menores migrantes no acompañados), MEINA (menores extranjeros inmigrantes no acompañados), MINA (menores inmigrantes no acompañados), NNA (niños no acompañados), etc.

(2) Aurora LÓPEZ: «El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español», *REDEX*, núm. 17, 2008, p. 104.

Los MENA se han configurado como un nuevo actor migratorio en el comienzo de siglo. La literatura científica en torno a ellos, tanto jurídica como social, alcanza ya un peso propio notable⁽³⁾.

En este artículo no se pretende reincidir en lo ya teorizado. El autor parte de su experiencia profesional en el trabajo social con jóvenes inmigrantes, para hacer una nueva aportación: contextualizar mediante la praxis los retos que estos menores plantean a las políticas sociales y a sus bases jurídicas.

Las intervenciones socio-jurídicas ante este fenómeno migratorio están envueltas en numerosas contradicciones y debates, que se intentarán plasmar brevemente, a sabiendas de la imposibilidad de abarcarlos en su totalidad, dada la pluralidad de agentes implicados (desde la Unión Europea hasta las Comunidades Autónomas) y la complejidad de las políticas migratorias de este principio de siglo.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Los proyectos migratorios de los MENA han desbordado las políticas sociales de la Unión Europea. Ni el diseño previo de los menores cuenta con un itinerario contrastable ni las administraciones públicas han acotado el fenómeno dentro de su marco jurídico actual. *Los MENA son un material inestable* que ha eclosionado sin orden ni dirección.

El inicial desconcierto a finales de los noventa ha dado paso a una situación de inseguridad jurídica y social para los MENA en el conjunto de Europa, tal y como señalan diversos informes⁽⁴⁾. Las detenciones y deportaciones de menores son comunes a todos los Estados, existiendo sentencias contrarias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existe un consenso general entre las ONG y los estudiosos del fenómeno, en que la *ambigüedad* y la escasa regulación del estatuto de los MENA en el derecho comunitario pueden responder al temor a que una legislación «proteccionista» produzca efectos —llamada— no deseados en los flujos migratorios de menores.

En este contexto se ha de enfocar la política migratoria y de protección aplicada a los MENA en el Estado español. Con la particularidad de que la gestión descentralizada pro-

(3) Para una aproximación a las cifras y características del fenómeno, puede consultarse el informe de UNICEF, *Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, informe 2009* (http://www.unicef.es/contenidos/1002/informe_infancia_inmigrante_UNICEF_CGAE_2009.pdf). En un ámbito más jurídico, puede leerse a Francisco Javier DURÁN: «Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección», *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, junio 2007 (<http://www.refdugr.com/documentos/articulos/4.pdf>); y a Aurora LÓPEZ: «Problemática jurídica...», cit., pp. 104-134.

(4) Pueden consultarse los de Human Right Watch en 2008: *Left to Survive. Systematic Failure to Protect Unaccompanied Migrant Children in Greece* (<http://www.hrw.org/en/reports/2008/12/22/left-survive>), y 2010: *En la trampa de la migración: Menores extranjeros no acompañados en Europa* (<http://www.hrw.org/es/world-report-2010/en-la-trampa-de-la-migraci-n-menores-extranjeros-no-acompa-ados-en-europa>). También el de la Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados en 2008: *Los niños indocumentados en Europa: Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración*, Bruselas, Bélgica (<http://www.picum.org/sites/default/files/data/Undocumented%20Children%20in%20Europe%20ES.pdf>), p. 5. Y las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa en http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/070806_en.asp. En la misma línea escribe Daniel SENO-VILLA: *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2007, p. 10 (http://www.oijj.org/documental_ficha.php?home=SI&cod=5573&pags=0).

voca la variación de los estatus legales de los menores a su paso (voluntario o involuntario) por las diferentes regiones administrativas: esto está provocando flujos de MENA por el territorio, en busca de mejores condiciones de acogida e impidiendo su tutela e inserción social efectivas⁽⁵⁾.

Si atendemos a los datos publicados, la situación actual se acota en torno a las disfunciones en los itinerarios de acogida institucional de los MENA, fijados por el «Protocolo de menores extranjeros no acompañados» del Observatorio de la Infancia⁽⁶⁾, el año 2005:

1. Servicios públicos

A) Saturación⁽⁷⁾

Los recursos de primera acogida o de urgencia han estado permanentemente desbordados. Existen problemas de capacidad, tamaño, ubicación, inadecuación, etcétera. Y no sólo en lo residencial, también en lo formativo (concurencia de otros menores extranjeros documentados en los mismos recursos escasos, etcétera).

La consolidación de la presencia de MENA frente a la amortiguación de la inmigración adulta irregular (más vinculada a los ciclos económicos) indica la necesidad de planificar los recursos contando con un flujo constante de estos menores.

B) Fragilidad de los modelos de intervención

La fragilidad del entramado que acoge a los MENA tutelados y la inexperiencia y falta de criterio estable en torno a este fenómeno han marcado probablemente la reacción de las administraciones en el actual contexto de crisis económica. Hoy asistimos a un temor generalizado al recorte de los fondos públicos para los recursos de acogida, formación, etcétera, que están siendo usados por los MENA. Ésta es la consecuencia del proceso de enquistamiento de un fenómeno que ha pasado a considerarse un problema en el marco de las políticas sociales.

Frente a esto, las entidades que trabajan con MENA y otros agentes implicados continúan ofreciendo alternativas⁽⁸⁾ orientadas al interés del menor y apostando por una reforma del sistema actual, que, según afirman, no tiene por qué implicar un coste económico ni social superior. Con todo, y a pesar de la adecuación técnica de estos itinerarios teorizados,

(5) UNICEF, *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 138.

(6) Vid. http://www.observatoriodelainfancia.msp.es/documentos/Protocolo_MENA_2005.pdf. Aquí se fijan unos mínimos que las Comunidades Autónomas adaptan a su estructura de protección de menores.

(7) Para este apartado, véase María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco», ponencia presentada, en el *Coloquio Internacional La migración de menores extranjeros no acompañados en Europa*, 10 de octubre de 2007, en Poitiers (Francia), p. 7; UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 38; y el último informe de HRW en junio de 2010: *Emergencia eterna. La institucionalización de menores extranjeros no acompañados en centros de emergencia de las Islas Canarias no tiene fin* (<http://www.hrw.org/node/90995>).

(8) Un esquema del proceso socioeducativo, en FUNDACIÓN PERE TARRÉS: «Rutas de pequeños sueños. Materiales pedagógicos. Módulo 5», p. 6, (<http://www.peretarres.org/daphneconred/estudi/materiales/pdf/modulo5.pdf>).

la duda que subyace en todo el proceso sigue en pie. ¿Hasta qué punto estas políticas no refuerzan el *efecto llamada*? La eficacia en la inserción tiene, pues, un *efecto no deseado*, que los Gobiernos *no pueden* explicitar ni obviar⁽⁹⁾.

2. Aspectos jurídicos

A) Denegación de regularizaciones

La *denegación de regularizaciones* y el aumento de las expulsiones (que, con todo, siguen siendo minoritarias): se detecta un posible *criterio político*⁽¹⁰⁾ en estas vías de *solución* a la saturación del sistema. Se entiende que el *código no escrito* entre las administraciones está incluyendo, de forma progresiva, la necesidad de frenar la llegada de MENA, quebrando para ello los itinerarios predefinidos que implican la acogida y posterior regularización.

B) Lentitud del proceso de regularización⁽¹¹⁾

La tramitación de los permisos de residencia y de trabajo se dilata varios años, pudiendo llegar a la mayoría de edad sin ella.

El Defensor del Pueblo (informes de 2007 y 2008) ha señalado la incoherencia de las justificaciones que exponen las administraciones que tutelan a los MENA. Habla de «falta de eficacia» y disfunciones, señalando también las prácticas de algunas Comunidades, donde se retira la tarjeta de residencia a los MENA en su mayoría de edad⁽¹²⁾.

C) Errores en la determinación de la edad

Aunque las instituciones sanitarias le dan carácter urgente y prioritario, la determinación de la edad de los MENA no cuenta con la fiabilidad deseada. Algunos estudios estiman

(9) María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores...», cit., p. 10.

(10) Cfr. FUNDACIÓN PERE TARRÉS: «Rutas... Módulo 5», cit., p. 4.

(11) Para este apartado, *vid.* Rosa María BRAVO: «La situación de los menores no acompañados en España», ponencia en la Conferencia Regional sobre *Las migraciones de los menores no acompañados*, Consejo de Europa, Málaga, octubre de 2005, p. 8 (<http://jcpinto.es.en.eresmas.com/conferencia%20mena.pdf>); y UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 104.

(12) Actualmente, la mayoría de los recursos de atención están en manos de las entidades sociales (con y sin ánimo de lucro), tal y como ocurre con los jóvenes nativos tutelados. Este modelo mixto de gestión, público y privado, pone en juego intereses ajenos al menor, como la rentabilidad de los servicios y la subordinación contractual (*vid.* el informe de Save the Children: *Menores no acompañados. Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España*, p. 15. Disponible en http://www.savethechildren.es/ver_doc.php?id=16). La denuncia de las fugas de los centros, por ejemplo, cae en estos juegos jerárquicos. Algo que también se reproduce entre niveles de la *administración territorial*: «Suele ser habitual que la Administración que tiene la tutela de los menores no acompañados que se fugan de los centros o casas de acogida no denuncie la desaparición del menor a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dejándolos a su suerte. El menor suele llegar a otro centro con la misma o distinta identidad, comenzando de nuevo todo el proceso de determinación de la edad, de declaración de desamparo y protección por la nueva comunidad autónoma que pasa a tutelarle. Vuelve entonces a contar el plazo de 9 meses desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, a partir del cual se le documentará. La consecuencia es que el menor puede llegar a la mayoría de edad sin ser documentado» (UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 134.).

en dos años la diferencia entre la edad declarada y la comprobada. En 2008 se realizaron 1.572 pruebas, por lo que el volumen de afectados justificaría una mayor coordinación metodológica entre las diferentes administraciones⁽¹³⁾.

3. El caso marroquí

Desde 2003 existe un Memorando para la repatriación de los MENA marroquíes. Numerosas entidades sociales han denunciado la falta de garantías en dichas repatriaciones y la existencia de denuncias sobre malos tratos y encarcelamiento de menores migrantes por el Estado marroquí⁽¹⁴⁾. La Ley 02/03 marroquí introduce el delito de «emigración irregular» (artículo 50), castigada con multa o pena de cárcel, sin distinguir entre adultos y menores.

Igualmente, desde 2005 está en vigor un acuerdo bilateral para la creación en el norte de Marruecos de varios centros de menores repatriados, con fondos de la Cooperación española. Esta política ha sido igualmente criticada por primar la seguridad sobre los intereses del menor, pudiendo conculcar a menudo los derechos humanos básicos (expulsiones nocturnas de tutelados, violencia policial marroquí, etcétera); pudiendo generar también expectativas migratorias de participación en los proyectos educativos «a la vuelta»⁽¹⁵⁾.

III. PERSPECTIVAS Y DEBATES

Paralelamente a la situación descrita, se han generado debates que reflejan conflictos y nuevas perspectivas en torno al sistema jurídico y de políticas sociales al que acceden actualmente estos menores.

1. Regularización

A) Acceso a la documentación

El NIE provisional, el empadronamiento y otros trámites administrativos que, como hemos visto, sufren una lenta progresión en los itinerarios de los MENA tutelados, son básicos en sus procesos de inserción en nuestra sociedad.

(13) Este aspecto está ampliamente tratado en UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit, pp. 94-95; y también en el informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía —APDHA—: *Entre la represión y la protección. Menores extranjeros no acompañados en Andalucía* (http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/informemena0606apdh.pdf?package_id=9185) p. 29; y en Callejón sin salida: *abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes*, informe de Human Rights Watch, p. 26. Vid. el gráfico citado por Óscar CALZADA: *La protección de los menores extranjeros no acompañados en Cantabria*, 2007, p. 74 (<http://www.serviciosocialescantabria.org/uploads/documentos%20e%20informes/MenoresNoAcompa%C3%B1adosCantabria.pdf>).

(14) Vid. el artículo de Mercedes JIMÉNEZ en *Intermigra* (<http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=881>) o su aportación anterior en el informe *Racismo institucional: Malos tratos de la Administración española a los menores extranjeros no acompañados*, p. 20 (http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Mercedes_Jimenez_Malos_tratos_a_menores.pdf?package_id=9185). En la misma línea, APDHA: *Entre la represión...*, cit., pp. 31 y 46; y SOS RACISMO: *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*, pp. 17 y 28 (http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?revision_id=9202&package_id=9185).

(15) Vid. Amina BARGACH *et aliter*: «El reto de los menores e(in)migrantes» en *REDEX*, núm. 7, 2005, p. 252.

III. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

El NIE provisional, por ejemplo, garantiza el acceso a la formación ocupacional (formación profesional no reglada). En Aragón se han producido quejas por parte de las entidades responsables de la formación e inserción social de estos menores. Se declaran incapaces de dar salida a sus inquietudes sin un acompañamiento real del resto de las administraciones, que han de priorizar estas tramitaciones al tratarse de menores sujetos a tutela por la Diputación General de Aragón⁽¹⁶⁾.

El cumplimiento de la legislación estatal y autonómica, así como los acuerdos internacionales sobre derechos de los menores, exigen, según UNICEF⁽¹⁷⁾, una mayor implicación de la Fiscalía de Menores para exigir la equiparación de trato entre menores tutelados extranjeros y nativos, tanto en eficacia administrativa como en igualdad de derechos.

B) MENA y mayoría de edad

La llegada a la mayoría de edad en situación irregular es un *fracaso* de la tutela de muchos MENA por parte de las administraciones públicas. Todos los informes de entidades que trabajan con menores coinciden en este diagnóstico.

Como consecuencia de ello, la posibilidad real de expulsión de un joven que ha sido tutelado implica una evaluación negativa de los costes sociales y económicos de su itinerario dentro de las políticas sociales. Si se está informando de forma generalizada sobre la escasez de recursos y la quiebra que ésta produce en el tramo final, de emancipación del MENA, ¿no es otro exponente de la debilidad de las políticas sociales en torno a estos menores?⁽¹⁸⁾.

Entidades sociales, trabajadores implicados y administraciones públicas coinciden en la necesidad de rentabilizar los recursos invertidos, lo que plantea la necesidad de optimizarlos, coordinarlos y evaluarlos desde el indicador de la inserción final de los MENA. En esa línea, la Comunidad de Cantabria ha creado un recurso específico y centralizado con profesionales del Servicio de Protección de Menores expertos en derecho de menores y de extranjería. Colaboran con los «coordinadores de caso» y los «educadores de centros» (residencias de menores) para la adquisición de la documentación precisa para regularizar la situación del menor⁽¹⁹⁾.

La otra opción plantea abiertamente la necesidad de explicitar que las políticas sociales deben mantenerse en situación de fragilidad, como vía de rechazo a la institucionalización de una nueva modalidad migratoria, propia de comunidades transnacionales⁽²⁰⁾. Ésta es la opción que está fracasando y que delata la contradicción que ya se ha señalado, entre regulación

(16) Vid. *Informe sobre la situación de los menores en Aragón* emitido por EL JUSTICIA DE ARAGÓN en 2007, pp. 12 y 145.

(17) Vid. UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 141.

(18) Cfr. Verónica GALLEGU *et al.*: «La integración social de los Menores Inmigrantes No Acompañados: nuevos retos en la Comunidad de Madrid» en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. extra 1, E.U. de Estudios Sociales de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, p. 109; y María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores...», cit., pp. 7-8.

(19) Óscar CALZADA: *La protección de los menores...*, cit., p. 92.

(20) Vid. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía: *Entre la represión...*, cit., p. 14.

del flujo migratorio e interés del menor. Quizá no sea sino el síntoma de un cambio estratégico progresivo. En Europa se ha planteado este debate, abriendo la posibilidad a la negación de las tutelas⁽²¹⁾, pero el marco jurídico comunitario impide cualquier vía de este cariz.

2. Recursos para MENA

A) Masificación de los recursos residenciales

En la lógica de la gestión titubeante y la escasez de recursos ya referida, los centros residenciales para MENA y otros menores tutelados están desbordados en todo el Estado.

Con todo, las entidades gestoras y los profesionales plantean, desde su práctica diaria, el debate sobre la efectividad insertora y socializadora de las modalidades residenciales: pisos y residencias⁽²²⁾. La necesidad de rehuir los recursos específicos para MENA gana peso progresivamente, así como la de eliminar los recursos *guetizados* o *guetizantes*, como algunos centros en espacios singulares, priorizando entornos urbanísticos normalizados.

La disyuntiva entre recursos residenciales específicos u ordinarios se amplía al derecho de todo tutelado a acceder a una familia de acogida temporal como alternativa de socialización y residencia, en igualdad con los menores tutelados nativos. E incluso el papel de las familias inmigrantes regularizadas en esas opciones tutelares⁽²³⁾.

De la misma manera, la masificación de los recursos provoca constantemente tensiones laborales entre trabajadores y residentes, trabajadores y entidades gestoras, administraciones públicas y entidades (por quejas de residentes o trabajadores), etcétera.

B) Recursos sociales: ¿específicos u ordinarios?

La llegada intermitente y no programada de estos menores a los servicios sociales de las Comunidades Autónomas plantea de forma generalizada el problema de su inserción en programas *educativos* y de *socialización* (tiempo libre, deporte...).

Como consecuencia, puede darse en ocasiones la concentración de MENA en un curso, dificultando su inserción real en entornos normalizados y estigmatizando, de cara a la población nativa, los recursos usados. Éste es el caso habitual en los programas de formación profesional denominados de «garantía social» o de «cualificación profesional inicial» (PCPI)⁽²⁴⁾.

(21) Vid. Daniel SENOVILLA: *Situación y tratamiento...*, cit., pp. 8 y 13.

(22) Vid. María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores...», cit., pp. 8 y 10; y también el informe del Ararteko: *Situación de los menores extranjeros no acompañados en la CAPV*, Vitoria, 2005, pp. 206 y ss.

(23) Vid. La situación en Europa en Daniel SENOVILLA: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 36; y en CONRED: *Conclusiones del Seminario Europeo Menores Migrantes No Acompañados en Europa*, Barcelona, mayo de 2004, pp. 7 y 9 (<http://www.peretarres.org/daphneconred/seminari/conclusions.pdf>). La opción de la acogida en familias es propuesta por algunos técnicos como menos gravosa económicamente y más integradora. En esta misma revista, Amina BARGACH *et aliter*: «El reto de los menores e(in)migrantes», cit., p. 252, se ha citado la *Kafala* como figura jurídica a considerar en la tutela de menores en España. Puede entenderse este término a través de www.amicsinfantsmarroc.org/adopcion.es.html.

(24) En esta línea informan Pablo PÉREZ: «De naufragos y navegantes: los menores y jóvenes no acompañados», en *Puntos de Vista*, núm. 10, junio 2007, Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural,

Desde algunas entidades sociales se plantea la duda de si la estandarización de los itinerarios para todos los MENA, en este aspecto, no supone en ocasiones un riesgo o un obstáculo a la integración de estos menores, derivando así en un *recurso de carácter punitivo* o discriminatorio⁽²⁵⁾.

3. MENA en conflicto

A) MENA en la calle

Las entidades que trabajan con *jóvenes en la calle* (entre ellos los MENA) advierten desde hace años de que puede haber menores extranjeros desprotegidos, no atendidos por ninguna institución, que estén inmersos en:

- Prostitución a través de redes mafiosas (niñas) o como forma de supervivencia (niños).
- Pequeño tráfico de drogas no legales.
- Asilo/refugio no concedido: menores provenientes de países en guerra o situaciones de persecución.

El contacto de estos menores con las políticas sociales se inicia, en ámbitos urbanos de gran densidad, con la educación de calle. El fin último de las intervenciones es dotar al menor de una red social que evite su caída en las situaciones de riesgo social⁽²⁶⁾.

En ocasiones, estos MENA no están realmente solos, sino que están sujetos a la explotación de adultos que no les proveen de recursos ni protección más allá de la precisa para sus fines delictivos: prostitución, mendicidad, sustracciones, etcétera. La entrada y salida constante de los recursos de acogida puede implicar el desconocimiento de estas situaciones de explotación, que no tienen por qué romperse durante la tutela pública.

La paradoja contraria es la de los menores que, a la vista de los servicios sociales, cuentan con una red de apoyo familiar (familia extensa), por lo que no son declarados en desamparo, cuando la realidad es que ese entorno no puede asegurarles unas condiciones de vida mínimas, obligando al menor a buscarse sus propios medios, dentro o fuera de la ley.

Para el autor, la calle no es un punto de llegada estable. La praxis permite hablar a los profesionales que acogen a estos menores de una entrada y salida constante de los servicios de atención, por lo que los *MENA de la calle* no son sino *una fase más de un itinerario de doble vía*. Hay un *itinerario paralelo* al de la acogida que implica la desinstitucionalización activa (fugas) o pasiva (no detección, dejación). En numerosos informes se hace mención expresa a esa dualidad (protección/desprotección), que implica que los MENA atraviesan

Madrid, p. 44; el informe del Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., p. 209; y también Rosa María BRAVO: *La situación de los menores...*, cit., p. 27.

(25) El argumento corresponde al informe de Save the Children: *Menores no acompañados...*, cit., p. 14.

(26) *Vid.* las experiencias reseñadas en Verónica GALLEGU *et aliter*: «La integración social...», cit., p. 22; en María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores...», cit., p. 9; y en Violeta QUIROGA (coord.): «*Somnis de butxaca. Nois i noies menors migrants no acompanyats a Catalunya*». Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2009, p. 202.

diversas circunstancias jurídicas hasta los 18 años. También se reseña el conocimiento que los MENA tienen del sistema de protección, que les impulsa a trasladarse por diferentes Comunidades Autónomas en busca de las mayores «facilidades» para la obtención de la regularización administrativa): estos son los «corredores» geográficos, que justifican las fugas de los centros de acogida, cifradas en un 40% dentro de la primera semana de estancia⁽²⁷⁾.

B) Incremento de MENA infractores

En los últimos años, un porcentaje significativo de las medidas de internamiento impuestas en los juzgados de menores corresponde a extranjeros. Y entre los MENA con medidas judiciales en algunas Comunidades Autónomas se llega al 70% de internamientos. Estos datos pueden indicar un fallo en el sistema de tutela, que además es de tendencia creciente: la infracción entre los menores tutelados es frecuente, independientemente de si se es nativo, extranjero o MENA⁽²⁸⁾.

Las cárceles de menores o *centros de educación e internamiento por medida judicial* (en Aragón)⁽²⁹⁾ no responden al itinerario de inserción social de los MENA, sino al fracaso de las políticas sociales que los acogen. El MENA que ha caído en la exclusión está señalando la necesidad de mejorar estas políticas, que ahora mantienen abierta la vía de la penalización y la expulsión como parte integrante del itinerario paralelo ya descrito. La entrada y salida de los recursos de acogida indican que la cárcel es el fracaso mayor de las nada desdeñables inversiones públicas en itinerarios de «inserción».

De forma similar, podemos plantear que el incremento de MENA implicados en el consumo y pequeño tráfico de drogas no legalizadas, tal y como detectan los servicios sociales y los Grupos de Menores de la Dirección General de la Policía⁽³⁰⁾, no es sino la consecuencia lógica de la entrada de estos menores en las vías delictivas que los adultos recorren bajo el *paraguas-estigma* de la situación administrativa irregular. El paso del ecuator a la edad adulta se acelera en los MENA, contando con la infracción como alternativa a la difícil o nula posibilidad de inserción laboral⁽³¹⁾.

(27) Vid. el informe del Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., pp. 205 y 211; y el de Violeta QUIROGA (coord.): *Somnis de butxaca...*, cit., p. 160 (fugas) y 204 (desamparo). El autor recoge en su cuaderno de campo (10-6-2010, Zaragoza) este esclarecedor testimonio de un menor marroquí: «En (San) Sebastián, me dice que me voy a otro lugar. El coordinador (del centro) me dice que me va, es mejor para mí. Me da bocata, de macarrones. Me lleva estación. Compra billete bus. (...) Yo viene Zaragoza (...) con amigos. Aquí tengo amigos. Yo habla con ellos, voy a la policía y pregunto. Me dicen que queda aquí, esperando. Luego me van a COA (Centro de Observación y Acogida, Gobierno de Aragón)».

(28) Además de los informes ya reseñados, como el de SETIÉN (p. 9) y CALZADA (p. 87), los MENA están empezando a ser objeto de estudio criminalístico; un ejemplo en www.scribd.com/doc/16575783/Investigacion-MENA-marroquies. La reseña sobre menores tutelados, en Lorena ÁLVAREZ *et aliter*: «Tendencia al delito de los menores desamparados. Un estudio criminológico en la provincia de Pontevedra», boletín electrónico *Noticias Jurídicas*, 2007 (<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200701-45456545461287.html>).

(29) El JUSTICIA DE ARAGÓN en *Informe sobre la situación...*, edición de 2009, p. 87, recoge la cifra de seis MENA en este centro.

(30) Para estas unidades policiales se ha creado formación específica en Aragón (El Justicia, 2009: 114).

(31) Vid. un esquema muy claro de «formas de buscarse la vida, riesgos asociados y trayectorias observadas» en Ainhoa RODRÍGUEZ: «Reacciones y relaciones de menores y jóvenes marroquíes ante la protección y la exclusión», en *E-migrinter*, núm. 2, Universidad de Poitiers (Francia), 2008, p. 158.

Al consumo de drogas, que puede venir ya asociado al menor desde su país de origen, se unen en ocasiones problemas específicos de salud mental, para los que tampoco existen recursos suficientes en el ámbito de la tutela.

IV. EXPECTATIVAS DE ACOGIDA

Además de estos debates, ya asentados en el ámbito académico y en el de las entidades sociales y de derechos humanos, se plantean a continuación dos perspectivas a propuesta del autor: una referida a las expectativas de acogida en los menores, y otra a la relación de éstos con las tecnologías de la información y la comunicación. Desde el inicio del fenómeno de los MENA se ha producido un cambio progresivo en la definición compartida de los proyectos migratorios individuales. Esta evolución se mueve impulsada por los cambios legislativos y, como se verá después, también por los tecnológicos.

El agente motor de este cambio puede señalar tanto a las instituciones como a los propios MENA. Diversos estudios indican un fuerte peso de la variable institucional, trayendo al frente el discurso de los MENA, que así lo verbalizan⁽³²⁾.

La evolución de la migración, por la respuesta institucional a ésta, tiene en cuenta dos factores de movilización:

- Las *estructuras públicas* (y privadas) desplegadas para acoger en régimen de tutela a los MENA, y que los segregan de los migrantes *irregulares* y sus circuitos de expectativas inciertas de regularización.
- Los *itinerarios individualizados* que incorporan al MENA a los servicios públicos del Estado del Bienestar (sanidad, educación y empleo) y culminan en la posibilidad de una regularización de su estancia dentro de las fronteras.

Ambos factores están determinando, de manera creciente, el diseño previo de la migración⁽³³⁾. Por ello, es aquí donde las expectativas de los MENA exigen enfocar el proceso de acogida desde dos visiones muy diferentes: la de los menores y la de los profesionales que intervienen con ellos.

Las investigaciones que han podido acceder al discurso propio de los MENA nos permiten concluir que son capaces de expresar cómo se ven. La traducción al lenguaje técnico,

(32) Sobre los proyectos migratorios de los menores, *vid.* CONRED: «Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa [Informe comparativo]1», Fundación Pere Tarrés, Barcelona, 2005, p. 72 (<http://www.peretarres.org/daphneconred/estudi/informe/pdf/informe.pdf>). Sobre el peso de la acogida en el diseño migratorio, *vid.* Violeta QUIROGA (coord.): *Somnis de butxaca...*, cit., p. 159. Otros informes insisten en este factor, como el de Luisa María Leonor ROJO: *Estudio sobre la migración internacional de Menores Extranjeros No Acompañados Sub-saharianos hacia las Islas Canarias*, Fundación Nuevo Sol, Madrid, 2009, p. 147 (http://www.casafrica.es/casafrica/Agenda/2009/11_MENA_Informe.PDF), donde puede leerse «(...) algunos responsables de los centros de acogida de menores afirmaban que la situación ha cambiado mucho desde el año 2006, ya que ahora los menores llegan perfectamente informados sobre lo que les espera en España y sobre sus derechos y prestaciones, e incluso, en algunos casos, desde el primer día, solicitan aquello sobre lo que tienen derecho. Detrás de esta información están las redes transnacionales de migrantes que han ido informando en origen sobre lo que les espera a los menores cuando vienen a España».

(33) Cfr. CONRED: «Rutas de pequeños... [Informe comparativo]», cit., p. 73; y Violeta QUIROGA (coord.): *Somnis de butxaca...*, cit., p. 161.

propio de la acción o trabajo social, del «imaginario MENA» plantea la necesidad de admitir que una buena parte de ellos se consideran *consumidores* de una *carta de servicios*.

Este término aflora en el *código verbal* de los profesionales que trabajan con MENA, permaneciendo fuera del ámbito de la literatura administrativa por poseer connotaciones que cuestionan la intervención misma. Con todo, comienza a acotarse en ensayos emitidos por profesionales y entidades⁽³⁴⁾.

La barrera fundamental para asumir lo que los MENA manifiestan está protagonizada por la categoría vigente en el período anterior de las migraciones de menores: el asistencialismo. Profesionales y entidades (públicas y privadas) han concebido un MENA *usuario* de, antitético del *consumidor* de. La nueva percepción plantea, por tanto, un dilema aún sin resolver:

- No teorizar la evolución del proyecto migratorio permite no intervenir frente al cambio. Mantener el *statu quo* es, por el momento, beneficioso en términos de continuidad (contratos, presupuestos, etcétera) y legitimidad (se evitan debates públicos).
- Teorizar sobre esa evolución implica intervenir, en términos de modificaciones profundas que afecten a todas las administraciones y actores implicados: restricción de accesos, métodos de expulsión, control del gasto, evaluación de la gestión... Todo ello supone aceptar riesgos para la legitimidad de quien regula el estatus de los MENA: protestas de ONG, de los países de origen⁽³⁵⁾, etcétera.

V. MENA Y TIC

El otro factor determinante en la nueva definición compartida del proyecto migratorio individual es el cambio introducido por las tecnologías de la información y la comunicación o TIC⁽³⁶⁾.

Un MENA acogido, rompiendo los moldes del *asistencialismo*, puede hacer uso de un *blog* para mostrar de manera gráfica y sencilla sus *éxitos* migratorios, que pasan en gran medida por el acceso a los servicios públicos ya reseñados. Puede, igualmente, mandar fotografías de móvil a móvil con imágenes de los recursos residenciales en los que se encuentra, y a los que llama a agruparse a otros MENA, migrados o expectantes. Puede trazar una ruta segura a través de Google Maps para atravesar la península por puntos menos conflictivos y enviarla a sus amigos tras la frontera. Puede, en definitiva, revolucionar los

(34) La ambivalencia que se produce en los profesionales aparece ya en Liliana SUÁREZ: «Inmigración de los menores migrantes no acompañados», en *Actas del Seminario Europeo Menores Migrantes No Acompañados en Europa*, editadas por CONRED en 2004, p. 9 (<http://www.peretarres.org/daphneconred/estudi/actas/pdf/actas.pdf>). La misma investigadora amplía esta percepción en «Un nuevo actor migratorio: jóvenes, rutas y ritos juveniles transnacionales», en Francisco CHECA *et aliter* (ed.): *Menores tras la frontera. Otra inmigración que aguarda*, Icaria, Barcelona, 2006, pp. 23, 25 y 28. *Criminalización o paternalismo, control o protección* son un rango común en las políticas sociales aplicadas a los MENA en todas las Comunidades. Detrás de ella se conforma una migración consciente y propositiva, que conoce y utiliza las contradicciones propias del sistema de protección y acogida ante el que comparece.

(35) *Vid.* como ejemplo la situación en Senegal: <http://www.eldia.es/2007-12-31/canarias/canarias1.htm>.

(36) Cfr. Liliana SUÁREZ: *Inmigración de los menores...*, cit., p. 7.

prolegómenos y el desarrollo de la acogida, que, de manera creciente, ya no es *circunstancial*⁽³⁷⁾.

Así, el MENA migrado, a través de las TIC, incide de forma determinante en el proceso migratorio del MENA expectante en tres fases: diseño, decisión y evaluación.

- El *diseño* con apoyo tecnológico, como nueva herramienta del proyecto migratorio, se introduce como contrapeso a la incertidumbre de las anteriores migraciones. A mayor uso de las TIC y mayor índice de diseño la incertidumbre percibida será menor. Y viceversa.
- Más diseño y TIC también implican un menor peso de la comunidad de origen en la toma de la *decisión* migratoria. La comunidad, en consecuencia, puede verse abocada a intervenir después, una vez que el proceso está en marcha. Mientras que en el caso contrario, con menor diseño o TIC, da más posibilidades a las comunidades para intervenir antes de iniciarse el proceso migratorio.
- Las TIC posibilitan, de la misma forma, una *evaluación* continua de la migración del MENA. Familia y entorno pueden, en paridad de niveles de influencia, valorar *on line* el *blog* del menor acogido, sus notas en la web del instituto de secundaria..., aumentando las opciones de acompañamiento en un exitoso proceso migratorio. Al contrario, la ausencia de las TIC plantea una evaluación final de la migración donde la familia acumula y tamiza la información frente al entorno de origen, y la ausencia de acompañamiento suma otra dificultad hacia un posible fracaso del proyecto.

Los MENA ponen de manifiesto con su evolución que existe un pulso entre las TIC y las fronteras: un nuevo modelo migratorio comunitario, protagonizado ahora por un *colectivo desterritorializado*⁽³⁸⁾. Una nueva fase, que no la última.

Esto responde en parte a un nuevo modelo familiar. Familias que contemplan, como algo ahora a su alcance, la *internacionalización del Estado del Bienestar* europeo⁽³⁹⁾, al que remiten a sus descendientes apoyados por las TIC. Familias, en definitiva, que optan por una nueva vía de asalto a la *fortaleza de la UE* y su frontera sur: la *puerta del Imaginarium*⁽⁴⁰⁾.

VI. VOCES

Antes de concluir, de entre los actores presentes en estos proyectos migratorios, se quiere dar voz aquí a los propios menores y, por su proximidad a ellos, a los profesionales que los acogen.

(37) Ver algunos ejemplos de *blogs* personales en <http://www.drari-col-lectiu-foto-zuera.blogspot.com/>. La telemática desdibuja las fronteras. Quizá por ello Liliana SUÁREZ: «Un nuevo actor...», cit., p. 22, habla de nuevas producciones culturales propias de los MENA, y Violeta QUIROGA (coord.): *Somnis de butxaca...*, cit., p. 159, ilustra cómo el diseño migratorio se hace apoyándose en ambos lados de la frontera.

(38) Cfr. Liliana SUÁREZ: «Un nuevo actor...», cit., p. 22.

(39) Cfr. CONRED: «Rutas de pequeños... [Informe comparativo]», cit., pp. 73 y 77.

(40) Esta compañía aragonesa con implantación internacional da acceso a sus jugueterías por dos puertas. Una para adultos, estandarizada: la que se ha cerrado a la inmigración, *la imposible*. Otra para menores, de mitad de altura: la nueva puerta, *la posible*. La de los MENA.

1. Profesionales de la acción social

Los *profesionales* de la acción social (educadores, trabajadores sociales, psicólogos, maestros, orientadores, etcétera) han entrado en contacto con los MENA decisivamente a lo largo de este comienzo de siglo. El punto de inflexión, en torno al año 2000, marca un cambio en las voces que están *cocreando* el nuevo discurso, técnico y político, sobre este fenómeno.

La mayoría de la información analizada para este apartado señala hacia los trabajadores de los programas residenciales (pisos, residencias, centros de primera acogida), que ejercen también tareas educativas y de integración social. Contando con este sesgo, se muestran aquí algunos de los acentos que han surgido en este nuevo siglo:

A) *Como favorable*

- a) Se parte de un componente *vocacional* fuerte. El trabajo con menores, en situación de riesgo de exclusión, precisa de una voluntad clara de servicio a éstos, ya que el desgaste personal que implica puede acabar incidiendo en el propio servicio prestado⁽⁴¹⁾.
- b) En numerosas ocasiones, la implicación de los técnicos con el menor supera barreras que la gestión administrativa de una materia tan inestable no puede evitar sin un compromiso *extra* por parte de quien tiene mayor relación con el MENA.
- c) Las características propias del mercado laboral del llamado *tercer sector* permiten que los profesionales que trabajan con los MENA, mayoritariamente, estén *sobrecualificados*, lo que posibilitaría, en condiciones de gestión adecuadas, una buena atención a los menores.
- d) Se está proponiendo la inclusión de técnicos procedentes de países emisores de menores en los equipos de trabajo, que, además, habrían de ser interdisciplinarios⁽⁴²⁾.

B) *Como desfavorable*

- a) A pesar de su mayor implicación y contacto con los menores, que les permite conocerlos con más profundidad, los profesionales de los recursos de atención directa, casi siempre contratados por entidades privadas, tienen una participación muy limitada en el proceso socio-jurídico⁽⁴³⁾.
- b) En cuanto a las condiciones laborales, la mayoría de los servicios están privatizados, lo que ha influido en el volumen de *trabajadores precarios* que caracteriza este campo del trabajo social. El acuerdo en el diagnóstico es total: el malestar laboral es generalizado⁽⁴⁴⁾.

(41) Cfr. Pablo PÉREZ: «De naufragos y navegantes...», cit., p. 42; y Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., p. 207. Este último informe reseña las condiciones laborales de las entidades sociales (p. 118), y el informe de Save the Children: *Menores no acompañados...*, cit., p. 15, la importancia de la implicación en la atención.

(42) Cfr. María Luisa SETIÉN y Fermín BARCELÓ: «La atención a los menores...», cit., p. 11; y Rosa María BRAVO: *La situación de los menores...*, cit., p. 27.

(43) Cfr. Save the Children: *Menores no acompañados...*, cit., p. 15.

(44) La rica experiencia de Pablo PÉREZ: «De naufragos y navegantes...», cit., p. 43, le permite preguntarse: «(...) ¿tendrá algo que ver la “cautela” que muestran algunas asociaciones con la dependencia económica de las mismas respecto a la Administración, al haberse transformado muchas de ellas en prestadoras de servicios? Callan o “hablan

III. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

- c) Al compartir los MENA recursos con otros menores (tutelados, con medidas judiciales), los profesionales que trabajan con ellos pueden estar inmersos en conflictos laborales más amplios⁽⁴⁵⁾.
- d) Igual de importante es la incidencia de las formas organizativas de los servicios: turnos de trabajo, duración de las jornadas, perfiles académicos requeridos en la contratación, etcétera⁽⁴⁶⁾.
- e) Las dificultades de compatibilizar la vida familiar y laboral en este ámbito son grandes. En los recursos residenciales, mayoritariamente del sector privado, son frecuentes los servicios con tres turnos durante todo el año, los cambios en los turnos y otros factores que exigen un plus de vocación e interés por los menores.
- f) En algunos casos, existen cláusulas de secreto profesional vinculadas a la extinción del contrato. Esto impide conocer por vías convencionales el discurso propio de los profesionales.
- g) Los conflictos con los trabajadores, bien por lo laboral, bien por lo profesional, pueden acabar en un cierre de recursos⁽⁴⁷⁾: motivado por las administraciones responsables, o por las entidades mismas.

C) Como propuestas

- a) Es preciso, de acuerdo con el análisis de la mayoría de los profesionales, iniciar un proceso de búsqueda sistemática de nuevas técnicas de acción con los MENA⁽⁴⁸⁾: otorgándoles mayor protagonismo; contando con las familias de origen o cuestionando que el eje de la tarea sean las políticas de control migratorio.
- b) La labor compleja a la que se dedican los profesionales que trabajan con menores inmigrantes exige, además, un compromiso con la formación continua: aprendizaje de idiomas, actualización en conocimientos legislativos, etcétera⁽⁴⁹⁾.
- c) La experiencia actual parece exigir también una *supervisión y evaluación* mayor de la gestión privada de los centros y programas para MENA y otros menores⁽⁵⁰⁾.

bajito”, quizás porque necesitan ese apoyo económico para su supervivencia». Otros tantos artículos e informes inciden en lo mismo.

(45) Una visita por www.centrosdemenores.com ofrece información contrastada sobre: conflictos entre trabajadores y entidades gestoras en los centros de internamiento de menores; denuncias de violaciones de derechos laborales por parte de algunos sindicatos; una denuncia colegiada sobre estos conflictos, por parte del Consejo General de Colegios de Educadores Sociales; y, periódicamente, despidos, abandonos o bajas voluntarias, que reflejan las tensiones que están presentes en la atmósfera laboral de demasiados recursos residenciales.

(46) Cfr. Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., p. 208: «En cuanto a los perfiles profesionales, llama la atención que se haya ido generalizando la figura de los vigilantes o personal de seguridad, muchas veces sin perfil especializado o formación específica».

(47) Cfr. Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., p. 207.

(48) Cfr. CONRED: *Conclusiones del Seminario...*, cit., p. 6.; Daniel SENOVILLA: *Situación y tratamiento...*, cit., pp. 23 y ss.

(49) Cfr. Ararteko: *Situación de los menores...*, cit., p. 208; Save the Children: *Menores no acompañados...*, cit., p. 17.

(50) Cfr. Save the Children: *Menores no acompañados...*, cit., pp. 17 y 30; Pablo PÉREZ: «De naufragos y navegantes...», cit., p. 40; UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., pp. 132 y 134.

2. Menores

De la misma forma, se considera preciso dar voz aquí a los protagonistas de esta migración, los menores, que aportan su propia definición del fenómeno. Sus códigos no son los propios del lenguaje científico, pero la existencia de palabras como *harraga*⁽⁵¹⁾ es un buen ejemplo de la necesidad de estudiar a estos menores como *sujetos activos* en sus procesos migratorios.

Si la voz de los profesionales se muestra tras diversas mediaciones, algo similar ocurre con la voz de los propios menores. Sus discursos permanecen ocultos, como expresión oral, ágrafa. Con todo, la interacción con los profesionales, así como con las entidades sociales que trabajan con los derechos de los menores, sacan a la luz retazos de su voz.

Partiendo de esa primera pantalla, la de los *profesionales*, éstos observan que los MENA, ante todo, hablan y viven como menores. Su relación con los adultos, familiares o no, está mediada por los mismos conflictos intergeneracionales que viven los jóvenes nativos⁽⁵²⁾.

El *rito de paso* a la edad adulta que supone la migración del menor⁽⁵³⁾ tiene en este caso un componente económico, el de quien aspira a acceder a las pautas de consumo de los jóvenes autóctonos, a los que previamente ha observado desde los medios y las redes telemáticas. Y se dota, igualmente, de una rebeldía propia de toda juventud: la estrategia de acceso a Europa y de huida de su entorno navega en la irracionalidad y la temeridad de quien busca autoafirmarse. El modelo ya referido de los *harraga* es paradigmático del norte de África, donde miles de menores aspiran a dichos cambios. De tal manera que constituye un término culturalmente aceptado⁽⁵⁴⁾ y socialmente normalizado, muy presente en los códigos de los profesionales europeos.

Esta aceptación se inscribe en la lógica del discurso del *ascenso social*. Un ascenso que se plantea desde estrategias diversas: la integración (o huida étnica), el conflicto, la hibridación (matrimonios de conveniencia, etcétera). En cualquiera de ellas se habla de menores que se *espabilan* al ritmo de las incidencias propias de quienes presentan mayores riesgos de exclusión.

Los MENA siguen, por tanto, pautas que reflejan la acción de la cultura de acogida, rechazándola o integrándola en la suya propia. Esto es clave para entender que la *acción social* no es inocua para ellos. De hecho, existen ya algunos modelos de adaptación a la

(51) Forma dialectal del árabe usado en el norte de África. Se refiere al que quema su documentación, al migrante irregular, etc. Como se recoge en el cuaderno de campo del autor (Zaragoza, 10 de junio de 2010, entrevista con joven marroquí, 17 años): «Harraga es el que se cola (sic). El que quiere entrar. Yo entré en Melilla. (...) No, harraga puede ser mujer, o hombre. También los niños, sí. Yo era muy pequeño, cuatro años menos, y también me cola (sic). Hay mucha gente, que se cola (sic) debajo de (...) Yo debajo de unas piedras. Una señora me vio y me dijo que su hijo trabaja, en Melilla, con camión de piedras. Me llama y me dice que vaya un día, a esta hora. Las piedras son grandes, y yo estoy debajo. La policía mira, pero no ve. Si la piedra se cae, yo no estoy aquí. Como en las películas. No queda nada».

(52) Cfr. UNICEF: *Realidad jurídica y social...*, cit., p. 68.

(53) Cfr. Liliana SUÁREZ: «Un nuevo actor...», cit., p. 23.

(54) El mito migratorio norteafricano ha roto unidireccionalmente los tabúes de la publicidad. Preguntados varios MENA por el autor (cuaderno de campo, junio 2010), enseguida le remiten a <http://www.youtube.com/watch?v=6AlmInPc91I> y a http://www.youtube.com/watch?v=-nTR4r_-aI&NR=1&feature=fvwp.

III. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

crisis económica actual que denotan un uso de los servicios sociales no contemplado hasta hoy por éstos⁽⁵⁵⁾.

Algo similar ocurre al acceder a las voces de los MENA (y otros menores extranjeros) en las redes tejidas por las TIC: los foros para menores⁽⁵⁶⁾; los *blogs* que reciben visitas de sus familiares y entorno social en su país de origen⁽⁵⁷⁾, etcétera.

Los informes de las *entidades* sociales y las administraciones especializadas también dan su voz a los MENA⁽⁵⁸⁾. A través de ellos conocemos las denuncias de los MENA contra las entidades que los tutelan, y que pueden servir como sirena que alerta de que, independientemente del caso particular, algo está fallando. Este cambio en la actitud de los menores frente a los servicios sociales está siendo liderado por los menores inmigrantes⁽⁵⁹⁾.

VII. CONCLUSIONES

Los MENA plantean el reto de afrontar la inmigración a la Unión Europea, desde países menos desarrollados económicamente, como una *realidad imparable* y relativamente *inasible*. La cuantificación del movimiento migratorio de los menores, en este y otros Estados, indica la eclosión de una *nueva estrategia de inmigración*.

Los Gobiernos europeos, y en especial los del sur de Europa, viven una constante tensión jurídica en torno a este fenómeno, que permite vislumbrar un horizonte de *cambio legislativo* próximo en el tiempo que implicará también cambios en las *políticas sociales* afectadas.

En nuestro caso, urge una coordinación real entre las administraciones y actores sociales que intervienen. Y, paralelamente, que se asegure que los resultados de cada itinerario individual sean evaluados por las administraciones públicas responsables de la tutela, exigiendo responsabilidades a todos los implicados: el indicador no es otro que la inserción jurídica y social en la Comunidad Autónoma de acogida. No por ello con un coste mayor, sino con una evaluación mejor de las inversiones y su efectividad, detrayendo recursos de las vías menos integradoras y con menor rentabilidad social.

(55) Como esta información recogida en el cuaderno de campo del autor (enero 2010, Zaragoza), de menores gambianos. Algunas familias negro-africanas, al percibir la imposibilidad de seguir el proyecto migratorio en familia (paro, hipotecas, deudas), vuelcan en los menores la siguiente fase migratoria y sus consiguientes esperanzas. Las prestaciones económicas correspondientes a su precaria situación se demandan por los adultos, que posteriormente retornan al país de origen. Los menores quedarán agrupados en una nueva unidad familiar, conformada por algún adulto (o no) de la familia amplia (según el modelo del África negra) y un grupo numeroso de menores. Todos en el mismo domicilio y dependientes de las citadas prestaciones concedidas a sus adultos. Se constituye así un MENA emergente, abandonado por sus adultos y tendente a la futura irregularidad administrativa

(56) Entrevista a un MENA en http://lossonidosdemibarrio.podomatic.com/player/web/2010-05-22T03_20_13-07_00.

(57) Cuaderno de campo del autor, mayo 2008, Zaragoza.

(58) Podemos citar algunas como ASAPA, APDHA, SOS Racismo, HRW, Amnistía Internacional, Save the Children..., así como las diferentes defensorías del pueblo.

(59) Ver <http://foromenores.blogspot.com/2010/02/primera-reclamacion-de-un-ex-tutelado.html>.

Precisamente, en esa línea debe contemplarse la necesidad de valorar laboral y técnicamente a los profesionales que intervienen en estos itinerarios, así como la de dar voz a los menores y a su entorno social y familiar.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES: LA EXPULSIÓN COMO SANCIÓN A LA SITUACIÓN IRREGULAR⁽¹⁾

M.^a NIEVES ARRESE IRIONDO

Profesora de Derecho Administrativo de la UPV/EHU

RESUMEN

La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular

La última reforma de la Ley Orgánica de Extranjería sigue tipificando como infracción administrativa la estancia irregular en territorio estatal. A estos efectos, asumiendo la previa jurisprudencia sobre la materia, especifica cuándo se ha de castigar tal conducta con multa y cuándo con expulsión. Sobre esta última, además, introduce determinadas matizaciones procedimentales vinculadas a la tramitación de los procedimientos sancionadores, el internamiento y la impugnación y suspensión de las órdenes de expulsión.

ABSTRACT

The legal framework of irregular situations of immigrants: Expulsions as irregular penalties

The last amendment to Organic Law on Immigration still sanctions the irregular stay in the territory of the State. Bearing in mind previous case-law, the Law distinguishes between fines and expulsions. As regards the latter, it sets out certain procedural requirements, and includes provisions concerning confinements, appeals and interim measures in the case of expulsions.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. SANCIÓN DE MULTA O EXPULSIÓN POR LA SITUACIÓN IRREGULAR.

1. La permanencia irregular como infracción grave.

- A) Opción entre las sanciones de multa y expulsión.
- B) Tramitación ordinaria o preferente de los expedientes de expulsión.
- C) La prohibición de entrada como consecuencia de una orden de expulsión.

2. La permanencia irregular inferior a tres meses.

III. EL INTERNAMIENTO.

(1) Este artículo constituye un apartado de la tesis doctoral «El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras» que se defendió en la UPV/EHU en enero de 2010, y que se publica con independencia de la monografía que verá la luz próximamente.

IV. IMPUGNACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN.

V. EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN Y CONSECUENCIAS DE SU INEJECUCIÓN.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Un fenómeno habitual al que se enfrentan las normas sobre extranjería es el de las personas que permanecen en territorio estatal sin título que les habilite para ello, es decir, en situación irregular. La irregularidad puede tener su origen en distintas causas. Así, puede que la persona extranjera haya entrado de manera clandestina en territorio estatal, en cuyo caso su situación sería irregular *ab initio*⁽²⁾. O puede que la irregularidad sea sobrevenida, debido a la caducidad de la autorización de residencia en virtud de la cual hubiera permanecido regularmente durante un tiempo. Sin perjuicio de que el ordenamiento, aunque de manera restrictiva, contemple vías para regularizar estas situaciones⁽³⁾, en las siguientes líneas se van a analizar las medidas reactivas que se pueden adoptar frente a las personas que se encuentran en situación irregular, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica de Extranjería.

II. SANCIÓN DE MULTA O EXPULSIÓN POR LA SITUACIÓN IRREGULAR

1. La permanencia irregular como infracción grave

La estancia irregular en territorio estatal está tipificada como infracción administrativa leve o grave⁽⁴⁾. En el primer caso, la comisión de la infracción se castiga con multa⁽⁵⁾ y, en el segundo, con multa⁽⁶⁾ o expulsión del territorio⁽⁷⁾. Para la imposición de la sanción correspondiente, cuya competencia es de la Subdelegación o Delegación del Gobierno en las Co-

(2) Cuestión diversa es que se deniegue la entrada a la persona extranjera que intenta entrar en territorio estatal siguiendo los cauces legales. La nueva regulación dada por la LO 2/2009 al artículo 60 LOEX suprime la figura del retorno, por lo que, denegada la entrada por incumplimiento de los requisitos establecidos, se obligará a las personas extranjeras a regresar a su punto de origen.

(3) Artículos 31.3 LOEX y 45 REX.

(4) Es infracción leve «[E]l retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado», artículo 52.b); e infracción grave «[E]ncontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente», artículo 53.1.a) LOEX.

(5) De hasta 500 euros, artículo 55.1.a) LOEX.

(6) De entre 501 y 10.000 euros, artículo 55.1.b) LOEX.

(7) Artículo 57.1 LOEX.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

munidades Autónomas uniprovinciales⁽⁸⁾, habrá de tramitarse el oportuno procedimiento sancionador, cuya instrucción corresponde al cuerpo nacional de policía.

A) *Opción entre las sanciones de multa y expulsión*

La comisión de la infracción de permanencia irregular tipificada como grave puede dar lugar, por tanto, a la imposición de una multa o a la expulsión. La pertinencia de una u otra sanción plantea la cuestión relativa a cuándo se ha de imponer una y cuándo la otra⁽⁹⁾. No se obvie que no se admite la imposición de ambas⁽¹⁰⁾ porque supondría la vulneración del principio *non bis in idem*⁽¹¹⁾. La regla general en materia de infracciones graves es que se castigan con multa⁽¹²⁾. Sin embargo, la Ley Orgánica de Extranjería indica que en el caso de la comisión de ciertas infracciones graves, entre las que se enuncia la que aquí ahora se analiza, «podrá» aplicarse la expulsión en lugar de la multa⁽¹³⁾. Ciertamente es la expulsión,

(8) La asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de autorización inicial de trabajo, supone el reconocimiento a su favor de la potestad sancionadora. De esta forma, respecto de infracciones vinculadas con el trabajo [artículos 52.c), d) y e); 53.1.b) y 53.2.a); 54.d) y f)], el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la inspección de trabajo y seguridad social (artículo 55.2 LOEX). Por su parte, con respecto a la infracción relativa a participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, artículo 54.1.a) LOEX, la competencia para la imposición de la sanción recae en la Secretaría de Estado de Seguridad.

(9) Esta incertidumbre ha traído como consecuencia el planteamiento por parte del juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 5 de Oviedo de una cuestión de inconstitucionalidad con fecha de 22 de diciembre de 2006, por entender que en el citado precepto puede haber hasta tres causas de inconstitucionalidad: a) Se produce una conculcación del principio de legalidad sancionadora, por no dar cumplimiento al aforismo *lex certa* «en cuanto a la indeterminación de las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa», en conexión con la infracción de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos y menoscabo del principio de seguridad jurídica «al no existir pauta o criterio legal para que la Administración o el juzgador considere procedente la multa o bien la expulsión en los casos de entrada irregular en el territorio español, con absoluta falta de previsibilidad para los destinatarios de la norma y operadores jurídicos». b) Se vulnera el principio de eficacia de la Administración «al considerar la expulsión como sanción y tratarse del mero restablecimiento del orden jurídico perturbado, no siendo proporcional ni eficaz la medida de multa en relación con el hecho de la entrada ilegal». c) Tampoco respetaría el artículo 57.1 LOEX el artículo 10.1 CE relativo a la dignidad de la persona, «ya que en el caso de aplicación de la multa, los extranjeros pasan a una situación anómala caracterizada por no estar legal ni ilegalmente en territorio español con los consiguientes perjuicios en su esfera de derechos».

(10) Artículo 57.3 LOEX.

(11) LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 18. *Non bis in idem*...», en LASAGABASTER HERRARTE, *Ley de la Potestad Sancionadora*..., 2006, pp. 271-300. Sobre esta cuestión se extiende la STSJ del País Vasco, de 17 de noviembre de 2006, que tras recordar el contenido del artículo 57 LOEX que prohíbe la imposición conjunta de las sanciones de expulsión y multa, indica que «[E]sto último es lo que hace la sentencia de instancia quebrantando no sólo el principio *non bis in idem* sino el de legalidad en cuanto confirma la resolución que impone la sanción de expulsión en sus propios términos y pese a ello al apreciar una causa de imposibilidad de ejecución que no afecta a la legalidad y procedencia de la sanción impuesta que se confirma añade a la sanción administrativa la de multa resultando en consecuencia que el mismo hecho es gravado con dos sanciones de distinta naturaleza, expulsión y multa. Comoquiera que la imposibilidad de ejecución es una circunstancia obstativa posterior a la firmeza de la sanción es llano que ningún precepto legal autoriza ni a la Administración ni a los Tribunales a sustituir una sanción firme por otra de distinta naturaleza sin previa revocación por causa legal de la primera (...)».

(12) Artículo 55.1.b) LOEX.

(13) Artículos 57.1 LOEX y 138 REX.

sea administrativa o judicial, es la sanción más característica en materia de extranjería⁽¹⁴⁾, pero esta afirmación no ha de llevar a la adopción de dicha medida automáticamente siempre que se cometa la infracción⁽¹⁵⁾.

La sanción de expulsión, en los términos en los que está redactada la Ley Orgánica de Extranjería, ha sido considerada como sanción subsidiaria⁽¹⁶⁾ o como sanción alternativa⁽¹⁷⁾. La cuestión es que si se impone una sanción de multa a la persona extranjera en situación irregular, el pago no resuelve el problema de la irregularidad⁽¹⁸⁾. Es decir, el abono de la multa no supone la concesión de un título para permanecer regularmente en territorio estatal. Sin embargo, teniendo en cuenta las consecuencias adheridas a las órdenes de expulsión, principalmente la prohibición de entrada durante determinado plazo, la aplicación preferente de la sanción de multa daría a la persona afectada la oportunidad de abandonar por sí misma el territorio estatal e intentar una nueva entrada de manera regular e inmediata. Además, sería posible que la persona extranjera en situación irregular regularizara su situación por motivos tales como el arraigo⁽¹⁹⁾, en cuyo caso, mientras exista dicha posibilidad, no estaría justificada su expulsión, máxime cuando el ordenamiento no impone dicha solución en todo caso.

Si tras haber abonado la multa no se produjera la salida en el plazo correspondiente y se volviera a localizar a la persona extranjera que sigue permaneciendo en situación irregular, la instrucción del nuevo procedimiento sancionador podría desembocar en una nueva sanción de multa o en la expulsión⁽²⁰⁾. Si tras el segundo expediente la persona extranjera tampoco abandonara el territorio estatal o no regularizara su situación, y fuera nuevamente localizada, en la medida en que la comisión de una tercera infracción grave de la misma

(14) La propia Directiva 2008/115/CE aboga por el retorno o expulsión de estas personas como única medida, aunque admite excepciones, artículo 6 Directiva. SAGARRA I TRIAS, *Los derechos fundamentales* y..., 1991, pp. 202-203; SUAY RINCÓN, «Artículo 57», en MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, *Comentario a la Ley y al Reglamento*..., 2001, p. 773; BAQUERO CRUZ, «El auto Dem'Yanenko...», 2004, pp. 941 y siguientes; ORTEGA MARTÍN, *Manual práctico de Derecho de Extranjería*..., 2005, cap. V, p. 45.

(15) LOZANO IBÁÑEZ, «Suspendo a la jurisprudencia que...», 1999, p. 10; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Expulsión versus devolución...», 2003, p. 32; MARTÍN MARTÍN, «Análisis de las principales novedades...», 2005, p. 127.

(16) DE MATEO MENÉNDEZ, «Una aproximación a la ley...», 2001, p. 14.

(17) El Tribunal Supremo considera la expulsión como sanción secundaria, SSTs de 9 de diciembre de 2005, Ar. 2006\1383; de 14 de diciembre de 2005, Ar. 4181 y 2006\4179; de 22 de diciembre de 2005, Ar. 4237 y 2006\1336; de 24 de enero de 2006, Ar. 4326; de 27 de enero de 2006, Ar. 350, 354, 1136, 1459 y 1460; de 31 de enero de 2006, Ar. 1189, 1195, 2793; de 10 de febrero de 2006, Ar. 2795, 2805 y 2810; de 21 de abril de 2006, Ar. 4998; de 30 de junio de 2006, Ar. 5896.

(18) ANDRÉS SANCHÍS, «La entrada ilegal...», 2004, p. 55.

(19) SOLANES CORELLA, «La situación jurídica del extranjero...», en FERNÁNDEZ SOLA y CALVO GARCÍA, *Inmigración y derechos*, 2001, p. 256.

(20) A la vista de la jurisprudencia sobre la materia, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil ha dictado la Circular 8/07, de 24 de abril de 2007, impartiendo instrucciones para la elaboración de expedientes sancionadores por estancia irregular. Sobre esta cuestión particular se especifica que se habrían de añadir al nuevo expediente sancionador, tanto la resolución de la anterior sanción de multa como la advertencia de la salida obligatoria, que constituirían el sustento legal y fáctico sobre el que fundamentar la motivación de la propuesta de sanción de expulsión.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

naturaleza en el plazo de un año se tipifica como infracción muy grave⁽²¹⁾, podría entonces imponerse la sanción de expulsión⁽²²⁾.

La Ley Orgánica de Extranjería indica, con carácter general, que para la graduación de las sanciones se han de tener en cuenta criterios de proporcionalidad⁽²³⁾, valorando el grado de culpabilidad y el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia⁽²⁴⁾. De manera más específica, la última reforma de la Ley Orgánica de Extranjería ha introducido en su texto una matización que, aunque ya clarificada por los tribunales, seguía planteando controversia. Así, se señala expresamente que la sanción de expulsión podrá ser impuesta mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción⁽²⁵⁾. Consecuentemente, la decisión de optar por la expulsión en lugar de por la multa habrá de estar debidamente motivada⁽²⁶⁾, y deberá ser consecuencia de una ponderación de todas las circunstancias que concurren en el caso⁽²⁷⁾. Estas exigencias derivan del hecho de que se está ante el ejercicio de una potestad discrecional de la Administración⁽²⁸⁾. La jurisprudencia ha declarado que en los supuestos de permanencia irregular, la Administración, según los casos, puede imponer la sanción de multa o la sanción de expulsión, si bien la sanción principal es la multa⁽²⁹⁾. Por eso y porque la expulsión es una sanción más grave y secundaria, se requiere una motivación específica y distinta, o complementaria, de la pura permanencia ilegal, ya que ésta ha de ser castigada con multa⁽³⁰⁾. Por tanto, si la Administración optase por la imposición de la sanción de expulsión, habría de especificar cuáles son las razones de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias de la persona infractora —criterio de prevención especial— y de la infracción misma —criterio de prevención

(21) Artículo 54.1.g) LOEX.

(22) La comisión de una infracción tipificada como muy grave también podría sancionarse con multa de entre 10.001 y 100.000 euros, artículo 55.1.c) LOEX.

(23) Artículo 57.1 LOEX. ALONSO PÉREZ, «Expulsión administrativa de extranjeros...», 2004; TOLOSA TRIBIÑO, «Exigencia de motivación...», 2006, p. 166. El artículo 131.3 LRJPAC define la proporcionalidad indicando que «[E]n la determinación normativa del régimen sancionador así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada (...)».

(24) Artículo 55.3 LOEX.

(25) Artículo 57.1, *in fine*, LOEX.

(26) DE MATEO MENÉNDEZ, «Una aproximación a la ley...», 2001, p. 14; ORTEGA MARTÍN, *Manual práctico de Derecho de Extranjería...*, 2005, cap. V, p. 70.

(27) RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Expulsión *versus* devolución...», 2003, p. 34.

(28) SOLANES CORELLA, «La situación jurídica del extranjero...», en FERNÁNDEZ SOLA y CALVO GARCÍA, *Immigración y derechos*, 2001, p. 258.

(29) TOLOSA TRIBIÑO, «Exigencia de motivación...», 2006, pp. 167-170. Este autor analiza diversas sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, poniendo en evidencia la diferente concepción que sobre la proporcionalidad se han manejado, de forma tal que en ocasiones se ha entendido como proporcionada la sanción de expulsión. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, «Aspectos específicos en...», en RAMOS QUINTANA, *Comentarios al Reglamento...*, 2007, p. 787.

(30) Este posicionamiento jurisprudencial ha sido criticado por entender que en supuestos de permanencia irregular la expulsión es una medida reparadora, motivo por el cual no se podría sostener que se trate de una sanción más grave y secundaria que la multa, LORENZO JIMÉNEZ, «La expulsión de extranjeros...», 2009, pp. 215 y 220.

general—⁽³¹⁾, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para determinar la expulsión y prohibición de entrada.

Sin embargo, cuando en el expediente administrativo consten, además de la permanencia irregular, otros datos negativos sobre la conducta de la persona sometida a dicho expediente, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la irregularidad, justifiquen la expulsión, se habrá de entender que ésta ya está motivada, aunque la resolución sancionadora no haga mención a las citadas circunstancias⁽³²⁾. En este sentido, se ha indicado que sería suficiente motivo para acordar la expulsión el hecho de que la persona extranjera no hubiera intentado regularizar su situación; o que careciera de toda documentación⁽³³⁾, vínculos de arraigo de carácter personal, familiar o social que pudieran hacer posible su regularización; o que sobre ella pesara una prohibición de entrada⁽³⁴⁾. No es motivo sufi-

(31) Sentencia del juzgado contencioso-administrativo núm. 5 de Málaga, de 23 de junio de 2006. Sigue indicando esta sentencia: «En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El artículo 20.2 de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del artículo 131 de la Ley 30/1992, es incuestionable».

(32) SSTs de 9 de diciembre de 2005, Ar. 2006\1383; de 14 de diciembre de 2005, Ar. 4181 y 2006\4179; de 22 de diciembre de 2005, Ar. 4237 y 2006\1336; de 24 de enero de 2006, Ar. 4326; de 27 de enero de 2006, Ar. 350, 354, 1136, 1459 y 1460; de 31 de enero de 2006, Ar. 1189, 1195, 2793; de 10 de febrero de 2006, Ar. 2795, 2805 y 2810; de 21 de abril de 2006, Ar. 4998; de 30 de junio de 2006, Ar. 5896; de 31 de octubre de 2006, Ar. 8898; de 9 de febrero de 2007, Ar. 1721 y 1880; de 18 de enero de 2007, Ar. 1685; de 25 de enero de 2007, Ar. 1321, 1697 y 2157; de 31 de enero de 2007, Ar. 1357 y 2035; de 9 de febrero de 2007, Ar. 1721 y 1880; de 22 de febrero de 2007, Ar. 2164, 2889 y 5386; de 28 de febrero de 2007, Ar. 878, 882 y 2160; de 9 de marzo de 2007, Ar. 2293; de 29 de marzo de 2007, Ar. 1567 y 1954; de 12 de abril de 2007, Ar. 3208, 3298, 3300, 4114 y 4115; de 19 de abril de 2007, Ar. 4277; de 20 de abril de 2007, Ar. 4288 y 4295; de 28 de junio de 2007, Ar. 6004; de 19 de julio de 2007, Ar. 4843 y 7131; de 4 de octubre de 2007, Ar. 7320; de 15 de octubre de 2007, Ar. 1862; de 31 de octubre de 2007, Ar. 7268; de 23 de noviembre de 2007, Ar. 8753; de 19 de diciembre de 2007, Ar. 9153; de 20 de diciembre de 2007, Ar. 2008/72; de 31 de enero de 2008, Ar. 946; de 24 de junio de 2008, Ar. 4219. TOLOSA TRIBIÑO, «Exigencia de motivación...», 2006, pp. 171-172.

(33) Que no es sinónimo de hallarse en situación irregular.

(34) SSTs de 14 de marzo de 2002, Ar. 3005; de 21 de abril de 2006, Ar. 4998; de 10 de febrero de 2007, Ar. 4577; de 29 de marzo de 2007, Ar. 1957; de 19 de abril de 2007, Ar. 4271; de 5 de julio de 2007, Ar. 3755; de 4 de octubre de 2007, Ar. 6968; de 23 de octubre de 2007, Ar. 7244; de 25 de octubre de 2007, Ar. 6500; de 26 de diciembre de 2007, Ar. 9038; de 31 de enero de 2008, Ar. 946; de 27 de mayo de 2008, Ar. 2869; de 24 de junio de 2008, Ar. 4219; de 28 de noviembre de 2008, Ar. 6013. GISBERT CASASEMPERE, «La estancia irregular...», 2007. El hecho de que la persona extranjera haya solicitado la regularización de su situación debería servir también para que la orden de expulsión acordada fuera suspendida cautelarmente hasta que se adoptase la decisión sobre el fondo, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de julio de 2007. CUADRADO ZULOAGA, «La expulsión de extranjeros...», 2008. En la antedicha Circular 8/07 se especifica que el órgano que esté instruyendo el expediente sancionador propondrá la expulsión cuando junto a la estancia ilegal concurren otros hechos tales como: 1) la existencia de detenciones policiales que han motivado la apertura y constancia de estar siguiéndose el correspondiente proceso penal; 2) la constancia de detenciones policiales con referencia explícita de haberse instruido atestados penales policiales remitidos a la autoridad judicial; 3) la utilización de identidad supuesta, usando documentos auténticos, falsos o falsificados de terceros. Otras circunstancias que pudieran motivar la propuesta de expulsión serían: 1) poseer pasaporte en el que no conste sello de entrada, ya que sin él se ignora cuándo y por dónde se ha entrado en el territorio y si ha transcurrido o no el plazo de la obligación de declarar la entrada; 2) la existencia de sanciones administrativas previas, así como de procedimientos administrativos sancionadores pendientes o en trámite y de procesos penales, al igual que la existencia de condena penal; 3) la carencia de documentación, domicilio o arraigo; d) en el supuesto de quienes hubieran entrado de manera

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

ciente, sin embargo, la mera existencia de antecedentes policiales mientras se desconozca su resultado final⁽³⁵⁾.

A pesar de la claridad de la jurisprudencia expuesta, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia planteó dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁽³⁶⁾. Entendía el Tribunal de Murcia que, conforme al Derecho comunitario, la estancia irregular de nacionales de terceros países en el territorio de la Unión impone su salida del territorio, bien mediante la denegación de entrada o bien mediante su expulsión. La cuestión prejudicial se planteó en los siguientes términos: «De acuerdo con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 67.1 y 2.a), así como el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13: ¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel “nacional de un tercer país” que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?»⁽³⁷⁾.

Estas cuestiones prejudiciales han sido resueltas recientemente por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo⁽³⁸⁾. Previamente, se hicieron públicas las conclusiones de la abogado general, en las que ya se anticipaba la conformidad con la norma comunitaria de la imposición de la sanción de multa en supuestos de estancia irregular⁽³⁹⁾. El Tribunal concluye también que en los casos de situaciones irregulares el Estado correspondiente no está obligado a adoptar siempre y en todo caso una resolución de expulsión. Los argumentos que fundamentan esta decisión son, por una parte, que la normativa comunitaria que presuntamente

legal, el transcurso del plazo de estancia y que no se haya intentado regularizar la situación o habiéndolo intentado se haya denegado, y no concurren circunstancias personales o familiares que aconsejen su no expulsión. LORENZO JIMÉNEZ, «La expulsión de extranjeros...», 2009, pp. 225-226.

(35) SSTs de 20 de septiembre de 2006, Ar. 6461; de 25 de enero de 2007, Ar. 1321; de 22 de febrero de 2007, Ar. 2164; de 12 de abril de 2007, Ar. 4114. En contra de este criterio, RODRIGO LAVILLA, «El principio de proporcionalidad...», 2008, p. 19; LORENZO JIMÉNEZ, «La expulsión de extranjeros...», 2009, pp. 227-228.

(36) Autos del TSJ de Murcia, de 12 de junio y de 22 de julio de 2008, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08.

(37) Sobre el carácter principal de las órdenes de expulsión debido a la primacía del Derecho comunitario véase, RODRIGO LAVILLA, «El principio de proporcionalidad...», 2008, pp. 18-19; LORENZO JIMÉNEZ, «La expulsión de extranjeros...», 2009, pp. 217-219.

(38) STJCE de 22 de octubre de 2009, *María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera c. Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*.

(39) Conclusiones de la abogado general Sra. Juliane Kokott, presentadas el 19 de mayo de 2009. La abogado propone al Tribunal de Justicia que «1) El artículo 6 *ter*, apartado 3, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, que tiene el mismo tenor, no obligan a expulsar a los extranjeros de terceros países sobre la base de la presunción de incumplimiento de los requisitos de estancia establecida en el artículo 6 *ter*, apartado 1, del citado Convenio de aplicación y en el artículo 11, apartado 1, del citado Reglamento. 2) El artículo 23, apartado 3, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen no se opone a una normativa nacional, como la de los presentes asuntos, según la cual la expulsión de un nacional de un tercer país que se encuentra en la Unión Europea sin un documento que le habilite para la entrada y/o la estancia puede ser sustituida por la imposición de una multa».

es vulnerada por el ordenamiento interno español se limita a regular el cruce de fronteras exteriores por parte de personas extranjeras. Por tanto, su objeto no es reconocer derechos a los nacionales de terceros Estados, ni imponer obligaciones a los Estados miembros. En consecuencia, dicha normativa comunitaria no regula la situación de las personas extranjeras que ya estuvieran en territorio estatal. En segundo lugar, el Tribunal subraya que es la versión española del Reglamento comunitario 562/2006⁽⁴⁰⁾ la única que impone la obligación de expulsar a los nacionales de terceros Estados que se encontraran en situación irregular, ya que en las demás versiones la expulsión se configura como medida facultativa. A este respecto, la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario excluye la consideración aislada de una única versión, requiriéndose una interpretación en función, tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido a la luz de todas las versiones del texto. Asimismo, la formulación utilizada en una de las versiones no puede constituir la única base para la interpretación de la disposición, ni tiene carácter prioritario frente a las demás versiones. En definitiva, los preceptos comunitarios origen de las cuestiones prejudiciales objeto de análisis en esta sentencia deben interpretarse en el sentido de que, cuando un nacional de un tercer Estado se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables, dicho Estado no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión.

B) Tramitación ordinaria o preferente de los expedientes de expulsión

Hasta la última modificación de la Ley Orgánica de Extranjería, la tramitación de los expedientes de expulsión, cuando la presunta infracción cometida era la de encontrarse irregularmente en territorio estatal, entre otras, se había de desarrollar conforme al procedimiento preferente⁽⁴¹⁾. Sin embargo, en la redacción actual de la Ley, sólo podrá optarse por dicho procedimiento preferente cuando exista riesgo de incomparecencia de la persona extranjera, ésta evite o dificulte la expulsión o represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional⁽⁴²⁾. No concurriendo ninguna de estas circunstancias, el procedimiento sancionador se instruirá conforme a la tramitación ordinaria.

En orden a clarificar cuándo procede la tramitación del procedimiento preferente y cuándo la del procedimiento ordinario, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil ha dictado una Circular⁽⁴³⁾. En ésta, tomando como base los criterios enunciados para el internamiento de las personas extranjeras inmersas en un procedimiento sancionador que pueda culminar en su expulsión⁽⁴⁴⁾, se especifican los supuestos de estancia irregular

(40) Reglamento (CE) 562/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

(41) Los distintos tipos de procedimientos sancionadores se regulan en el Título XI REX. En concreto, se alude al denominado procedimiento preferente en el artículo 130 REX., cuya regulación se contiene en la sección 2.ª, del capítulo II, del título XI REX.

(42) Artículo 63.1 apartado 2.º LOEX.

(43) Circular 1/2010, de 25 de enero de 2010.

(44) Artículo 62.1, apartado 2.º LOEX.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

en los que debería tramitarse el procedimiento preferente y aquellos cuya tramitación se habría de desarrollar conforme al procedimiento ordinario.

La opción por el procedimiento preferente prevalecerá cuando, junto con la situación irregular, concorra alguno de estos hechos: carecer de domicilio; carecer de documentación; exhibir documentación caducada; aun teniendo domicilio, que éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito; si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular; o, si se ha incumplido una salida obligatoria. Por su parte, del artículo 63.bis de la Ley Orgánica de Extranjería, la Circular infiere que procedería la tramitación del procedimiento ordinario «cuando el extranjero, además de acreditar con documento válido y en vigor su identidad concorra, también, el hecho de tener un “domicilio estable”, pudiendo entenderse por tal, aquel en el que, desde su entrada en España ha vivido de forma continua y con personas unidas por vínculos familiares, como pueden ser cónyuge, ascendientes o descendientes es decir, aquellos familiares a los que la propia ley confiere unos derechos o expectativas de derecho de poder residir en nuestro país por hallarse residiendo ese familiar al que se le otorga el derecho a reagruparlos». A este respecto, la Circular especifica que la convivencia con otros familiares distintos a los mencionados, o con amigos y conocidos, no es suficiente a efectos de garantizar que se vaya a seguir permaneciendo en dicho domicilio. De ahí que esta circunstancia unida a otras tales como la carencia de fuentes de ingresos, falta de arraigo u otras, como la existencia de sanciones previas por incumplimiento de órdenes de salida obligatorias, justificarían la opción de la tramitación preferente.

Obviamente, esta exposición suscita la incertidumbre relativa a la concreción de estos criterios. La Circular, consciente de las dificultades que en casos concretos pueden ocasionarse, también se refiere a los casos de desconocimiento del procedimiento a seguir. Sobre este particular señala que habrá de ordenarse la realización de determinadas actuaciones, aunque, en cualquier caso, se habrá de adoptar acuerdo de iniciación motivado, que se notificará al interesado, además de adoptarse la medida de detención cautelar.

Las actuaciones a llevar a cabo en orden a clarificar el procedimiento a seguir se centran en la clarificación de si existe o no riesgo de incomparecencia, ya que se considera que la concurrencia del riesgo para el orden o seguridad pública y que la persona extranjera evite o dificulte la expulsión son fáciles de conocer al momento de dictarse el acuerdo de iniciación. Los criterios que se exponen para deducir el riesgo de incomparecencia se circunscriben a cuatro:

1. Datos relativos al domicilio. Sobre este particular se dilucidará el tiempo que lleva viviendo en ese lugar; domicilios o lugares en los que ha vivido desde que se encuentra en España; las personas, si son las mismas o diferentes, con las que ha convivido y con las que convive; el vínculo que tiene con las personas con las que convive, si todos son amigos, si algunos amigos y otros conocidos, etc.; si convive con familiares y en este caso cuáles son los vínculos que les unen.
2. Plazo de permanencia en España. Este dato se acreditará con el pasaporte y el sello de entrada. La carencia de dicho sello será un elemento negativo que repercutirá a favor de la tramitación preferente.
3. Medios de vida y subsistencia. Las actuaciones se encaminarán a la comprobación de cuál o cuáles son las fuentes de ingresos; los medios económicos de los que se dispone y quién hace frente a sus gastos básicos de alojamiento, manutención, etc.

4. Datos relativos al arraigo en la sociedad. Este criterio se refiere a las posibilidades con las que cuenta la persona extranjera para regularizar su situación administrativa a la vista de las disposiciones sobre esta cuestión, los vínculos familiares que se tengan o su situación física, psíquica o de salud.

La finalidad de la Circular es facilitar la labor policial en los supuestos a los que se refiere. No obstante, en muchas de sus acotaciones podría considerarse que se está llevando a cabo una interpretación de la Ley Orgánica de Extranjería, labor que evidentemente no le corresponde. Esta circunstancia ha llevado a que la Circular haya sido objeto de una dura crítica por parte del Sindicato unificado de policía y de la Confederación española de policía, que ponen de manifiesto el establecimiento de un procedimiento de actuación que no respeta los derechos constitucionales de las personas extranjeras.

La particularidad de la tramitación preferente es la reducción global de los plazos de cada trámite, así, el plazo de alegaciones se establece en cuarenta y ocho horas⁽⁴⁵⁾, el período probatorio en tres días⁽⁴⁶⁾ y el trámite de audiencia en cuarenta y ocho horas⁽⁴⁷⁾. La finalidad que se persigue con esta importante reducción de plazos es acelerar la expulsión de la persona extranjera⁽⁴⁸⁾. Sin embargo, surge la duda de qué ocurre cuando adoptado el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador todavía no se haya determinado el concreto procedimiento a seguir. La Circular 1/2010 matiza que, mientras no se tome la decisión, no podrá comenzar a desplegar efectos el cómputo del plazo que ha de conferirse al expedientado para defenderse. Lo que no se aclara es lo que ocurre con respecto al transcurso del plazo para resolver y notificar. En cualquier caso, no podría suspenderse el transcurso del plazo máximo de seis meses para terminar el procedimiento, por lo que el cumplimiento de dicho plazo sin que se notifique la pertinente resolución tendría como efecto la caducidad del procedimiento.

C) La prohibición de entrada como consecuencia de una orden de expulsión

Otra novedad que se incorpora a la Ley Orgánica de Extranjería es que, una vez incoado el procedimiento preferente en el que pueda imponerse la sanción de expulsión, no será posible conceder un período de salida voluntaria⁽⁴⁹⁾, lo cual no sucede cuando se sigue el procedimiento ordinario⁽⁵⁰⁾. La característica de las salidas obligatorias cumplidas «volunta-

(45) Artículos 63.4 LOEX y 131.1 REX.

(46) Artículos 63.5 LOEX y 131.4 REX.

(47) Artículos 63.4 LOEX, declarado constitucional por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 16, y 131.4 REX.

(48) Sobre la expulsión de nacionales de terceros países se ha de tener en cuenta la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

(49) Artículo 63.1 apartado 3.º, en los términos del artículo 28.3 LOEX.

(50) Artículo 63 bis.2 LOEX. El plazo de cumplimiento voluntario para abandonar el territorio estatal será de entre siete y treinta días y comenzará a contar desde el momento de la notificación de la resolución de expulsión. No obstante, podrá prorrogarse dicho plazo durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, como pueden ser la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

riamente» por la persona extranjera es que no llevan aparejada prohibición de entrada, por lo que ésta podría iniciar inmediatamente los trámites para una nueva entrada. Por el contrario, todos los supuestos de expulsión conllevan prohibición de entrada por un plazo determinado, salvo que se haya producido la caducidad del procedimiento o la prescripción de la infracción o de la sanción. Tampoco se impondrá prohibición de entrada cuando la persona extranjera abandona el territorio estatal durante la tramitación del procedimiento sancionador⁽⁵¹⁾.

La duración de la prohibición de entrada se determinará atendiendo a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no será superior a cinco años⁽⁵²⁾, aunque, excepcionalmente, cabe imponer un período de prohibición de entrada de hasta diez años, cuando la persona extranjera suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública⁽⁵³⁾. El plazo de prescripción de la sanción impuesta no empieza a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución. Teniendo en cuenta que la comisión de la infracción de permanencia irregular puede dar lugar a la expulsión de la persona extranjera⁽⁵⁴⁾, y que el plazo de prescripción de las sanciones por infracciones graves es de dos años⁽⁵⁵⁾, la prohibición de entrada podría prolongarse hasta doce años en el peor de los casos⁽⁵⁶⁾. Si a pesar de la prohibición en vigor la persona extranjera entrase en territorio estatal, se acordaría su devolución, sin necesidad de tramitar expediente de expulsión⁽⁵⁷⁾, y dicha devolución supondría la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada⁽⁵⁸⁾.

2. La permanencia irregular inferior a tres meses

No toda permanencia irregular puede ser sancionada con la expulsión, sino únicamente los supuestos que estén tipificados como infracción grave, es decir, cuando no se haya obtenido la prórroga de estancia, se carezca de autorización de residencia o se tenga caducada la autorización de residencia por más de tres meses y no se haya solicitado su renovación⁽⁵⁹⁾. El segundo de los supuestos, carencia de autorización de residencia, se estaría refiriendo a los casos de entradas ilegales consumadas. Aun en estos casos, el Tribunal Supremo ha

(51) E igualmente, se revocará la prohibición de entrada impuesta, cuando la persona extranjera abandonara el territorio estatal en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión, artículo 58.2, apartado 2.º LOEX.

(52) Artículo 58.1 LOEX. Este nuevo plazo ha sido introducido por la LO 2/2009, en cumplimiento del artículo 11.2 Directiva 2008/115/CE, 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.

(53) Artículo 58.2 LOEX.

(54) Artículo 57.1 LOEX.

(55) Artículo 56.1 LOEX.

(56) AGUELO NAVARRO, «Artículo 26», en MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, *Comentario a la Ley y al Reglamento...*, 2001, pp. 439 y 440.

(57) Artículo 58.3.a) LOEX.

(58) Artículo 58.7 LOEX. El reinicio del plazo de prohibición de entrada podría entenderse como una medida sancionadora, en cuyo caso debería tramitarse un nuevo procedimiento sancionador.

(59) Artículo 53.1.a) LOEX.

entendido que cuando la permanencia sea inferior a tres meses no procede la expulsión sino la devolución⁽⁶⁰⁾. El problema es que la devolución sólo se contempla con respecto a quienes habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada y a quienes pretendan entrar ilegalmente⁽⁶¹⁾.

En orden a dilucidar esta controversia es conveniente diferenciar dos situaciones que pueden dar lugar a la permanencia irregular inferior a tres meses. Por una parte, la de aquella persona extranjera titular de una autorización de residencia que no presenta la solicitud de renovación. Si el retraso fuera inferior a tres meses desde la caducidad de la autorización, se estaría cometiendo una infracción leve⁽⁶²⁾, sancionable en todo caso con multa⁽⁶³⁾. Y, por otra, la permanencia irregular que deriva de una entrada ilegal consumada. El anterior Reglamento de Extranjería establecía una equiparación entre personas extranjeras que pretendían entrar de forma ilegal en el país y aquéllas interceptadas en la frontera o en sus inmediaciones, es decir, lo que se denomina personas extranjeras en tránsito o en ruta sin cumplir con los requisitos de entrada⁽⁶⁴⁾. La respuesta reactiva en ambos casos era la devolución. Sin embargo, el segundo supuesto, no contemplado en la Ley, planteaba dudas sobre su legalidad, ya que su inclusión era consecuencia de una interpretación extensiva o analógica del supuesto sí recogido.

La Fiscalía General del Estado aclaró el concepto de estar en tránsito o en ruta sin cumplir con los requisitos de entrada con ocasión de una consulta que se le dirigió⁽⁶⁵⁾. Se trataba de un caso en el que se intercepta una furgoneta en la que viajan treinta y siete ciudadanos marroquíes. Muchos de ellos tenían sus prendas de vestir mojadas por agua de mar y se detectó en el interior del vehículo arena de playa. Asimismo, se hallaron numerosos plásticos con ropa seca. De esta situación se dedujo que los ciudadanos marroquíes acababan de desembarcar en algún punto de la costa española, por lo que las autoridades competentes acordaron su retorno. La consulta se plantea en orden a dilucidar si en este caso procedía el retorno o la expulsión. La Fiscalía señaló la dificultad de determinar cuándo se produce la efectiva entrada, planteando dos hipótesis. Conforme a la primera, la entrada se produciría cuando se alcanzase el territorio estatal, mientras que para la segunda ese hecho por sí solo no sería suficiente, exigiéndose también un mínimo de inmersión en el tejido social. Acogiéndose a esta segunda argumentación, la Fiscalía consideró que la decisión de retorno adoptada era la correcta. Esta opinión fue asumida también por algunos autores⁽⁶⁶⁾, aunque otros la criticaron desde el principio⁽⁶⁷⁾.

(60) SSTs de 6 de octubre de 2006, Ar. 8697; de 31 de enero de 2007, Ar. 2034; de 28 de febrero de 2007, Ar. 2158; de 19 de abril de 2007, Ar. 4271; de 27 de septiembre de 2007, Ar. 7175; de 14 de febrero de 2008, Ar. 1163.

(61) Artículo 58.3.a) y b) LOEX.

(62) Artículo 52.b) LOEX.

(63) De hasta 500 euros, artículo 55.1.a) LOEX.

(64) Artículo 138.1.b) RD 864/2001, de 20 de julio.

(65) Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado acerca del retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites.

(66) BLANES RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre las sanciones...», 2002, p. 299.

(67) MOYA MALAPEIRA, «La devolución de extranjeros...», 2002, p. 216; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Expulsión *versus* devolución...», 2003, p. 44.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

El Tribunal Supremo anuló dicha interpretación sobre la base del siguiente razonamiento: «El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión “pretender entrar” es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse “en el interior”, es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero. El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero»⁽⁶⁸⁾. En definitiva, la devolución es una medida que cabe acordar, única y exclusivamente, cuando la persona extranjera es interceptada en el momento de pretender la entrada en territorio estatal, pero no una vez que ya está dentro. En consecuencia, se ha de determinar qué es lo que ocurre con aquellas personas extranjeras que han entrado en territorio estatal de forma irregular pero no son detenidas hasta que ya están dentro del citado territorio.

La doctrina ha manejado distintas respuestas ante esta situación. Así, según algunos autores, la entrada ilegal consumada es una variedad de estancia irregular y, por tanto, si se aprehendiese a una persona extranjera en dicha situación procedería, por la infracción administrativa cometida, la tramitación de un procedimiento sancionador que culminaría con la imposición de una multa o su expulsión⁽⁶⁹⁾. Para otro sector doctrinal, sin embargo, al no estar tipificada la entrada ilegal como infracción administrativa, lo que procedería, en su caso, sería la devolución de la persona extranjera⁽⁷⁰⁾. Según esta corriente, en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito administrativo sancionador⁽⁷¹⁾, no parece que pueda abrirse contra esta persona un expediente de expulsión⁽⁷²⁾. Ahora bien, esta opción supone que es más gravosa la situación de quien entró legalmente en territorio estatal y cuya situación ha devenido irregular con el tiempo, que la de quien habiendo entrado de manera ilegal se encuentra en una situación consolidada de estancia irregular⁽⁷³⁾.

Si bien es cierto que la entrada ilegal consumada no se tipifica como infracción administrativa, no lo es menos que la Ley Orgánica de Extranjería tipifica como infracción, entre otros, el hecho de carecer de autorización de residencia⁽⁷⁴⁾. De esta forma, parece que el legislador ha querido diferenciar entre la situación de quien habiendo entrado de manera ilegal nunca ha tenido una autorización de residencia, y la de quien entró legalmente y fue por un tiempo titular de una. Si la persona extranjera entra ilegalmente su permanencia en

(68) STS de 20 de marzo de 2003, Ar. 2422.

(69) ESPLUGUES MOTA y DE LORENZO SEGRELLES, *El nuevo régimen jurídico...*, 2001, pp. 215 y 396.

(70) BERTRÁN DAMIÁN, M.Á., «Artículo 58», en ASENSI SABATER, *Comentarios a la Ley de Extranjería...*, 2001, pp. 449-450; CUADRADO ZULOAGA, «La expulsión de extranjeros...», 2008.

(71) LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 4...», en LASAGABASTER HERRARTE, *Ley de la Potestad Sancionadora...*, 2006, pp. 137-139.

(72) BLANES RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre las sanciones...», 2002, pp. 299-300; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Expulsión versus devolución...», 2003, p. 43.

(73) BLANES RODRÍGUEZ, «Reflexiones sobre las sanciones...», 2002, p. 300; ANDRÉS SANCHÍS, «La entrada ilegal...», 2004, p. 54.

(74) Artículo 53.1.a) LOEX.

territorio estatal deviene irregular. Aunque no proceda la imposición de una sanción por la entrada ilegal, al no ser dicha acción constitutiva de infracción, no cabe afirmar lo mismo respecto de la estancia irregular. En efecto, permanecer en territorio estatal sin la pertinente autorización está tipificado como infracción administrativa. De ahí que quepa sancionar a quien entró ilegalmente, no por la entrada en sí, pero sí por su situación irregular consolidada⁽⁷⁵⁾. Si no se optase por esta interpretación, este supuesto quedaría sin respuesta normativa⁽⁷⁶⁾. En consecuencia, se ha de considerar que la entrada ilegal consumada y no detectada deviene en una situación de permanencia irregular⁽⁷⁷⁾.

Sin embargo, tal y como se ha señalado, el Tribunal Supremo ha entendido que en estos casos, cuando la permanencia irregular es inferior a tres meses, no procede la expulsión sino la devolución de la persona extranjera. La cuestión es que entre los supuestos en los que cabe adoptar una decisión de devolución no se incluye éste. Por tanto, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo supone la creación de un nuevo supuesto no contemplado por el ordenamiento jurídico. Este hecho ha dado lugar a que se haya considerado que el Tribunal se ha excedido en su labor juzgadora⁽⁷⁸⁾.

III. EL INTERNAMIENTO

En materia de expulsión de personas extranjeras, la normativa en vigor recoge la posibilidad de que, a fin de asegurar la resolución final que pueda recaer, se adopte como medida cautelar, entre otras, su internamiento⁽⁷⁹⁾. No obstante, cuando la tramitación del procedimiento sancionador sea consecuencia de la presunta comisión de la infracción de permanencia irregular, sólo podrá aplicarse esta medida cuando se siga el procedimiento preferente⁽⁸⁰⁾, no así cuando se siga el procedimiento ordinario, en cuyo caso, el acuerdo de iniciación del procedimiento habrá de acordar, asimismo, el levantamiento de la medida de detención cautelar⁽⁸¹⁾. Esta posibilidad afectaría al derecho de que goza toda persona, independientemente de su nacionalidad, a la libertad y a la seguridad⁽⁸²⁾. Sin embargo, de esta afirmación no cabe deducir que las personas extranjeras sean titulares del

(75) DORADO NOGUERAS, «Las infracciones en materia de extranjería...», en MOYA ESCUDERO, *Comentario sistemático a la Ley...*, 2001, p. 844; TRINIDAD GARCÍA y MARTÍN MARTÍN, *Una forma nueva de ordenar...*, 2005, p. 236; GISBERT CASASEMPERE, «La estancia irregular...», 2007.

(76) ANDRÉS SANCHÍS, «La entrada ilegal...», 2004, p. 54.

(77) STS de 18 de octubre de 2007, Ar. 6466.

(78) DÍAZ MORGADO, «Aproximación a la jurisprudencia...», 2008, p. 63; LORENZO JIMÉNEZ, «La expulsión de extranjeros...», 2009, pp. 205-209.

(79) Artículo 61.1.d) LOEX. La regulación de los Centros de Internamiento de Extranjeros se contiene en los artículos 62 (bis, ter, quáter, quinquies y sexties) y 131.5 y 6 REX y en la Orden de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interno de los Centros de Internamiento de Extranjeros.

(80) El artículo 63 bis.3 LOEX, que admite la adopción de medidas cautelares también en el procedimiento ordinario, excluye expresamente el internamiento.

(81) Circular 1/2010.

(82) Artículo 17.1 CE. VILLAYERDE MENÉNDEZ, «El régimen jurídico-constitucional...», en PRESNO LINERA, *Extranjería e inmigración...*, 2004, p. 155.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

derecho de entrada y residencia en territorio estatal como manifestación de la libertad de circulación⁽⁸³⁾. Ésta, en principio, sólo se reconoce a la ciudadanía, sin que las personas extranjeras puedan pretender su reconocimiento *ex constitutione*⁽⁸⁴⁾. Lo único que queda garantizado es que el derecho a la libertad y a la seguridad sólo pueda ceder en los casos y forma previstos en la ley⁽⁸⁵⁾. Y en materia de extranjería, es precisamente la Ley Orgánica de Extranjería la que procede a definir dichos casos y forma, dando cumplimiento, a su vez, a la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽⁸⁶⁾ a lo establecido en el Convenio europeo de Derechos Humanos⁽⁸⁷⁾.

Mientras se instruye un procedimiento sancionador que pueda dar lugar a la expulsión de la persona extranjera, cabe que el órgano que lo esté instruyendo solicite al juez de instrucción su internamiento⁽⁸⁸⁾. Por tanto, la decisión sobre la pérdida de la libertad es judicial⁽⁸⁹⁾, mientras que la de expulsión y su ejecución tiene carácter administrativo⁽⁹⁰⁾.

La jurisprudencia constitucional entiende que el internamiento no es una medida de «detención preventiva» en el sentido del artículo 17.2 CE, sino que se trata del empleo de la compulsión sobre las personas como medio de ejecución forzosa de la resolución administrativa que acuerda la expulsión⁽⁹¹⁾. El internamiento ha de ser acordado previa audiencia de la persona interesada y del Ministerio Fiscal, mediante auto motivado⁽⁹²⁾. El juez, para dictar la resolución de acuerdo con el principio de proporcionalidad, atenderá todas las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones de la persona extranjera tendentes a dificultar o evitar la expulsión, la existencia de condenas o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos sancionadores pendientes⁽⁹³⁾. Por su

(83) Artículo 19.1 CE. VILLAYERDE MENÉNDEZ, «El régimen jurídico-constitucional...», en PRESNO LINERA, *Extranjería e inmigración...*, 2004, p. 155.

(84) Véase sobre esta cuestión, VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería...*, 2002 y GOIZUETA VÉRTIZ, *El derecho a la libre circulación...*, 2007.

(85) Artículo 17.1 CE.

(86) VILLAYERDE MENÉNDEZ, «El régimen jurídico-constitucional...», en PRESNO LINERA, *Extranjería e inmigración...*, 2004, pp. 168-169; ARRESE IRIONDO, «Artículo 5», en LASAGABASTER HERRARTE, *Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, 2009, pp. 124-128.

(87) Artículo 5 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición».

(88) Artículos 61.1.d) y 62.1 LOEX.

(89) La LOEX prevé la intervención de dos jueces de instrucción: el primero, el del lugar donde se practique la detención de la persona extranjera, será quien autorizará, en su caso, el internamiento. El segundo, el del lugar de internamiento, será el competente para el control de la estancia, artículo 62.6 LOEX.

(90) STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1.

(91) STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4. VILLAYERDE MENÉNDEZ, «El régimen jurídico-constitucional...», en PRESNO LINERA, *Extranjería e inmigración...*, 2004, pp. 170-180.

(92) La no motivación del auto de internamiento es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, STC 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 4.

(93) Artículo 62.1 LOEX. La no motivación del auto de internamiento o la motivación genérica, cuando el auto se refiera a un colectivo sin relación entre ellos, es considerada como vulneradora de los derechos fundamentales de la

parte, si la persona extranjera padeciera una enfermedad grave, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o para su propia salud⁽⁹⁴⁾.

El posible internamiento de una persona extranjera se rodea de estas precauciones porque se trata de una medida que se ha de regir por el principio de excepcionalidad. La libertad debe ser respetada⁽⁹⁵⁾, salvo que se estime indispensable su pérdida por razones de cautela o de prevención⁽⁹⁶⁾. En este sentido se ha entendido que, aun mediando orden de expulsión, el hecho de que la persona afectada lleve tiempo empadronada, disponga de una oferta firme de trabajo, de una cuenta corriente, de tarjeta sanitaria y haya participado en cursos de formación, son circunstancias que acreditan su arraigo y que pueden dar lugar a una autorización de residencia, por lo que no existe riesgo de huida⁽⁹⁷⁾. Por su parte, en la medida en que la orden de expulsión ha de ser notificada a la persona afectada o a su representante, la no notificación en regla se ha considerado motivo suficiente para que el juez deniegue el internamiento de la persona sobre la que pesa la orden de expulsión⁽⁹⁸⁾.

El internamiento ha sido fuertemente criticado por diversos sectores ya que tiene directa trascendencia sobre el derecho a la libertad de las personas extranjeras⁽⁹⁹⁾. Entre las medidas cautelares que pueden adoptarse, la normativa cita otras que evidentemente son menos restrictivas de la libertad de las personas, así, la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en determinado lugar, la retirada del pasaporte o documento acreditativo de la nacionalidad, la detención cautelar por un período máximo de setenta y dos horas, o cualquiera otra que el juez estime adecuado o suficiente⁽¹⁰⁰⁾. Sin embargo, el Reglamento de Extranjería matiza que esas otras medidas sólo cabe adoptarlas cuando el instructor solicite el internamiento y la autoridad judicial lo deniegue⁽¹⁰¹⁾, lo cual provoca, cuando menos, bastantes dudas sobre su legalidad.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, la medida de internamiento es uno de los supuestos que pueden dar lugar a la solicitud de *habeas corpus*⁽¹⁰²⁾ como procedimiento por el que se instaura un medio de defensa de los derechos establecidos en el artículo

persona extranjera. SSTC 144/1990, de 26 de septiembre, FFJJ 4 y 5; 96/1995, de 19 de junio, FJ 2; 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3. Véase ADAM MUÑOZ, «El internamiento preventivo...», 1991, pp. 970-971, donde se comenta la STC 144/1990.

(94) Esta previsión, además de algunas otras precisiones, ha sido introducida por la LO 2/2009.

(95) Auto del juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 41 de Madrid de 3 de febrero de 2007.

(96) SSTC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1; 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4; 96/1995, de 19 de junio, FJ 2 y 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 3; 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 2.

(97) Auto de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 16 de julio de 2008.

(98) Auto de 3 de febrero de 2007 del juzgado de instrucción núm. 41 de Madrid.

(99) RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, «Expulsión *versus* devolución...», 2003, pp. 46 y 48; TEIXEIRA RODRÍGUEZ, «Derechos de los extranjeros detenidos...», 2005, pp. 727-729; GISBERT CASASEMPERE, «Las medidas cautelares...», 2007.

(100) Artículo 61.1 LOEX.

(101) Artículo 131.6 REX.

(102) SSTC 21/1996 de 12 de febrero, FJ 5; 66/1996, de 16 de abril, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 3. MARTÍNEZ PARDO, «Las privaciones de libertad de los extranjeros...», 2006, pp. 53-66.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

17 CE. A través de este procedimiento se pretende el cese inmediato de las situaciones irregulares de privación de libertad, además de buscar la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente⁽¹⁰³⁾. El juez competente deberá analizar la concurrencia de los requisitos establecidos, tras lo cual dictará auto de incoación del procedimiento o de denegación de la solicitud por improcedente. La resolución sobre el fondo se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas, en la que se decidirá el archivo de las actuaciones por entender que la privación de libertad es legal, la estimación de la solicitud por la que se decidirá la puesta en libertad de la persona interesada, la continuación de la situación de privación de libertad de acuerdo con la ley o la puesta inmediata a disposición judicial⁽¹⁰⁴⁾.

La inadmisión del *habeas corpus* sólo es válida cuando queda acreditado que el juez había oído con anterioridad a la persona privada de libertad, asistida de abogado e intérprete, es decir, cuando consta que existió un control judicial efectivo de la situación de detención. En este sentido, se explicita que las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del *habeas corpus*⁽¹⁰⁵⁾. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha señalado que en materia de extranjería sólo cabe solicitar el procedimiento de *habeas corpus* en el caso de detenciones cautelares gubernativas (durante las primeras setenta y dos horas), o cuando el período de detención se prolonga más allá del plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento. Fuera de estos casos, es decir, cuando el internamiento haya sido acordado por la autoridad judicial y se someta a su pronunciamiento, su admisión sería redundante.

En cualquier caso, la inadmisión del *habeas corpus* puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁽¹⁰⁶⁾, aunque no procede tachar de inconstitucional su denegación cuando en la decisión sobre la privación haya habido intervención judicial⁽¹⁰⁷⁾. El Tribunal Constitucional sólo otorgará el amparo cuando constate que no se han cumplido las circunstancias citadas. Sin embargo, el problema que se presenta cuando se acude al Tribunal Constitucional es que transcurre una media de tres años desde que se interpone el recurso hasta que se dicta la sentencia. Por tal motivo, en muchas ocasiones, las sentencias no pueden aplicarse porque la persona extranjera ya no se encuentra en territorio estatal debido a que se ha ejecutado la orden de expulsión.

(103) SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5; 62/2003, FJ 2; 169/2006, de 5 de junio, FJ 4. FERNÁNDEZ ARÉVALO, «Extranjeros inscritos en el Sistema de Información...», 2006, pp. 44-45.

(104) LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.

(105) SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, FJ 5; 169/2006, de 5 de junio, FJ 4; 19/2007, de 12 de febrero, FJ 2; 20/2007, de 12 de febrero, FJ 2; 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 3.

(106) La Memoria del Tribunal Constitucional de 2007 señala que el 24,54% de los recursos de amparo interpuestos lo han sido por personas extranjeras, ya sea por vulneración del artículo 17 CE, por denegaciones de entrada (entendiendo vulnerado el artículo 19 CE), de exención de visado, de permiso de trabajo o residencia, de solicitudes de asilo político o por órdenes de expulsión.

(107) SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, FFJJ 3 y 5; 316/2005 y 319, de 12 de diciembre, FJ 2; 169/2006, de 5 de junio, FJ 3; 201/2006 y 213/2006, de 3 de julio, FJ único; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 173/2008, de 22 de diciembre, FFJJ 3 y 4. PÉREZ SOLA, «Las limitaciones al derecho...», 2008, pp. 246-260.

La duración máxima de una orden de internamiento es de sesenta días⁽¹⁰⁸⁾, transcurridos los cuales no cabe acordar un nuevo internamiento «por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente», lo cual no excluye la adopción de un nuevo acuerdo de internamiento por otros motivos⁽¹⁰⁹⁾. No produciéndose esta última circunstancia, la persona extranjera quedará en total libertad.

Con relación al internamiento resulta inevitable referirse a la Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular⁽¹¹⁰⁾. Esta regulación supone un endurecimiento de las condiciones de la expulsión. Quizás la cuestión más controvertida, y la que mayores críticas ha suscitado⁽¹¹¹⁾, sea la posibilidad de extender el internamiento hasta un total de dieciocho meses⁽¹¹²⁾, lo cual iría incluso en contra de lo preceptuado por numerosos textos normativos internacionales⁽¹¹³⁾. Esta circunstancia ha llevado a que se denomine a esta norma la «Directiva de la vergüenza», entre otros motivos, porque castiga con mayor severidad a la persona que pese a hallarse en situación irregular no ha cometido ningún delito (se le sanciona por residir o trabajar sin la pertinente autorización administrativa), que a los autores convictos de muchos delitos.

IV. IMPUGNACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN

El análisis de la impugnabilidad de las órdenes de expulsión hace oportuno estudiar, con carácter previo, la novedad introducida por la Ley Orgánica 2/2009 relativa al reconocimiento a favor de la persona extranjera del derecho a la asistencia jurídica gratuita⁽¹¹⁴⁾. El

(108) Lo cual no significa que siempre sea necesario agotar ese plazo, VILLAVARDE MENÉNDEZ, «El régimen jurídico-constitucional...», en PRESNO LINERA, *Inmigración y extranjería...*, 2004, pp. 195-196. Plazo ampliado por el artículo 62.2 LO 2/2009.

(109) Artículos 62.2 LOEX y 131.5 REX. ALONSO PÉREZ, «La medida de internamiento...», 2002. La imposibilidad de volver a internar a la persona extranjera por las mismas causas por las que se le internó la primera vez es también un criterio mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, STEDH de 10 de mayo de 2007, *John c. Grecia*; ARRESE IRIONDO, «Artículo 5», en LASAGABASTER HERRARTE, *Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, 2009, pp. 126-127.

(110) Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, a transponer por los Estados miembros, a más tardar, el 24 de diciembre de 2010. La Directiva se divide en cinco capítulos referidos, respectivamente, a disposiciones generales (objeto; ámbito de aplicación; definiciones; disposiciones más favorables; no devolución, interés superior de niño, vida familiar y estado de salud); finalización de la situación irregular (decisión de retorno; salida voluntaria; expulsión; aplazamiento de la expulsión; retorno y expulsión de menores no acompañados; prohibición de entrada); garantías procedimentales (forma, vías de recurso, garantías a la espera del retorno); internamiento a efectos de expulsión (internamiento, condiciones del internamiento; internamiento de menores y familias; situaciones de emergencia); disposiciones finales (información, incorporación al Derecho nacional; relación con el Convenio de Schengen; entrada en vigor; destinatarios).

(111) Véase, entre otros, el Dictamen sobre la adecuación al ordenamiento tanto español como internacional de la Directiva P6 TA PROV (2008 0293) sobre procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, emitido por la Dirección de Inmigración del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, de fecha de 4 de julio de 2008.

(112) Artículo 15.5 y 6 Directiva 2008/115/CE.

(113) Artículos 9.4 y 14 PIDCP; artículos 5, 6 y 13 CEDH; artículos 19, 20 y 21 CDFUE.

(114) Artículo 22.3 LOEX.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

disfrute de este derecho en los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión se supedita a la previa solicitud a tal efecto. Este aspecto del ejercicio del derecho se remite a las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita⁽¹¹⁵⁾ y a la LEC. No obstante, si la persona extranjera estuviera privada de libertad en el momento de solicitar este derecho, su ejercicio se posterga a la aprobación reglamentaria correspondiente.

Aunque la Circular policial apunta que lo más fácil hubiera sido entender que no surge el derecho en tanto en cuanto no se apruebe la regulación reglamentaria, concluye, como no podía ser de otra forma, que el acta que se extienda en la que «conste la voluntad expresa de recurrir judicialmente la resolución administrativa no incide negativamente en el actuar policial, sino, más bien, puede considerarse como un derecho del detenido a manifestar o declarar lo que le convenga». El reconocimiento del derecho en este caso no deriva del contenido de la Circular, sino de la Ley Orgánica de Extranjería. Lo único que se remite al futuro reglamento es la forma de ejercerlo y el funcionario a quien se tenga que presentar la solicitud. La ausencia de regulación sobre estas cuestiones no puede ser motivo para denegar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, por lo que no cabe entender que el disfrute del derecho sea consecuencia del contenido de la Circular, sino que ésta meramente y con carácter transitorio refleja la manera de proceder.

Aclarado este extremo, se recuerda acertadamente que las decisiones sobre la denegación de entrada y la devolución no ponen fin a la vía administrativa. Es así que, aunque la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita pueda realizarse mientras todavía no se haya agotado la vía administrativa, se referirá a un momento posterior. La persona extranjera podría mostrar su voluntad de recurrir a este derecho en el momento en que tuviera que acudir a las instancias judiciales, esto es, una vez resuelto el pertinente recurso de alzada contra la resolución sobre la denegación de entrada o la devolución.

En relación con la expulsión, la Circular policial diferencia tres supuestos, dependiendo de que la solicitud se realice durante la tramitación del procedimiento sancionador, una vez que ya se hubiera dictado la orden de expulsión o tras la notificación de dicha orden de expulsión. En el primer caso, el órgano instructor levantaría acta sobre la manifestación de la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo realizada por la persona extranjera. En los supuestos segundo y tercero, el encargado de levantar acta sería cualquier funcionario, incluido quienes trabajaran en el correspondiente centro de internamiento, quienes lo remitirían a la unidad policial que hubiese tramitado el expediente.

Las actas de manifestación sobre la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo se han de archivar en el expediente correspondiente, las cuales se remitirán al juzgado competente en el caso de que efectivamente se interponga el citado recurso.

Decretada la expulsión del territorio estatal, se abre la vía de la interposición de los recursos pertinentes⁽¹¹⁶⁾ y, junto con ésta, las posibilidades de solicitar la suspensión de la

(115) Ley 1/1996, de 10 de enero.

(116) Artículo 65.1 LOEX. La DA 10.^a REX establece que las órdenes de expulsión decretadas contra personas extranjeras ponen fin a la vía administrativa, por lo que su impugnación será posible mediante un recurso potestativo de reposición o un recurso contencioso-administrativo.

ejecutividad de la orden de expulsión. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con las denegaciones de las distintas autorizaciones que cabe solicitar, cuando lo que se insta es la suspensión de una orden de expulsión, lo único que se suspendería, en su caso, sería el contenido positivo del acuerdo recurrido, no así la denegación previa que trae como consecuencia la orden de expulsión⁽¹¹⁷⁾. La suspensión administrativa puede prosperar cuando el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa a quien recurre como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, decide la conveniencia de acordarla, siempre y cuando, o bien la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o bien la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en la Ley de procedimiento administrativo⁽¹¹⁸⁾.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de decidir los supuestos en los que procede la suspensión de órdenes de expulsión y aquellos en los que no. En este sentido y, teniendo en cuenta que antes de tomar la decisión se han de ponderar las circunstancias del caso en aras de la determinación de la prevalencia del interés general en la ejecución de la orden de expulsión, que parte como interés predominante, o del interés particular del recurrente en suspenderla⁽¹¹⁹⁾, las reglas podrían sintetizarse de la siguiente manera: procede la suspensión cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos; cuando la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle perjuicios de difícil reparación⁽¹²⁰⁾; o cuando se tiene pendiente un procedimiento

(117) Entre otras, SSTs de 28 de octubre de 1999, Ar. 9339; de 4 de diciembre de 1999, Ar. 9988; de 10 de marzo de 2000, Ar. 2470; de 20 de marzo de 2000, Ar. 3079; de 17 de abril de 2000, Ar. 5481; de 16 de mayo de 2000, Ar. 5591; de 13 de noviembre de 2000, Ar. 2001\141; de 23 de enero de 2001, Ar. 9538; de 23 de julio de 2002, Ar. 6565; de 16 de julio de 2002, Ar. 7996; de 19 de noviembre de 2002, Ar. 10966.

(118) Artículo 111.2 LRJPAC.

(119) SSTs de 27 de octubre de 1995, Ar. 7393; de 14 de diciembre de 1995, Ar. 9218; de 14 de marzo de 2000, Ar. 3063; de 23 de enero de 2001, Ar. 9538; de 16 de julio de 2002, Ar. 7996; de 7 de mayo de 2003, Ar. 3979.

(120) SSTs de 6 de marzo de 1995, Ar. 1865; de 18 de septiembre de 1995, Ar. 6419; de 19 de septiembre de 1995, Ar. 6433; de 27 de octubre de 1995, Ar. 7393; de 6 de noviembre de 1995, Ar. 8127; de 1 de diciembre de 1995, Ar. 9011; de 26 de febrero de 1996, Ar. 1352; de 11 de abril de 1996, Ar. 3198; de 12 de abril de 1996, Ar. 3206; de 29 de abril de 1996, Ar. 3611; de 10 de mayo de 1996, Ar. 4350; de 2 de julio de 1996, Ar. 5507; de 16 de julio de 1996, Ar. 5648; de 18 de julio de 1996, Ar. 5649; de 16 de septiembre de 1996, Ar. 6438; de 4 de octubre de 1996, Ar. 6989 y 6990; de 11 de octubre de 1996, Ar. 7000 y 7001; de 18 de octubre de 1996, Ar. 7073; de 9 de diciembre de 1996, Ar. 8765; de 18 de diciembre de 1996, Ar. 8910; de 20 de diciembre de 1996, Ar. 8917; de 10 de enero de 1997, Ar. 121 y 124; de 13 de enero de 1997, Ar. 125 y 127; de 15 de enero de 1997, Ar. 132; de 23 de septiembre de 1997, Ar. 6476; de 13 de febrero de 1998, Ar. 2181; de 30 de marzo de 1998, Ar. 2902; de 26 de mayo de 1998, Ar. 4976; de 9 de febrero de 1999, Ar. 1616; de 25 de febrero de 1999, Ar. 1627; de 22 de abril de 1999, Ar. 4593; de 27 de abril de 1999, Ar. 4600 y 4686; de 3 de mayo de 1999, Ar. 4906; de 10 de junio de 1999, 5707; de 21 de septiembre de 1999, Ar. 7857; de 28 de septiembre de 1999, Ar. 7883 y 3885; de 1 de octubre de 1999, Ar. 8320; de 4 de octubre de 1999, Ar. 8326; de 7 de octubre de 1999, Ar. 8546; de 11 de octubre de 1999, Ar. 8669; de 18 de octubre de 1999, Ar. 8681; de 20 de octubre de 1999, Ar. 9253; de 28 de octubre de 1999, Ar. 9339; de 15 de noviembre de 1999, Ar. 2000\855; de 1 de diciembre de 1999, Ar. 9311; de 4 de diciembre de 1999, Ar. 9988; de 10 de marzo de 2000, Ar. 2470; de 30 de mayo de 2000, Ar. 5603; de 18 de julio de 2000, Ar. 6129 y 6130; de 31 de octubre de 2000, Ar. 8643; de 13 de noviembre de 2000, Ar. 9398; de 25 de noviembre de 2000, Ar. 2001\151; de 6 de marzo de 2001, Ar. 1376; de 20 de marzo de 2001, Ar. 2902; de 2 de junio de 2001, Ar. 7978; de 17 de julio de 2001, Ar. 6759; de 21 de mayo de 2002, Ar. 4469; de 16 de julio de 2002, Ar. 7996; de 17 de noviembre de 2004, Ar. 1323; de 24 de noviembre de 2004, Ar. 7855; de 22 de diciembre de 2005, Ar. 2006\1336; de 14 de diciembre de 2005, Ar. 2006\4179; de 24 de enero de 2006, Ar. 4326; de 21 de abril de 2006, Ar. 4998; de 30 de junio de 2006, Ar. 5896.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

de regularización⁽¹²¹⁾. Estas circunstancias han de ser probadas por quien recurre, no siendo suficiente las meras razones de carácter abstracto que hacen suponer fundadamente que los perjuicios de imposible reparación son inexistentes⁽¹²²⁾, ya que en ausencia de dicha cualidad probatoria lo que procederá será la no suspensión de la orden de expulsión⁽¹²³⁾. De la misma manera, las dificultades de defenderse en el proceso para las personas extranjeras obligadas a salir del territorio estatal no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo cual no casa con el principio de eficacia administrativa⁽¹²⁴⁾. Además, se reconoce expresamente el derecho a cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes⁽¹²⁵⁾.

En relación con la suspensión de las órdenes de expulsión se plantea la particularidad de su procedencia cuando la orden ya ha sido ejecutada, porque ¿puede la suspensión producir el efecto cautelar que se pretende? El Tribunal Supremo ha dado respuesta clara a esta cuestión y es que entiende que el acto impugnado en el proceso principal tiene un doble contenido: la orden de expulsión, que ya está ejecutada, y la prohibición de entrada en territorio estatal durante un tiempo determinado, que está aparejada a toda orden de expulsión. Así, si bien la suspensión no tendrá incidencia sobre la orden de expulsión ya ejecutada, su eventual otorgamiento sí que podría corregir el segundo de los aspectos indicados, esto es, la prohibición de entrada⁽¹²⁶⁾.

Por lo que a las suspensiones judiciales de las órdenes de expulsión se refiere, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa establece que «1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada»⁽¹²⁷⁾. La decisión judicial sobre la suspen-

(121) SSTs de 21 de mayo de 2002, Ar. 4469; de 18 de marzo de 2003, Ar. 3009; de 31 de enero de 2007, Ar. 6769; de 7 de febrero de 2008, Ar. 1518. En un sentido similar, STSJPV de 1 de junio de 2007. Este supuesto ha sido expresamente incluido en el artículo 63.6 LOEX. FERNÁNDEZ ROZAS, «La suspensión de...», 1998, pp. 49-51. La Directiva 2008/115/CE señala que se podrá conceder un permiso de residencia a quien se halle en situación irregular, en cuyo caso no se dictaría una decisión de retorno, y si ya se hubiera dictado, se revocaría o suspendería, artículo 6.4 y 5 Directiva 2008/115/CE.

(122) STS de 25 de marzo de 1996, Ar. 2591.

(123) SSTs de 4 de noviembre de 1996, Ar. 7889; de 16 de enero de 2001, Ar. 9535; de 20 de octubre de 2005, Ar. 8029; de 4 de noviembre de 2005, Ar. 7571; de 14 de diciembre de 2005, Ar. 2006\4179; de 22 de diciembre de 2005, Ar. 2006\1336; de 24 de enero de 2006, Ar. 4326; de 21 de abril de 2006, Ar. 4998; de 30 de junio de 2006, Ar. 5896.

(124) SSTs de 8 de noviembre de 2007, Ar. 8183; de 13 de diciembre de 2007, Ar. 7969; de 9 de enero de 2008, Ar. 117.

(125) Artículo 65.2 LOEX.

(126) SSTs de 10 de julio de 2000, Ar. 6124; de 23 de noviembre de 2007, Ar. 828.

(127) Artículo 130 LJCA. Hasta la entrada en vigor de la LJCA era de aplicación en la materia el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que establecía: «[D]educidos los dictámenes e informes a que se refiere el apartado anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad del perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquier otra naturaleza que pudieran derivarse». No obstante, también cabía la posibilidad de que la

sión ha de salvaguardar el principio *fumus boni iuris*, que garantiza que se adopte la medida cautelar cuando se dé la apariencia de buen derecho. En esta tarea los jueces aplicarán los mismos criterios que en sede administrativa, realizando idéntico ejercicio ponderativo entre el interés general y el interés particular. Por su parte, se denegará la suspensión solicitada cuando falte la citada apariencia de buen derecho, ya que «admitir que pueda perjudicarse la eficacia de una eventual sentencia estimatoria por falta de probabilidades de que se produzca una resolución favorable al recurso contencioso-administrativo equivale hasta cierto punto a pronunciarse anticipadamente sobre éste, por lo que sólo puede seguirse este criterio en casos de manifiesta falta de fundamento»⁽¹²⁸⁾.

Una circunstancia que ha requerido una atención particularizada es la relativa a la posible suspensión de una orden de expulsión que vaya a ejecutarse en día inhábil, esto es, fin de semana o festivo. Como norma general, al carecer los juzgados de lo contencioso-administrativo de funciones de guardia, podía ocurrir que la solicitud de suspensión de la orden de expulsión no fuera estudiada hasta el siguiente día hábil, fecha en la que la persona extranjera podía hallarse ya en su país de origen como consecuencia de la ejecución de la orden de expulsión. La declaración de incompetencia para paralizar la repatriación de un menor inmigrante de un juez de guardia de Barcelona llevó a la Associació Catalana de Professionals de l'Estrangeria (ACPE) a plantear la cuestión ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desde donde se sometió al Consejo General del Poder Judicial. El Pleno de esta institución acordó dar nueva redacción a la norma que regula este tipo de cuestiones⁽¹²⁹⁾, decidiendo que corresponde al juez de guardia, entre otras, la adopción de medidas cautelares en relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno, cuando aquéllas sean instadas en días y horas inhábiles⁽¹³⁰⁾.

V. EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN Y CONSECUENCIAS DE SU INEJECUCIÓN

La salida del territorio estatal de la persona extranjera cuando se dicta una orden de expulsión puede realizarse de forma voluntaria o forzada. En el primer caso, será la propia persona expulsada quien se hará cargo de los costes derivados de su viaje al lugar de origen. En el segundo, la normativa diferencia según se trate de infracciones cometidas en el ámbito laboral o no. Cuando la expulsión fuera consecuencia de la comisión de determinadas infracciones por parte de un empleador a quien se impusiera la correspondiente

impugnación de las órdenes de expulsión se llevara a cabo a través de la instancia contencioso-administrativa ordinaria. UTRERA CARO, «La expulsión de extranjeros...», 1993, pp. 265-281; FERNÁNDEZ ROZAS, «La suspensión de la actividad sancionadora...», 1998, pp. 38-42; LOZANO IBÁÑEZ, «Suspensión a la jurisprudencia que...», 1999, pp. 12-13; ALONSO PÉREZ, «Expulsión administrativa de extranjeros...», 2004.

(128) STS de 18 de julio de 2000, Ar. 6129.

(129) Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. La reforma se introduce en virtud del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 27 de noviembre de 2007.

(130) Artículo 42.5.c) Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre. La atribución de competencias a favor de los juzgados de guardia en esta materia ha sido criticada por vulnerar el principio de reserva de ley, TABOADA GARCÍA, «El servicio de guardia de lo contencioso-administrativo...», 2008, pp. 1-4.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

sanción⁽¹³¹⁾, la expulsión se efectuará a su costa. En el resto de supuestos será la propia persona extranjera quien deberá sufragar los gastos de su expulsión. Si no tuviera medios económicos suficientes, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos⁽¹³²⁾.

Uno de los problemas fundamentales de las órdenes de expulsión contra personas extranjeras es que en muchas ocasiones no son ejecutadas⁽¹³³⁾. Entre los motivos de estas inejecuciones se pueden citar, carecer de la documentación de identidad que acredite su procedencia⁽¹³⁴⁾, la falta de acuerdo de repatriación entre España y su país de origen o que éste no lo reconozca como nacional o no lo admita, la falta de dotación presupuestaria para este fin o la imposibilidad de localizar a la persona que ha de ser expulsada⁽¹³⁵⁾. La inejecución de las órdenes de expulsión plantea la cuestión relativa a su prescripción. Ya se ha señalado con anterioridad cómo en los casos de expulsión el plazo de prescripción (dos años) no empieza a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la propia resolución. El hecho de que la persona no haya sido materialmente expulsada no significa que no corra el plazo de prohibición de entrada. De ahí que no se pueda ejecutar la orden de expulsión una vez que ya haya transcurrido el período de prohibición de entrada, por estar prescrita la sanción⁽¹³⁶⁾.

Pero el problema más acuciante en relación con la inejecución de las órdenes de expulsión es la situación en la que quedan las personas extranjeras. El hecho en estos casos de que el plazo máximo de internamiento sea de sesenta días crea la paradoja de que la persona extranjera sobre la que pesa una orden de expulsión que no es ejecutada «viva legalmente de forma irregular en España»⁽¹³⁷⁾, con el handicap de que su vida se desenvolverá en la clandestinidad. La única salida que prevé la normativa en vigor para estas personas es lograr al cabo de los años una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, demostrando arraigo laboral o social, lo cual, teniendo en cuenta su situación, no va a ser fácil⁽¹³⁸⁾. En consecuencia, resulta inevitable que el legislador dé una solución a la situación de este colectivo⁽¹³⁹⁾.

(131) No dar de alta en la seguridad social al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, o no registrar el contrato de trabajo en las condiciones que sirvieron de base a la solicitud, cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se encuentra legalmente en territorio estatal, artículo 53.2.a) LOEX; y contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, artículo 54.1.d) LOEX.

(132) Artículo 64.3 LOEX.

(133) Desde 2001 hasta mayo de 2005 han sido inejecutadas 122.238 órdenes de expulsión. CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 9. En declaraciones realizadas por el Ministro de Interior recientemente, se ha señalado que el número de expulsiones ha aumentado en un 12%.

(134) Lo cual, además, imposibilitaría el empadronamiento, con lo que ni siquiera podría percibir los servicios públicos más elementales como la sanidad.

(135) CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, pp. 5-8.

(136) Las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves prescriben a los dos años, artículo 56.2 LOEX.

(137) SAGARRA TRIAS, «Un nuevo “status”...», 2002, p. 96.

(138) Artículos 31.3 LOEX y 45.2 REX. CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, pp. 8 y 16-18.

(139) CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2006, pp. 47-48.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ADAM MUÑOZ, M.D., «El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre)», *La Ley*, 1991, 3, pp. 970-978.
- ALONSO PÉREZ, F., «La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería», *La Ley*, 2002, 7, pp. 1753-1757.
- ALONSO PÉREZ, F., «Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre», *La Ley*, 2004, 3, pp. 2010-2017.
- ANDRÉS SANCHÍS, E., «La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa», *RJCV*, 2004, 9, pp. 41-56.
- ASENSI SABATER, J. (dirección), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, Madrid, 2001.
- BLANES RODRÍGUEZ, E., «Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la Ley 4/2000, y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar (comunicación)», *Estudios de Derecho Judicial*, 2002, 41, pp. 295-303.
- CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de las personas inmigrantes con orden de expulsión que no puede ser ejecutada. Alternativas para salir del callejón*, junio de 2006.
- CUADRADO ZULOAGA, D., «La expulsión de extranjeros del territorio nacional», *AA*, 2008, 14.
- DE MATEO MENÉNDEZ, F., «Una aproximación a la ley de extranjería», *Jueces para la Democracia*, 2001, 40, pp. 9-16.
- DÍAZ MORGADO, C.V., «Aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería durante el año 2007», *JA*, 2008, 41, pp. 43-82.
- ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., «Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea», *REDMEX*, 2006, 13, pp. 31-55.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., «La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDI*, 1998, 50.1, pp. 33-58.
- FERNÁNDEZ SOLA, N. y CALVO GARCÍA, M., *Inmigración y derechos*, Mira Editores, Huesca, 2001.
- GARCÍA CATALÁN, J.M., *Infracciones, sanciones y procedimiento en la ley y el reglamento de extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GISBERT CASASEMPERE, R., «Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros», *AA*, 2007, 2.
- «La estancia irregular. Expulsión *versus* sanción económica», *AA*, 2007, 8.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SITUACIONES IRREGULARES

- LASAGABASTER HERRARTE, I., (dirección), *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, Lete, Bilbao, 2006.
- (dirección), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas-Thomson Reuters, 2.^a edición, Cizur Menor, 2009.
- LORENZO JIMÉNEZ, J.V., «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *REDMEX*, 2009, 20, pp. 201-230.
- LOZANO IBÁÑEZ, J., «Suspenso a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional», *Jueces para la Democracia*, 1999, 35, pp. 10-14.
- MARTÍN MARTÍN, J., «Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería», *REDMEX*, 2005, 9, pp. 87-131.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J., «Derecho sancionador en materia de extranjería: consideraciones generales», *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2006, pp. 1-7.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dirección), *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social: (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Comares, Granada, 2001.
- MOYA ESCUDERO, M. (coordinación), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Comares, Granada, 2001.
- MOYA MALAPEIRA, D., «La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español», *RVAP*, 2002, 62, pp. 189-262.
- ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, Europea de Derecho, Madrid, 2005.
- PÉREZ SOLA, N., «Las limitaciones al derecho a la libertad en el ámbito de la extranjería y la operatividad del procedimiento de *habeas corpus*», *Revista de Derecho UNED*, 2008, 3, pp. 233-260.
- PRESNO LINERA, M.A. (coordinación), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RAMOS QUINTANA, M.I. (dirección) y ROJAS RIVERO, G.P. (coordinación), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- RODRIGO LAVILLA, J., «El principio de proporcionalidad en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores de expulsión: su tratamiento en la moderna jurisprudencia», *Diario la Ley*, 2008, 7067, pp. 16-20.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P., «Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social», *JA*, 2003, 21, pp. 21-52.
- SAGARRA I TRIAS, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1991.
- «Un nuevo “status” de extranjero en España (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)», *REDMEX*, 2002, 1, pp. 89-97.
- SOLANES CORELLA, Á., «La situación jurídica del extranjero irregular en España», en GARCÍA INDA y MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *Ciudadanía, voluntariado y participación*, Dykinson, 2001, pp. 237-264.
- TABOADA GARCÍA, A.M., «El servicio de guardia en el ámbito de lo contencioso-administrativo. Sombras sobre la legalidad del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre del Consejo General del Poder Judicial», *La Ley*, 2008, 7019, pp. 1-4.

- TEIXEIRA RODRÍGUEZ, X., «Derechos de los extranjeros detenidos o internados en los procedimientos administrativos de retorno, expulsión y devolución», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2005, 1, pp. 727-750.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005», *REDMEX*, 2006, 11, pp. 165-172.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L. y MARTÍN MARTÍN, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España: estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- UTRERA CARO, S.F., «La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978. Un análisis de jurisprudencia», *RAP*, 1993, 132, pp. 265-284.
- VIDAL FUEYO, C., *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- VILLADERDE MENÉNDEZ, I., «El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado», en PRESNO LINERA, *Extranjería e inmigración...*, 2004, pp. 147-197.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

DOSSIER

ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INMIGRACIÓN (JULIO 2009-JUNIO 2010)

DAVID MOYA MALAPEIRA
*Grupo de Estudios de los Derechos de los Inmigrantes
Instituto de Derecho Público⁽¹⁾
Universidad de Barcelona*

SUMARIO

- I. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE ÁMBITO MUNDIAL.**
 - 1. La actividad en el ámbito de inmigración de Naciones Unidas (ONU).**
 - 2. El ACNUR y la protección de los refugiados.**
 - 3. La labor de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).**
 - 4. La Organización Internacional del Trabajo (OIT).**
 - 5. El Banco Mundial (BM).**
- II. LA ACTIVIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER REGIONAL EUROPEO: EL CONSEJO DE EUROPA, LA OCDE Y LA OSCE.**
 - 1. La actividad del Consejo de Europa y particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**
 - 2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE).**
 - 3. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).**
- III. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA.**
- IV. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA A NIVEL ESTATAL.**

(1) El presente trabajo ha sido coordinado por David MOYA, que junto a los investigadores del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Barcelona (IDP-UB), Mireia ESTRADA, Natalia CAICEDO, Celia DÍAZ, Daniel HERNÁNDEZ y Rocío PELEGRÍ, conforman el equipo de trabajo que ha elaborado las distintas secciones de este texto. Cualquier comentario u observación sobre él puede dirigirse a mdp@pcb.ub.cat.

Al igual que en crónicas anteriores, la presente ofrece un relativamente descompensado balance de la actividad en materia de inmigración y asilo de las instituciones internacionales, comunitarias y nacionales durante un período de casi un año, esta vez el comprendido entre el segundo semestre de 2009 y el primero de 2010⁽²⁾. Decimos que es relativamente descompensada porque en ella se ha optado de manera consciente por prestar predominantemente atención a las fuentes secundarias (documentos de trabajo, publicaciones institucionales, informes, estudios, comunicaciones a congresos, documentos preliminares, etc.), para limitarnos a reseñar sintéticamente las fuentes primarias, básicamente normas y jurisprudencia. Centrar la atención en las fuentes secundarias permite, por un lado, obtener una imagen de conjunto mucho más rica y, por otro lado, extraer del análisis conjunto de ambos tipos de fuentes, las grandes líneas del debate actual en materia de inmigración y asilo. Un resultado inevitable de esta atención a las fuentes secundarias, y del interés por una perspectiva más de conjunto que de detalle, es la necesidad de realizar una selección de los materiales señalados, y como es sabido toda selección implica inevitablemente una valoración subjetiva de cuáles son las cuestiones y documentos más relevantes en cada período analizado. Somos conscientes de esto, pero en ello precisamente radica la peculiaridad de esta crónica y de la selección de información que en ella se ofrece.

I. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE ÁMBITO MUNDIAL

1. La actividad en el ámbito de inmigración de Naciones Unidas (ONU)

La ONU sigue teniendo muy en cuenta los diversos aspectos del fenómeno de la inmigración en muchas de sus actividades. Prueba de ello es la intensa labor realizada por diferentes órganos como la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes, el Comité de Derechos Humanos, y también destacadamente el trabajo de varios relatores especiales. En los próximos párrafos centraremos nuestra atención en la actividad de tales órganos.

Respecto del trabajo llevado a cabo por la **Asamblea General de las Naciones Unidas** diremos que durante su 64.º período de sesiones este órgano continúa prestando atención al fenómeno de la inmigración en todas sus facetas, y prueba de ello es el conjunto de resoluciones en diferentes ámbitos tales como: protección para los desplazados y refugiados⁽³⁾,

(2) En las referencias documentales o bibliográficas se han respetado los títulos en la lengua original, si bien en la medida de lo posible se han incluido en su versión en castellano si ésta estaba disponible. Igualmente, para facilitar la lectura y localización de los documentos se ha intentado incluir un link a la página web donde estos documentos se encuentran albergados. Excepcionalmente, se incluirán referencias a documentos adoptados fuera del período analizado con el fin de contextualizar mejor la actividad de las instituciones objeto de la presente crónica.

(3) *Asistencia a los refugiados, los repatriados y los desplazados en África* (A/RES/64/129), 28 de enero de 2010. Los documentos de Naciones Unidas citados a partir de aquí se pueden localizar simplemente a partir de la referencia en paréntesis en el buscador de la web oficial (<http://www.un.org/es/documents/>).

Protección y asistencia para los desplazados internos (A/RES/162), de 17 de marzo de 2010.

trabajadoras y trabajadores migrantes⁽⁴⁾, derechos de los menores⁽⁵⁾, la lucha contra el racismo⁽⁶⁾, el respeto a las diferentes religiones⁽⁷⁾, la diversidad cultural⁽⁸⁾, el tráfico de personas⁽⁹⁾ o las causas que inciden en el fenómeno migratorio⁽¹⁰⁾.

De entre las Resoluciones adoptadas por la Asamblea General destaca la *Resolución 64/139, sobre violencia contra las trabajadoras migratorias*, en la que entre otras cosas se exhorta a todos los Gobiernos a que incorporen en las leyes y políticas sobre migración internacional y sobre trabajo y empleo la perspectiva de género y de derechos humanos, acorde con las obligaciones y los compromisos en cuestión de derechos humanos que les incumben en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, con miras a prevenir la violencia, la discriminación, la explotación y el abuso y a proteger a las migrantes contra tales lacras, y a que adopten medidas eficaces para asegurar que dichas políticas migratorias y laborales no refuercen la discriminación y los prejuicios contra la mujer; insta a los Gobiernos a que, en cooperación con las organizaciones internacionales, la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, y el sector privado, dediquen más atención y más apoyo financiero a la prevención de la violencia contra las trabajadoras migratorias, en particular promoviendo el acceso de las mujeres a educación e información de utilidad y que tengan en cuenta las consideraciones de género sobre los costos y los beneficios de la migración, los derechos y las prestaciones que les corresponden en los países de origen y de empleo, las condiciones generales de los países de empleo y los procedimientos de migración legal, entre otras cosas, y se aseguren de que las leyes y políticas que regulan la actividad de los contratistas, empleadores e intermediarios promuevan la defensa y el respeto de los derechos humanos de los trabajadores migratorios, en particular de las mujeres... También parece sumamente relevante la *Resolución aprobada por la Asamblea General 64/166, sobre protección de los migrantes*, que exige a los Estados asegurar a través de sus leyes y políticas el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes, incluso en los ámbitos de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional, y en particular como la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes; esta Resolución exhorta igualmente a todos los Estados a que respeten la dignidad de los migrantes y pongan fin a los arrestos y detenciones de carácter arbitrario y a

(4) *Violencia contra las trabajadoras migratorias* (A/RES/64/139), de 16 de febrero de 2010. *Protección de los migrantes* (A/RES/64/166), de 19 de marzo de 2010.

(5) *La niña* (A/RES/64/145), de 1 de marzo de 2010 o *Derechos del niño* (A/RES/64/146), de 3 de marzo de 2010.

(6) *Inadmisibilidad de ciertas prácticas que contribuyen a exacerbar las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia* (A/RES/64/147), de 18 de diciembre de 2009. *Actividades mundiales para la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y para la aplicación y el seguimiento generales de la Declaración y el Programa de Acción de Durban* (A/RES/148).

(7) *La lucha contra la difamación de las religiones* (A/RES/64/156), de 8 de marzo de 2010. *Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las creencias* (A/RES/64/164), de 17 de marzo de 2010.

(8) *Derechos humanos y diversidad cultural* (A/RES/174), de 24 de marzo de 2010.

(9) *Medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas* (A/RES/64/178), de 26 de marzo de 2010.

(10) *Empoderamiento jurídico de los pobres y erradicación de la pobreza* (A/RES/64/215), de 23 de marzo de 2010. *El derecho al desarrollo* (A/RES/64/172), de 24 de marzo de 2010.

que, en caso necesario, examinen los períodos de detención con el fin de evitar la detención de migrantes irregulares durante períodos excesivamente largos y a que, cuando proceda, adopten medidas que no impliquen detención; también solicita a los Estados que adopten medidas concretas para prevenir la violación de los derechos humanos de los migrantes durante el tránsito, incluso en puertos y aeropuertos y en las fronteras y los puestos de control de inmigración, que capaciten a los funcionarios públicos que trabajan en esos servicios y en las zonas fronterizas para que los migrantes sean tratados con respeto y de conformidad con la ley, y que enjuicien, con arreglo a la legislación aplicable, todo acto de violación de los derechos humanos de los migrantes, como la detención arbitraria, la tortura y las violaciones del derecho a la vida, incluidas las ejecuciones extrajudiciales, durante el tránsito del país de origen al país de destino y viceversa, incluido el tránsito a través de fronteras nacionales. Por último, nos referiremos a la *Resolución 64/178, sobre medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas*. En ella se exhorta a los Gobiernos a que sigan esforzándose por tipificar como delito la trata de personas en todas sus formas, incluidas la explotación laboral y la explotación sexual de los niños, a que adopten medidas para tipificar como delito la utilización de niños en el turismo sexual, condenen la práctica de la trata de personas e investiguen, enjuicien, condenen y sancionen a los tratantes e intermediarios, a la vez que dan protección y asistencia a las víctimas de la trata con pleno respeto de sus derechos humanos, e invita a los Estados Miembros a que continúen apoyando a los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales que se dedican activamente a proteger a las víctimas; también reconoce la importancia de disponer de datos comparables desglosados por tipo de trata de personas, sexo y edad y de reforzar la capacidad de los países para reunir, analizar y presentar esos datos.

El **Comité de Derechos Humanos**, que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados Parte en éstos, ha tenido la oportunidad de examinar diferentes casos relativos a los derechos de los inmigrantes, en el marco de sus facultades de examen de denuncias presentadas tanto por particulares como por otros Estados. En este sentido, puede destacarse la *Comunicación 1246/2004 (21 de mayo de 2010), González v. Guyana*, sobre la denegación de la nacionalidad a un médico cubano casado con una ciudadana de Guyana, donde el Comité exige a los Estados que en sus resoluciones de extranjería se ajusten a la ley y las circunstancias del caso, siguiendo las orientaciones recogidas en el Pacto y sin arbitrariedad⁽¹¹⁾. También es relevante a este efecto la *Comunicación 1544/2007 (11 de mayo de 2010), Mehrez Ben Abde Hamida v. Canadá*, sobre la expulsión a Túnez de un disidente político y solicitante de asilo en Canadá que argumentaba que en dicho país corría el riesgo de ser no sólo detenido, sino también torturado e incluso hecho desaparecer⁽¹²⁾. La *Comunicación 1465/2006 (21 de mayo de 2010), Diene*

(11) Entre otras cuestiones, se examina una posible injerencia en la familia de ambos cónyuges debido a la negativa de Guyana a permitir al Sr. González residir legalmente en el país y, como consecuencia, no poder vivir con su esposa. En la resolución se dice que, a la hora de dilucidar si esa injerencia es arbitraria o ilícita, las injerencias autorizadas por los Estados sólo pueden tener lugar con arreglo a la ley y que el objetivo de la interdicción de arbitrariedad es garantizar que incluso las injerencias previstas en la ley sean conformes con las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto y, en cualquier caso, razonables en las circunstancias del caso.

(12) El Comité consideró que «el autor aportó indicios serios de la existencia de un peligro real y personal de ser sometido a un trato contrario al artículo 7 del Pacto (Nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes), teniendo en cuenta su disidencia en la policía tunecina, su detención por la policía durante seis meses,

Kaba v. Canadá, trata sobre el riesgo para la hija de la demandante de ser sometida a la ablación de clítoris o mutilación genital femenina (FGM) en Guinea en caso de devolución. Por último, en la *Comunicación 1442/2005 (23 de noviembre de 2009)*, *Kwok Yin Fong v. Australia*, el Comité recuerda que la protección ofrecida por el artículo 7 PIDCP («Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...») debe brindarse desde el momento en que existe un «riesgo real» de ser condenado a muerte en el país de procedencia, en este caso China, y no la necesidad de probar la realidad y vigencia de esa condena a muerte, dando así la razón a la demandante de protección.

Otro órgano que se encarga de supervisar la correcta aplicación de un Tratado internacional, en este caso la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, es el **Comité de Derechos de todos los Trabajadores Migrantes**, que prosigue con su examen periódico de los informes sometidos por los Estados parte, a los que comunica sus preocupaciones y recomendaciones. En octubre de 2009 y abril de 2010 el Comité celebró sus undécima y duodécima sesiones, donde recibió y analizó los informes de Sri Lanka⁽¹³⁾ y Argelia⁽¹⁴⁾, respectivamente. Entre noviembre y diciembre de 2010 estaba prevista la celebración de la decimotercera sesión, durante la cual Albania, Ecuador y Senegal debían entregar sus respectivos informes.

Por último, decíamos al inicio de este apartado que uno de los instrumentos de acción de las Naciones Unidas para avanzar en la protección de derechos y la mejora de la situación de los inmigrantes se articula en torno a la labor realizada por los relatores especiales. El 3 de agosto de 2010 se transmitió a los miembros de la Asamblea General el informe del **Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes**⁽¹⁵⁾, Sr. Jorge Bustamante. En este informe se destacan los efectos de la penalización de la migración sobre la protección y el disfrute de los derechos humanos; además, se subrayaban las consecuencias perjudiciales de esas políticas sobre grupos que no deben ser considerados de antemano irregulares, como las víctimas de la trata de seres humanos, los solicitantes de asilo y los niños. Este mismo Relator presentó también un informe sobre los derechos humanos de los migrantes en Rumanía⁽¹⁶⁾ y en el Reino Unido e Irlanda del Norte⁽¹⁷⁾. Igualmente ha sido de especial relevancia el informe emitido por la **Relatora Especial sobre tráfico de personas, especialmente, mujeres y niños** (4 de mayo de 2010), Sra. Joy Ngozi Ezelio⁽¹⁸⁾.

Puede apuntarse, también, la celebración del Cuarto Foro sobre Migración y Desarrollo celebrado en Puerto Vallarta (México), en el que estuvo presente la Alta Comisionada de Naciones Unidas para Derechos Humanos, Navi Pillay, en representación del secretario

la estricta vigilancia administrativa de la que fue objeto y la orden de busca y captura dictada en su contra por el Ministerio del Interior». Además, el Comité consideró que «habiendo trabajado el autor en el Ministerio del Interior y habiendo sido posteriormente sancionado, detenido y sometido a vigilancia estricta por su disidencia, el riesgo de que sea considerado un opositor político y, por lo tanto, sometido a tortura, es real».

(13) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws11.htm>.

(14) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmws12.htm>.

(15) <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/91/PDF/N1047491.pdf?OpenElement>.

(16) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c0369ed2.html>.

(17) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c0623e92.html>.

(18) http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.32_AEV.pdf.

general de Naciones Unidas. Igualmente hay que decir que asistieron otras agencias de las Naciones Unidas. Aunque los acuerdos a los que se llegaron no eran vinculantes, constituyen un referente importante para atender a las demandas de las organizaciones no gubernamentales. Asimismo, uno de los objetivos del foro era redefinir la migración más como una política que debe ser pactada que como un tema de seguridad que debe ser resuelto. En este contexto, hay que recordar que el Grupo Global de Migraciones adoptó una Declaración en la que instaba a los Estados a la protección y promoción de los derechos de los migrantes irregulares, que son los que «no tienen voz y los más vulnerables».

2. El ACNUR y la protección de los refugiados

Con cerca de unos 40 millones de personas forzadas a abandonar su hogar (de los cuales 10 millones bajo la protección directa del ACNUR), la labor del Alto Comisionado es intentar buscar soluciones duraderas a éstos, entre las cuales el reasentamiento en terceros países, la repatriación voluntaria al país de origen en condiciones de seguridad y dignidad o la reintegración en la comunidad de acogida. Durante este período, la actividad del ACNUR ha venido marcada, sobre todo, por las nuevas situaciones de emergencia surgidas en Afganistán, Irak y Pakistán, además de en varios países de África, como la República Democrática del Congo, la región de Darfur en Sudán o Somalia. Entrando ya en algunos datos concretos, la *Nota sobre Protección Internacional*⁽¹⁹⁾, elaborada por el Alto Comisionado para su Informe al Comité Ejecutivo, se constataba un aumento en el número de desplazados internos a raíz de conflictos hasta los 26 millones (en 2008 el número era de 4,6 millones), mientras que el número de refugiados había disminuido hasta situarse en cerca de 10,5 millones (casi un millón menos que en 2008). Aun así, se ha mejorado el acceso a la protección internacional, junto con el fortalecimiento de la aplicación de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. El Alto Comisionado reconoce que los Estados respetan sus obligaciones, al menos la de prestar asilo temporal, pero sigue siendo preocupación del ACNUR el encontrar soluciones duraderas para las personas bajo su competencia, por ello el Día Mundial del Refugiado (20 de junio) tuvo como lema «Me quitaron mi casa pero no me pueden quitar mi futuro» con el fin de reforzar el compromiso en este sentido. Junto a estos cambios en las tendencias y perfiles de estos flujos de refugiados, el *Informe del Comité Permanente sobre su 44.ª Reunión*⁽²⁰⁾ (dentro de su ya sexagésimo período de sesiones) señalaba la dificultad que generan los movimientos migratorios mixtos de inmigrantes laborales y refugiados en Europa, y los consiguientes problemas de control en el acceso al territorio, las condiciones de acogida y el establecimiento de procedimientos de asilo con suficientes garantías.

Aunque en esta breve sinopsis no cabe siquiera una descripción sintética del conjunto de acciones y trabajos del ACNUR a nivel mundial, al menos sí cabe trazar una lista de publicaciones de referencia durante este año. Para empezar resulta indispensable la lectura del *Global Report 2009*⁽²¹⁾, donde se apunta el impacto negativo que la crisis económica

(19) A/AC.96/1066. 26 de junio de 2009. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7187.pdf>.

(20) A/AC.96/1065. 30 de junio de 2009. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7208.pdf>.

(21) <http://www.unhcr.org/gr09/index.html>.

ha tenido para algunas actividades relacionadas con los refugiados, pues no sólo se han endurecido las medidas de control sino también las actitudes respecto de los extranjeros en general; mientras en varios Estados se debate sobre el acceso a la nacionalidad y la participación de los inmigrantes en la sociedad, en otros se está creando un clima muy difícil para la recepción e integración de los refugiados. Otra publicación anual de interés es el *Global Appeal 2010-2011*⁽²²⁾, que recoge la situación actual de la protección internacional a nivel mundial y las perspectivas o tendencias en los años siguientes. En la primera mitad del año pasado, los Estados de la región oeste de Europa cubrieron tres cuartas partes de todas las peticiones de asilo, y casi todos los reasentamientos de refugiados en países europeos. En relación a estos dos informes anuales, destaca la publicación en marzo de 2010 del estudio *Niveles y tendencias de asilo en países industrializados 2009. Sinopsis estadística de las solicitudes de asilo presentadas en Europa y en otros países seleccionados*⁽²³⁾, que resume los patrones y tendencias en solicitudes individuales de asilo, además de reflejar leyes y procedimientos nacionales, con información disponible hasta el 3 de marzo de 2010 de los 27 Estados miembros de la UE, más 11 Estados europeos⁽²⁴⁾ y 6 Estados no europeos⁽²⁵⁾ que proporcionan estadísticas mensuales sobre asilo al ACNUR. Otras publicaciones que merecen mención son *Trees Only Move in the Wind: A Study of Unaccompanied Afghan Children in Europe*⁽²⁶⁾, *Human Trafficking and Refugee Protection: UNHCR's Perspective*⁽²⁷⁾, *Improving asylum procedures. Comparative analysis and recommendations for law and practice*⁽²⁸⁾ y el Informe resumido de la Conferencia Regional 2009 celebrada en San José (Costa Rica) los días 19 y 29 de noviembre de 2009, sobre *La Protección de Refugiados y la Migración Internacional en las Américas-Consideraciones de Protección en el contexto de la Migración Mixta*⁽²⁹⁾.

Europa constituye, junto con Norteamérica, un actor clave en esta materia, razón por la que el ACNUR ha prestado una atención preferente, orientada a lograr el cumplimiento de la Convención sobre los refugiados de 1951. Consciente de que el Tratado de Lisboa establece como competencia comunitaria la fijación de los estándares comunes y el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (en adelante, SECA), pero sensible también

(22) <http://www.unhcr.org/ga10/index.html#/home>.

(23) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7736.pdf>.

(24) Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Islandia, Liechtenstein, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, ex República Yugoslava de Macedonia y Turquía.

(25) Australia, Canadá, Japón, Nueva Zelanda, República de Corea y Estados Unidos de América.

(26) <http://www.unhcr.org/4c1229669.html>. Publicado el 14 de julio de 2010, poco después de que la Comisión Europea presentara su *Plan de Acción para los menores no acompañados*. Contiene un estudio sobre la situación en Afganistán, sobre el viaje (motivación, rutas, origen), la llegada y asistencia en Europa, sobre las políticas clave, además de conclusiones, recomendaciones y estadísticas.

(27) <http://www.unhcr.org/4ae1a1099.html>. Éste es un «conference paper», de la Conferencia Ministerial que se celebró en Bruselas los días 19 y 20 de octubre de 2009, bajo el título *Towards Global EU Action Against Trafficking in Human Being*.

(28) <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bab55752.html>. Publicado en marzo de 2010. Un proyecto de investigación del ACNUR sobre la aplicación de las disposiciones clave de la Directiva sobre Procedimientos de Asilo en determinados Estados miembros.

(29) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7701.pdf>. También se puede consultar la noticia en <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/eventos/conferencia-regional-2009/>.

a las reservas de algunos Estados miembros a una mayor regulación del asilo e incluso su predisposición a una revisión de ella o de una lectura a la baja⁽³⁰⁾, el ACNUR ha tomado posiciones para supervisar el avance en esta materia acompañando la acción de las presidencias rotativas de la Unión, los trabajos de la Comisión y la actividad de los órganos co-legisladores así como de los Estados. De entre las acciones sobre las presidencias rotativas de la Unión, destaca la publicación *De los principios a la acción: Recomendaciones del ACNUR a España en su presidencia de turno en la Unión Europea*⁽³¹⁾ (enero a junio de 2010), subrayando el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁽³²⁾ y destacando la necesidad de ajustarse al Programa de cinco puntos para 2010-2014 en materia de Justicia e Interior (*Programa de Estocolmo*), para el futuro establecimiento del SECA, pero sin olvidar los temas de migración y gestión de las fronteras y la protección de los menores no acompañados. El documento, además, apoyaba la (entonces) posible adhesión de la Unión Europea a la Convención de Ginebra de 1951. En la misma línea, el ACNUR publicaba poco más tarde *6 pasos hacia la convergencia, calidad y reparto de responsabilidades. Recomendaciones del ACNUR a Bélgica para su Presidencia de turno de la Unión Europea*⁽³³⁾ (julio-diciembre 2010), en la cual establecía como prioridad el asilo en materia de Justicia e Interior. Por otro lado, como la Comisión Europea ha presentado diversas propuestas jurídicas y políticas en materia de asilo, el ACNUR ha insistido en la armonización de los sistemas de asilo, pero poniendo el acento en la corrección de las desigualdades y la mejora de la calidad y coherencia de la protección a través de medidas prácticas en áreas prioritarias (esto, dentro de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo —EASO, por sus siglas en inglés—, en la que el ACNUR es miembro del Consejo de Administración). Además, ha respaldado las iniciativas dirigidas a mejorar la protección de los menores no acompañados, para garantizar el interés superior del menor como consideración primordial. Como acción complementaria de las anteriores, en junio de 2009, el ACNUR publicó el artículo *Los desafíos de los movimientos migratorios mixtos, del acceso a la protección y de la división de responsabilidades en la UE*⁽³⁴⁾, donde explica que frente a la solicitud de varios Estados de que la Unión Europea colabore en el control de fronteras cuando se producen llegadas masivas de migrantes irregulares que provocan un exceso en la capacidad de los sistemas nacionales de asilo, acogida o integración (lo que la Comisión Europea describe como «presión especial»), el ACNUR insiste en la necesidad de ajustar tal acción de conformidad con un Plan de 10 Puntos⁽³⁵⁾ así como de reforzar la aplicación del *Pacto sobre Inmigración y Asilo* de octubre de 2008, que permite el reasentamiento o redistribución de solicitantes de asilo en el seno de la UE, como un sistema

(30) Téngase en cuenta el aumento del 7% en las peticiones de asilo en Europa respecto a 2008, hasta alcanzar unas 232.000 solicitudes, *Global Report 2009*. Del mismo modo, en el *Global Appeal 2010-2011* el ACNUR se muestra preocupado por las diferencias entre los estándares de protección (por lo que recomendaba la convergencia entre ellos) y por las manifestaciones de racismo y xenofobia.

(31) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7321.pdf>.

(32) En la cual, el artículo 18 reconoce el «derecho de asilo» y el artículo 19 establece la «protección en caso de devolución, expulsión o extradición».

(33) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7371.pdf>.

(34) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7670.pdf>.

(35) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4598.pdf>.

voluntario pero que incluye el apoyo del Fondo Europeo para los Refugiados. Por otro lado, el ACNUR propone la revisión del sistema y los procedimientos de reagrupación familiar como parte de las medidas de solución duradera para tales situaciones, haciéndolos más accesibles y rápidos, con pleno respecto del derecho a la vida familiar, consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos. Además, se quiere evitar que los criterios establecidos por el Reglamento de Dublín II para la asignación de responsabilidades entre los Estados miembros para hacer frente a las solicitudes de asilo desemboquen en una desproporcionada transferencia de asuntos hacia alguno de los Estados receptores. La EASO será la encargada de evitar esto, ya que es el organismo responsable de la coordinación de las actividades de los equipos de asilo que podrían prestar asistencia en casos de presión especial en el futuro. No obstante, el Alto Comisionado se ofrece para participar en el asesoramiento y la facilitación del diálogo con los países de origen (así como el seguimiento de la situación posterior al eventual retorno), aunque recomienda a la Comisión Europea que asista financieramente a través de los Fondos creados a este efecto. Finalmente, el ACNUR ha recordado los criterios de identificación de personas que pueden ser objeto de reasentamiento, como el posible vínculo con otro Estado (familia o vínculo de dependencia, diferente de lo que establece el Reglamento Dublín II o los criterios de reagrupación familiar) o las necesidades especiales del sujeto (como tratamiento médico, efectos de la tortura o traumas que puedan ser abordados con mayor eficiencia en otro Estado), aunque sigue siendo necesario el consentimiento del sujeto en cuestión.

Es más, en colaboración con el Consejo para Refugiados y Exiliados (ECRE), el ACNUR ha desplegado una línea de acción⁽³⁶⁾ dirigida a asesorar pero también supervisar la acción de las instituciones de la Unión Europea y a los Estados en su despliegue del SECA. A este objeto, el Alto Comisionado ha elaborado una serie de observaciones («comentarios») a diversos proyectos normativos y de acción de la Unión, como los *Comentarios del ACNUR sobre la Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento de Dublín II y la Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento relativo al establecimiento del sistema «Eurodac»*⁽³⁷⁾. Por su importancia, debe destacarse la presentación, a finales de 2009, de los *Comentarios sobre la Comunicación de la Comisión Europea sobre el establecimiento de un Programa Conjunto de Reasentamiento de la Unión Europea y sobre la Propuesta de la Comisión Europea para la enmienda de Decisión n.º 573/2007/EC estableciendo el Fondo Europeo para los Refugiados en el período de 2008 al 2013*⁽³⁸⁾, reconociendo que el reasentamiento proporciona una solución duradera para los refugiados cuando la protección no puede ser asegurada en los países de primer asilo. En concreto, respecto del reasentamiento, el ACNUR reconoce que en ocasiones es la única solución

(36) Que se puede consultar en <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/el-asilo-en-la-union-europea/>.

(37) *Comentarios del ACNUR sobre la Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos para la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o por un apátrida («Dublín II»)* (COM(2008) 820, de 3 de diciembre de 2008) y la *Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento del sistema «Eurodac» para el cotejamiento de huellas dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento de Dublín II]* (COM(2008) 825, de 3 diciembre de 2008), puede consultarse en español en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7695.pdf>.

(38) <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7330.pdf>.

de carácter duradero posible, cuando no pueden lograrse ni la repatriación voluntaria ni la reintegración local. Por ello, el ACNUR apoya la Propuesta de la Comisión, que comprende una nueva fase en el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo, bajo el Tratado de Lisboa, en la que se asuma con mayor firmeza el papel de la UE en acciones globales de reasentamiento, ya que hasta ahora sólo han sido 10 los Estados que tenían programas de reasentamiento⁽³⁹⁾, abogando por un aumento de la capacidad de reasentamiento. Las recomendaciones del ACNUR respecto al Programa de Reasentamiento de la UE (en 2009, 14 Estados reasentaron casi 6.900 refugiados) son el desarrollo de iniciativas específicas para animar a la participación de más Estados miembros (proyectos de colaboración, sesiones de formación, etc.), la coordinación de las actividades que maximizan el impacto y la determinación de prioridades anuales de manera flexible, para poder responder a las necesidades que puedan ir apareciendo. Además, la calidad de las decisiones pertenecientes a la identificación de personas con necesidad de protección internacional, las condiciones mínimas de recepción de solicitantes de asilo y, en algunos países, el aumento del uso de la detención, son temas identificados que necesitan una continua atención.

En cuanto a España, este Informe constata que la nueva Ley de asilo española ha mantenido al ACNUR en su papel de asesor en el procedimiento de asilo. Sin embargo, el establecimiento del Alto Comisionado de una red de abogados y ONG para prestar asistencia jurídica a los solicitantes de asilo ha resultado en un aumento de la participación activa de colegios de abogados en cuestiones de refugiados. Cabe igualmente destacar que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha reafirmó en junio de 2010 su compromiso de trabajar en favor de los refugiados y de los desplazados internos a nivel mundial, suscribiendo un acuerdo con el ACNUR, con la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados y con la Asociación Española con ACNUR⁽⁴⁰⁾, mediante el cual realizará proyectos en países afectados por conflictos armados y desplazamiento de población.

3. La labor de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

La OIM es una organización intergubernamental de carácter internacional destinada a prestar a los Estados miembros asesoramiento y servicios en materia de inmigración. Junto a su importante actuación sobre el terreno, que no es posible ni siquiera sintetizar aquí, la OIM potencia el intercambio de opiniones y experiencias, apostando por la realización y publicación de datos y estudios sobre todos aquellos aspectos que de forma directa e indirecta se relacionan con los flujos migratorios y se pueden traducir en un asesoramiento sobre las políticas migratorias de los Estados. En el período que abarca esta crónica la OIM ha visto aumentar sus miembros, al adquirir el Foro de la Juventud el estatuto de observador de la OIM. Por tanto, forman parte de la OIM 127 Estados miembros y 93 observadores, entre los cuales se encuentran 17 Estados y 77 organizaciones internacionales.

(39) Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Suecia, el Reino Unido, la República Checa y Rumanía.

(40) <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/castilla-la-mancha-reafirma-su-compromiso-con-los-refugiados/>.

Desde una perspectiva institucional, merece la pena apuntar dos aspectos centrales en la consolidación de esta organización internacional, su financiación y su estructura institucional. Como apuntábamos en crónicas anteriores, los presupuestos de la OIM, han ido aumentando progresivamente⁽⁴¹⁾, pero en 2010 esta tendencia podría variar. La propia OIM, consciente de la crisis económica y financiera existente a escala global, manifiesta en su Programa y Presupuesto para 2010⁽⁴²⁾, las dificultades de cumplir en un único año los objetivos establecidos en el Programa, dada la posibilidad real de que los propios Estados tengan dificultades para cumplir con los objetivos fijados. No obstante, se mantiene el llamado «Fondo 1035»⁽⁴³⁾, como instrumento destacado de la OIM para concentrar las inversiones necesarias para el desarrollo de importantes proyectos sobre migraciones laborales, salud y migración, lucha contra la trata de personas, migración y desarrollo, sistemas de gestión de la migración; en 2010 se ha dado prioridad a los proyectos de fortalecimiento institucional en las diversas esferas de actividad de la OIM⁽⁴⁴⁾, inclusive la investigación y los estudios de viabilidad relativos a dichas actividades⁽⁴⁵⁾. No obstante, en materia de reformas institucionales, más allá de las reformas que esta organización inició en 2009⁽⁴⁶⁾ a fin de reforzar su capacidad administrativa y consolidar su crecimiento, no existen novedades destacables en la estructura y organización de la OIM durante este período.

Descendiendo al impacto concreto de la crisis económica sobre los inmigrantes —cuestión que el Director de la OIM, Sr. William Lacy Swing⁽⁴⁷⁾ ha colocado en el centro de sus discursos—, parece estar fuera de discusión que la crisis económica va a tener importantes repercusiones en las migraciones, aunque tales implicaciones no hayan sido objeto de estudios e informes concretos publicados en el período temporal que aquí nos ocupa, sí que han inspirado nuevas iniciativas, tanto de divulgación (véase la producción del vídeo «Migración, derechos humanos y crisis económica») como de reflexión (como la *Consulta mundial sobre Migración, Desarrollo y Remesas: Respuesta a la crisis económica mundial*, celebrada en Suiza entre los días 29 de junio a 1 julio de 2010). Además, un importante estudio realizado sobre las repercusiones políticas de la crisis económica en los 27 Estados de la Unión Europea tiene prevista su publicación durante el año 2010. Durante el año en curso,

(41) El crecimiento progresivo en los presupuestos de la OIM puede observarse en el Anexo I de la Memoria del Director General sobre la Labor realizada por la Organización en 2009, disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/99/MC_2294.pdf.

(42) Disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/98/MC_2281.pdf.

(43) Creado en el año 2001 mediante la Resolución del Consejo n.º 1035, de 29 de noviembre de 2000, el «Fondo 1035» se destina al desarrollo de proyectos en Estados miembros de la OIM en vías desarrollo o con una economía en transición para proporcionarles un apoyo especial en el desarrollo y ejecución de proyectos de la OIM y hacer frente con él a determinadas áreas de gestión de la migración.

(44) Para profundizar sobre el Fondo puede visitarse la siguiente página web: <http://www.iom.int/1035/sp/index.html>.

(45) La lista de proyectos anuales que han sido desarrollados por la OIM puede consultarse en www.iom.int/1035/projectlist.htm.

(46) Las reformas se refieren a la rotación del personal, la revisión estructural y la reforma presupuestaria. Se mencionan en la Memoria del Director General sobre la Labor realizada por la Organización en 2009, disponible en http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/es/council/99/MC_2294.pdf.

(47) Resolución del Consejo n.º 1167 (XCV) de 18 de junio de 2008.

la OIM tiene como prioridad centrar sus actividades en determinadas temas, entre los que se incluye las repercusiones de la crisis económica en los migrantes y la migración.

En desarrollo de su papel como impulsora del debate y la discusión sobre las migraciones, y a la vez como foro privilegiado para ello, la OIM continúa apostando por consolidar el «Diálogo Internacional sobre la Migración» como espacio de cooperación y coordinación entre los Estados miembros y otros actores relevantes a partir de una temática general que, centrada sobre la «Migración y el cambio social», se ha traducido en sendos talleres «Sociedades e Identidades: las repercusiones multifacéticas de la migración» (19 y 20 de julio de 2010) y «Migración y transnacionalismo: oportunidades y desafíos» (9 y 10 de marzo de 2010), en los que se han analizado las remesas sociales y la influencia de las migraciones en los países de origen y de acogida.

En el ámbito de la orientación en la elaboración de políticas públicas, recogida de datos fiables sobre migración, investigación y elaboración de recomendaciones, puede destacarse una serie de áreas en las que esta Organización ha concentrado su atención: derechos humanos de los inmigrantes, lucha contra la trata de seres humanos, relaciones entre migración y medio ambiente, perspectiva de género en la gestión migratoria. Igualmente, la OIM ha elaborado algunos estudios de referencia por países, sean éstos estudios específicos sobre el fenómeno migratorio en algunos países o estudios sobre las políticas migratorias adoptadas en ellos.

Respecto de los estudios de **análisis y mejora de las políticas públicas migratorias**, destaca el informe de 2010 sobre las migraciones en el mundo realizado para Naciones Unidas por la OIM, con el título «El Futuro de la Migración: Creación de Capacidades para el Cambio», donde, tras apuntar al aumento inexorable de migrantes internacionales, exigen tanto a Gobiernos como a agentes no estatales la inversión de mayores recursos financieros para que los migrantes puedan desarrollar su pleno potencial en el futuro. Con una orientación más práctica y dirigido a los profesionales relacionados con la inmigración, con el fin de orientarles en su trabajo y fortalecer sus capacidades de comunicación, cabe destacar la confección de un manual general como la *Introducción a técnicas básicas de orientación, asesoramiento y comunicación: Manual de capacitación de la OIM para líderes de comunidades migrantes y trabajadores comunitarios*.

La protección de los **derechos humanos de los migrantes**, especialmente el derecho a la salud, es una de las áreas de atención prioritaria de la OIM, tal y como se deduce de la atención prestada a éste en «Migrant's right to health in Southern Africa» o los diversos informes centrados en Tailandia, como «Activity Manual for immigration officers and relevant persons in migrant health Care», «Healthy Migrants, healthy Thailand: A migrant Health program model», «Assessment of Mobility and HIV vulnerability among Myanmar migrant sex workers and factory workers in Mae Sot District, Tak Province, Thailand», «Migration and HIV/AIDS in Thailand: A desk review of migrant labour sectors» y «Financing health care for migrants: A case study from Thailand». Igualmente a caballo entre la protección de la salud, el estudio del impacto del HIV y la perspectiva de género, puede destacarse «An Action Oriented Training Manual on Gender, Migration and HIV». Interesante aportación al rol de la diáspora en los países en desarrollo destaca el trabajo «Migration for development in the Horn of Africa: Health expertise from the Somali diaspora in Finland». En la **perspectiva de género**, mucho más trabajada en años anteriores, este año

puede destacarse un trabajo que atiende a este enfoque en el análisis de las migraciones laborales en Asia, «Gender and Labour Migration in Asia».

Se constata con satisfacción que la lucha contra la **trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes** continúa siendo uno de los ámbitos prioritarios de actuación para la OIM. En este ámbito la OIM ha optado por establecer una serie de directrices, que deberían seguir las autoridades nacionales, a fin de que los Estados recopilen datos más fiables y comparables sobre la trata de personas, como primer paso para conocer la realidad y magnitud del fenómeno y como paso previo para fomentar la cooperación de las autoridades. Destacan las «Guidelines for the collection of data on trafficking in human beings, including comparable indicators» y «Guiding principles on memoranda of understanding between key stakeholders and law enforcement agencies on counter-trafficking cooperation». En la misma línea se inscribe el manual «Court Investigations into human trafficking Criminal Cases», con la novedad de ir dirigido a jueces y abogados (en este caso, rusos) para que colaboren a un mejor conocimiento de los procedimientos penales en casos de tráfico ilegal de personas. Dos estudios recientes titulados «Towards Global EU-Action Against Trafficking in Humans Beings» y «Planes de Acción Departamentales de lucha contra la trata de personas 2009-2010» recogen una serie de recomendaciones para la adopción de futuras acciones y medidas a partir de la evaluación de los Programas de lucha contra la trata de personas adoptados por la Unión Europea y por el Gobierno colombiano. El desconocimiento del fenómeno de trata de hombres ha inspirado el estudio «Trafficking of men-a trend less considered: The case of Belarus and Ukraine» (MRS n.º 36). El asesoramiento y ayuda a los migrantes a través de los Centros de Recursos es la base de *Migrant Resources Centres: An initial assessment* (MRS n.º 40). Al margen de estas publicaciones, la lucha contra la trata ha llevado al desarrollo, durante 2009, de un proyecto piloto destinado a alentar y concienciar a los consumidores europeos respecto a los productos y servicios obtenidos como consecuencia de la trata de personas. Este programa continuará desarrollándose en 2010 en diferentes países.

La OIM ha continuado sus trabajos sobre **migración y medio ambiente** poniendo de manifiesto los desafíos que el cambio climático y el medio ambiente van a suponer para las migraciones. El intento de ofrecer respuestas a estos nuevos desafíos se ha traducido un año más en una serie de publicaciones: «Compendium of IOM's Activities in Migration, Climate Change and the Environment» y «Migration, Environment and Climate Change: Assessing the Evidence». La relación entre migración y desarrollo es el tema de «Making Global Labour Mobility A Catalyst for Development» (International Dialogue on Migration n.º 12), así como la necesidad de involucrar a los propios migrantes en el desarrollo es el punto de partida de «The MIDA Experience and Beyond». La importancia de las remesas en el desarrollo es objeto de estudio en «Angola: A study of the Impact of Remittances from Portugal and South Africa» (MRS n.º 39).

Finalmente, debemos señalar que durante el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2010 la IOM ha continuado elaborando recomendaciones específicas mediante **estudios dirigidos a los Estados**⁽⁴⁸⁾. De entre los estudios sobre países europeo-medi-

(48) Los informes y estudios están disponibles en http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=index&language=en.

terráneos⁽⁴⁹⁾ pueden destacarse aquí *Labour Migration Patterns, Policies and Migration propensity in the Western Balkans*, *International migration law and policies: Responding to migration challenges in Western and Northern Africa*, *Le potentiel de développement des migrants transnationaux d'Afrique Subsaharienne, dans le secteur de la Santé á Genève*. En esta línea, los países africanos cuentan con una serie de publicaciones específicas, denominadas «perfiles migratorios», que recopilan datos e información sobre la inmigración, emigración, retorno, remesas, migración irregular, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, y donde se realiza un análisis de las políticas migratorias de algunos Estados africanos, con la finalidad de facilitar la toma de decisiones en materia de política migratoria⁽⁵⁰⁾.

4. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

En el período comprendido entre julio de 2009 y junio de 2010 la OIT no ha adoptado ningún nuevo convenio ni tampoco se ha producido ninguna nueva normativa con respecto a las ya existentes. Afortunadamente, la escasa actividad normativa no ha ido acompañada de una relajación en la actividad de estudio y diseminación de la información.

Como viene sucediendo cada año, en el mes de junio de 2010 tuvo lugar en *Ginebra la 99.ª Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. La Conferencia dio lugar a un intenso y fructífero trabajo, se presentaron los correspondientes informes sobre el grado de aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por parte de los Estados miembros, así como el informe general *The Challenges of Growth, Employment and Social Cohesion*⁽⁵¹⁾ por parte del Director General de la OIT. Debe destacarse en este sentido la fuerte reivindicación en favor del trabajo decente de los trabajadores domésticos contenida en el *IV Informe*⁽⁵²⁾, reivindicación que se recogería en las *Conclusiones de la Conferencia* en forma de propuesta de convenio y recomendación en este sentido para la regulación de las condiciones laborales de los trabajadores domésticos, propuestas ambas que se materializarían en agosto de 2010 con sendos proyectos de textos. Estos trabajos deberían ser objeto de especial atención por parte de España, que cuenta con un elevado número de trabajadores extranjeros en el sector doméstico. Igualmente destacable es la adopción

(49) Otros estudios igualmente relevantes pero relativos a países más alejados de nuestras fronteras: *Azerbaijan Labour Migrant Survey Report (2009)*, *Inventory of Institutional Capacities and Practices (2010)*, *Intra-regional Labour Mobility the Arab World (2010)*, *A Framework and Recommendations in the Caribbean (2010)*, *Assesing basic socio-economic indicators in Northern Lebanon: RAP for planning the development of vulnerable communities y Assesing Basic socio-economic indicators among national communities: RAP for planning development for vulnerable populations*, *IOM Middle East assessment tools: psychosocial Need assessment in displacement and emergency situations* y *Assessment on psychosocial need of Iraqis displaced in Jordan and Lebanon*, centrados estos últimos en la necesidad de otorgar asistencia psicosocial a los desplazados iraquíes (2010).

(50) En el período cubierto por esta crónica, los perfiles publicados dentro de la Serie «*Migration in Western and Central Africa: Country Profiles 2009*», son: *Migration en République Democratique du Congo: Profil national 2009*, *Migration in Nigeria: A Country Profile 2009*, *Migration au Mali: Profil National 2009*, *Migration au Niger: Profil National 2009*, *Migration au Cameroun: Profil National 2009*, *Migration au Senegal: Profil National 2009*, *Migration en Mauritanie: Profil national 2009*, *Migration in Ghana: A Country profile 2009*, *Migration en Côte d'Ivoire: Profil National*. Disponibles en http://publications.iom.int/bookstore/index.php?main_page=index&cPath=41_42.

(51) <http://www.osloconference2010.org/discussionpaper.pdf>.

(52) http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/99thSession/reports/lang--en/docName--WCMS_143337/index.htm.

durante la Conferencia de varias resoluciones más, de entre las que podemos destacar dos: una *Resolución relativa a la promoción y la aplicación de la Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo* y una *Resolución sobre el seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*⁽⁵³⁾.

Es evidente que la crisis económica mundial ha impactado de manera directa sobre el trabajo de la OIT, siendo sintomático el subtítulo de la tradicional publicación *World of Work Report 2009. The Global Jobs Crisis and Beyond*⁽⁵⁴⁾, que trasluce cierta preocupación respecto de los efectos de la crisis sobre la inmigración, una preocupación que se concretaría posteriormente en el estudio publicado en marzo de 2010 «Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos»⁽⁵⁵⁾, donde se alerta de la necesidad de adoptar un «enfoque basado en los derechos» para ofrecer un «trato justo» a los 105 millones de trabajadores migrantes del mundo, especialmente en un momento de crisis económica. Para ello, el estudio destaca las contribuciones positivas de los trabajadores migrantes, tanto para los países donde trabajan como para los de origen, aprovechando para poner en evidencia las carencias en la calidad y protección de los puestos de trabajo ofrecidos a los trabajadores migrantes (baja remuneración, impago de salarios, ambientes de trabajo inseguros, ausencia de protección social, privación de la libertad sindical y de acceso a los derechos de los trabajadores, discriminación y xenofobia, etc.). Esta preocupación por el impacto de la crisis sobre la población trabajadora de origen extranjero se ha traslucido en numerosas intervenciones de los responsables de la OIT⁽⁵⁶⁾ y ha concentrado la actividad de estudio traduciéndose en diversos trabajos.

En este sentido es la Sección de Migración Internacional dentro de la OIT la encargada de aglutinar la labor investigadora y difusora en materia de inmigración, principalmente a través de la colección «Perspectives on Labour Migration»⁽⁵⁷⁾ (véase, por ejemplo, el estudio *Diasporas and Development: Perspectives on Definitions and Contributions*), así como de los «International Migration Papers»⁽⁵⁸⁾, que este año han centrado gran parte de su atención en las migraciones laborales en África⁽⁵⁹⁾ (IMP's 102, IMP's 103, IMP's 104, IMP's 105, IMP's 106) además de dos destacables estudios sobre la crisis económica y

(53) http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_143168.pdf.

(54) http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_118384.pdf.

(55) http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--es/WCMS_125326/index.htm.

(56) Véase, por todas, la entrevista al Director del Programa Internacional para la Migración de la OIT, Ibrahim Awad, titulada *Facing the global jobs crisis: Migrant workers, a population at risk*, donde éste advierte de los nuevos retos que la crisis económica mundial plantea para los 100 millones de trabajadores migrantes del mundo, en especial, sobre la reducción del empleo y la emigración, el empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y el aumento de la xenofobia. Disponible en http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Feature_stories/lang--en/WCMS_112537/index.htm.

(57) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/info/perspectives.htm>.

(58) http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/info/imp_list.htm.

(59) *Migration pour le travail décent, la croissance économique et le développement: le cas de la Tunisie; Les nouveaux défis de la question migratoire au Maroc; Migration pour le travail décent, la croissance économique et le développement: le cas de la Tunisie; L'émigration libanaise et son impact sur l'économie et le développement; Labour migration for decent work, economic growth and development in Egypt.*

los trabajadores cualificados⁽⁶⁰⁾ (IMP's 99) y sobre las trabajadoras del hogar migrantes en Asia occidental⁽⁶¹⁾ (IMP's 98).

Junto a estas colecciones, los efectos de la crisis económica sobre el mercado de trabajo y la protección de derechos laborales han centrado en gran medida las preocupaciones de la OIT, como puede observarse en el estudio *The global economic crisis and migrant workers: Impact and response*⁽⁶²⁾ y el estudio *In search of jobs: new ILO study on labour migration in North and West Africa*⁽⁶³⁾, donde se muestra cómo los trabajadores migrantes del norte y el oeste de África resultan desproporcionadamente afectados por la pérdida de empleos en los países de destino y cómo, en consecuencia, las remesas a sus países de origen sufren un importante descenso. También la publicación *International Labour Migration*⁽⁶⁴⁾ ofrece un panorama completo y accesible de la migración laboral internacional y los esfuerzos de la OIT para proteger a los trabajadores migrantes a través de un enfoque basado en derechos. Se dan nuevas teorías sobre los factores que motivan a las personas a buscar trabajo fuera de su país de origen y los efectos de desarrollo significativo en países de origen y destino.

Sobre las políticas adoptadas por los Estados en materia de protección de los trabajadores migrantes cabe destacar la edición de un estudio, *Protecting the rights of migrant workers: A shared responsibility*⁽⁶⁵⁾, cuyo objetivo es ofrecer algunas respuestas a cuestiones como la conexión protección laboral de los trabajadores migrantes y desarrollo, el nivel de protección laboral de los derechos de los migrantes en una perspectiva trasnacional. En una perspectiva similar, la publicación *En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: un manual para sindicalistas*⁽⁶⁶⁾ aspira a convertirse en un manual de referencia para los representantes sindicales ofreciendo información de los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sobre las condiciones, muchas veces precarias, en las que trabajan.

Baste apuntar aquí también que, de los proyectos propios o coordinados con otras instituciones orientados más bien hacia la cooperación técnica (fundamentalmente a través del Programa sobre migraciones internacional —MIGRANT—) se han derivado también algunas publicaciones interesantes. Así, junto a los proyectos recogidos en crónicas precedentes, algunos han continuado su curso⁽⁶⁷⁾ y otros han finalizado este último año⁽⁶⁸⁾, no obstante, interesa aquí apuntar sobre todo la iniciación de nuevos proyectos, como el

(60) *Policies and practices of highly skilled migration in times of the economic crisis.*

(61) *Afghan households and workers in the Islamic Republic of Iran: Profile and impact.*

(62) http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/global_crisis2.pdf.

(63) http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Feature_stories/lang-es/WCMS_126505/index.htm.

(64) http://www.ilo.org/global/What_we_do/Publications/ILOBookstore/Orderonline/Books/lang-en/doc-Name--WCMS_125361/index.htm.

(65) http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/brochure_migrant_rights.pdf.

(66) http://www.ilo.org/global/What_we_do/Publications/ILOBookstore/Orderonline/Books/lang-es/doc-Name--WCMS_116801/index.htm.

(67) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/news.htm>.

(68) Así, el programa k (finalizado en diciembre de 2010); *Improving institutional capacity to govern labour migration in North and West Africa* (finalizado en diciembre de 2010); *Asian Programme on Managing cross-border Movement of Labour in Southeast Asia* (finalizado en 2009); *Sustainable Partnerships for Governance of Labour Mi-*

Programme «Améliorer les capacités institutionnelles pour la gouvernance des migrations de main-d'oeuvre en Afrique du Nord et de l'Ouest»⁽⁶⁹⁾ dentro del cual se ha elaborado la *Encuesta sobre Migración de la mano de obra extranjera en Mauritania*⁽⁷⁰⁾, un programa en todo caso que se encuentra muy ligado a otro de interés para España, el programa OIT-España *Cooperation for better migrations policies*, reseñado también en crónicas anteriores. La idea subyacente es simple: maximizar los beneficios de la migración internacional de mano de obra para el desarrollo tanto de los países de origen como de destino, a través de acciones dirigidas a promover la buena gobernanza y una gestión eficaz de la migración de mano de obra y servicios. En colaboración con la Unión Europea, concretamente la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, la OIT ha emprendido un programa titulado *Promoting equality in diversity: integration in Europe*⁽⁷¹⁾ que busca crear y difundir herramientas para prevenir la discriminación y facilitar la integración en el contexto de la migración. Así, el programa recoge información relativa a los resultados de la investigación para medir la discriminación en el empleo; la articulación de los instrumentos normativos y los principios imperativos para este programa; los conceptos básicos y los indicadores de integración, y una base de datos donde la OIT recoge los perfiles de buenas prácticas sobre migraciones laborales y buenas prácticas contra la discriminación⁽⁷²⁾.

5. El Banco Mundial (BM)

Como es sabido, la principal función del Banco Mundial es la asistencia financiera y técnica a los países en desarrollo de todo el mundo. Las importantes consecuencias económicas, culturales y sociales de las migraciones internacionales, así como la relevancia que el fenómeno migratorio posee para los países de origen ha hecho que esta institución haya desarrollado un importante Programa de Investigación en Migraciones Internacionales y Desarrollo, en el seno del cual se han realizado estudios y trabajos sobre migraciones, principalmente desde una perspectiva económica. Además, en el período que comprende esta crónica, el Banco Mundial organizó dos Conferencias Internacionales sobre *migración y desarrollo*, la primera los días 10 y 11 de septiembre de 2009 en Washington DC y los días 10 y 11 de septiembre de 2010 en París, poniendo de manifiesto que inmigración y desarrollo devienen áreas de creciente interés para el Banco Mundial.

Debido al carácter económico de las actividades y funciones del Banco Mundial no es de extrañar que el tema principalmente analizado en el Programa de Migraciones Internacionales y Desarrollo sea el **impacto de la inmigración y las remesas**. Es posible encontrar diferentes estudios dirigidos a conocer el impacto de las remesas en los países de origen, así como a conocer los patrones de comportamiento de ciertos ciudadanos extranjeros respecto a las remesas. Debe destacarse *The remitting patterns of African mi-*

gration in the Russian Federation, Caucasus and Central Asia (finalizado en diciembre de 2009) o *Effective action for labour migration policy and practices funded by DFID* (finalizado en diciembre de 2009).

(69) <http://www.ilo.org/public/french/protection/migrant/afrique/index.htm>.

(70) Publicado por el Bureau d'études Statistique (BESTAT), BIT http://www.ilo.org/public/french/protection/migrant/afrique/downloads/nouakchott_30mai2010/enquete_bestat.pdf, el informe sobre la misma puede consultarse en esa misma dirección con diferente denominación (http://.../presentation_rapport.pdf).

(71) <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/equality/index.htm>.

(72) <http://80.75.240.134/ilo/index.aspx>.

grants in the OCDE (WPS 5260. Alberte Bollard y David McKenzie), en el que los autores muestran las tendencias en el envío de remesas de los ciudadanos africanos. Otros estudios como *Remittance stability, cyclicalidad and stabilizing impact in developing countries* (WPS 5077. Ileana C. Neagu y Mauric Schiff) estudian el carácter estable de las remesas como fuente de financiación externa, comparándolas con otras fuentes de financiación como son la ayuda oficial al desarrollo y la inversión extranjera directa. Otros estudios que se centran en los beneficios de la inmigración son *Who migrates overseas and is it worth their while? An assessment of household survey data from Bangladesh* (WPS 5018. Manohar Sharma y Hassam Zaman) y *Social protection system framework for female migrant workers (FMW) in the informal sector*. Para un seguimiento de las últimas y más recientes tendencias en materia de remesas e inmigración pueden consultarse las muy relevantes notas («Migration and Development Briefs») que publica regularmente el Banco Mundial⁽⁷³⁾.

A caballo entre las remesas y la **fuga de cerebros**, otro tema del máximo interés para el Banco Mundial, se ha publicado *Remittances and the brain drain revisited: the micro-data show that more educated migrants remit more* (WPS 5113. Albert Bolardo, David McKenzie, Melanie Morten y Hillel Rapoport), un estudio centrado en el comportamiento de los inmigrantes más cualificados respecto a las remesas. Otro estudio centrado en las consecuencias económicas de la fuga de cerebros es *The economic consequences of «brain drain» of the best and brightest: Microeconomic evidence from five countries* (WPS 5394. John Gibson y David MacKenzie) cuyos resultados, limitados a cinco países muy concretos, muestran los beneficios que este tipo de migración puede suponer para el desarrollo de la economía local derivado de las remesas, el estímulo del comercio y la inversión, así como de la transferencia de conocimientos entre los que no emigran. El trabajo explora un nuevo campo de investigación alejándose de la idea generalizada de los costes, que para los países de origen implica la migración altamente cualificada, basada en la pérdida de capital humano y de ingresos fiscales. Todos estos trabajos pueden localizarse en la colección «Research Policy Working Papers» («WPS»).

II. LA ACTIVIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER REGIONAL EUROPEO: EL CONSEJO DE EUROPA, LA OCDE Y LA OSCE

1. La actividad del Consejo de Europa y particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En tanto que organización internacional de carácter regional, el Consejo de Europa promueve la democracia y los derechos humanos en toda Europa desde mediados del siglo

(73) *Outlook for remittance flows 2009-2011: remittances expected to fall by 7-10 percent in 2009* (Dilip Rath a Sanket Mohapatra y Ani Silwal. Migration and development brief, n.º 10, 13 de julio de 2009), *Migration and remittance trends 2009: a better than expected outcome so far, but significant risks ahead* (Dilip Rath a, Sanket Mohapatra y Ani Silwal. Migration and development brief, n.º 11, 3 de noviembre de 2009), *Migration and remittances in CIS countries during the global economic crisis* (Sudharshh Canagarajah y Matin Kholmatov. Europe and Central Asia Knowledge brief. Volumen 16, 1 de enero 2010), *Impact of the global financial crisis on migration and remittances* (Sanket Mohapatra y Dilip Rath a, Economic Premise, n.º 2, febrero de 2010) y *Human trafficking: a brief overview* (Megumi Makisaka. Social Development Notes, Conflict, crime and violence, n.º 122, 1 de diciembre de 2009). Todos ellos pueden consultarse en <http://go.worldbank.org/H1Q3T60M80>.

pasado, contando para ello con una serie de órganos e instituciones que con su actividad han ido configurando todo un cuerpo de resoluciones, recomendaciones y sentencias que constituyen un referente fundamental en materia de derechos de los inmigrantes. De la actividad general del Consejo de Europa debe destacarse la adopción de dos nuevos protocolos a tratados ya existentes: el Protocolo n.º 14 bis a la CEDH (STCE n.º 204) de 27 de mayo de 2009 y el Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autogobierno Local en materia de participación en los asuntos locales (STCE n.º 207), de 16 de noviembre de 2009. En este apartado analizaremos la actividad de la Asamblea General, del Comité de Ministros, del Tribunal Europeo, del Comisario de Derechos Humanos y del Grupo de Expertos contra la Trata, acumularemos en la siguiente crónica el análisis de la actividad del ECRI, CPT y el Comité de Derechos Sociales durante este período.

El primero de los órganos del Consejo de Europa cuya actividad cabe destacar es la **Asamblea Parlamentaria**, que entre 2009 y 2010 adoptó la *Resolution 1743 (2010) Islam, Islamism and Islamophobia in Europe* de 23 de junio de 2010⁽⁷⁴⁾; la *Resolution 1741 (2010)*⁽⁷⁵⁾ y la *Recommendation 1925 (2010)*⁽⁷⁶⁾ *Readmission agreements: a mechanism for returning irregular migrants* de 26 de junio de 2010 o la *Resolution 1740 (2010)*⁽⁷⁷⁾ y la *Recommendation 1924 (2010)*⁽⁷⁸⁾ *The situation of Roma in Europe and relevant activities of the Council of Europe* de 22 de junio de 2010. A éstas precedieron muchas otras sobre programas voluntarios de retorno⁽⁷⁹⁾, los retos que plantean los refugiados⁽⁸⁰⁾, el impacto de la crisis económica mundial sobre la inmigración⁽⁸¹⁾ o las medidas de lucha contra la trata de personas⁽⁸²⁾; la detención de asilados⁽⁸³⁾, etc.

En el constante intercambio de recomendaciones y resoluciones con el **Comité de Ministros**, muchos de los actos de la Asamblea pero también de otros órganos han sido objeto de nuevo debate y observaciones por el Comité, de entre las que destacan las relativas a los

(74) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11217.

(75) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11211.

(76) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11213.

(77) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11212.

(78) http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11214.

(79) *Recommendation 1926 (2010)* y la *Resolution 1742 (2010) Voluntary return programmes: an effective, humane and cost-effective mechanism for returning irregular migrants*, ambas de 26 de junio de 2010, en http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11215 y http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11216.

(80) *Recommendation 1917 (2010) Migrants and refugees: a continuing challenge for the Council of Europe* de 30 de abril de 2010 (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11194).

(81) *Resolution 1718 (2010)* y la *Recommendation 1910 (2010) The impact of the global economic crisis on migration in Europe*, de 27 de abril de 2010 en http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11175 y http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11172.

(82) *Resolution 1702 (2010)* y *Recommendation 1895 (2010) Action against trafficking in human beings: promoting the Council of Europe Convention*, de 26 de enero de 2010 (http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11140 y http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11138).

(83) *Recommendation 1900 (2010)* y *Resolution 1707 (2010) The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe*, de 28 de enero de 2010, http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11150 y http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingDetails_E.asp?ATID=11152.

«boat people»⁽⁸⁴⁾, igualdad y diversidad en el acceso a empleos en los Gobiernos locales⁽⁸⁵⁾, desplazamientos y migraciones forzadas por razones medioambientales⁽⁸⁶⁾, situación en centros de internamiento⁽⁸⁷⁾, procedimientos acelerados de solicitud de asilo⁽⁸⁸⁾. De nuevo una Conferencia ha permitido centrar el trabajo del Consejo de Europa, celebrada el 31 de mayo y 1 de junio de 2010 en Lisboa sobre la Interceptación de Inmigrantes en el mar, sobre las condiciones de detención y retorno a los países de origen y los problemas de trata y racismo. Igualmente destacable es la celebración previa de un Fórum en noviembre de 2009 sobre los efectos de la crisis económica sobre los inmigrantes «Remain, migrate or return: what to do in a global recession?» organizado por el Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea General y el Subcomité de Migración, junto a representantes del Gobierno y parlamento turcos, así como de otras organizaciones internacionales; esta sesión daría luego pie a resoluciones de la Asamblea y del Comité de Ministros.

Como apuntábamos en crónicas anteriores, el **Comité Europeo de Migración** (CD-MG⁽⁸⁹⁾) ha estructurado su actividad desde 2007 en torno a cuatro líneas: tratamiento de la irregularidad, acceso al empleo, asociaciones de inmigrantes, integración de menores y menores inmigrantes no acompañados, y aunque la actividad de alguno de los subcomités haya podido decaer, no todos han desaparecido. Al contrario, algunos parecen haber recibido un fuerte impulso desde mediados de 2009. Se celebraban en septiembre y octubre de 2009 la primera y segunda sesión del «ad hoc advisory group MG-S-VC» creado para presentar propuestas y recomendaciones al Comité de Ministros para la mejora de los sistemas nacionales de validación de los conocimientos y experiencia de los inmigrantes, así como para elaborar documentos preliminares para redactar un manual de formación para los proveedores de servicios de validación de tales conocimientos y experiencias. El subgrupo de «Mujeres Inmigrantes» celebraba un seminario a finales de 2009 en Tallin sobre reforzamiento de procedimientos de asilo con atención a los aspectos de género y preparaba otro en Lisboa. El subcomité sobre «Políticas respecto de migrantes irregulares» aprobaba en su 57.^a Reunión en mayo de 2009 la publicación de la segunda ronda de informes nacionales,

(84) «Europe's «boat-people»: mixed migration flows by sea into southern Europe», Parliamentary Assembly Recommendation 1850 (2008) (Reply adopted by the Committee of Ministers on 31 March 2010 at the 1081st meeting of the Ministers' Deputies).

(85) CM/Cong(2010)Rec262finalE / 09 February 2010 «Equality and diversity in local authority employment and service provision», Recommendation 262 (2009) of the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe.

(86) CM/AS(2009)Rec1862finalE / 15 July 2009 «Environmentally induced migration and displacement: a 21st century challenge», Parliamentary Assembly Recommendation 1862 (2009).

(87) CM/AS(2009)Rec1808finalE / 15 July 2009 «Assessment of transit and processing centres as a response to mixed flows of migrants and asylum seekers» - Parliamentary Assembly Recommendation 1808 (2007).

(88) CM/Del/Dec(2009)1062/4.5/appendix6E / 01 July 2009. Guidelines on human rights protection in the context of accelerated asylum procedures (Adopted by the Committee of Ministers on 1 July 2009 at the 1062nd meeting of the Ministers' Deputies).

(89) Como órgano dependiente del Consejo de Ministros, el Comité Europeo de Migración (CDMG) se encarga desde 1979 —bajo distintas fórmulas— de la cooperación gubernamental europea en materia de inmigración, la integración social de las poblaciones de origen inmigrante o refugiado y de las relaciones comunitarias en este marco, incluidas las relaciones con la población gitana. Para ello centra sus acciones sobre los actores políticos y administrativos de los Estados miembros. Su trabajo se organiza en torno a una Oficina compuesta por siete miembros y varios grupos de expertos y grupos asesores *ad hoc*.

que incluía a Francia, Polonia, Portugal, Reino Unido y España, publicación prevista para inicios de 2010⁽⁹⁰⁾. Finalmente, el CDMG celebraba en Barcelona el 16 y 17 de octubre de 2009 la «Conference on interaction between migrants and their host societies: learning from policy and practice». En marzo de 2010 el CDMG presentaba su informe de actividades al Comité de Ministros en su 58.^a Reunión⁽⁹¹⁾.

De la actividad desarrollada por el **Comisario Europeo para los Derechos Humanos**, D. Thomas Hammarberg, en materia de derechos de los inmigrantes, resulta destacable de su quinto año de mandato la presentación al Comité de Ministros y al Parlamento Europeo de su *Informe Anual 2009 sobre la situación de los Derechos Humanos en Europa*⁽⁹²⁾, en el que afirma que durante este período los derechos humanos de los migrantes, la lucha contra el racismo y la xenofobia, y la no discriminación en general han centrado sus principales esfuerzos. El Comisario destaca especialmente la alarmante situación en que se encuentran los demandantes de asilo, así como la tendencia a criminalizar la entrada irregular de inmigrantes en el territorio de los Estados miembros. De otro lado, entre sus recomendaciones destaca la *Recomendación de 30 de junio de 2009 sobre la puesta en práctica del derecho a la vivienda*⁽⁹³⁾, que aborda el tratamiento discriminatorio en el acceso a ésta, y que ya fuera mencionada en la crónica anterior. Respecto a los «Puntos de vista» del Comisario, es remarcable su posición en torno a las políticas migratorias europeas en relación a los gitanos⁽⁹⁴⁾, que considera discriminatorias. Sostiene que los gitanos son tratados por los Gobiernos de los Estados miembros de una forma distinta al resto de inmigrantes, aunque necesitan exactamente la misma protección, y que el reenvío obligado a sus países de origen les expone a la violación de sus derechos humanos. En cuanto a sus visitas oficiales, destaca el Informe en relación a su visita a Bulgaria en noviembre de 2009⁽⁹⁵⁾, en que anima a Bulgaria a proteger de una forma más eficaz a las minorías, protegiéndolas de la discriminación, el racismo y la intolerancia. Y, de otro lado, el Informe relativo a su visita a Croacia en abril de 2010⁽⁹⁶⁾, en que se refiere especialmente a los derechos humanos de las personas desplazadas y de los solicitantes de asilo.

(90) ZANFRINI, Laura & KLUTH, Winfried: *Policies on irregular migrants-Volume I: Italy and Germany* Strasbourg 2008 y GEVORGYAN, Vardan P., CAVOUNIDIS, Jennifer & IVAKHNYUK, Irina V.: *Policies on irregular migrants, Volume II-Republic of Armenia, Greece, Russian Federation*, Strasbourg 2008, ambos citados en la crónica anterior.

(91) CM(2010)34E/30 March 2010.

(92) Strasbourg, 14 April 2010, CommDH(2010)8, *Commissioner for Human Right Annual Activity Report 2009*, Council of Europe, en <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1650733&SecMode=1&DocId=1563752&Usage=2>.

(93) CommDH(2009)5/30 June 2009, en <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1269007&SecMode=1&DocId=1420944&Usage=2>.

(94) *European migration policies discriminate against Roma people*, 22 February 2010, en [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH\(2010\)8&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH(2010)8&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679).

(95) *Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Bulgaria from 3 to 5 November 2009*, CommDH(2010)1, en <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1502674&SecMode=1&DocId=1539828&Usage=2>.

(96) *Report by Thomas Hammarberg, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Croatia from 6 to 9 April 2010*, CommDH(2010)20, en <https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1579561&SecMode=1&DocId=1591200&Usage=2>.

El Consejo de Europa sigue siendo sensible a las cuestiones referentes a la trata de seres humanos, y prueba de ello es la actividad que se ha ido generando en torno a la Convención del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos y también la actividad llevada a cabo por el **Grupo de Expertos sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos (GRETA)**. En el período cubierto por esta crónica el Consejo de Europa concedió su apoyo institucional al Proyecto COMPACT («Acción Europea para la Compensación para las Personas Traficadas») y la Campaña Pan-Europea sobre la Compensación para las Personas Traficadas, emprendida por Anti-Slavery International y La Strada International. Esta iniciativa está basada en el artículo 15 de la Convención del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos, que reconoce el derecho de las víctimas de la trata de seres humanos para ser compensadas por el daño sufrido, así como la obligación por parte de los Estados de garantizar esta compensación en sus legislaciones internas.

La cuarta reunión del Comité de Estados Miembros («Comitee of the Parties») tuvo lugar el 13 de septiembre de 2010. La parte principal de esta reunión fue dedicada a un debate temático sobre la necesidad de acción coordinada en el ámbito de la trata de personas. El objetivo del debate era determinar las acciones que habían de ser tomadas para reforzar y mejorar la coordinación entre las diferentes organizaciones internacionales activas en el campo de la prevención y lucha contra la trata de seres humanos así como la protección de sus víctimas. La Comisión Europea y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que tienen el estatus de observador en el Comité de Estados Miembros fueron invitadas a participar en el debate: así, UNODC, Organización Internacional del Trabajo, UNICEF, OHCHR, UNHCR, Organización Internacional sobre las Migraciones, OSCE, Interpol, Europol, Amnistía Internacional, Anti-Slavery International, La Strada International así como International Federation Terres des Hommes. La quinta reunión del Comité de Estados Miembros («Comitee of the Parties») se produjo el 6 de diciembre de 2010 en Estrasburgo. En esta reunión se acordó la incorporación de dos nuevos miembros al Grupo de Expertos sobre la Acción contra el Tráfico en Seres humanos: el Sr. Helmut SAX (austriaco) y Sr. Jan Van Dijk (holandés). El Grupo de Expertos contra la Trata de Seres Humanos, desde que se puso en marcha, ha ido realizando una serie de reuniones con relativa frecuencia. Así, en septiembre de 2009 tuvo lugar la tercera reunión⁽⁹⁷⁾, en diciembre de 2009 la cuarta reunión⁽⁹⁸⁾, en marzo de 2010 la quinta reunión⁽⁹⁹⁾, en junio de 2010 la sexta reunión⁽¹⁰⁰⁾ y en septiembre de 2010 tuvo lugar la séptima reunión⁽¹⁰¹⁾. En diciembre de 2010 tuvo lugar la octava reunión del GRETA. En esta reunión se eligió

(97) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA\(2009\)LD3_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA(2009)LD3_en.pdf).

(98) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA\(2009\)LD4_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA(2009)LD4_en.pdf).

(99) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA\(2010\)LD5_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA(2010)LD5_en.pdf).

(100) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA\(2010\)LD6_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA(2010)LD6_en.pdf).

(101) [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA\(2010\)LD7_en%20FIN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/GRETA_MeetingDocs/Lists%20of%20decisions/THB-GRETA(2010)LD7_en%20FIN.pdf).

a los miembros de su Oficina como sigue: Mr Nicolas LE COZ (Presidente), Ms Gulnara SHAHINIAN (Primer Vicepresidente), Mr Davor DERENCINOVIC (Segundo Vicepresidente).

En noviembre de 2010 una delegación del Grupo de Expertos sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos realizó una visita a Austria para preparar su primer informe de supervisión sobre la lucha contra el tráfico humano en este país. Ésta fue la tercera visita a un país realizada en el contexto de la primera ronda de evaluación de puesta en práctica del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos. Esta ronda comenzó en febrero de 2010 cuando GRETA dirigió un cuestionario a los 10 primeros Estados miembros de la Convención: Albania, Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Georgia, Moldavia, Rumanía y Eslovaquia (cuestionario en el que se realizaban preguntas tales como si, de acuerdo con la legislación interna de cada país, la trata de seres humanos era considerada como una violación de los derechos humanos o solamente un delito; o también la indicación de qué formas especiales de protección legal existían bajo la legislación interna en los casos de violación de derechos humanos que fueran aplicables en los casos de trata de personas. Durante la visita, la delegación de GRETA tuvo la oportunidad de realizar reuniones en Viena con los representantes de ministerios relevantes y otros organismos públicos. También mantuvo reuniones con los miembros de diferentes organizaciones no gubernamentales activas en la lucha contra la trata de seres humanos, así como con otros miembros de la sociedad civil en la línea de las preocupaciones que interesan a GRETA.

Finalmente queremos apuntar que Italia, San Marino y Ucrania ratificaron el 29 de noviembre de 2010 la Convención del Consejo de Europa sobre la Acción contra el Tráfico en Seres Humanos, que entrará en vigor en estos Estados el 1 de marzo de 2011.

Como ya se ha reseñado en las crónicas anteriores, el objetivo del Consejo de Europa en relación a la protección de los Derechos Humanos se materializa en gran parte gracias a la labor del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Durante el período que se describe en este comentario, el Tribunal continúa con su fundamental tarea de adecuar las actuaciones de los Estados parte a la protección de los Derechos Humanos de los extranjeros. Si las sentencias sobre la protección a la vida familiar no presentan grandes novedades este año, ni tampoco las conexiones ya conocidas entre algunos derechos y sus vertientes procesales (por ejemplo, artículo 5 CEDH con los artículos 3 y 8 CEDH), no puede decirse lo mismo de los pronunciamientos del Tribunal respecto a la conexión entre la lucha contra la trata de personas y algunos derechos de Convención, así como el interesante debate suscitado sobre la aplicación del Convenio en territorios donde los Estados miembros tienen fuerzas militares desplazadas.

Empezando por estas dos últimas cuestiones, más novedosas, debe señalarse que la protección a las víctimas de tráfico y su relación con los artículos 2 y 4 CEDH han sido objeto de la STEDH *Rantsev v. Chipre y Rusia*, de 7 de enero de 2010, en la que se alega la falta de investigación suficiente de la muerte de una víctima de trata a manos de una organización criminal, así como la falta de protección a la víctima por parte de las autoridades chipriotas cuando la víctima acudió a ellos. En primer lugar, el TEDH reitera su doctrina sobre las obligaciones positivas derivadas del artículo 2 CEDH, por el cual las autoridades

tienen la obligación de investigar el contexto completo de las circunstancias⁽¹⁰²⁾, en especial los vínculos con las redes de tráfico. Sobre el análisis del artículo 4 CEDH, el Tribunal examina la conexión entre el concepto de servidumbre y el fenómeno de la trata de seres humanos, conexión de la que se deriva un deber para los Estados de crear un marco legal y administrativo para prohibir y sancionar la trata. En relación al caso concreto se comprueba que la figura del permiso de residencia para artistas que trabajan en cabaré, previsto en la legislación chipriota, facilita el sistema de explotación de las víctimas —una figura administrativa que ya había sido denunciada en varias ocasiones por el Comisionado para los Derechos Humanos—. Por otra parte, tomando como base los informes del Defensor del Pueblo se deduce la ausencia de un sistema adecuado sobre protección de víctimas. También se condena a Rusia por su falta de colaboración al no haber realizado las autoridades de este país ninguna investigación sobre cómo y dónde la víctima de trata fue reclutada.

Las obligaciones derivadas del artículo 2 CEDH también dan lugar a un novedoso pronunciamiento, la STEDH *Al-Saadoon y Mufdhi v. Reino Unido*, de 2 de marzo de 2010, sobre la aplicación territorial del Convenio por las fuerzas desplazadas del Reino Unido en Irak y el conflicto entre dos jurisdicciones, la iraquí legitimada por la Constitución de este país y la británica legitimada por el mandato de la ONU. En concreto, la sentencia versa sobre la detención, por fuerzas militares desplazadas en Irak, de dos nacionales iraquíes acusados de la muerte de dos miembros de las fuerzas británicas. Las autoridades nacionales solicitan el traslado de los detenidos para ser juzgados por la Corte Suprema y los demandantes consideran dicho traslado contrario a los artículos 2 y 3 CEDH, debido a que el ordenamiento jurídico iraquí prevé para estos supuestos pena de muerte. El Tribunal centra su argumentación en los efectos de la firma y ratificación del Protocolo n.º 13 a la Convención que prohíbe la pena de muerte, otorgando una especial naturaleza a tal prohibición que deviene un principio de carácter absoluto en virtud del cual los Estados tienen la obligación de abolir la pena de muerte para todos los crímenes y bajo cualesquiera circunstancias; razón que conduce al Tribunal a concluir que tal prohibición no admite ni siquiera excepciones en tiempos de guerra ni tampoco si se practicara en el territorio de otros Estados que no son parte del Convenio, pues en éste se encuentran estacionadas las fuerzas militares desplazadas de Estados que están vinculados por el Convenio responsables de la detención.

Como hemos apuntado al inicio, respecto del artículo 3 CEDH el Tribunal aplica su consolidada doctrina sobre los efectos que puede tener la expulsión o extradición de un extranjero a un país cuando existen pruebas razonables de que será sometido a penas inhumanas y denigrantes. Así, en relación a las órdenes de expulsión del territorio tras ser condenados por pertenecer o participar en organizaciones terroristas se analizan las prácticas contrarias al artículo 3 CEDH que las autoridades del país de origen aplican a los condenados o sospechosos de pertenecer a organizaciones terroristas. Así, la STEDH *Daoudi v. Francia* de 3 de marzo de 2010, tras valorar el historial del recurrente, la existencia de una condena en Francia, la naturaleza y el grado de participación de éste en

(102) Un buen ejemplo de las obligaciones positivas de los Estados en relación al artículo 2 CEDH véase en la sentencia del Pleno, STEDH *Varnava and Others c. Turquía*, 18 de septiembre de 2009, que, si bien no sobre inmigración o extranjería, resulta un interesante pronunciamiento sobre del conflicto greco-chipriota-turco).

redes terroristas, concluye que existe un riesgo real para el demandado de ser sometido en Argelia a un trato contrario al artículo 3 CEDH (en el mismo sentido, STEDH *Charahili v. Turquía*, de 13 de julio 2010, sobre la pertenencia de un nacional libio a la organización terrorista Al-Qaeda; la STEDH *Z.N.S. v. Turquía*, 19 de enero, donde se alega que la expulsión a Irán conllevaría el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes porque la demandante ha cambiado de religión; o la STEDH *R.C. v. Suecia*, de 9 de junio de 2010, sobre la expulsión de un nacional iraní a su país donde realizó actividades de naturaleza política en contra del régimen).

También son objeto de análisis los supuestos donde la prohibición de expulsión tiene origen en el riesgo de que la persona pueda ser sometida a tratos inhumanos y denigrantes por grupos o personas que no son funcionarios o miembros del Estado. Así, en la STEDH *Abdolkhani y Karimnia v. Turquía*, de 1 de septiembre de 2009, sobre dos nacionales iraquíes exmiembros del People's Mojahedin Organisation of Iran (en el mismo sentido, la STEDH *Tehrani y otros v. Turquía*, de 13 de abril de 2010; *Kazempour Marand y Ranjbar Shorehdal v. Turquía*, de 13 de julio 2010). En los dos casos reseñados contra Turquía el Tribunal declara también la violación del artículo 13 CEDH porque según el ordenamiento jurídico turco la revisión judicial en casos de expulsión no puede ser considerada como un recurso efectivo, ya que el recurso de anulación contra la orden no tiene efectos suspensivos salvo que el tribunal administrativo por decisión propia la aplique. Así mismo, la Corte concluye que el sistema jurídico turco infringe el artículo 5.4 CEDH porque no proporciona un recurso por el cual se pueda obtener un control judicial rápido respecto de la legalidad de las detenciones de extranjeros.

Los casos donde la violación del artículo 3 CEDH tiene origen en las solicitudes de extradición comportan también un cuestionamiento respecto de la violación del artículo 6 CEDH en la medida en que se cuestiona la imparcialidad del Estado solicitante y, por lo tanto, existe la posibilidad de ser sometido a un juicio injusto. Así, la STEDH *Baysakov y otros v. Ucrania*, de 10 de mayo de 2010, sobre la solicitud por Kazajistán de cuatro nacionales a los que previamente las autoridades ucranianas les habían reconocido el estatus de asilo político (en el mismo sentido la STEDH *Kabouluv v. Ucrania*, de 10 de mayo de 2010; STEDH *Khaydarov v. Rusia*, 20 de mayo de 2010; STEDH *Khodzhayev v. Rusia*, 12 de mayo de 2010; STEDH *Klein v. Rusia*, de 1 de abril de 2010). En los casos citados anteriormente, el Tribunal señala que el ordenamiento jurídico ucraniano viola el artículo 13 CEDH porque el recurso administrativo contra la orden de extradición no tiene efectos suspensivos y el artículo 5.1 CEDH porque el ordenamiento no prevé protección suficiente frente a detenciones ilegales. En lo que concierne a la legislación rusa la ausencia de un recurso para la revisión de la orden de extradición conlleva la violación del artículo 5.3 CEDH.

Siguiendo el amplio espectro desarrollado por el Tribunal del artículo 3 CEDH un año más se analizan las condiciones a las que se somete a los extranjeros en los centros de internamiento (STEDH *Tabesh v. Grecia*, de 26 de febrero de 2010). Más novedosa resulta la STEDH *Muskhadzhiyeva y otros v. Bélgica*, de 19 de enero de 2010, donde se analiza la detención en un centro de internamiento de una nacional rusa de origen checheno y de sus cuatro hijos menores, a pesar de los informes médicos que acreditaban la inestabilidad psicológica de la madre y de los menores, recomendando sacarlos del centro. En esta

sentencia es interesante el pronunciamiento sobre el artículo 8 CEDH, donde el Tribunal entiende que no existe una violación del derecho a la vida familiar porque, a diferencia del caso STEDH *Mubilanza v. Bélgica*, en este supuesto la madre no fue separada de sus hijos. En este caso, como en muchos otros de los pronunciamientos anteriormente reseñados, ha jugado un papel fundamental el informe de organizaciones internacionales sobre la situación de derechos humanos sobre los países examinados, informes hacia los que el Tribunal ha mostrado gran deferencia.

En relación a los derechos de naturaleza procesal, la Corte tiene la oportunidad de pronunciarse en la STEDH *Groni v. Albania*, de 7 de octubre de 2009, sobre el cumplimiento por parte de los Estados del principio general de seguridad jurídica, concretamente sobre la creación de normas y procedimientos *ad casum* para poder llevar a cabo la convalidación en territorio albanés de una sentencia emitida por los tribunales italianos. Concretamente el Gobierno albanés, ante la ausencia de un convenio con Italia, procede a la modificación del código penal y elimina el requisito del consentimiento de afectado en supuestos de validación de una sentencia penal extranjera, y la Corte señala que, dadas las modificaciones legislativas *ad casum* que se realizaron y la ausencia de un control por parte de los Tribunales, el demandante no estaba en condiciones de prever, en el momento de su detención, el procedimiento de convalidación de sentencias entre Albania e Italia. En la STEDH *Aribaud v. Luxemburgo*, 7 de enero de 2010 y *Raza c. Bulgaria*, de 11 de febrero de 2010 se pronuncia sobre la adecuación del artículo 5.3 CEDH y las dilaciones indebidas en los procesos de extradición y expulsión.

Sobre la protección del artículo 8 CEDH el Tribunal reitera su consolidada jurisprudencia sobre la adecuación de las expulsiones al principio de proporcionalidad y necesidad en relación con el derecho a la vida familiar. Así, *Mutlag v. Alemania*, de 25 de marzo de 2010, *A.W. Khan v. Reino Unido*, de 2 de enero de 2010; *Raza v. Bulgaria*, de 11 de febrero de 2010. En la STEDH *Mawaka v. Países Bajos*, 1 de junio de 2010, el Tribunal se aleja un tanto de su doctrina habitual al señalar que la situación irregular de toda la familia es un elemento que valora para entender que no existe violación del derecho a la vida familiar, en la medida en que es muy probable que toda la familia termine siendo expulsada.

Sobre la violación del artículo 14 CEDH en conexión con el artículo 3 CEDH, en la STEDH *Sashov y otros v. Bulgaria*, de 7 de enero de 2010 y STEDH *Stefanou v. Grecia*, de 22 de abril se aborda el ejercicio de malos tratos con violencia por motivaciones de origen étnico o nacional. Finalmente la STEDH *Si Amer v. France*, de 22 de octubre de 2006, revisa la aplicación del artículo 14 CEDH en relación al Protocolo n.º 1 en torno a la aplicación del principio de territorialidad de las pensiones complementarias.

Por último queremos destacar, respecto a las **publicaciones** llevadas a cabo recientemente por el Consejo de Europa, un estudio conjunto entre el Consejo Europeo y las Naciones Unidas sobre la trata de seres humanos con la finalidad de tráfico de órganos: «Joint Council of Europe/United Nations Study on trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs» (octubre de 2009). También han de mencionarse «Policies on irregular migrants (Volume IV-Spain and the United Kingdom)», «Policies on irregular migrants» (Volume III-France, Portugal and Poland), «Living in Diversity (Lesson Plans for Secondary Schools)», «The nationality of children [Recommendation CM/Rec (2009) 13 and explanatory memorandum]».

2. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE)

A finales de septiembre el Consejo de Administración de la OCDE (que cuenta con representación de los 33 Estados miembros) decidió renovar el cargo de secretario general de la OCDE a Ángel Gurría, por cinco años más, en lo que será su segundo mandato, pues el actual terminaba el 1 de junio de 2011. En este período, el Director General presentó sus conclusiones y recomendaciones generales en el *Secretary-General's Report to Ministers 2010*⁽¹⁰³⁾, y, tal y como se apuntó en la crónica anterior, una de las preocupaciones en todos los Estados de la OCDE, y por consiguiente también para la Organización, son los efectos de la crisis económica sobre los flujos migratorios, tanto en el corto como en el medio y largo plazo. En el corto plazo, parece que junto al evidente y notable aumento de la tasa de desempleo de nativos e inmigrantes —particularmente preocupante en el caso de los jóvenes—, la OCDE alerta sobre una segunda consecuencia de la crisis: el considerable descenso en el volumen de migraciones hacia los países miembros de esta organización, acompañado de un incremento en los retornos hacia los países de origen (OCDE *factblog*⁽¹⁰⁴⁾), resultando los inmigrantes los más afectados por la crisis económica.

Con un pie en el análisis de las tendencias actuales, pero marcando también algunas líneas de evolución futura de la inmigración, destaca la imprescindible publicación anual *International Migration Outlook: SOPEMI 2010*⁽¹⁰⁵⁾, que vuelve a recoger numerosos datos y ofrece un detallado análisis de las tendencias de los flujos migratorios internacionales del último año en los países de la OCDE. Este año, se recogen los cambios más significativos en las políticas migratorias (básicamente, nuevas leyes para la entrada, residencia y acceso al mercado laboral), se hace un análisis detallado de la cooperación internacional para mejorar el control de fronteras y combatir la inmigración irregular y se examina el impacto de la crisis en el mercado laboral de inmigrantes, tomando en consideración varios factores, como el sector, el tipo de contrato, el género o la edad. Como novedad, también examina la contribución de la inmigración a cambiar la población en edad laboral en el último decenio, a la vez que se hace el primer intento de calcular qué porcentaje de estudiantes internacionales permanece en los países anfitriones después de completar sus estudios.

En cuanto a las perspectivas a medio y largo plazo, ya en septiembre de 2009 la OCDE se preocupaba por el presente y el futuro de la migración, recogiendo el estado actual y las previsiones en dos publicaciones imprescindibles: *The Future of International Migration to OECD Countries*⁽¹⁰⁶⁾ y *International Migration: The human face of globalisation*⁽¹⁰⁷⁾.

(103) <http://www.oecd.org/dataoecd/62/12/45342482.pdf>.

(104) <http://blog.oecdactblog.org/?p=92>. Estos datos han sido extraídos del *International Migration Outlook 2010*, en el que se pueden consultar más datos, tablas y estadísticas anexas: http://www.oecd.org/document/41/0,3343,en_2649_33931_45591593_1_1_1_1,00.html#STATISTICS.

(105) Publicado el 16 de julio de 2007. Página web oficial de la OCDE: www.oecd.org/els/migration/imo. Se puede consultar el documento completo en inglés en el link <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/8110101E.PDF> o bien un resumen en español en <http://www.oecd.org/dataoecd/11/62/45613429.pdf>.

(106) http://www.oecd.org/document/2/0,3343,en_2649_33707_43483586_1_1_1_1,00.html. También se puede consultar el documento entero en <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/0309061E.PDF>.

(107) De la colección OECD Insights: http://www.oecd.org/document/11/0,3343,en_21571361_37705603_37714763_1_1_1_1,00.html. Se puede consultar un resumen en español en <http://www.oecd.org/dataoecd/19/31/43569178.pdf> o bien el texto completo en in-

Con todas las prevenciones que supone intentar predecir un fenómeno tan complejo como las migraciones internacionales y los cambios en las políticas migratorias de los países receptores, en el primer documento, se exploran los factores sociales, económicos y medioambientales que se combinan para atraer a inmigrantes de diversos tipos y edades, y los que impulsan a los emigrantes a dejar sus países o quedarse en casa (los llamados «*pull and push factors*»), en un intento de prever si se mantendrá (o seguirá creciendo) la media de 3,3 millones de personas al año que emigran hacia países de la OCDE. En el segundo trabajo, *Migración internacional: El rostro humano de la globalización*, se hace un análisis de la migración internacional en la actualidad, revisando el origen y destino de los flujos migratorios, la capacidad de su control por parte de los Gobiernos o el papel que desempeña la educación en los jóvenes inmigrantes.

Un reciente informe de julio de 2010⁽¹⁰⁸⁾ certificaba la reducción de los flujos migratorios internacionales durante la presente crisis económica, reducción reflejada en la caída de demanda en los Estados miembros de la OCDE, sobre todo a causa del aumento de los despidos de inmigrantes⁽¹⁰⁹⁾ (en un nivel superior al volumen de despidos de los nativos), pero avanzaba el pronóstico de que, una vez alcanzado su punto de inflexión y la vuelta a un crecimiento económico sin prisas pero sin pausa, volverán a necesitarse trabajadores para ese nuevo período de crecimiento, y con ello la inmigración. Ello conducía a sus autores a recomendar a los Estados invertir en la asistencia a los inmigrantes desempleados, concretamente en la búsqueda de empleo y en el estudio del idioma, recomendando a los Estados apostar por un acceso simplificado a la nacionalidad y/o la apuesta por la doble nacionalidad.

En relación a un factor clave como es la integración laboral de las segundas generaciones, y todavía en el ámbito de la Unión Europea, la OCDE ha colaborado con la Comisión Europea en la celebración de un *Seminario sobre la integración en el mercado laboral de los hijos de inmigrantes*⁽¹¹⁰⁾ (Bruselas, 1 y 2 de octubre de 2009), sobre los indicadores clave respecto de integración de los inmigrantes y sus generaciones posteriores. Los resultados se han recogido en un «*working paper*»⁽¹¹¹⁾ titulado *Children of Immigrants in the Labour Markets of EU and OECD Countries: An Overview* (WP97, 29 de octubre de 2009), en el cual por primera vez se recopilan datos sobre los niveles de educación y los resultados obtenidos en el mercado laboral de la «segunda generación» (hijos de inmigrantes entre 20 y 29 años) en dieciséis Estados de la OCDE. El trabajo constata una fuerte exclusión de los hijos de inmigrantes en el mercado laboral, incluso al mismo nivel educativo que los nati-

glés en <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/0109111E.PDF> o <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/fulltext/0109111e.pdf?expires=1286277934&id=0000&accname=guest&checksum=D788E14A5F3E1A1733C75F512AAE960C>.

(108) Las conclusiones pueden consultarse en http://www.oecd.org/document/26/0,3343,en_2649_37415_4562_3194_1_1_1_1,00.html.

(109) En este caso, los más afectados son los jóvenes y la diferencia de éstos con los jóvenes nativos se acentúa aún más. Por otra parte, en algunos Estados, se ha notado un incremento en el número de mujeres inmigrantes trabajadoras, lo que se atribuye a la necesidad de suplir la falta de obtención de ingresos del marido.

(110) La Comisión Europea y la OCDE han trabajado juntas en base a otras anteriores publicaciones y trabajos, como son el *Job for Immigrants Vol.1* y *Vol.2*, reseñada en la crónica anterior.

(111) Ha habido otros trabajos en esta colección. Otros trabajos de la colección de *working paper* han sido *Institutional Determinants of Worker Flows* (WP107 de 6 de julio de 2010) o *Earnings of Men and Women Working in the Private Sector* (WP108 de 31 de agosto de 2010). Todos ellos están disponibles en <http://www.oecd-ilibrary.org>.

vos (como sucede en Australia, Canadá, Estados Unidos, Suiza o Reino Unido). Los hijos varones de inmigrantes con un bajo nivel de educación doblan el número de nativos que ni estudian ni trabajan, aunque en el caso de las mujeres la situación ha mejorado respecto a la de sus madres inmigrantes. Esto refleja que aún hay fuertes diferencias entre el mercado laboral de los hijos de inmigrantes y los hijos de nativos (incluso teniendo el mismo nivel de educación, como en Bélgica). Pese a esto, debe remarcarse que la segunda generación está notablemente integrada en el sector público, en particular en Holanda —y totalmente al contrario en Alemania y Francia—. Esto se atribuye a los esfuerzos políticos llevados a cabo años atrás por los Gobiernos de los países receptores.

Respecto de la situación en España⁽¹¹²⁾, el documento publicado *Perspectivas de la Migración Internacional: SOPEMI 2010* es muy claro: aunque en general se ha reducido el número de inmigrantes con residencia permanente (lo que también ha conllevado un aumento en el número de partidas de vuelta a sus países de origen) se ha notado un pequeño incremento en el mercado laboral temporal (mayoritariamente, trabajos de temporada). El trabajo reconoce que el crecimiento de la inmigración en España entre el año 2000 y 2008 ha sido espectacular, pasando del 4,9% a más del 14% de la población (sólo Alemania tiene más inmigrantes), pero resalta la extrañeza que provoca el reducido número de solicitantes de asilo en comparación con otros países de la OCDE, y el aún menor de refugiados a los que se reconoce tal condición. El informe constata igualmente que el programa de retorno⁽¹¹³⁾ ha resultado en general bastante ineficaz, pues sólo recurrieron a él 10.000 de los 136.000 potenciales candidatos, aunque admite la importancia de las medidas de flexibilización adoptadas en 2009, fundamentalmente la facilitación de renovación de sus permisos a aquellos que hubiesen perdido su trabajo pero hubieran trabajado un mínimo de nueve meses en el último año, aunque no contasen con un contrato de empleo y, en segundo lugar, el reconocimiento a aquellos inmigrantes desempleados de la posibilidad de acogerse al estatus de reunificación familiar, sin necesidad de retorno, si el cónyuge estaba empleado en España.

En próximas crónicas se reseñarán las conclusiones de un probablemente interesante *Seminar on better jobs for ethnic minority and immigrant youth* organizado por la OCDE junto con la Comisión Europea para el 22 de octubre de 2010, en el cual se pretende estudiar formas de dinamizar y mejorar el trabajo de las minorías étnicas y los jóvenes inmigrantes a nivel local, mediante el intercambio de experiencias. Igualmente, se apuntarán las consecuencias de anunciada visita del Director General de la OCDE a España ese mismo mes, y que incluye entre otras reuniones una con el Presidente del Gobierno para intercambiar puntos de vista sobre temas de políticas de empleo, de desarrollo económico, sociales, sobre migraciones, etc.

3. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

La OSCE tiene como finalidad primordial garantizar la seguridad en Europa. La prevención de conflictos, la gestión de situaciones de crisis así como la ayuda post-conflicto son

(112) El documento *Spain Country Note* puede consultarse en <http://www.oecd.org/dataoecd/5/36/45629697.pdf>.

(113) Consistente en la posibilidad de cobrar el paro acumulado capitalizado en dos partidas (una, en el momento de la salida del país y la otra, en el momento de la llegada a «casa»), aunque con la prohibición de entrar en el Estado español durante 3 años.

áreas en las que interviene esta organización internacional. Las actividades desarrolladas son múltiples, todas ellas vinculadas a cuestiones económicas, político-militares y a los derechos humanos. El mantenimiento de la seguridad en el territorio de los países de la OSCE pasa por considerar, a ojos de esta institución, que la gestión de la migración debe situarse en el centro de sus preocupaciones, razón por la que se le ha consagrado el *Comité Económico 2010* de la OSCE y el *18.º Foro Ambiental*, junto a la seguridad del transporte terrestre e internacional.

En este sentido, el fomento de la **tolerancia y la nodiscriminación** continúan siendo una prioridad para la OSCE. A través de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) se adoptó en 2003 el Plan de Acción de la OSCE para mejorar la situación romaní en la OSCE; en este sentido se ha publicado *Police and Roma and Sinti: Good Practices in Building trust and understanding* (abril, 2009)⁽¹¹⁴⁾ en el que se identifican una serie de principios y buenas prácticas que deberían aplicar los Estados para mejorar las relaciones entre los Cuerpos de Seguridad y los miembros de la Comunidad romaní. Otros Informes de la OIDDH como *Field Assessment of violent incidents against roma in Hungary: Key developments, Findings and Recommendations* (15 de junio de 2010)⁽¹¹⁵⁾ analizan algunos de los incidentes violentos que en los últimos tiempos han sufrido los miembros de esta comunidad. Los crímenes de odio representan una importante área de estudio para la OIDDH, y así lo demuestra la publicación de *Hate crimes in the OSCE region-incidents and responses. Annual Report for 2008* (noviembre de 2009)⁽¹¹⁶⁾ y *Preventing and responding to hate crimes* (octubre de 2009)⁽¹¹⁷⁾.

También con una conexión securitaria, la lucha contra la **trata de personas y el respeto de los derechos humanos** continúa siendo una de las principales áreas de actuación de la OSCE. En diciembre de 2009 la Sra. Grazia Giammariano fue nombrada Representante Especial y Coordinadora para la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, sustituyendo en el cargo a la Sra. Eva Biaudet. En *An agenda for change: Implementing the platform for action against human trafficking. Annual Report of the OSCE special Representative and Co-ordinator for combating Trafficking in Human beings presented to the Permanent Council*⁽¹¹⁸⁾ (diciembre de 2009) se recoge la agenda que guiará el trabajo de la primera, así como las actividades realizadas por la Representante especial Eva Biaudet durante sus tres años de mandato. En esta área la OSCE han publicado algunos estudios de referencia sobre el negocio ilícito de la trata de personas y el *modus operandi* de las organizaciones criminales que se dedican a ello, así *Analysing the business model of trafficking in Human Beings to better prevent the Crime* de Alexis Aronowitz, Gerda Theuermann y Elena Tyurykanova (mayo de 2010)⁽¹¹⁹⁾. Igualmente, en este último año se han realizado dos Conferencias vinculadas con la lucha contra la trata de seres humanos: *Unprotected work, invisible exploitation: Trafficking for the purpose of Domestic servitude* (17 y 18 de junio

(114) http://www.osce.org/documents/cthb/2010/09/43863_en.pdf.

(115) http://www.osce.org/documents/odihhr/2010/06/44569_en.pdf.

(116) http://www.osce.org/publications/odihhr/2009/11/41314_1424_en.pdf.

(117) http://www.osce.org/publications/odihhr/2009/10/40781_1382_en.pdf.

(118) <http://www.osce.org/item/41953.html?ch=1410>.

(119) http://www.osce.org/publications/cthb/2010/05/45167_1514_en.pdf.

de 2010, Viena), y *Prevention of Modern Slavery: «An ounce of prevention is worth a pound of cure»* (14 y 15 de septiembre de 2009, Viena), que dio lugar a la publicación del *Report of 9th Alliance conference on Prevention of Modern Slavery*⁽¹²⁰⁾.

Finalmente, puede apuntarse que la OIDDH también ha publicado una guía como es *Gender and Labour Migration Trainer's Manual* (mayo de 2010)⁽¹²¹⁾, dirigida a la formación de funcionarios gubernamentales para facilitar la incorporación de una perspectiva de género en la política migratoria.

III. LA ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El período 2009-2010 ha sido un período de intensa actividad normativa en materia de inmigración y asilo para las principales instituciones de la Unión Europea, al menos aparentemente, pues en realidad los ritmos entre instituciones han sido relativamente distintos en la Comisión con respecto al Consejo y el Parlamento. Puede decirse que ha habido tanto factores externos como internos que han condicionado esa actividad; entre los externos destaca, en primer lugar, la entrada en vigor del muy esperado Tratado de Lisboa, que ha transformado notablemente la arquitectura competencial, decisoria y organizativa de la Unión, de la cual debe destacarse el paso a la toma de decisiones en este ámbito por mayoría cualificada⁽¹²²⁾, lo que ha desatascado algún bloqueo minoritario⁽¹²³⁾; en segundo lugar, el contexto general de crisis económica mundial y su impacto sobre algunos Estados de la Unión particularmente expuestos han limitado los medios disponibles y obligado a centrar los esfuerzos en la contención de ésta, desplazando del centro de atención otras cuestiones que inicialmente estaban en la agenda; esa reorganización de prioridades se ha hecho particularmente evidente durante la Presidencia española y en la acción de la Comisión. Entre los factores internos que han condicionado la actividad en este período debe destacarse la situación de transición de la Comisión entre el colegio de comisarios saliente (Barroso I) en los últimos meses de 2009 y el nombramiento del nuevo colegio de comisarios (Barroso II) y la consiguiente fase de reestructuración de la Comisión Europea y redefinición de las competencias y responsables clave en las Direcciones Generales y servicios diversos, que no culminaría hasta julio de 2010; en ese contexto de cambio, el Consejo Europeo de diciembre de 2009 adoptaba el Programa de Estocolmo, presentado por la Comisión en 2008, y que constituye la hoja de ruta para el trabajo de los próximos años en asuntos de Justicia e Interior y en abril de 2010 la Comisión presentaba un Plan de Acción para su desarrollo y ejecución, por tanto antes de que se dividiera en dos la JLS, como se explicará a continuación.

(120) http://www.osce.org/documents/cthb/2010/09/43863_en.pdf.

(121) http://www.osce.org/publications/eea/2010/05/43874_1473_en.pdf.

(122) La aprobación de una decisión debe contar con el voto favorable del 55% de los Estados miembros (actualmente, 15 de los 27) que representen el 65% de la población.

(123) Por ejemplo, la extensión del régimen de la residencia de larga duración a los solicitantes de asilo o protección subsidiaria.

En efecto, la *Comisión Europea* ha sufrido una importante reestructuración que ha conducido a la ubicación de los asuntos de la antigua DG JLS (entre la DG Justicia y Derechos Fundamentales, principalmente) y la DG Asuntos de Interior, bajo la batuta de las comisarias Viviane Reading y Cecilia Mäalmström, respectivamente. Dentro de la primera tienen cabida no sólo aspectos de justicia civil, justicia criminal y derechos fundamentales, sino también aspectos relacionados con la ciudadanía comunitaria y la protección de la infancia o la protección relacionada con el empleo de bases de datos, constituyendo una de las DG más fuertes de la Comisión, al igual que la de Interior, que comprende aspectos directamente relacionados con la inmigración y el asilo, así como con la seguridad. Todos estos asuntos caen de lleno en lo que se denomina el Espacio Europeo de Libertad y Justicia, cuya concreción para el próximo quinquenio se plasma en el *Programa de Estocolmo* (2010-2014), que deberá ahora desplegarse en colaboración esencialmente entre ambas Comisarias y sus respectivas Direcciones Generales, Programa que ya estaba elaborado y aprobado antes de que hubieran tomado posesión del cargo oficialmente; es más, en el caso de sus Directores Generales éstos se encontraron incluso el *Plan de Acción para la Ejecución del Programa de Estocolmo* ya elaborado por la Comisión anterior. Tras el período inicial de adaptación ya se vislumbra una nueva organización de las prioridades de la Comisión en el *Programa de Trabajo de la Comisión para 2011*⁽¹²⁴⁾, a partir del Programa de Estocolmo, donde se recoge la intención de abordar aspectos como los derechos de ciudadanía, la protección de las víctimas de delitos con normas mínimas sobre asesoramiento jurídico y ayuda judicial, o nuevas propuestas legislativas para el programa de registros de viajeros y el sistema de control de entradas y salidas por frontera (*entry/exit*). En resumen, el período comprendido en esta crónica ha sido de mudanzas, con la atención centrada durante el segundo semestre de 2009 en la aprobación del Programa de Estocolmo y la adopción de un paquete de medidas legislativas penales que, de no adoptarse antes de la entrada en vigor de Lisboa, hubieran decaído, y en el primer semestre de 2010 con la DG JLS en vías de partición y con sus altos cargos en vías de renovación o sustitución. Ello no significa que su trabajo se haya estancado, pero sí que se ha ralentizado, especialmente en lo que concierne a la presentación de nuevas iniciativas. No obstante, el inicio del ejercicio de la Comisaria Reading se inauguró con un choque primero con el Parlamento e inmediatamente después con el Gobierno francés en relación a la crisis provocada por la política de desmantelamiento de campamentos gitanos y su posterior retorno a Rumanía, conflicto que por su trascendencia pero también por el tono empleado por la Comisaría provocaría una agria crisis entre la Comisión y el Presidente Sarkozy, saldada finalmente a favor de este último.

Así, las *Presidencias* de Suecia (2.º semestre de 2009) y España (1.º semestre de 2010), coordinadas mediante el sistema de «tríos de presidencias» con la precedente (República Checa, 1.º semestre de 2009) y posterior (Bélgica, 2.º semestre de 2010) han ofrecido cierta continuidad en la agenda política del Consejo de Ministros y del Consejo Europeo. Durante este período se presentó el primer Informe anual de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la evolución del *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*, de 6 de mayo de 2010⁽¹²⁵⁾, que analiza la evolución en los cinco compromisos bási-

(124) http://ec.europa.eu/atwork/programmes/docs/cwp2011_es.pdf.

(125) Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009), Informe COM(2010)214 final (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0214:FIN:ES:DOC>).

cos alcanzados a través de dicho Pacto⁽¹²⁶⁾ en las áreas de inmigración legal e integración, inmigración irregular, controles en las fronteras, asilo, y cooperación con los países de origen y de tránsito (planteamiento global); el posible interés de dicho informe respecto de otros informes sobre la actividad en el ámbito JLS radica en que el informe entreteje en su análisis el nivel comunitario de acción con el nacional, incluyendo algunas recomendaciones escogidas y acciones prioritarias.

Las sucesivas presidencias se centraron en diversos puntos; la sueca, en el impulso final para la aprobación del Programa de Estocolmo que, presentado en junio de 2009, fue objeto de estudio en el Consejo JAI informal de julio y finalmente aprobado en diciembre por el Consejo Europeo. Junto a ello, la Presidencia sueca impulsó la adopción por el Consejo JAI de medidas contra la trata de seres humanos, la creación de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo en Malta y un plan de acción para los menores no acompañados, así como la supresión del visado para países de los Balcanes orientales. Por su parte, la presidencia española retomó el trabajo en torno al Programa de Estocolmo para avanzar en la adopción de su Plan de Acción, igualmente intentó poner en el centro del trabajo durante esos meses tanto la cooperación con Estados terceros como la celebración de la IV Conferencia de Ministros sobre Integración en 2010 en Zaragoza, con la igualdad de oportunidades como elemento central de ella. Sin embargo, la ambición de avanzar en una política común de establecimiento de criterios en materia de admisión, residencia y ejercicio profesional de trabajadores, más allá de los regímenes de trabajo altamente cualificado (tarjeta azul) e investigadores, se atascó por diferencias entre los Estados miembros. Por el contrario, la atención a los menores no acompañados, una iniciativa española también, ha ido encontrando un mayor espacio de acuerdo que ha permitido avanzar con la adopción de algunas decisiones. La mejora de los mecanismos operativos de vigilancia y control de fronteras centraban también el programa de la Presidencia española, con un énfasis especial en la consolidación del Sistema Europeo Común de Asilo y la puesta en marcha de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo, así como en la continuación de la política de acuerdos de facilitación de visados. Por último, la Presidencia española apostaba por potenciar y extender las acciones basadas en el planteamiento global de la migración recogido en la Comunicación de la Comisión de 2008⁽¹²⁷⁾. Entre las acciones adoptadas durante este período en dicho marco destacan las asociaciones de movilidad como, por ejemplo, la firmada con Georgia en noviembre de 2009, de la que ya forman parte 16 Estados o la negociación con Libia de un Acuerdo Marco UE-Libia, que no dejará de lado la cuestión de la inmigración. Todo ello ha llevado al Consejo a concluir, tras la celebración del Consejo JAI del pasado 3 de junio de 2010⁽¹²⁸⁾, que se ha dado un importante paso en la aplicación estratégica del Enfoque Global de la Migración, cuyo principal objetivo es fomentar asociaciones globales con países de origen y tránsito e impulsar sinergias entre migración y desarrollo. En

(126) Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009), Informe COM(2010)214 final (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0214:FIN:ES:DOC>).

(127) *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: Reforzar el planteamiento global de la migración; aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias*, COM(2008) 611 final, de 8 de agosto de 2008.

(128) *Conclusiones del Consejo sobre el Pacto Europeo sobre el curso que debe darse al Pacto Europeo sobre inmigración y asilo* (3 de junio de 2010), 10674/10, Bruselas, 4 de junio de 2010.

este sentido, resulta interesante recordar el Dictamen⁽¹²⁹⁾, elaborado por el Comité de las Regiones, en el que se enfatiza la importancia de coordinar la política de migración en el seno de la Unión Europea, para alcanzar un planteamiento coherente de la cuestión.

Con una nueva composición tras las elecciones de mediados de 2009 el *Parlamento Europeo* inició sus trabajos parlamentarios bajo el nuevo Tratado de Lisboa que sitúa a esta institución en el centro del procedimiento legislativo, debiéndose recordar aquí que el procedimiento legislativo ordinario se ha generalizado para actos legislativos en el ámbito de inmigración y asilo, lo cual permite al Parlamento bloquear iniciativas legislativas si no hay acuerdo con el Consejo. Aunque la mayor parte de disposiciones se han adoptado durante este período en primera lectura, con la excepción de un Reglamento sobre la Seguridad Social para nacionales de Terceros Estados, en este primer año, el Parlamento ha debatido numerosas propuestas normativas sobre asilo e inmigración, como el paquete de disposiciones sobre residencia y trabajo con la propuesta de Directiva de un permiso único para trabajadores extracomunitarios, la propuesta de Directiva sobre trabajadores temporeros o la Directiva sobre transferencias intra-empresas de trabajadores, todas ellas a la espera de una decisión en primera lectura⁽¹³⁰⁾.

Seguidamente, se analiza la actividad comunitaria en materia de inmigración y asilo durante el período 2009-2010 por bloques de actividad.

En lo relativo al régimen de *visados*, la publicación de dos disposiciones ha marcado el año en este ámbito: la publicación en septiembre de 2009 del *Reglamento 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de Visados)*⁽¹³¹⁾, y la del *Reglamento para el establecimiento del Sistema de Información de Visados*⁽¹³²⁾ (SIV, más conocido por sus siglas en inglés: VIS), ambos analizados en la crónica anterior. Con estas dos disposiciones de referencia, el resto del año se han adoptado disposiciones de menor entidad pero relativamente importantes para el despliegue de las anteriores. Así, se ha adoptado una Decisión con especificaciones técnicas sobre el uso de huellas dactilares e identificadores biométricos en el VIS⁽¹³³⁾, una Decisión dirigida a establecer las medidas necesarias para la aplicación técnica del VIS, en relación con la gestión de los datos de solicitantes de visado (esto es, su introducción, acceso, modificación, conservación, supresión, etc.)⁽¹³⁴⁾ o una Decisión

(129) *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias»*, CDR 91/2009 fin, 80.º Pleno, 17-18 de junio de 2009.

(130) Puede seguirse la evolución de estas disposiciones en el observatorio legislativo del Parlamento Europeo (<http://www.europarl.europa.eu/oeil>).

(131) DOUE L-243/1, de 15 de septiembre de 2009.

(132) *Reglamento 767/CE/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros* (DOUE L-218/60, de 13 de agosto de 2008).

(133) *Decisión de la Comisión 2009/756/CE de 9 de octubre de 2009 por la que se establecen especificaciones sobre la resolución y el uso de impresiones dactilares a efectos de la verificación e identificación biométricas en el Sistema de Información de Visados* (DOUE L-270/14, de 15 de octubre de 2009).

(134) *Decisión de la Comisión 2009/876/CE de 30 de noviembre de 2009 por la que se adoptan medidas técnicas de aplicación para introducir los datos y las solicitudes vinculados entre sí, acceder a los datos, modificar, suprimir y suprimir anticipadamente datos, conservar registros de operaciones de tratamiento de datos y acceder a ellos en el Sistema de Información de Visados* (DOUE L-315/30, de 2 de diciembre de 2009).

por medio de la cual se determinan las primeras regiones en las que se pondrá en marcha el VIS y se empezarán a recoger, tratar y transmitir datos de solicitudes de visado⁽¹³⁵⁾ (la primera región será el Norte de África; la segunda, Oriente Próximo; y la tercera, la región del Golfo). Igualmente relevante ha sido la Decisión por la que se establece el plan de seguridad para el funcionamiento del Sistema de Información de Visados⁽¹³⁶⁾ durante el período transitorio en que la Comisión es responsable de la gestión operativa del VIS en tanto la autoridad de gestión contemplada en el *Reglamento para el establecimiento del Sistema de Información de Visados* no asuma sus responsabilidades; el plan de seguridad deberá ser capaz de garantizar un nivel de seguridad adecuado en la gestión del VIS.

Como en años anteriores, se han realizado algunas modificaciones al Reglamento con la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de la obligación del visado para estancias de corta duración, esta vez para trasladar a la Antigua República Yugoslava de Macedonia, a Montenegro y a Serbia (exceptuando a Kosovo) a la lista de los terceros países cuyos nacionales no requieren visado para entrar en la Unión Europea, conforme al procedimiento establecido en el propio Reglamento⁽¹³⁷⁾. Recientemente, se han presentado dos propuestas, la primera, para traspasar a Albania y a Bosnia Herzegovina a la lista blanca o *lista positiva*⁽¹³⁸⁾, y la segunda, para hacer lo mismo respecto de Taiwán y las Islas Marianas del Norte⁽¹³⁹⁾.

Siguiendo también el camino trazado en años anteriores, se han continuado firmando acuerdos de simplificación del procedimiento de obtención de visados. Entre ellos, encontramos los acuerdos cerrados en 30 de junio de 2009 con diversas islas pertenecientes a la *Commonwealth*: Antigua y Barbuda⁽¹⁴⁰⁾, Bahamas⁽¹⁴¹⁾, Barbados⁽¹⁴²⁾, Mauricio⁽¹⁴³⁾, San

(135) Decisión de la Comisión 2010/49/CE de 30 de noviembre de 2009 por la que se determinan las primeras regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS), DOUE L-23/62, de 27 de enero de 2010.

(136) Decisión de la Comisión 2010/260/UE de 4 de mayo de 2010 relativa al plan de seguridad para el funcionamiento del Sistema de Información de Visados (DOUE L-112/25, de 5 de mayo de 2010).

(137) El Reglamento (CE) n.º 539/2001 establece unos criterios para evaluar cuándo un tercer Estado debe pasar de la *lista negativa* (precisando visado, sus nacionales) a la *lista positiva* (no precisando visado, sus nacionales), véase DOCE L-81/1, de 21 de marzo de 2001. La reforma de este año se ha realizado mediante Reglamento (CE) n.º 1244/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L-336/1, de 18 de diciembre de 2009).

(138) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, COM(2010) 256 final, 27 de mayo de 2010.

(139) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, COM(2010) 358 final, 5 de julio de 2010.

(140) Acuerdo entre la Comunidad Europea y Antigua y Barbuda sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L-169/3, de 30 de junio de 2009).

(141) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Commonwealth de las Bahamas sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L-169/24, de 30 de junio de 2009).

(142) Acuerdo entre la Comunidad Europea y Barbados sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L-169/10, de 30 de junio de 2009).

(143) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Mauricio sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE L-169/17, de 30 de junio de 2009).

Cristóbal y Nieves⁽¹⁴⁴⁾ y Seychelles⁽¹⁴⁵⁾, mientras que la negociación con Georgia continuaba encallada sin producir el acuerdo esperado⁽¹⁴⁶⁾.

En último lugar, cabe remarcar que el 5 de abril de 2010 entró en vigor el *Reglamento (UE) n.º 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2010, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) n.º 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración*⁽¹⁴⁷⁾, cuyo objetivo es facilitar la libre circulación en el espacio Schengen de nacionales de terceros países que sean titulares de visados nacionales de larga duración, en equivalencia de condiciones respecto de los titulares de un permiso de residencia de larga duración.

En materia de *controles fronterizos*, cuestión íntimamente ligada al régimen de visados, a finales de 2009 se adoptaron algunas especificaciones técnicas sobre la *red de consultas Schengen*⁽¹⁴⁸⁾, estableciéndose una fecha límite para la migración efectiva del SIS al SIS-II⁽¹⁴⁹⁾ coincidente con la expiración de la *Decisión 2008/839/JAI* (el 30 de junio de 2010), pero a fecha de cierre de esta crónica tal migración seguía sin materializarse. Aún en relación al SIS-II, es interesante destacar la disposición relativa al plan de seguridad del nuevo Sistema de Información Central y a su infraestructura de comunicación⁽¹⁵⁰⁾. Igualmente, el *Código de Fronteras Schengen*⁽¹⁵¹⁾ ha sido completado en lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por FRONTEX, suscitando una controversia con el Parlamento Europeo, que ha recurrido ante el TJCE la disposición⁽¹⁵²⁾. Precisamente, quizá la más importante de las novedades en relación a los controles fronterizos sea la propuesta de modificación

(144) *Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de San Cristóbal y Nieves sobre exención de visados para estancias de corta duración* (DOUE L-169/38, de 30 de junio de 2009).

(145) *Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de las Seychelles sobre exención de visados para estancias de corta duración* (DOUE L-169/31, de 30 de junio de 2009).

(146) *Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados*, COM(2010) 198 final, 5 de mayo de 2010.

(147) DOUE L-85/1, de 31 de marzo de 2010.

(148) *Decisión 2009/1024/UE del Consejo de 22 de diciembre por la que se modifica la red de consulta Schengen (especificaciones técnicas)*, DOUE L-353/49, de 31 de diciembre de 2009.

(149) *Decisión 2009/724/JAI de la Comisión de 17 de septiembre de 2009 por la que se establece la fecha para la aplicación de la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS I+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)*, DOUE L-257/41, de 30 de septiembre de 2009.

(150) *Decisión 2010/261/UE de la Comisión de 4 de mayo de 2010 relativa al plan de seguridad para el SIS II Central y la infraestructura de comunicación* (DOUE L-112/31, de 5 de mayo de 2010).

(151) *Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen)*, DOCE L-105/1, de 13 de abril de 2006.

(152) *Decisión 2010/252/UE del Consejo de 26 de abril de 2010 por la que se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea* (DOUE L-111/20, de 4 de mayo de 2010). Anuncio de recurso presentado ante el TJCE el 14 de julio de 2010, *Parlamento Europeo v. Consejo* (Caso C-355/10), el anuncio de recurso puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:246:SOM:EN:HTML>.

del *Reglamento FRONTEX*⁽¹⁵³⁾ al objeto de adaptarlo a las necesidades de los años próximos, aclarar mejor el mandato de la Agencia y remediar las deficiencias que su puesta en práctica ha ido evidenciando. En relación a las negociaciones sobre la base de la mencionada propuesta, el Consejo JAI de 25 y 26 de febrero⁽¹⁵⁴⁾ convino en procurar alcanzar, con carácter urgente, un acuerdo, que, sin embargo, no se ha traducido aún en un texto definitivo.

Entre los controles fronterizos y la gestión de la inmigración ilegal, encontramos el sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR)⁽¹⁵⁵⁾. Se trata de un instrumento que, ideado por la Comisión, nació con la voluntad de constituir un paso decisivo para el establecimiento de un sistema europeo integrado de gestión de fronteras, capaz de reducir el número de inmigrantes ilegales que consiguen introducirse en la UE y de contribuir a un incremento de la seguridad interna de la Unión mediante la contribución a la prevención de la delincuencia transfronteriza. El Consejo recibió positivamente la propuesta e invitó a la Comisión a que intensificara sus esfuerzos en esta materia y fuera informando sobre los avances obtenidos⁽¹⁵⁶⁾. Consecuencia de esta petición es el Informe de la Comisión relativo a los pasos emprendidos para el desarrollo del EUROSUR en el período comprendido entre febrero de 2008 y julio de 2009⁽¹⁵⁷⁾, informe cuya evacuación estaba inicialmente prevista para mediados de 2010.

En cuanto a la lucha contra la *inmigración irregular*, propiamente, destaca la *Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*⁽¹⁵⁸⁾. Por otro lado, especialmente interesante resulta el seguimiento del estado de las negociaciones para la creación de una Agencia encargada de la gestión operativa de sistemas de información a larga escala, en la que incluirían el SIS-II, el VIS, el EURODAC, así como otros sistemas similares en el ámbito de la libertad, seguridad y justicia, interesante por cuanto si en la crónica anterior se hacía referencia a una propuesta de junio de 2009 de la Comisión⁽¹⁵⁹⁾, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha conducido al abandono de la anterior propuesta y la pre-

(153) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2007/2004 del Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE (FRONTEX)*, COM(2010) 61 final, de 24 de febrero de 2010.

(154) *Conclusiones del Consejo sobre 29 medidas destinadas al refuerzo de la protección de las fronteras exteriores y a la lucha contra la inmigración ilegal* (25 y 26 de febrero de 2010), 6975/10, Bruselas, 1 de marzo de 2010.

(155) *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR)*, COM(2008) 68 final, de 13 de febrero de 2008.

(156) *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas* (19 y 20 de junio de 2008), 11018/1/08, Bruselas, 17 de julio de 2008.

(157) *Commission Staff Working Paper: Report on progress made in developing the European Border Surveillance System (EUROSUR)*, SEC(2009), 1265 final, 24th September 2009.

(158) DOUE L-168/24, de 30 de junio de 2009.

(159) *Comunicación de la Comisión: Paquete legislativo por el que se crea una Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos a gran escala en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM(2009) 292 final, de 24 de junio de 2009.

sentación, en marzo de 2010, de una nueva⁽¹⁶⁰⁾. Por último, y en relación a la *Directiva del Retorno*⁽¹⁶¹⁾, merece la pena remarcar que, tras las sesiones del Consejo JAI los días 25 y 26 de febrero de 2010⁽¹⁶²⁾, se han reanudado las negociaciones sobre un acuerdo de readmisión con Turquía. En este sentido, la Declaración conjunta final de la Cumbre UE-Marruecos⁽¹⁶³⁾, celebrada en marzo de 2010, ha reiterado la voluntad de ambas partes de concluir lo antes posible las negociaciones para el acuerdo de readmisión UE-Marruecos, iniciadas en 2003.

Al lado de las propuestas legislativas en materia de inmigración irregular, la Comisión ha presentado, en este período, el *Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*⁽¹⁶⁴⁾, que figuraba como una de las prioridades en la agenda de la Presidencia española y que el ACNUR ha respaldado con fuerza⁽¹⁶⁵⁾. En la reunión celebrada el 3 de junio de 2010, el Consejo JAI⁽¹⁶⁶⁾ tomó en consideración la gran cantidad de nacionales de terceros países o apátridas menores de 18 años que llegan a la UE año tras año sin compañía de sus padres o tutores legales, o que son abandonados una vez entran en el territorio de la Unión; y destacó la importancia de actuar de forma coordinada en esta cuestión con la ayuda de los organismos y redes de la UE, principalmente el FRONTEX y la OEAA.

Son remarcables los compromisos recogidos en el *Programa de Estocolmo*⁽¹⁶⁷⁾ en la lucha contra el *tráfico de personas*, un asunto vinculado estrechamente a la inmigración irregular pero que merece un análisis separado por sus singularidades. Entre otras cosas, el Programa exhorta a la Comisión a proponer medidas para que los controles fronterizos sean más eficaces y acciones para proteger a las víctimas. En este sentido, destaca la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI*⁽¹⁶⁸⁾. La idea es que, una vez aprobadas, las nuevas reglas replacen a la Decisión Marco 2002/629/JAI. Entre sus objetivos se encuentran acercar las legislaciones nacionales; reforzar la cooperación policial y judicial; definir mejor el

(160) *Propuesta modificada de Reglamento (UE) n.º./... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Agencia para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, COM(2010) 93 final, de 13 de marzo de 2010.

(161) *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (DOUE L-348/98, de 24 de diciembre de 2008).

(162) *Conclusiones del Consejo sobre 29 medidas destinadas al refuerzo de la protección de las fronteras exteriores y a la lucha contra la inmigración ilegal* (25 y 26 de febrero de 2010), 6975/10, Bruselas, 1 de marzo de 2010.

(163) *Declaración común Cumbre Unión Europea-Marruecos, Granada, 7 de marzo de 2007*, Bruselas, 10 de marzo de 2010 (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/er/113286.pdf).

(164) *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, COM(2010) 213 final, de 6 de mayo de 2010.

(165) *De los principios a la acción: Recomendaciones del ACNUR a España en su presidencia de turno en la Unión Europea (enero a junio 2010)*, www.acnur.org/biblioteca/pdf/7321.pdf.

(166) *Conclusiones del Consejo relativas a los menores no acompañados* (3 de junio de 2010), 10669/10, Bruselas, 4 de junio de 2010.

(167) *Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE C-115/1, de 4 de mayo de 2010).

(168) COM(2010) 95 final, de 29 de marzo de 2010.

delito de tráfico (o de trata de personas, en español), así como regular distintas cuestiones relacionadas con él. En gran medida, la presente propuesta de la Comisión se inspira en su anterior propuesta de modificación de la Decisión Marco sobre tráfico, presentada en marzo de 2009⁽¹⁶⁹⁾, que caducó como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Desde una perspectiva igualmente centrada en la seguridad pero con una incidencia menor sobre la trata de personas, debemos destacar el Acuerdo entre la UE e Islandia y Noruega por el que se aplican a estos dos Estados determinadas disposiciones comunitarias sobre la profundización de la cooperación transfronteriza en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada⁽¹⁷⁰⁾. Fuera del período de esta crónica, en octubre de 2010 se publicaba un Informe de la Comisión sobre la transposición interna de la Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia a las víctimas de trata⁽¹⁷¹⁾, del que aquí simplemente dejamos constancia pues será objeto de análisis en la próxima crónica.

Un alcance muy distinto tiene la gestión de la *inmigración regular*. En este sentido, y aunque ya se mencionó en la crónica anterior, destaca la adopción de la *Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado* (más conocida como *Directiva sobre la tarjeta azul*)⁽¹⁷²⁾. Por el contrario, continúa aún en trámite en el Parlamento Europeo, pese a que su aprobación figuraba como uno de los objetivos de la Presidencia española, la propuesta de *Directiva del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro*⁽¹⁷³⁾. Otra antigua propuesta de la Comisión, ésta de julio de 2007, la propuesta de *Reglamento del Consejo por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y del Reglamento (CEE) n.º [...] a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas*⁽¹⁷⁴⁾, podría aprobarse en un futuro inmediato, vista

(169) *Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos, y a la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI*, COM(2009) 136 final, de 25 de marzo de 2009.

(170) En el marco de la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, cuestión que excede del contenido de esta crónica, encontramos la *Decisión 2010/482/UE del Consejo de 26 de julio de 2010 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea e Islandia y Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y el anexo del mismo* (DOUE L-238/1, de 9 de septiembre de 2010).

(171) Informe COM(2010) 493 final de la Comisión al Parlamento y el Consejo de 15 de octubre de 2010 sobre la aplicación de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

(172) DOUE, L-155/17, de 18 de junio de 2009.

(173) COM(2007) 638 final, de 23 de marzo de 2007.

(174) COM(2007) 439 final, de 23 de julio de 2007.

la Comunicación⁽¹⁷⁵⁾ de la Comisión al Parlamento Europeo en la que manifestaba su conformidad con la posición del Consejo respecto al texto, enfatizando la importancia de su aprobación para lograr el objetivo del artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, según el cual toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de la seguridad social. De otro lado, y en el ámbito de cuestiones más técnicas o procedimentales, se han aprobado dos reglamentos de aplicación del Reglamento sobre estadísticas comunitarias en materia de migración y protección internacional⁽¹⁷⁶⁾. El primero de ellos, aprobado el 15 de marzo de 2010, establece las definiciones de las categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia⁽¹⁷⁷⁾. El segundo, aprobado el 23 de abril de 2010, establece las definiciones de las categorías de grupos de países de nacimiento, grupos de países de residencia habitual anterior, posterior y grupos de nacionalidades⁽¹⁷⁸⁾.

En este período, la Comisión ha presentado al Parlamento Europeo y al Consejo otras dos nuevas propuestas en materia de inmigración regular. La primera es la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 377/2004 del Consejo, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración*⁽¹⁷⁹⁾. Y la segunda, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo estacional*⁽¹⁸⁰⁾.

En el ámbito de la *integración*, siguiendo la estructura de crónicas anteriores, podemos distinguir hasta tres planos de actuación distintos. El primero, relativo a la promoción de la igualdad y la lucha contra la discriminación. En este sentido, es preciso destacar que la propuesta de *Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*⁽¹⁸¹⁾, que ya fuera mencionada en la crónica anterior, continúa sin ha-

(175) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acerca de la Posición del Consejo sobre la adopción de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se amplía la cobertura de las disposiciones de los Reglamentos (CE) n.º 883/2004 y (CE) n.º 987/2009 a los nacionales de terceros países que todavía no están cubiertos por estas disposiciones en virtud de su nacionalidad, COM(2010) 448 final, de 2 de septiembre de 2010.

(176) Reglamento (CE) n.º 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros (DOCE, L-199/23, de 31 de julio de 2007).

(177) Reglamento (UE) n.º 216/2010 de la Comisión de 15 de marzo de 2010 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, por lo que se refiere a las definiciones de las categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia (DOUE, L-66/1, de 16 de marzo de 2010).

(178) Reglamento (UE) n.º 351/2010 de la Comisión de 23 de abril de 2010 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, en lo que respecta a las definiciones de las categorías de grupos de países de residencia habitual anterior, grupos de países de residencia habitual posterior y grupos de nacionalidades (DOUE, L-104/37, de 24 de abril de 2010).

(179) COM(2009) 322 final, de 8 de julio de 2009.

(180) COM(2010) 379 final, de 13 de julio de 2010.

(181) COM(2008) 426 final, de 2 de julio de 2008.

berse aprobado, de momento. El segundo plano es la integración *stricto sensu*, materia en la que la Unión cuenta hoy con una base jurídica expresa en el artículo 79.4 TFUE para incentivar y emprender medidas de apoyo. Respecto a esta cuestión, debemos destacar el reciente Dictamen del CESE relativo a la integración y la Agenda Social que, si bien no sólo se preocupa de la integración de la inmigración, tampoco obvia la cuestión⁽¹⁸²⁾, así como el Informe que la Comisión llevó a cabo para la Conferencia Ministerial sobre integración que tuvo lugar en Zaragoza el pasado abril de 2010, sobre la consolidación del marco de trabajo de la integración en la UE⁽¹⁸³⁾, y cuyas conclusiones instan a avanzar en la elaboración de indicadores de integración comunes así como a abordar la integración desde las diferentes perspectivas, educativa, laboral, etc. Por último, la Unión trabaja activamente a favor de la protección de los derechos, sobre todo de las minorías étnicas o religiosas, así como de otros colectivos especialmente vulnerables. Así, al margen de los trabajos que viene realizando la FRA, en diciembre de 2009, el CESE emitió un Dictamen⁽¹⁸⁴⁾ relativo al respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación inmigratorias de la Unión.

El último bloque de actividad por analizar es el *asilo*, que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se ha convertido en un derecho, vinculante en la Unión, al estar recogido en el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Del análisis de las evoluciones en esta materia es preciso destacar, para empezar, el importante logro de la Presidencia española que supone la aprobación definitiva del *Reglamento (UE) n.º 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo*⁽¹⁸⁵⁾. Tal como explica con claridad la Comisión⁽¹⁸⁶⁾, el nacimiento de la Oficina se debe a la voluntad de la Unión Europea de elaborar una política global en materia de asilo, respondiendo a las peticiones del Consejo y del Consejo Europeo en relación a la creación de una estructura de apoyo en materia de asilo. La nueva Oficina se encargará de reforzar la cooperación entre los Estados miembros en todo lo relativo al asilo, así como de contribuir a apoyar la aplicación del régimen común de asilo.

De otro lado, siguiendo las recomendaciones del ACNUR para la Presidencia de Suecia⁽¹⁸⁷⁾, en octubre de 2009 la Comisión presentó enmiendas a las comúnmente conocidas

(182) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La integración y la Agenda Social» (Dictamen de Iniciativa), SOC/362, de 17 de febrero de 2010.

(183) Commission Staff Working Document: *The consolidation of the EU framework on integration*, Report to the 2010 Ministerial Conference on Integration, SEC(2010) 357 final, 19th march 2010.

(184) Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración», SOC /335, de 4 de noviembre de 2009.

(185) DOUE L-132/11, de 25 de mayo de 2010.

(186) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 294, apartado 6, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, relativa a la posición adoptada por el Consejo con vistas a la aprobación de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo en materia de Asilo y de una propuesta de Decisión del Parlamento Europeo por la que se modifica la Decisión n.º 573/2007/CE por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el periodo 2008-2013 en lo referente a la supresión de la financiación de determinadas medidas comunitarias y al cambio del límite máximo para su financiación, COM(2010) 79 final, de 5 de marzo de 2010.

(187) Diez años después de Tampere: Recomendaciones del Acnur a Suecia para su Presidencia de la Unión Europea (julio a diciembre de 2009), www.acnur.org/biblioteca/pdf/7207.pdf.

como *Directiva sobre procedimientos de asilo*⁽¹⁸⁸⁾ y *Directiva de calificación*⁽¹⁸⁹⁾. Según el *Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009)*⁽¹⁹⁰⁾, estas propuestas responden al llamamiento del *Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo*⁽¹⁹¹⁾ en favor de un procedimiento único, así como de un estatuto uniforme, que posibiliten la consolidación, en el conjunto de la UE, de normas que protejan y promuevan unas calificaciones más fiables, que impidan abusos y mejoren la eficacia de todo el proceso de asilo. También el *Programa de Estocolmo* y el *Tratado de Lisboa* respaldan estos objetivos.

En cuanto a las propuestas de refundición de la *Directiva sobre condiciones de acogida*⁽¹⁹²⁾, del *Reglamento de Dublín*⁽¹⁹³⁾ y del *Reglamento EURODAC*⁽¹⁹⁴⁾, todas ellas presentadas con anterioridad al período analizado, no se ha logrado aprobar textos definitivos. Sin embargo, debemos destacar que la Unión ha seguido trabajando y prueba de ello es el Dictamen del CESE relativo a la propuesta de enmiendas de la *Directiva sobre condiciones de acogida*⁽¹⁹⁵⁾, el Dictamen del CESE en relación a la propuesta de modificación del *Reglamento de Dublín*⁽¹⁹⁶⁾ y el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos respecto a la modificación del sistema EURODAC⁽¹⁹⁷⁾. Directamente relacionado con esta

(188) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional (refundición)*, COM(2009) 554 final, de 21 de octubre de 2009.

(189) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 beneficiarios de protección internacional y al contenido de la protección concedida (refundición)*, COM(2009) 551 final, de 21 de octubre de 2009.

(190) *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Primer informe anual sobre inmigración y asilo (2009)*, COM(2010) 214 final, de 6 de mayo de 2010.

(191) http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Plaqueette_ES.pdf.

(192) *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (refundición)*, COM(2008) 815 final, de 3 de diciembre de 2008.

(193) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*, COM(2008) 829 final, de 3 de diciembre de 2008.

(194) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n.º [...] [por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida]*, COM(2008) 825 final, de 3 de diciembre de 2008.

(195) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (refundición)*, SOC/332, de 16 de julio de 2009.

(196) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido)»*, SOC/333, de 16 de julio de 2009.

(197) *Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n.º [...] (por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección*

última norma, destaca la adopción, en junio de 2009, del Protocolo al Acuerdo con Suiza y Liechtenstein por el que estos dos países se suman al sistema comunitario de determinación del Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Suiza⁽¹⁹⁸⁾.

En relación al reasentamiento, y en el marco de la labor desarrollada por la Unión para establecer un Programa Conjunto en materia de Reasentamiento, destacan la Propuesta presentada por la Comisión con miras a modificar la Decisión por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados o FER⁽¹⁹⁹⁾ y la Comunicación de la Comisión relativa al establecimiento de un Programa Conjunto de la UE en materia de reasentamiento⁽²⁰⁰⁾. En cuanto a la primera de ellas, relativa al FER, el objetivo es prestar un apoyo financiero adicional al reasentamiento de aquellas categorías de personas que cada año se señalen como prioridad común de la UE, a través de una Decisión que deberá adoptar la Comisión, en base a las previsiones indicativas que presente el ACNUR. En cuanto a la segunda propuesta, en relación a la adopción de un Programa Conjunto en materia de Reasentamiento, merece la pena destacar que el texto da respuesta a una de las recomendaciones más enérgicas que lanzó el ACNUR a Suecia para su Presidencia de la Unión⁽²⁰¹⁾. La idea de la propuesta es lograr un aumento del número de Estados miembros que participan en las actividades de reasentamiento y proporcionar a las personas que ya han sido reasentadas medios seguros de acceso a la protección.

Mientras estas propuestas continúan en trámite, otras Decisiones han sido adoptadas en relación al FER en el período estudiado. Así, destacan, en primer lugar, la Decisión 2009/544/CE de la Comisión, de 9 de julio de 2009⁽²⁰²⁾ y la Decisión 2009/614/CE, de 23 de julio de 2009⁽²⁰³⁾, que amplían el período de elegibilidad de los programas anuales para que los Es-

internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida) y sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a las solicitudes de comparación con datos Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de la aplicación de la ley (DOUE C-92/1, de 10 de abril de 2010).

(198) *Protocolo entre la Comunidad Europea, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en un Estado miembro o en Suiza (DOUE L-161/8, de 24 de junio de 2009).*

(199) *Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Decisión n.º 573/2007/CE por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios» y por la que se deroga la Decisión 2004/904/CE del Consejo, COM(2009) 456 final, de 2 de septiembre de 2009.*

(200) *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa al establecimiento de un Programa conjunto de la UE en materia de reasentamiento, COM(2009) 447 final, de 2 de septiembre de 2009.*

(201) *Diez años después de Tampere: Recomendaciones del Acnur a Suecia para su Presidencia de la Unión Europea (julio a diciembre de 2009), www.acnur.org/biblioteca/pdf/7207.pdf.*

(202) *Decisión 2009/22/CE de la Comisión de 9 de julio de 2009 por la que se modifica la Decisión 2008/22/CE, que establece las normas de aplicación de la Decisión n.º 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo (DOUE L-179/62, de 10 de julio de 2009).*

(203) *Decisión 2009/614/CE de la Comisión de 23 de julio de 2009 por la que se modifica la Decisión 2008/458/CE de la Comisión por la que se establecen las normas de aplicación de la Decisión n.º 575/2007/CE del Parlamento*

tados miembros ejecuten el Fondo con eficacia y puedan adaptar el calendario de envío del informe final sobre la ejecución del programa anual y del programa anual revisado. De otro lado, destaca la Decisión 2010/163/UE de la Comisión, de 8 de marzo de 2010⁽²⁰⁴⁾. En este caso, el objetivo es fijar un techo para el total acumulativo de las prefinanciaciones que deben desembolsarse a los Estados miembros para los programas anuales, con miras a hacer efectivo el principio de buena gestión financiera. En último lugar, debemos mencionar la Decisión n.º 458/2010/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010⁽²⁰⁵⁾, que, directamente relacionada con la reciente creación de la OEAA, tiene por finalidad transferir competencias del FER a la Oficina de Apoyo con el objetivo de garantizar que la cooperación práctica en materia de asilo se desarrolle del modo más eficiente posible.

Terminado el resumen normativo, es pertinente completarlo con un somero análisis de las sentencias del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** (TJCE) en esta materia. En el período comprendido en esta crónica, y como en años anteriores, la jurisprudencia del Tribunal se ha centrado fundamentalmente en cuestiones como el asilo y la protección subsidiaria, la libre circulación de personas, la igualdad de trato, así como la interpretación de determinados acuerdos y tratados firmados por la Comunidad Europea con Terceros Estados, por citar algunos bloques de actividad.

En materia de **protección internacional**, debemos empezar por indicar que la *STJCE Comisión contra España de 9 de julio de 2009 (Asunto C-272/08)*⁽²⁰⁶⁾ ha condenado a España por incumplimiento de sus obligaciones comunitarias por no adaptar el derecho interno a la Directiva 2004/83/CE⁽²⁰⁷⁾. Entrando más en el fondo interpretativo de esa misma Directiva, la *STJCE Aydin Salahadin Abdulla, Kamil Hasan, Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi, Dler Jamal contra Bundesrepublik Deutschland, de 2 de marzo de 2010 (Asuntos C- 175, 176, 178 y 179/08)*⁽²⁰⁸⁾. En ella se concluye que la persona perderá la condición de

Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo (DOUE L-210/36, de 14 de agosto de 2009).

(204) *Decisión 2010/163/UE de la Comisión de 8 de marzo de 2010 por la que se modifica la Decisión 2008/22/CE, que establece las normas de aplicación de la Decisión n.º 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013 como parte del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo* (DOUE L-69/16, de 19 de marzo de 2010).

(205) *Decisión n.º 458/2010/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 2010 por la que se modifica la Decisión n.º 573/2007/CE, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013, por lo que se refiere a la supresión de la financiación de determinadas acciones comunitarias y al cambio del límite para su financiación* (DOUE L-129/1, de 28 de mayo de 2010).

(206) DOUE C-290, de 15 de agosto de 2008.

(207) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

(208) Concretamente, se interpreta el artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva 2004/83, de 29 de abril de 2004, en relación con el artículo 2, un caso en el que se produjo la revocación, durante los años 2004 y 2005, del estatuto de refugiado a cinco nacionales iraquíes como consecuencia de la evolución de la situación en Irak (DOUE C- 113, de 1 de mayo de 2010).

refugiado, cuando un cambio significativo de carácter no provisional en las circunstancias del tercer Estado haga desaparecer las circunstancias que justificaron el temor de la persona a ser perseguida. Se recuerda la necesidad en este supuesto de verificar que el agente de protección haya tomado medidas razonables para impedir la persecución, siendo posible incluir entre estos agentes de protección las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte de éste a través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero. La Directiva 2004/83/CE es también objeto de interpretación, específicamente su artículo 12, en la *STJCE Bolbol contra Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, de 17 de junio 2010 (Asunto C-31/09)*⁽²⁰⁹⁾; en ella el Tribunal afirma que si la persona no ha obtenido efectivamente la protección o asistencia del Organismo de Obras Públicas y Socorro a los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), con carácter previo a su solicitud de reconocimiento de refugiado, puede solicitar que se examine su solicitud con arreglo al artículo 2, letra c), de la Directiva.

Respecto a la **libre circulación de personas nacionales de terceros Estados familiares de nacionales comunitarios**, la *STJCE London Borough of Harrow contra Ibrahim y Secretary of State for the Home Department de 23 de febrero de 2010 (Asunto C-310/08)*⁽²¹⁰⁾ y también la *STJCE Teixeira contra London Borough of Lambeth, Secretary of State for the Home Department, de 23 de febrero de 2010 (Asunto C- 480/08)*⁽²¹¹⁾ interpretan el artículo 12 del Reglamento n.º 1612/68⁽²¹²⁾, para reconocer el derecho de residencia a los hijos de un nacional de un Estado miembro que trabaja o ha trabajado en el Estado miembro de acogida y el progenitor que tiene efectivamente su custodia. No se exige que éstos cumplan con los requisitos exigidos por la Directiva 2004/38 ni se supedita su derecho de residencia a la exigencia de disponer de recursos suficientes, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado. La segunda de las sentencias amplía la interpretación de ese mismo precepto, estableciendo que este derecho puede ser invocado por los hijos de antiguos trabajadores migrantes, al no exigirse que el progenitor tenga la condición de trabajador en el Estado en el momento en el que el hijo haya comenzado sus estudios. Este derecho de residencia caduca al alcanzar el hijo la mayoría de edad, a menos que el hijo siga necesitando la presencia del progenitor para continuar y terminar sus estudios. En la *STJCE Comisión contra España, de 11 de febrero de 2010 (Asunto C-523/08)*⁽²¹³⁾ el Tribunal declara que España ha incumplido sus obligaciones por no haber transpuesto la Directiva 2005/71/CE⁽²¹⁴⁾.

La **igualdad de trato y el principio de no discriminación** prohíbe las discriminaciones directas, basadas en la nacionalidad, y también las discriminaciones indirectas que

(209) El precepto analizado en su apartado 1, letra a), primera frase, se refiere a una persona que recibe efectivamente la protección o asistencia de un organismo de la NN.UU. distintos del ACNUR (DOUE C-221, de 14 de agosto de 2008).

(210) DOUE C-100, de 17 de abril de 2010.

(211) DOUE C-100, de 17 de abril de 2010.

(212) Reglamento (CEE) n.º 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

(213) DOUE C-80, de 27 de marzo de 2010.

(214) Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

conduzcan al mismo resultado, por ese motivo la *STJCE Bressol y otros contra Gouvernement de la Communauté française*, de 13 abril de 2010 (Asunto C-73/08)⁽²¹⁵⁾ considera que un régimen en el que se limita el número de estudiantes no residentes en Bélgica que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior, sólo puede ser conforme al derecho comunitario si se encuentra justificado desde el punto de vista del objetivo de protección de la salud pública, cuestión que le corresponderá dilucidar al órgano jurisdiccional competente.

La *STJCE Chakroun y Minister van Buitenlandse* de 4 marzo de 2010 (Asunto C-578/08)⁽²¹⁶⁾ tiene por objeto una decisión prejudicial referente a la interpretación de los artículos 2, letra d) y 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el **derecho a la reagrupación familiar**⁽²¹⁷⁾. El Tribunal declara que el concepto de sistema de asistencia social del Estado miembro es un concepto autónomo de derecho comunitario entendido en el sentido de que recoge una prestación que suple una falta de recursos fijos y regulares suficientes, y no una prestación que permite hacer frente a necesidades extraordinarias o imprevistas. De acuerdo con este concepto, este requisito no permite al Estado adoptar una normativa sobre reagrupación familiar que la deniega a un reagrupante que posee recursos fijos y regulares suficientes, pero cuya cuantía le permitiría solicitar una prestación asistencial especial u otros beneficios. Así como la imposibilidad de realizar una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante en territorio del Estado de acogida, a efectos de determinar los ingresos exigidos.

La **permanencia irregular en un Estado miembro y la expulsión** han sido objeto de la *STJCE Zurita García contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia*, de 22 de octubre de 2009 (Asuntos C-261 y 348/08)⁽²¹⁸⁾, en la que el TJCE concluye que el CAAS no obliga al Estado a imponer una sanción de expulsión al nacional de un tercer Estado que se encuentre en situación irregular en el territorio de un Estado miembro por no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia. Se confirma la adecuación de la legislación y la jurisprudencia española, que posibilita, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la imposición de una multa en determinados casos.

Los apartados 4 a 6 del artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE⁽²¹⁹⁾ son interpretados en la *STJCE Kadzoev* de 30 de noviembre de 2009 (Asunto C-357/09)⁽²²⁰⁾. La sentencia resuelve ciertas dudas de aplicación de la Directiva de retorno para supuestos de internamiento de extranjeros acordados con anterioridad a la entrada en vigor de la propia Directiva. Así, el Tribunal acuerda que la duración máxima del internamiento debe incluir el período de internamiento transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión iniciado antes de

(215) DOUE C-148, de 5 de junio de 2010.

(216) DOUE C-113, de 1 de mayo de 2010.

(217) La directiva parte de la autorización de la reagrupación cuando se cumplan los requisitos por ella exigidos, incluido aquel que exige al solicitante los recursos fijos y regulares suficientes para su manutención y la de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado.

(218) DOUE C-297, de 5 de diciembre de 2009.

(219) Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

(220) DOUE C-24, de 30 de enero de 2010.

que la Directiva fuese aplicable, así como también debe incluirse el período de internamiento cumplido como resultado de una suspensión de la orden de expulsión, acordada como consecuencia de un recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado. Por el contrario, no se computará el tiempo que ha permanecido en un centro de internamiento, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de una solicitud de asilo. Transcurrido el período máximo de internamiento previsto en la Directiva, el extranjero debe ser puesto inmediatamente en libertad aunque no disponga de los documentos válidos y medios de subsistencia ni de vivienda. Además, no existirá una perspectiva razonable de efectuar la expulsión cuando parezca poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, teniendo en cuenta los plazos establecidos en la directiva, por lo que el internamiento dejará de estar justificado y corresponderá acordar la puesta en libertad. No es aplicable el apartado cuarto del precepto cuando las posibilidades de prolongación de los plazos de internamiento se han agotado en el momento del control jurisdiccional del internamiento de la persona interesada.

El **Acuerdo de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía** ha dado lugar, otro año más, a ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia. En este sentido, la *STJCE Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie contra Sahin, de 17 de septiembre de 2009 (Asunto C-242/06)*⁽²²¹⁾ considera que la normativa neerlandesa es contraria al artículo 13 de la Decisión n.º 1/80⁽²²²⁾, al condicionar la concesión de un permiso de residencia o la prórroga de la validez del mismo, al pago de tasas administrativas, cuando el importe de las tasas a cargo de nacionales turcos es desproporcionado en comparación con el exigido a los ciudadanos comunitarios. En la *STJCE Comisión contra Países Bajos, de 29 de abril de 2010 (Asunto C-92/07)*⁽²²³⁾, se declara el incumplimiento del Reino de los Países Bajos al establecer y mantener, para la tramitación de permisos de residencia, un régimen que prevé el pago de unas tasas desproporcionadas con respecto a las que se exigen a los nacionales de los Estados miembros para la expedición de documentos similares, y al aplicar este régimen a los nacionales turcos con derecho a residir en los Países Bajos en virtud del Acuerdo de Asociación. La *STJCE Genc contra Land Berlin de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09)*⁽²²⁴⁾ considera que debe considerarse trabajador, en el sentido del artículo 6 de la Decisión n.º 1/80, a la persona que desarrolle una actividad por cuenta ajena con carácter real y efectivo, con independencia del reducido número de horas durante las que se presta la actividad. El derecho de residencia del trabajador turco, si cumple las exigencias del artículo 6 de la Decisión, no puede supeditarse a requisitos adicionales, siendo posible invocar este derecho aunque haya desaparecido la finalidad existente en el momento de su entrada en el Estado de acogida (reagrupación familiar).

IV. ACTIVIDAD INSTITUCIONAL, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA A NIVEL ESTATAL

En el mismo sentido en que se ha descrito en las crónicas anteriores, durante el período 2009-2010 la gestión de fenómeno migratorio y la integración de los inmigrantes ha sido uno de los

(221) DOUE C-267, de 7 de noviembre de 2009.

(222) Decisión n.º 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación.

(223) DOUE C-161, de 19 de junio de 2010.

(224) DOUE C-80, de 27 de marzo de 2010.

temas abordados en la agenda política. A nivel de política interna y con especial referencia al campo institucional cabe destacar la reestructuración del equipo al frente del área de inmigración en el Ministerio de Trabajo e Inmigración, empezando por la Secretaría de Estado y la Dirección General de Inmigración durante el primer cuatrimestre de 2010⁽²²⁵⁾, para más adelante extenderse al propio titular de la cartera ministerial, en octubre de 2010. También destaca la renovación de la conformación del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes 2010- 2013⁽²²⁶⁾, órgano colegiado de consulta, información y asesoramiento, adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración, así como el nombramiento de una nueva presidencia del mismo⁽²²⁷⁾. A nivel de política migratoria interna tuvo lugar la presentación del balance del Programa de Retorno Voluntario de Trabajadores Extranjeros no Comunitarios⁽²²⁸⁾ y la aprobación del II Plan Nacional para la Alianza de Civilizaciones⁽²²⁹⁾. Por otra parte, cabe señalar que 2010 es el año en que está previsto que finalice el II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración en 2007-2010 y, en este sentido, se han iniciado los trabajos dirigidos a la elaboración del III Plan Estratégico. En el ámbito parlamentario, sin lugar a dudas, los hechos más relevantes durante el período comprendido en esta crónica fueron la promulgación de la Ley Orgánica 12/2009 de Asilo y de la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería, que por su complejidad y extensión aquí simplemente nos limitaremos a enunciar.

En sede de colaboración intergubernamental es noticia destacada la dotación por cuarto año consecutivo del Fondo para la acogida e integración de los inmigrantes, que en virtud del nuevo artículo 2 ter LO 2/2009 pasa a ser un fondo de previsión legal con dotación anual vía presupuestos generales del Estado. Así mismo, la aplicación de las reformas previstas en materia de inmigración en los diferentes Estatutos de autonomía ha dado lugar a la activación de diversos mecanismos de apoyo a las relaciones de cooperación y colaboración Estado-CCAA. En este sentido, en el marco de la Comisión Bilateral de Cooperación Estado-Generalitat, la subcomisión en materia de inmigración se ha reunido tres veces para abordar la gestión de las autorizaciones de trabajo transferida a la Comunidad Autónoma; la situación de los menores extranjeros no acompañados; el intercambio de datos y a abrir a la Generalitat de Catalunya la posibilidad de participar en la elaboración del nuevo reglamento de extranjería.

En el **plano normativo**, durante 2009 y 2010, las normas internacionales adoptadas han tenido como objeto el desarrollo de políticas en materia penal, y así se destaca la firma de convenios en materia de extradición⁽²³⁰⁾ (República de Cabo Verde y Marruecos). Como

(225) Real Decreto 230/2010, de 26 de febrero, por el que se nombra Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración a doña Anna Terrón (*BOE de 27 de febrero de 2010*); Real Decreto 462/2010, de 16 de abril, por el que se nombra Director General de Inmigración a don Markus González Beilfuss (*BOE de 17 de abril de 2010*).

(226) http://www.mtin.es/es/sec_emi/IntegraInmigrantes/Foro2/index.htm.

(227) Orden TIN/1063/2010, de 27 de abril, por la que se nombra al Presidente del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (*BOE de 30 de abril de 2010*).

(228) El Programa hasta el momento ha recibido 8.724 solicitudes de desempleados, a los que se han sumado 1.581 familiares, más los 3.160 que retornaron en 2009 (http://www.tt.mtin.es/periodico/Laboral/200911/LAB20091113_3.htm).

(229) Orden PRE/1329/2010, de 20 de mayo, por la que se publica el Acuerdo por el que se aprueba el II Plan Nacional para la Alianza de Civilizaciones (*BOE de 22 de mayo de 2010*).

(230) Aplicación provisional del Convenio de extradición entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (*BOE de 2 de octubre de 2009*); Convenio de Extradición entre el Reino de Es-

viene siendo habitual se han firmado varios acuerdos sobre traslado de personas condenadas y de asistencia judicial en materia penal⁽²³¹⁾ (República de Cabo Verde, Arabia Saudí y Marruecos) y convenios sobre cooperación en materia migratoria⁽²³²⁾ (República de Mali); igualmente se ha ampliado el espectro de acuerdos sobre reconocimiento recíproco de permisos de conducir (Ucrania, República del Salvador y Marruecos)⁽²³³⁾.

Siguiendo la dinámica de la crónica de años anteriores respecto a la legislación estatal ordinaria se pueden distinguir varios grupos de normas: primero, aquellas que crean o suprimen departamentos ministeriales y órganos administrativos, limitadas este año a algunos cambios en el funcionamiento del Foro⁽²³⁴⁾. En segundo lugar, las normas de modificación o de desarrollo de la legislación de extranjería o de disposiciones directamente relacionadas con ella. Destaca en este grupo la ya mencionada reforma de la Ley 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁽²³⁵⁾. Sin entrar en el contenido material de la reforma, queremos apuntar simplemente que entre otras novedades incluye: la definición de las competencias estatales en materia de inmigración y del concepto y de las políticas de integración; la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; la modificación de la regulación sobre la legitimación del abogado de justicia gratuita; la equiparación del régimen de residencia permanente de la LODYLE con el estatuto de residente de larga duración (Directiva 109/2003); la modificación de varios aspectos de la reagrupación familiar; la incorporación de mecanismos de protección para las situaciones de violencia de género, colaboración contra redes organizadas y ayudas a las víctimas de trata de personas, y el reconocimiento de la capacidad de obrar de los menores no acompañados en los procedimientos de repatriación. Precediéndola en varios meses destaca también por su importancia la Ley 12/1009 de Asilo⁽²³⁶⁾.

paña y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (*BOE de 16 de septiembre de 2009*).

(231) Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (*BOE de 16 de septiembre de 2009*); Convenio de traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad entre el Reino de Arabia Saudí y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Jeddah el 27 de mayo de 2008 (*BOE de 15 de julio de 2009*); Aplicación provisional del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Rabat el 24 de junio de 2009 (*BOE de 2 de enero de 2009*); Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (*BOE de 16 de septiembre de 2009*).

(232) Entrada en vigor del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho *ad referendum* en Madrid el 23 de enero de 2007 (*BOE de 19 octubre de 2009*).

(233) Canje de Notas de fecha 11 de enero de 2010 constitutivo de Acuerdo entre España y Ucrania sobre reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (*BOE 28 de septiembre de 2010*); Canje de Notas entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre reconocimiento recíproco y el canje de permisos de conducción nacionales, hecho *ad referendum* en Madrid el 19 de agosto y 23 de octubre de 2008 (*BOE de 10 de julio de 2009*); Entrada en vigor del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 8 de marzo de 2004 (*BOE de 27 de abril de 2010*).

(234) Real Decreto 1164/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (*BOE de 11 de julio de 2009*).

(235) 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 (*BOE de 12 de diciembre de 2009*).

(236) Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE de 31 de octubre de 2009*).

En este mismo período, y como consecuencia de la necesidad de adaptar el Reglamento de la Ley de extranjería al derecho comunitario y los traspasos derivados de las recientes reformas estatutarias, en 2009 se procedió a una muy limitada reforma del Reglamento, de modo que, a partir de ahora, la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de un nacional comunitario permite la residencia en territorio español sin necesidad de obtener visado⁽²³⁷⁾. El desarrollo de las reformas estatutarias dio lugar a una segunda modificación del Reglamento de extranjería con el fin de adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso de las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que en materia de autorización de trabajo inicial de los extranjeros reconocen determinados Estatutos de Autonomía⁽²³⁸⁾. Finalmente se crea, en el Ministerio de Trabajo e Inmigración, un fichero con datos de carácter personal denominado «permisos y autorizaciones de extranjeros»⁽²³⁹⁾. Tras la reforma de la Ley de extranjería, y mientras la elaboración del nuevo reglamento se retrasaba por diversos cambios en la dirección del Ministerio, hubo que adoptar una serie de disposiciones infrarreglamentarias, concretamente instrucciones del Ministerio de Trabajo, a efectos de dar cumplimiento transitoriamente a la reforma legal de extranjería⁽²⁴⁰⁾.

En tercer lugar están las disposiciones de actualización de las normas generales de extranjería o de desarrollo de aspectos procedimentales de éstas, como sería la convocatoria del contingente anual de trabajadores⁽²⁴¹⁾ con una cifra, para 2010, de 168 puestos de trabajo, profundizando en la senda emprendida en 2009 de cierre de esta vía de entrada de trabajadores mientras exista crisis económica en España. En la misma línea se aprueba también el catálogo trimestral de ocupaciones de difícil cobertura⁽²⁴²⁾, y como cada año se actualizan las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas y solicitudes de visa-

(237) Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE de 23 de julio de 2009*).

(238) Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (*BOE de 23 de julio de 2009*).

(239) Orden TIN/258/2010, de 2 de febrero, por la que se crea un fichero de datos de carácter personal (*BOE de 11 de febrero de 2010*).

(240) Instrucción DGI/SGRJ/09/2009, sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la Reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de autorización de residencia de larga duración; Instrucción DGI/SGRJ/08/2009, sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la Reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de reagrupación familiar; Instrucción DGI/SGRJ/07/2009, en relación con el concepto de prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr la inserción social o laboral; Instrucción DGI/SGRJ/06/2009, en relación con el concepto de búsqueda activa de empleo previsto en el artículo 54 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000; Instrucción DGI/SGRJ/05/2009, complementaria de la Instrucción DGI/SGRJ/05/2009, sobre la aplicación directa de la Directiva 2003/19/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, en materia de concesión de la autorización de residente de larga duración. <http://extranjeros.mtin.es/es/NormativaJurisprudencia/Nacional/RegimenExtranjeria/InstruccionesDGI/>.

(241) Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010 (*BOE de 29 de diciembre de 2009*).

(242) Resolución de 21 de diciembre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2010 (*BOE de 12 de enero de 2010*); Resolu-

do⁽²⁴³⁾. En materia de protección social se establecen para el año 2010 las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los residentes de los Centros de Acogida a Refugiados⁽²⁴⁴⁾. En relación a la atención a menores extranjeros no acompañados se renuevan los convenios de colaboración en las zonas con mayor presión migratoria de entrada⁽²⁴⁵⁾.

Junto a los tres campos descritos, emerge un último conjunto normativo que tiene su origen en la aplicación de las reformas introducidas en los Estatutos de Autonomía, y en especial en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Así, además de la perspectiva colaboradora descrita anteriormente, el desarrollo de los nuevos textos estatutarios ha dado lugar a la aprobación de un conjunto de actos relacionados con la transferencia de la competencia sobre autorizaciones iniciales de trabajo⁽²⁴⁶⁾; la creación de un consorcio en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁽²⁴⁷⁾, y la celebración de un convenio en materia de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña⁽²⁴⁸⁾.

Por último, es preciso apuntar que, como viene siendo una constante en la política migratoria, en materia de subvenciones alcanzan una gran importancia aquellas cuya fina-

ción de 26 de marzo de 2010, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura para el segundo trimestre de 2010 (*BOE de 12 de abril de 2010*).

(243) Orden PRE/3/2010, de 11 de enero, por la que se establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería (*BOE de 12 de enero de 2010*).

(244) Resolución de 12 de abril de 2010, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se establecen para el año 2010 las cuantías máximas y mínimas de las ayudas económicas para los beneficiarios de los Centros de Acogida a Refugiados integrados en la red de Centros de Migraciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración (*BOE de 21 de abril de 2010*).

(245) Resolución de 16 de diciembre de 2009, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Ceuta, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (*BOE de 28 de diciembre de 2009*); Resolución de 16 de diciembre de 2009, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Ciudad de Melilla, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (*BOE de 28 de diciembre de 2009*); Resolución de 26 de abril de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Protocolo por el que se prorroga el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Junta de Andalucía, para el desarrollo de un plan piloto de actuación integral en zonas sensibles de Andalucía con presencia significativa de población inmigrante (*BOE de 6 de mayo de 2010*); Resolución de 15 de febrero de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Convenio de colaboración, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Junta de Andalucía, sobre atención a menores extranjeros no acompañados (*BOE de 24 de febrero de 2010*).

(246) Real Decreto 1463/2009, de 18 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de inmigración: autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (*BOE de 22 de septiembre de 2009*).

(247) Resolución de 4 de mayo de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña, por el que se constituye el Consorcio «Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña» (*BOE de 14 de mayo de 2010*).

(248) Resolución de 5 de marzo de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Departamento de Trabajo de la Generalitat de Cataluña en materia de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña (*BOE de 9 de marzo de 2010*).

lidad es el fomento de las políticas de integración y apoyo a los entes locales⁽²⁴⁹⁾; así como la aprobación un año más de convenios entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas, para el fomento de políticas de integración y el refuerzo educativo⁽²⁵⁰⁾. La novedad este año quizá sea la tendencia hacia la disminución de las subvenciones destinadas a financiar acciones en materia de inmigración e integración⁽²⁵¹⁾ mientras se establecen nuevas subvenciones de fomento del retorno voluntario⁽²⁵²⁾; veremos si este cambio de tendencia se consolida o es sólo parte de una acción de carácter coyuntural dado el contexto de crisis económica y aumento del paro en España.

Al igual que el período descrito en la crónica anterior, la **legislación autonómica** continúa en la línea de creación de mecanismos normativos por los cuales se facilita la integración de los inmigrantes en la Comunidad Autónoma. Así, la *Ley Catalana 10/2010 de acogida de las personas inmigradas y retornadas en Cataluña*⁽²⁵³⁾, donde se describe la acogida como la primera etapa del proceso de integración de la persona a la sociedad en que se establece con vocación de permanecer en ella de forma estable y estructura los servicios de acogida en: a) servicio de primera acogida y b) programas de acogida especializada. Los primeros están pensados para las personas que se encuentran en el país de origen pero tienen previsto iniciar el proceso migratorio a Cataluña o las personas recién llegadas. El servicio de primera acogida consta de acciones formativas e informativas estructuradas sobre competencias lingüísticas, laborales y de conocimiento de la sociedad. Los segundos son programas que se desarrollan en ámbitos sectoriales (sanidad, educación, participación) que buscan la adaptación de estos servicios a la nueva estructura de la sociedad. Así mismo el Gobierno catalán aprueba el Plan de Ciudadanía e Inmigración

(249) Resolución de 6 de julio de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores de la integración de inmigrantes, cofinanciada por el Fondo Europeo de Integración (*BOE de 10 de julio de 2009*); Resolución de 6 de mayo de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones a municipios, mancomunidades de municipios y comarcas para el desarrollo de programas innovadores a favor de la integración de inmigrantes (*BOE de 12 de mayo de 2010*).

(250) Resolución de 18 de mayo de 2010, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2010, por el que se formalizan para el ejercicio 2010, los criterios objetivos de distribución así como la distribución resultante del crédito presupuestario, por un importe de 70.000.000 de euros, del Fondo de apoyo a la acogida e integración de inmigrantes, así como al refuerzo educativo de los mismos (*BOE de 25 de mayo de 2010*).

(251) Resolución de 3 de junio de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convocan subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional (*BOE de 5 de junio de 2009*); Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convoca la concesión de subvenciones en el área de integración de los inmigrantes, solicitantes de asilo y otras personas con protección internacional (*BOE de 13 de septiembre de 2010*); Resolución de 5 de abril de 2010, de la Dirección General de Inmigración, por la que se convocan subvenciones públicas para actuaciones dirigidas a la organización de flujos migratorios laborales de los trabajadores extranjeros no residentes en España que se desplacen para participar en actividades de temporada o campaña (*BOE de 13 de abril de 2010*).

(252) Resolución de 24 de agosto de 2009, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convocan subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes (*BOE de 29 de agosto de 2009*); Resolución de 11 de marzo de 2010, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se convocan subvenciones para el retorno voluntario de personas inmigrantes (*BOE de 15 de marzo de 2010*).

(253) Ley Catalana 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y retornadas a Cataluña (*DO Generalitat de Catalunya de 14 de mayo de 2010*).

2009-2012⁽²⁵⁴⁾, el cual se desarrolla en torno a tres líneas estratégicas: a) Gestión de flujos migratorios y acceso al mercado de trabajo; b) Adaptación de los servicios públicos a una sociedad diversa y c) Integración en una cultura pública común. Siguiendo en campo de la integración se dicta el *Reglamento de la Ley valenciana 15/2008 de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunidad*, la norma detalla el contenido del compromiso de integración y el programa voluntario de comprensión de la sociedad valenciana en escuela de acogida; los planes de integración, la mediación cultural; y el Foro valenciano de la inmigración, entre otras⁽²⁵⁵⁾.

Desde una perspectiva más institucional pero persiguiendo también el objetivo de la integración de los inmigrantes se crea el Consejo Navarro de Inmigración⁽²⁵⁶⁾, órgano colegiado de participación y consulta en materia de inmigración con funciones de información con carácter preceptivo y no vinculante de los proyectos y anteproyectos normativos relacionados con la inmigración; se le asigna la realización del seguimiento de la aplicación de los planes que afecten sustancialmente al fenómeno de la inmigración y la promoción de medidas, campañas, estudios o investigaciones respecto del fenómeno migratorio, entre otras.

Finalmente, tras el traspaso en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de las personas extranjeras se dicta el Decreto catalán 148/2009⁽²⁵⁷⁾ por el cual se le asignan al Departamento de Trabajo de la Generalitat dichas funciones.

Por lo que se refiere a las novedades **jurisprudenciales** a nivel nacional, se apuntarán únicamente los elementos más novedosos en materia de extranjería, tanto del Tribunal Constitucional como de los Tribunales ordinarios.

El Tribunal Constitucional ha tenido numerosas ocasiones este año de pronunciarse sobre diferentes aspectos del régimen de extranjería, a través tanto de recursos de amparo (los más numerosos) como de cuestiones y recursos de inconstitucionalidad. Por materias, los recursos de amparo se han centrado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), ya sea en relación a un procedimiento de expulsión del territorio español (STC 140/2009, de 15 de junio; STC 212/2009, de 26 de noviembre), a la denegación de una solicitud de autorización de residencia y trabajo (STC 149/2009, de 17 de junio), al rechazo del nombramiento de un intérprete que permita hacer efectiva la defensa (STC 171/2009, de 9 de julio), o a decisiones de ejecución de euroórdenes (STC 191/2009, de 28 de septiembre; STC 199/2009, de 28 de septiembre). En cambio, las cuestiones de inconstitucionalidad, ambas inadmitidas por manifiesta falta de fundamento, se plantearon respecto de la ex-

(254) Acuerdo GOV/232/2009, de 16 de diciembre. Aprueba el Plan de Ciudadanía e Inmigración 2009-2012 (*DO Generalitat de Catalunya* de 14 de enero de 2010).

(255) Decreto 93/2009, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2008, de 5 de diciembre de 2008 de la Generalitat, de Integración de las Personas Inmigrantes en la Comunidad Valenciana (*DO Comunitat Valenciana* de 14 de julio de 2009).

(256) Decreto Foral 63/2009, de 10 de agosto. Crea el Consejo Navarro de Inmigración (*BO Navarra* de 28 de agosto de 2009).

(257) Decreto 148/2009, de 28 de septiembre, por el cual se asigna al Departamento de Trabajo las funciones y los servicios traspasados a la Generalidad de Cataluña en materia de inmigración, relativos a las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de las personas extranjeras que desarrollen su relación laboral en Cataluña (*DO Generalitat de Catalunya* 30 de septiembre de 2009).

clusión de los extranjeros de la acción popular y por la posible afectación del derecho a la vida familiar por la exigencia de antecedentes penales a efectos de entrada en España (ATC 186/2009, de 16 de junio; ATC 54/2010, de 19 de mayo). El recurso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 9.2 de la *Ley 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*, admitido pero aún no resuelto, aborda el derecho de acceso a la educación, mientras que el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Catalunya (EAC, en adelante) ofrece por vez primera una interpretación sobre la distribución competencial Estado-CCAA en materia de inmigración, en concreto respecto de la interpretación del artículo 138 EAC (STC 31/2010, de 28 de junio).

La *STC 140/2009, de 15 de junio*⁽²⁵⁸⁾, otorga el amparo al recurrente porque su *expulsión del territorio español* carece de motivación. En efecto, el TC considera que la resolución administrativa, y la posterior resolución judicial que la confirma, por las que se sanciona al recurrente con su expulsión de España y se le prohíbe la entrada, vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva, por carecer de motivación la imposición de dicha sanción, frente a la posible multa, ni haberse valorado la existencia de arraigo familiar, alegada por el recurrente. Según expone el TC, la discrecionalidad de la Administración al imponer la sanción no exime de la exigencia constitucional de que se justifique la decisión. Además, dicha discrecionalidad no es absoluta, debiéndose tomar en consideración, en virtud del principio de proporcionalidad, los criterios de graduación de la sanción, o el derecho internacional aplicable, el arraigo familiar, al contrario de lo que sostenían las resoluciones recurridas.

Un asunto de características muy similares al anterior es el resuelto en la *STC 212/2009, de 26 de noviembre*⁽²⁵⁹⁾. En este caso, sin embargo, el TC deniega el amparo solicitado, puesto que entiende que no se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, al haber quedado acreditado que estaba justificada la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en el territorio español.

De otro lado, la *STC 149/2009, de 17 de junio*⁽²⁶⁰⁾, otorga el amparo al recurrente por considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto al acceso a la jurisdicción se refiere, al haber sido inadmitido por extemporáneo su recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la *solicitud de autorización de residencia y trabajo* con fundamento en una interpretación de la institución del silencio administrativo que resulta irrazonable y contraria al principio *pro actione*⁽²⁶¹⁾.

En la *STC 171/2009, de 9 de julio*⁽²⁶²⁾, por su parte, se inadmite el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a la defensa. La demanda se dirige contra el auto que *denegó el nombramiento de un intérprete de rumano* para la traducción de una carta que el procesado había remitido a su abogado de

(258) *Sentencia 140/2009, de 15 de junio* (BOE n.º 172, de 17 de julio de 2009, sec. TC, pp. 44 y ss.).

(259) *Sentencia 212/2009, de 26 de noviembre* (BOE n.º 313, de 29 de diciembre de 2009, sec. TC, pp. 68 y ss.).

(260) *Sentencia 149/2009, de 17 de junio* (BOE n.º 172, de 17 de julio de 2009, sec. TC, pp. 126 y ss.).

(261) Entre otras muchas, se citan las SSTC 6/1986, de 21 de enero, y 117/2008, de 13 de octubre.

(262) *Sentencia 171/2009, de 9 de julio* (BOE n.º 193, de 11 de agosto de 2009, sec. TC, pp. 26 y ss.).

oficio durante la tramitación de la causa que contra él se seguía. El TC entiende que, en este caso, la pretensión de amparo es prematura, pues no se había producido, en el momento de dictarse la resolución impugnada, un perjuicio real y efectivo de un derecho fundamental, apreciándose tan sólo la concurrencia de un hipotético daño futuro.

En la *STC 191/2009, de 28 de septiembre*⁽²⁶³⁾, se resuelve un recurso de amparo dirigido contra un auto por el que se accede a la entrega a Francia del ahora recurrente, a través de una *orden europea de detención* para la ejecución de una pena de prisión. El demandante entiende que se ha vulnerado su derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE), al haberse ignorado la concurrencia de las causas de denegación contempladas en el artículo 12.2.b) de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega. También sostiene que la falta de motivación suficiente del auto recurrido vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC responde a todo ello denegando el amparo solicitado. Respecto al derecho a la legalidad penal, deniega el motivo de amparo al no haberse satisfecho el requisito de la debida invocación previa ante la jurisdicción ordinaria [artículo 44.1.c) LOTC]. En cuanto a la motivación del auto, el TC se cuestiona si éste satisface las exigencias de motivación reforzada que son aplicables cuando quedan afectados derechos fundamentales como el derecho a la libertad de residencia. Y, teniendo en cuenta que las causas para oponerse a la entrega son facultativas para el órgano judicial y que, por tanto, éste puede no aplicarlas y proceder a la entrega, incluso concurriendo el presupuesto fáctico para ellas, entiende que la decisión está suficientemente motivada, al basarse tanto en la gravedad del delito como en su falta de prescripción en aplicación de la Ley francesa. En relación a la prescripción del delito en España, el TC resuelve que, de ella, no se deriva la obligación legal de denegar la entrega, sino que aquélla sólo abre la facultad de rechazar la solicitud del Estado requirente.

También la *STC 199/2009, de 28 de septiembre*⁽²⁶⁴⁾, resuelve un recurso de amparo respecto a un procedimiento de *orden europea de detención y entrega*, por la que se acordó la entrega del ahora recurrente a Rumanía. En este caso, los motivos que fundamentan el recurso son la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE), al no haberse condicionado la entrega del recurrente a la revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia; y la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, puesto que no está debidamente motivado el rechazo de la alegación del recurrente en el auto impugnado, relativa al riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes en las cárceles de Rumanía. En cuanto a este último motivo, el TC lo desestima por insuficientemente fundado. Por el contrario, el TC estima el motivo basado en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, pues ha quedado probado que el recurrente fue condenado en Rumanía a una pena grave sin haber estado presente en el juicio y que la decisión de proceder a su entrega a las autoridades rumanas no se sometió a la condición de que la condena impuesta en su ausencia pudiera ser revisada⁽²⁶⁵⁾.

(263) *Sentencia 191/2009, de 28 de septiembre* (BOE n.º 254, de 21 de octubre de 2009, sec. TC, pp. 17 y ss.).

(264) *Sentencia 199/2009, de 28 de septiembre* (BOE n.º 254, de 21 de octubre de 2009, sec. TC, pp. 96 y ss.).

(265) Se cita, sobre todo, en este sentido, la STC 177/2006, de 27 de junio. De otro lado, resulta especialmente interesante destacar el contenido del Voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que discrepa de la opinión mayoritaria, pues pone bajo tela de juicio que las instituciones de la extradición y de la euroorden tengan la misma naturaleza y, por tanto, que la jurisprudencia sobre la primera pueda resultar útil para dar respuesta a un asunto

Pasando a las cuestiones de inconstitucionalidad, encontramos el *ATC 186/2009, de 16 de junio*⁽²⁶⁶⁾, que inadmite a trámite por notoriamente infundada una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado Central de Instrucción en relación con los incisos «española» y «españoles» de los artículos 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la acción popular en el ámbito de la jurisdicción universal. El magistrado que presenta la cuestión sostiene que los mencionados preceptos pueden vulnerar el artículo 125 CE, por cuanto éste se refiere a «los ciudadanos» y aquéllos circunscriben la acción popular en la jurisdicción universal a los españoles. Bajo su criterio, la limitación de los sujetos legitimados para ejercer la acción popular entra en contradicción con los principios informadores de la jurisdicción universal y con tratados internacionales de aplicación en España. El TC, por el contrario, entiende que dichos tratados no incorporan un contenido normativo capaz de obligar a universalizar la acción popular, sino que simplemente plasman un compromiso de persecución de determinadas conductas. De este modo, el Tribunal defiende que lo establecido en los preceptos controvertidos no es contrario al artículo 125 CE, sin perjuicio de que el legislador hubiese podido abrir su uso a otros sujetos. Por consiguiente, se acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad⁽²⁶⁷⁾.

Otro caso en el que el TC inadmite una cuestión de inconstitucionalidad por considerarla manifiestamente infundada es el que se plantea en el *ATC 54/2010, de 19 de mayo*⁽²⁶⁸⁾. En esta ocasión, se pone en entredicho que el artículo 31.4⁽²⁶⁹⁾ de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, vulnere el artículo 39 CE, al exigir la carencia de antecedentes penales en España como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero. En primer lugar, el TC recuerda lo que fuera sentado en la *STC 236/2007, de 7 de noviembre*, según la cual el legislador en materia de extranjería puede, sin privar de derecho alguno al solicitante y para proteger la seguridad y el orden públicos en España, establecer requisitos para la entrada y residencia de los extranjeros en el territorio nacional. En segundo lugar, se pone en evidencia que la denegación en vía administrativa de una autorización como la solicitada

relativo a la segunda de ellas. Se entiende que, con la *Decisión Marco JAI/584/2002, de 13 de julio*, que establece las órdenes de detención europea y que la LOEDE se ha encargado de ejecutar en España, hemos pasado de un antiguo mecanismo tradicional de cooperación entre Estados a una Europa basada en el reconocimiento casi directo de las resoluciones, resultado de la confianza entre autoridades judiciales. Por ello, no tratándose, en su opinión, de una condena en rebeldía, sino de una condena en ausencia, sostiene que las autoridades españolas han hecho algo que les estaba vedado, como es oponerse a la entrega en virtud de un motivo de denegación inexistente en la *Decisión Marco JAI/584/2002, de 13 de julio*. Decisión esta que resultaba de aplicación en el momento de los hechos, pero que hoy, sin embargo, ha sido modificada por la *Decisión 2009/299/JAI, de 26 de febrero*.

(266) *Auto 186/2009, de 16 de junio* (BOE n.º 193, de 11 de agosto de 2009, sec. TC, pp. 67 y ss.).

(267) El Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Pérez Trempts discrepa de la posición mayoritaria al entender que «los preceptos legales controvertidos pueden llegar a ser contrarios al artículo 125 CE si éste se interpreta conforme a lo previsto en los artículos 13.1 CE, 24.1 CE y 53.1 CE, a la luz de los convenios internacionales sobre la materia suscritos por España (artículo 10.2 CE)». De modo que, según su opinión, la cuestión suscitada debió haberse admitido a trámite para su resolución mediante sentencia.

(268) *Auto 59/2010, de 19 de mayo* (BOE n.º 192, de 9 de agosto de 2010, sec. TC, pp. 107 y ss.).

(269) Con la entrada en vigor de la *Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, el inciso controvertido pasa a integrar el artículo 31 de la *Ley de extranjería*.

no implica sanción alguna de la que se derive un efecto perjudicial para los vínculos familiares, pues el interesado se encuentra, respecto a éstos, en la misma situación en la que se encontraba antes de presentar la solicitud, lo que no ocurre con una decisión de expulsión del territorio español, por ejemplo.

Para terminar, a nadie se le escapa que en el período estudiado ha visto la luz la controvertida *STC 31/2010, de 28 de junio*⁽²⁷⁰⁾, comúnmente conocida como la *Sentencia del Estatut*, que ha dado una nueva interpretación, aún sin declararlo inconstitucional, al artículo 138 EAC, por el que se establecen las competencias de la Generalitat en materia de inmigración. El Tribunal determina que una interpretación distinta a la que propone del artículo 138 EAC vulneraría el artículo 149.1.2 CE, según el cual la inmigración es una competencia exclusiva del Estado. Sin embargo, constata que, si bien es cierto que un Estatuto no puede determinar la forma en que el Estado ha de ejercer sus competencias, el alcance del fenómeno de la inmigración en España no permite defender que el artículo 149.1.2 CE atribuya al Estado una competencia exclusiva en inmigración como título horizontal de alcance ilimitado. De este modo, se reconoce a la Generalitat su importante papel en la acogida, la integración, la asistencia social, o las autorizaciones de trabajo de los inmigrantes, así como en la participación en las decisiones del Estado en materia de inmigración que tengan una transcendencia importante para Catalunya. Sin perjuicio de que se establezca que todo lo dispuesto en el artículo 138 EAC se deberá interpretar respetando el artículo 149.1.2 CE.

Y por último, una pequeña nota para destacar que la aprobación y entrada en vigor de la *Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, ha dado lugar a un recurso de inconstitucionalidad⁽²⁷¹⁾, en relación a la redacción dada al artículo 9.2 de la Ley 4/2000 que, aunque fuera admitido a trámite por providencia de 14 de abril de 2010, se encuentra pendiente de resolución.

Junto a la jurisdicción extraordinaria del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia de los **tribunales ordinarios** (Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los distintos Juzgados Contencioso-Administrativos, principalmente) muestra una enorme riqueza y variedad a la hora de resolver los diferentes casos relacionados con extranjería (régimen de asilo, concesión de la nacionalidad española, expulsiones de extranjeros, etc.), permitiendo desarrollar y concretar el régimen de extranjería en todos sus ámbitos. Aquí haremos referencia concretamente al régimen de asilo, la concesión de permisos de trabajo, el régimen de expulsión de extranjeros, tráfico de personas y la concesión de nacionalidad.

En lo referente al *asilo*, ha de señalarse que sigue siendo la regla general la inadmisión de la gran mayoría de solicitudes que se practican en España. Como viene siendo habitual, las solicitudes quedan inadmitidas utilizando como argumentos de peso el hecho de ofrecer un relato inverosímil o impreciso de la persecución, que las alegaciones se encuentren carentes de vigencia actual, el no aportar elementos o circunstancias de los que se pueda

(270) *Sentencia 31/2010, de 28 de junio* (BOE n.º 172, de 16 de julio de 2010, sec. TC, pp. 1 y ss.).

(271) *Recurso de inconstitucionalidad n.º 2085-2010, en relación con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (BOE n.º 102, de 29 de abril de 2010, sec. I, p. 37500).

derivar una persecución temporal, las meras alegaciones de haber sufrido persecución carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad, dudas sobre la autenticidad de la nacionalidad alegada...⁽²⁷²⁾. Sin ir más lejos, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2009 se entendió que al haber presentado la solicitud de asilo transcurrido más de un mes en España en situación de irregularidad y teniendo incoada una orden de expulsión, lo que se pretendía realmente era obviar la normativa general en materia de extranjería.

Sí pudo prosperar el caso de un ciudadano bielorruso que alegaba persecución a causa de su oposición al régimen bielorruso (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2009). En la resolución se recuerda que «en este tipo de procesos no es factible la exigencia de una prueba plena porque partiendo del hecho notorio de que en determinado país existen unas circunstancias socio-políticas que conllevan persecución por distintas razones, tal situación impide generalmente la obtención de elementos de prueba que acrediten la situación de perseguido, por eso habrá que buscar una prueba indiciaria que *prima facie* acredite que quien solicita el asilo o refugio es o puede ser perseguido en razón de circunstancias étnicas, religiosas, por pertenencia a grupo político-social determinado, etc., sin que quepa establecer criterios de general aplicación de la norma, debiendo estarse a la valoración que se realice en cada caso concreto y de las circunstancias que en él concurran». Ya entrando en el caso concreto la Audiencia destaca que existían indicios suficientes para otorgar protección⁽²⁷³⁾.

En relación al *permiso de trabajo*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de octubre de 2009 estimó un recurso de apelación interpuesto por un ciudadano de nacionalidad colombiana contra la resolución que denegaba la renovación de la autorización de trabajo y residencia solicitada a favor de dicho ciudadano colombiano. El tema de debate no era otro que el de la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando el solicitante tiene antecedentes penales. Esto es, se trataba de aplicar e interpretar lo dispuesto en el artículo 54.9 del RD 2393/2004 (Reglamento de Extranjería), que dispone que «se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia y trabajo a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena». Como acertadamente señaló el Tribunal, dicha previsión, si se compara con lo prescrito en el artículo 53.1.a) del mismo Reglamento [«la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena (...) cuando consten antecedentes penales del trabajador en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en

(272) Véanse, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2009; de 5 de noviembre de 2009; de 6 de noviembre de 2009 y de 10 de noviembre de 2009.

(273) «Así, en particular, el relato fáctico de gran coherencia que ha realizado el ahora recurrente, alusivo a la existencia de una persecución encuadrable en el régimen jurídico de asilo, acompañado de una completa documental, sin que los indicios fundados de un acoso de naturaleza política resulten enervados por algunas contradicciones temporales o espaciales de escasa entidad, destacadas hábilmente por la Instrucción, o por la circunstancia de un cambio de militancia —en todo caso justificado por el interesado— o ser avalado por distintos grupos políticos, cuando pueden existir, y de hecho existen, alianzas o acuerdos permanentes o coyunturales entre los sectores opositores al régimen político vigente en Bielorrusia».

el ordenamiento español»], significa que mientras la tenencia de antecedentes penales determina la denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, la misma circunstancia no es óbice para la renovación de la autorización administrativa. Para ello, la autoridad competente debe valorar cada caso concreto, apreciando todas y cada una de las circunstancias que concurran en cada supuesto, a fin de determinar si la existencia de antecedentes penales determina o no la denegación de la autorización administrativa⁽²⁷⁴⁾.

La ausencia (o no ausencia) de arraigo⁽²⁷⁵⁾ y también de medios económicos suficientes siguen siendo factores decisivos a la hora de determinar si una resolución de *expulsión* es procedente⁽²⁷⁶⁾. Es más, es posible encontrar algún supuesto en que aun concurriendo, y no precisamente de forma leve, la circunstancia de arraigo (familiar y social) se procede igualmente a la expulsión. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (6 de noviembre de 2009); en el supuesto concreto la apelante reside actualmente junto con su esposo e hijo, tiene familiares residentes legales en España (dos

(274) En el caso concreto, el ciudadano extranjero fue condenado por sentencia firme por un delito contra la salud pública por tráfico de drogas a una pena privativa de libertad de dos años y tres meses, si bien se suspendió la ejecución de la pena a condición de que no abandonara el tratamiento de desintoxicación durante el tiempo de la suspensión. A juicio del Tribunal, las circunstancias concurrentes aconsejaban conceder la renovación de la autorización administrativa: no constaba la existencia de otros antecedentes penales distintos a los ya reseñados, en la determinación de la pena se apreció la atenuante de drogadicción, se aportó un certificado de empadronamiento, un certificado de vida laboral y la escritura de compraventa de una vivienda junto a su compañera sentimental, se acreditó por parte de la Cruz Roja el seguimiento de un Programa para la rehabilitación de la drogodependencia, así como el hecho de que estaba percibiendo una prestación económica asistencial —prestación por incapacidad laboral temporal—, que sería causa suficiente de renovación de la autorización de trabajo, en virtud de lo previsto en el artículo 38.3.c) de la Ley de Extranjería; en fin, aportó una oferta de trabajo que permitía deducir la formalización posterior de un contrato de trabajo. Como en esta materia no existen reglas generales, las anteriores circunstancias contrarrestan el «*demérito que implica [la] condena penal*».

(275) Sentencia n.º 130/2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Santander, de 25 de marzo de 2010: «... como se afirma en la Sentencia 140/2009 del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 2009, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado, que en los supuestos de expulsión, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría 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 artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos».

(276) Así, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (6 de noviembre de 2009). «En el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente, se acredita que la recurrente se encuentra ilegalmente en España al carecer de cualquier tipo de documentación que ampare su estancia regular en este país, no constando que haya intentado regularizar su situación según se deduce de la Base de datos informatizada de la Dirección de Policía y ello a pesar del largo tiempo transcurrido desde que efectuó su entrada en España; se trata de una persona que carece de domicilio conocido en este país y no acredita la tenencia de medios económicos conocidos y suficientes para su sustento ya sean obtenidos en España ya remitidos desde su país de origen, y tampoco se acredita que concurran en el caso circunstancias que evidencien algún tipo de arraigo familiar, laboral y social en nuestro territorio que pudiera justificar su permanencia en el mismo. Tales consideraciones acreditadas en el expediente, revelan un plus de antijuricidad en la conducta de la recurrente que justifican la imposición de la sanción de expulsión (...). Así, por las circunstancias expuestas, y con base en el criterio subjetivo de valorar la culpabilidad del infractor, la elección de la sanción de expulsión impuesta por la Administración deviene proporcionada y conforme a derecho, toda vez que junto al hecho constitutivo de la infracción grave, estancia irregular en España sin autorización administrativa de tránsito, estancia o residencia en España, aquellas circunstancias (entre ellas, se recuerda que la apelante el día 9 de agosto de 2007 de su detención portaba un pasaporte, en el cual llevaba estampado un sello de entrada, de fecha 3 de octubre de 2003, por el aeropuerto de Madrid Barajas, sin que desde esa fecha haya intentado regularizar su estancia en España) denotan una actuación al menos imprudente, con un grado de antijuricidad en la acción al menos superior a la mera inobservancia de los deberes administrativos impuestos a los extranjeros en los artículos 23 y siguientes de la LO 4/2000».

hermanas), figura inscrita en los correspondientes padrones de habitantes, y además carece de antecedentes penales. Pues bien, según señala el Tribunal, «se ratifican las consideraciones concernientes a que de cualquier manera, de admitir la posibilidad de instar la revocación de la orden de expulsión, por haber cambiado las circunstancias que determinaron la adopción de la medida de expulsión, éstas no pueden ser que como consecuencia de la no ejecución de la misma, se haya obtenido un permiso de residencia para justificar la existencia de una autorización de residencia por arraigo, pues el artículo 54.7 de la LOEx prevé que la expulsión conlleva el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. También se reiteran los argumentos atinentes a que la existencia de un posterior matrimonio con ciudadano extranjero residente en España y de familiares que actualmente tengan autorización de residencia son también circunstancias insuficientes para acordar la revocación de una orden de expulsión, al menos si no existe término de comparación de que en situaciones idénticas a la ahora contemplada se haya revocado una orden de expulsión anteriormente acordada (...). La ciudadana extranjera une a su estancia ilegal el hecho de no tener pasaporte con sello de entrada, por lo que se ignora cuándo y por dónde entró en territorio nacional. Esta circunstancia unida a las otras que se recogen en la resolución de expulsión de que carece de arraigo y que no ha intentado regularizar su situación, refuerza, sin duda alguna, la proporcionalidad de la expulsión acordada, de forma que la Administración no ha desconocido el principio de proporcionalidad de la sanción impuesta de expulsión, con prohibición de entrada en España de la actora en el territorio nacional por un período de tres años».

Siguiendo con la expulsión, y en lo referente al artículo 57.2 de la Ley de Extranjería (mediante el cual se constituye «como causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»), la Sentencia n.º 152/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Vitoria, de 3 de marzo de 2010, señala que no cabe acumular las condenas que no sean superiores a un año de privación de libertad a efectos de proceder a la expulsión del ciudadano extranjero⁽²⁷⁷⁾.

Respecto a la notificación de la resolución de expulsión la Sentencia n.º 227/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Bilbao, de fecha 12 de julio de 2010, plantea un interesante supuesto de notificación tardía de la resolución de expulsión de un ciudadano extranjero y la consiguiente caducidad del procedimiento sancionador (en virtud del artículo 121.1 del Reglamento de Extranjería)⁽²⁷⁸⁾, señalando la importancia de agotar las posibilidades de notificación personal antes de proceder a la notificación edictal.

(277) «... resulta que el motivo de expulsión no está tanto relacionado con la existencia de actividades contrarias al orden público, como con el incumplimiento de una condición prevista legalmente para el derecho a residir en España: no cometer delito doloso de cierta gravedad, y se trata simplemente del incumplimiento de dicho requisito, esto es, mediante la sentencia condenatoria por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se produce el incumplimiento de la condición. En definitiva se debe concluir que la condena penal constituye siempre y en todo caso causa de extinción pero cuando lo sea, precisamente, en la extensión normativa fijada, lo que no acontece en el caso que nos ocupa, procediendo por ello la estimación del recurso interpuesto».

(278) «De este artículo (58.1 LRJ-PAC) se desprende claramente que para que se pueda acudir al medio de notificación edictal, que es siempre subsidiario, es preciso agotar las posibilidades de notificación personal, debiendo la Administración extremar la actividad en orden a obtener la notificación personal de la resolución dictada, máxime

Respecto a la figura delictiva del *tráfico de personas* podemos afirmar que no se han producido importantes variaciones en la doctrina jurisprudencial. Es de destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2009 hace referencia al paso fronterizo para realizar turismo como modalidad de entrada ilícita (evidentemente siempre que la intención del extranjero sea permanecer en España y no realizar turismo)⁽²⁷⁹⁾. Además, también se señala que la conducta del artículo 318 bis no se realiza solamente por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia de extranjería, sino cuando a lo anterior se une una situación de especial vulnerabilidad derivada de la estancia ilegal, o sin papeles, de un extranjero, circunstancia que puede ser aprovechada para obviar los derechos que le asisten como personas.

Por último, la concesión de la *nacionalidad* española a un ciudadano extranjero por residencia sigue planteando razonamientos interesantes a tener en cuenta. La Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 26 de septiembre de 2009 se centra en el requisito de la acreditación de una buena conducta cívica a

en el ámbito del derecho sancionador, como es el caso de autos, porque la notificación edictal no garantiza que el interesado llegue a tener conocimiento del acto a notificar; por tanto, únicamente será válida la notificación edictal cuando la notificación personal haya resultado negativa una vez se haya intentado en forma válida o cuando el interesado sea desconocido o se ignore su domicilio.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento, en el expediente administrativo ninguna actuación consta efectuada por la Administración para la notificación personal de la resolución sancionadora. No consta que se haya intentado la notificación en el domicilio en el que fue notificada la propuesta de resolución (cuya resolución consta), como tampoco constan los motivos o razones que llevan a la Administración a acudir directamente a la notificación edictal, sin intentar la notificación personal. Por ello, la notificación por edictos carece de eficacia jurídica respecto al acto objeto de notificación, por lo que no puede entenderse debidamente notificado. Así pues, y a falta de otros datos o hechos que pongan de manifiesto y acrediten que el interesado tuvo conocimiento de la resolución sancionadora con anterioridad a la fecha por él referida, habrá que estar a ésta (...) En consecuencia, y considerando el 13 de junio de 2009 como fecha de notificación de la resolución (a falta de actividad probatoria que acredite ser otra distinta anterior), la causa de inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad invocada por la Abogacía del Estado debe rechazarse, debiendo declararse la caducidad del expediente sancionador que se inició con fecha 31 de agosto de 2006, al haber transcurrido casi tres años desde la iniciación hasta la notificación de la resolución sancionadora».

(279) «El tráfico ha de ser ilegal o, lo que es lo mismo, al margen de las normas legalmente establecidas para la circulación de trabajadores, lo que incluye tanto los pasos clandestinos como los realizados de forma ilícita, debiendo considerarse dentro de esa ilegalidad los pasos fronterizos inicialmente legales, como es el supuesto de paso fronterizo para realizar turismo, pues el migrante tiene intención de residir con permanencia en España y aparenta una entrada para turismo. La organización del viaje de turismo respecto a personas que tienen voluntad de permanencia para trabajar se incardina en la tipicidad del delito del artículo 318 bis. Desde la perspectiva expuesta la subsunción en el tipo penal de la conducta declarada probada es acertada y ningún error debe declarar. Plantea el recurrente la alternativa de subsunción en el delito del artículo 313 del Código Penal. Como señaló la STS 968/2005, de 13 de julio, la razón de ser del tipo penal del artículo 318 bis, que guarda relación de similitud con el artículo 313, es la necesidad de prever que la tipicidad abarcará a personas respecto a las que no resulta acreditada la condición de trabajadores que exige el artículo 313 del Código Penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dado respuesta a la denuncia que el recurrente expone, correspondiendo reproducirla para dar la respuesta que el recurrente solicita. La STS 1465/2005, de 22 de noviembre, señala que el bien jurídico debe ser interpretado más allá de una condición de trabajador, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la ocupación laboral —cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP— y explica así el incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP.

En consecuencia, la conducta del artículo 318 bis no se realiza sólo por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia de extranjería, sino cuando a lo anterior se une una situación de especial vulnerabilidad derivada de la estancia ilegal, o sin papeles, de un extranjero, circunstancia que puede ser aprovechada para obviar los derechos que le asisten como persona».

la hora de conceder o denegar la nacionalidad española; es de destacar el impacto relativo que han de tener los antecedentes policiales y penales a la hora de proceder a la concesión, según señala la propia resolución⁽²⁸⁰⁾. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 17 de septiembre de 2009 se afirma que, también en relación con la acreditación de una buena conducta cívica, «no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la exigencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso puede afirmarse de lo actuado que la línea de conducta del demandante responde —en lo que ahora interesa— al patrón del ciudadano medio, salvo en lo atinente al antecedente que consideró el acto combatido como impedimento para la concesión de la nacionalidad. Ahora bien, la tacha que representan aquellos antecedentes y que podría empañar la imagen del comportamiento cívico del demandante no constituye causa suficiente para denegar la nacionalidad española habida cuenta [de] su lejanía en el tiempo y el sobreseimiento de las correspondientes actuaciones penales, cuyas circunstancias privan a tales antecedentes de la condición de impedimento para adquirir la nacionalidad española, por lo que procede la estimación del recurso al no haberlo considerado así la resolución recurrida».

Un comentario específico merece la *Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010*, por la cual se anulan varios preceptos del Real Decreto 240/2007 regulador de la entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión por ser excesivamente restrictivos. El Alto Tribunal entiende que el ámbito subjetivo de la norma que se extendía «a los familiares de los ciudadanos de otro Estado miembro» debe alcanzar también a los familiares de españoles, por lo que se suprime la expresión «de otro Estado miembro». También anula las menciones que equiparaban la separación legal al divorcio, para, en su lugar, reconocer a los cónyuges separados legalmente los mismos derechos que al resto de la unidad familiar. En cuanto a las parejas de hecho, queda suprimida la exigencia de que la inscripción proceda de un registro público que «impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» al entender el Tribunal que la intención de evitar el fraude de la duplicidad registral no justifica tal restricción. Además, el fallecimiento del ciudadano del Estado miembro no afectará al derecho de residencia de sus familiares, quedando suprimidas las exigencias que el viudo debía cumplir en el plazo de seis meses. Además, también son anuladas la prohibición de trabajar prevista para los familiares a cargo, la eje-

(280) Se señala que «los antecedentes policiales y penales, con independencia de su cancelación, son meramente un indicador cualificado de la conducta de un ciudadano, sin que puedan ser, por sí solos, un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española. De modo que la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia o no de este requisito, salvo que se refiera a infracciones que *per se* revelen la existencia de mala conducta. Se habrá de valorar el alejamiento o cercanía temporal de tales antecedentes en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladores no sólo del incumplimiento de las normas sino también de la falta en mayor o menor grado de la integración en la sociedad española legalmente exigida».

cución inmediata de la expulsión para casos de urgencia, así como diversas modificaciones que se introducían en el Reglamento de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Hemos de señalar que existe un voto particular de la magistrada María del Pilar Teso Gamella en el que muestra su desacuerdo con la mayoría de las anulaciones; según dice, el Estado tiene discrecionalidad y libertad para regular la forma de ejecutar la Directiva (concretamente llega a decir que «la naturaleza de la Directiva como norma que apela a la intermediación legislativa del Estado miembro exige reconocer un margen cualitativo y temporal en favor de la libertad de configuración normativa que corresponde a los poderes de éste»), por lo que considera excesiva y errónea la nulidad de todos aquellos aspectos que no reproducen literalmente el texto comunitario.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Desatención por el solicitante, nacional de Bangladesh, de la carga formal de exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamenta su pretensión. Falta de acreditación de la identidad y nacionalidad, que, en los casos de solicitud de asilo político, priva de vigor y verosimilitud a los alegatos de persecución, pues no puede apreciarse veracidad cuando se ignora si realmente es nacional del país que dice.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **16 de junio de 2010**

Recurso de Apelación: **112/2010**

Ponente: **Don José Luis Requero Ibáñez**

Voz: **Asilo: inadmisión a trámite. Nacional de Bangladesh**

«(...) en el presente caso obran en el expediente un conjunto de documentos carentes de foto o huella dactilar que permitan tener certeza de que se refieren al apelante. A esto añádase que dice haber salido de su país el 1 de septiembre de 2006 para llegar a España el 12 de diciembre siguiente, pero no formula la solicitud de asilo sino hasta el 16 de mayo de 2008.

Que con fecha de 7 de diciembre de 2009 el referido Juzgado Central dictó Sentencia en cuya parte dispositiva consta: Que estimando parcialmente el Recurso Contencioso Administrativo planteado por D. Luciano contra resolución del Ministro del Interior de fecha 21 de julio de 2008 que inadmite a trámite la solicitud para la concesión del derecho de asilo en España, debo declarar ajustada a derecho la primera causa de inadmisión a trámite de la resolución que se impugna, referida a que la solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta que el relato del solicitante resulta incongruente en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse

que la solicitante haya establecido suficientemente tal persecución, y no ajustada a derecho la segunda causa, referida al carácter fraudulento de la solicitud, por cuanto tenía incoado un expediente de expulsión del territorio nacional al formular la solicitud de asilo, causa esta última que anulo y dejó sin efecto, absolviendo a la Administración demandada de la pretensiones en su contra planteadas. Sin hacer pronunciamiento a las costas.

(...)

En todo caso y respecto de la causa de la persecución que alega, manifiesta que pertenece a la Liga Awami y es perseguido por el BNP. En este punto esta Sala tiene dicho con reiteración que por el simple hecho de ser miembro de un partido de oposición —fundamentalmente la Liga Awami o el Jatiyo Party— nadie puede ser considerado objeto de persecución en Bangladesh (SAN, Sección 8.^a de 9 de abril de 2010, recurso 944/2008), siendo sus alegatos muy semejantes a los rechazados por esta Sección 4.^a en la Sentencia de 30 de septiembre de 2009, recurso 356/2009».

El solicitante de asilo fundamenta su solicitud en una narración de los acontecimientos superficial, carente de datos y genérica, así como imprecisa en la explicación de los hechos y en la descripción de los acontecimientos.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **16 de junio de 2010**

Recurso de Apelación: **41/2010**

Ponente: **Don Tomás García Gonzalo**

Voz: **Asilo. Inadmisión a trámite. Relato genérico. Saharaus**

«A la ambigüedad de su relato se une que narra de forma vaga dos detenciones en el año 2004 que atribuye a participar en actos a favor del pueblo saharaui dos manifestaciones en las que participó, pero sin que de su relato se desprenda un perfil del activista político y admitiendo que fue puesto en libertad de seguido tras imponérsele una multa, y a continuación salió en patera para Lanzarote donde solicitó asilo.

A ello ha de unirse que tales hechos tan superficialmente descritos ocurren tres años antes de que solicite el asilo, y que la solicitud se formula mucho después de su llegada a España y coincidiendo con que había sido detenido por las autoridades españolas por un delito de daños, lo que llevan al instructor a informar en el sentido de inadmitir a trámite la solicitud.

(...).

Claramente se desprende de lo transcrito que no existe un detallado relato que ponga en evidencia una persecución atendible, imprecisión y genericidad de la solicitud que han de conllevar, unido a las demás circunstancias concurrentes, la apreciación de inverosimilitud que justifica el acto recurrido para inadmitir a trámite la solicitud de asilo del recurrente; sin que sea sostenible ahora alegar que no tuvo la asistencia de intérprete, cuando consta que le fue ofrecido este servicio y no solicitó su asistencia renunciando a ella.

La parte apelante en su breve escrito se limita a indicar que se presentó la solicitud el 5 de octubre de 2007, alegando el relato que obra en el expediente, que dados los breves plazos es difícil probar documentalmente las circunstancias en que vivía, pero que en todo momento

ha manifestado y acreditado que existe y existió persecución, y que basta un fundado temor a ser perseguido y a sufrir cualquier amenaza. Niega que se trate de un relato inverosímil, genérico ni impreciso sino todo lo contrario y que de no ser así el recurrente no hubiera solicitado asilo, y efectuado otro tipo de tramitación.

El abogado del Estado se opone al recurso al considerar que no se rebaten los argumentos de la sentencia de instancia, y que el recurso adolece de una falta de crítica de la sentencia, olvidando lo que debe ser técnica del recurso de apelación. Indica que la resolución administrativa inadmite a trámite la solicitud al considerar que está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, que queda corroborado por el expediente administrativo, como ha apreciado el juzgado de instancia, contando la inadmisión además con el informe favorable de ACNUR.

(...)

Como hemos dicho, la parte recurrente obvia las razones del rechazo a la admisión a trámite, ignorando el contenido de la resolución administrativa que acordó la inadmisión, que ha de entenderse integrada con el extenso informe que emite el instructor del expediente, y que comprende un estudio del relato facilitado, y la valoración de aspectos tan relevantes como el retraso en solicitar el asilo, una vez llegado a España, el haber demorado la solicitud hasta haber sido detenido y puesto en libertad por las autoridades españolas por un delito de daños, y el significado real que se deriva del documento MINURSO, que probaría únicamente que el padre del solicitante consta en el censo de saharauis de cara al futuro referéndum».

El solicitante de asilo, que obtuvo un visado de turista, detalló la concreta persecución que padecía en términos ambiguos y absolutamente genéricos.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 16 de junio de 2010

Recurso de Apelación: 153/2010

Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezudo

Voz: Asilo: inadmisión. Ciudadano cubano que abandona el país con visado a Dinamarca

«El solicitante de asilo, nacional de Cuba, entró en España en fecha 23 de septiembre de 2007, habiendo salido de su país con fecha 1 de julio de 2007, permaneciendo durante dos meses en Dinamarca —donde obtuvo un visado de turismo por tres meses—, sin que conste solicitud de asilo en este país, abandonando dicho país porque no quería quedarse, según manifiesta, e invocando como motivo de abandono de Cuba la situación política.

Este Juzgador coincide con el acto recurrido, completado con el informe de la instructora, y ello por cuanto procede de Dinamarca, país firmante de la Convención de Ginebra, sin que en este país solicitara asilo político ni se ofrezcan razones o justificaciones de por qué no lo hizo entonces, pese a tener un familiar directo, y lo realiza en España. No resulta coherente, como relata en su petición, que se desconozca la posibilidad de solicitar asilo sobre la base de que es simplemente trabajador cuando acto seguido detalla conocimientos incluso legales al afirmar que es un hecho notorio que Cuba sólo permite que un cubano permanezca 11 meses fuera de su territorio perdiendo sus bienes, su residencia cubana, y la patria potestad de sus hijos, pudiendo incluso ser enviado a prisión. A mayor abundamiento, debe precisarse que si el peticionario de asilo conocía las consecuencias jurídicas de su prolongada ausencia no parece que haya adoptado una conducta acorde con los deberes de un buen padre de familia, pues según se afirma tiene mujer y una hija, dejando a su familia en una situación cuanto menos comprometida, y ello habiendo obtenido un visado de turista y no detallándose la concreta persecución que padece en términos ambiguos y absolutamente genéricos.

(...)

La inadmisión de la petición de asilo del apelante se ha producido al haber sido considerada inverosímil, en atención a su contenido, y al haberse aplicado de forma simultánea la causa establecida en la letra f); es decir, al proceder el interesado de Dinamarca, país en el que pudo solicitar el asilo y no lo hizo. Lejos de lo que expresa el apelante, la sentencia y la Administración valoraron de forma correcta la petición de asilo, verificando que concurría de forma manifiesta causa de inadmisión (artículo 17.1 RD 203/1995). En efecto, en el expediente puede verificarse que el motivo de la salida de Cuba se conecta con la ausencia de libertades que se atribuye al régimen, razón por la que el interesado viajó a Dinamarca el 1 de julio de 2007 con un visado de turismo de tres meses de duración. Posteriormente el apelante reconoce que abandona Dinamarca y entra en España, donde el 10 de marzo de 2008 es detenido por infracción de la Ley de Extranjería. A raíz de este hecho, y ante el temor de ser deportado a Cuba, solicita asilo.

Con tal relato, y a pesar del temor que expresa por vulneración de las normas cubanas en materia de entrada y salida del país, el relato carece de contenido, en el sentido de que no se expresa una persecución de forma concreta, sino meras generalidades conectadas con el régimen político de Cuba. De otro lado, el interesado pudo solicitar asilo en Dinamarca, una vez que entró en este país provisto de la correspondiente autorización para entrada, máxime cuando afirma que allí tenía un familiar que fue quien le ayudó a salir del país. Este hecho viene a añadir un nuevo argumento a la inverosimilitud del relato, y además conforma causa de inadmisión de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.6.f)

de la Ley 5/1984, de 26 de marzo. En tales condiciones no resulta preciso realizar mayores investigaciones a fin de valorar la petición, puesto que de forma clara y patente concurre causa de inadmisión, lo que legitima la decisión administrativa.

(...)

Por último, se ha de indicar que el apelante insiste en el temor que deriva de las penas que, de forma objetiva, establece el Código Penal Cubano, para los casos de entrada o salida ilegal del territorio. El apelante aportó con su demanda sendos documentos a fin de acreditar el derecho cubano. De ellos se desprende que tanto la entrada como la salida del país requieren un permiso oficial, y que las autoridades han venido restringiendo o, al menos, dificultando estos derechos (Informe de Human Right Watch—doc. 2 y 3 de la demanda—). Sin embargo el apelante cumplió con las normas legales de salida del país, colocándose posteriormente, según expresa, en situación de ilegalidad, al dejar vencer su visado de entrada en Dinamarca, y no solicitar coetáneamente el asilo en Dinamarca (país al que correspondería el examen de la petición). Tal situación no puede ser considerada, a juicio de la Sala, puesto que, de un lado, es el propio interesado el que ha provocado la si-

tuación de hecho que invoca, y de otro, no nos consta que tenga vetada la entrada o que en sus particulares circunstancias el regreso pueda comportar una sanción de privación de libertad. En efecto, los documentos aportados para probar el derecho extranjero, permiten constatar que se prevé sanción penal para el que incumpla con las disposiciones migratorias para la entrada en el país, o para la salida. Lo cierto es que fuera de este documento no nos consta que, habiendo contado con un visado de salida, ya caducado, actualmente no pueda regresar a su país si no es con peligro para su propia libertad. Es decir, invocado el derecho extranjero la parte debió acreditar su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 12.6 segundo del Código Civil, cosa que no ha hecho, razón por la que no cabe considerar las alegaciones que opone en este sentido [Sentencia Tribunal Supremo núm. 797/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 4 julio, Recurso de Casación núm. 3467/2000; Sentencia Tribunal Supremo núm. 1322/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 27 diciembre, Recurso núm. 2769/1999], puesto que el temor que se vincula a la aplicación de las disposiciones penales y migratorias cubanas no aparece justificado como elemento necesario que da soporte al temor de persecución en el que se funda la petición de asilo».

El solicitante de asilo, nacional supuestamente de Sierra Leona, no acredita su nacionalidad y alega una persecución por una sociedad secreta, siendo la narración superficial y carente de datos, genérica e imprecisa.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 16 de junio de 2010

Recurso de Apelación: 98/2010

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero

Voz: Inadmisión de asilo: nacional de Sierra Leona

«La Sentencia de instancia desestima el recurso, argumentando que el demandante, en su primera declaración, manifestó únicamente que su padre pertenecía a los rebeldes y que tras la guerra el gobierno mató a su familia. Y resulta que dicho conflicto terminó en 2002, siendo la narración superficial y carente de datos, genérica e im-

precisa. Que resulta también incongruente que, perteneciendo su padre a los rebeldes, estos violaron a su hermana y mataron a su hermano. Que tras la solicitud de reexamen, matizó su alegación añadiendo que fue amenazado de muerte por negarse a pertenecer a una sociedad que practica el canibalismo, por lo que tuvo que huir

de Sierra Leona, y ello intenta acreditarlo con los documentos y fotografías que ha presentado en el acto de la vista, pero debe señalarse que en ningún caso las amenazas provienen de las autoridades de su país, ni se han realizado por motivos políticos, étnicos y religiosos. Que del contenido del relato y documentos aportados se desprende con toda claridad que las circunstancias esgrimidas por el solicitante con causa de su salida de su país y motivadoras de su petición de asilo quedan al margen de la Convención de Ginebra. Por otro lado, como alega el instructor del expediente, con argumentos no desvirtuados, al emitir su informe tras la petición de reexamen las nuevas alegaciones resultan inverosímiles, pues resulta incongruente la descripción de los hechos y los aspectos esenciales de la pretendida persecución que dice sufrir. En primer lugar, por cuanto los supuestos hechos tan graves sucedidos en el pasado no motivaron siquiera que el solicitante abandonara la supuesta localidad, residiendo con una vecina. Y respecto a su pertenencia a una “sociedad” y las supuestas amenazas recibidas, aunque dice haber denunciado, no aporta prueba alguna. El hecho de que se trasladara a Senegal (no especifica trayecto, países visitados, ni medios de transporte) y allí no encontrara trabajo no constituye motivo de persecución alguna recogido en la Convención de Ginebra.

El recurrente discrepa en el escrito de apelación de los fundamentos de dicha Sentencia, y señala que en el acto de la vista aportó certificado expedido por la Policía Secreta de Sierra Leona, debidamente traducida, acreditativa de que Avelino es el siguiente en la línea sucesoria para asumir el liderazgo de la sociedad de los Gbangbani; asimismo, se aportaron fotografías harto elocuentes y la correspondiente explicación de las mismas por parte de Avelino. Tal grupo practica la antropofagia y el canibalismo y los sacrificios humanos. Que tiene fundados temores de ser perseguido por el mismo porque al entender de sus componentes ha de asumir el liderazgo habiendo sido amenazado de muerte en caso contrario, pues la línea sucesoria así lo impone. Que, por otro lado, la doctrina entiende que no es preciso que el Estado sea quien persiga al solicitante, sino que basta con que no proteja a éste de las persecuciones de otros grupos.

Al respecto, de la certificación antedicha se desprende con toda claridad que el Estado de Sierra Leona no es capaz de prestar una protección eficaz, puesto que la misma Policía del Estado de Sierra Leona considera que la solución definitiva para su problema es mantenerse alejado de los actuales miembros del clan hasta la muerte de los mismos.

Respecto a la alusión a que los supuestos hechos sucedidos en el pasado no motivaron siquiera que el solicitante abandonase la localidad, residiendo con una vecina, señala que en aquellos momentos contaba con sólo 13 años, era un niño, y por tanto, no podía actuar como si fuera un adulto. Añade que ha aportado informe médico expedido por la Dra. Olga, realizado en el Hospital General de Castellón, en el que consta en negrita las cicatrices que presenta en su cuerpo, ocasionadas por arma blanca y arma de fuego.

Por lo expuesto, entiende que ha aportado indicios suficientes, por lo que la sentencia vulnera la jurisprudencia de aplicación en la materia que nos ocupa.

(...)

Así, en el momento inicial manifestó simplemente que “su padre pertenecía a los rebeldes y después de la guerra el gobierno mató a la familia”. Tal escueto relato determinó la inadmisión a trámite de la solicitud, habiendo incluso el ACNUR puesto de relieve en su informe —manifestando que la solicitud podría ser inadmitida a trámite—, la brevedad de esas alegaciones del solicitante. Posteriormente, en la petición de reexamen relata unos hechos totalmente distintos, cuales son que el 6 de enero de 1999 cinco miembros de la AFRC (rebeldes) entran en su casa para obligarle a él y a su hermano a que se alistasen a dichas fuerzas, petición que rehusaron. Ante la negativa, le agredieron, para a continuación circuncidarle brutalmente; intentaron violar a una de sus hermanas, motivo por el cual el solicitante se enfrenta a ellos, le empujan fuertemente y le disparan en una pierna. Aprovechando el gran revuelo en la vivienda, malherido, consigue escapar, refugiándose durante dos semanas en el hospital. Pasado ese tiempo vuelve a casa, y le informan de que los rebeldes violaron a su hermana y la mataron, quemaron la casa con su madre dentro, y el resto

de sus hermanos huyeron. Que tras ese incidente fue acogido por una vecina, con la cual estuvo viviendo hasta el año 2000, fecha a partir de la cual le envía a Sanda, localidad donde vivía su ex marido para que fuera escolarizado en una escuela musulmana. Su padre de acogida era líder de una sociedad llamada Gbangbani, pero él nunca perteneció a dicha sociedad, ya que estaba en contra de sus ideales, entre otras cosas porque les obligaban a comer carne humana. Al morir su padre de acogida, la sociedad pretende instaurar al solicitante como sucesor, a lo que él se niega. Denuncia este hecho ante las autoridades locales, haciendo caso omiso al suceso. Y corriendo peligro su vida, decide huir del país.

El solicitante no ha explicado esa discrepancia entre los hechos que invocó en la solicitud de asilo, y los que posteriormente relata en la petición de reexamen, lo que impide valorar cuáles son los motivos que realmente le habrían obligado a salir del país.

(...)

Pues bien, en este caso, aunque el solicitante manifiesta que denunció los hechos ante las autoridades locales, y que éstas hicieron caso

omiso del suceso, no justificó tal denuncia en vía administrativa, y no es hasta el acto del juicio oral cuando aporta un escrito que manifiesta haber sido redactado por la policía secreta de Sierra Leona. Dicho documento no pudo ser valorado por la Administración, pero además, del mismo no se infiere, como pretende el recurrente, que se esté reconociendo la imposibilidad de las autoridades de proporcionarle protección, pues simplemente se plantea como solución a su problema, mantenerse alejado de los miembros de la secta, pero no la necesidad de que se marche del país.

A ello hay que añadir que el recurrente no ha acreditado que realmente sea nacional de Sierra Leona, puesto que no aportó documento alguno justificativo de su identidad y nacionalidad. Es cierto que en el trámite de admisión de la solicitud de asilo no es exigible una prueba plena de la persecución invocada, pero si es obligación del solicitante de asilo acreditar su identidad ante las autoridades españolas (artículo 9.1 RD 203/1995); obligación que en este caso no ha sido cumplida por el ahora apelante, lo que implica que no pueda otorgarse la suficiente verosimilitud a su relato en el contexto y país referidos».

Solicitante de asilo indocumentado. Inverosimilitud del relato de la persecución.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 16 de junio de 2010

Recurso de Apelación: 105/2010

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero

Voz: Asilo: inadmisión a trámite. Guinea Conakry

«La Sentencia de instancia desestima el recurso argumentando que, la conclusión de la Administración está apoyada, aparte del informe del instructor recogido en el expediente, en el dictamen favorable a la inadmisión elaborado por el ACNUR que es el órgano específico de Naciones Unidas para la protección de los refugiados y que, por este motivo, tiene un conocimiento privilegiado de las circunstancias específicas de cada país en el que se viven conflictos de distintas naturalezas, pero que afectan a la seguridad de sus respectivas poblaciones. Que la defensa del recurrente no desvirtúa en el presente caso

las contradicciones que la resolución recurrida, completada con el informe de la instrucción, señala en el relato de persecución opuesto por el recurrente y que determina su clara inverosimilitud. Así, el significado que de las siglas UPR da el solicitante de asilo no coincide con el que se deduce de ese partido en la información existente en Internet: Union Pour Progres et le Renouveau. Igualmente, de esa información se desprende que lo que se inició el 10 de enero de 2007 fue una huelga general, no una manifestación. Que tampoco el interesado relata de forma precisa y mínimamente detallada lo que

realmente hacía en ese supuesto partido político al que pertenecía, ni la razón de la manifestación. Luego en sus alegaciones señala que fue arrestado el 22 de enero de 2007, cuando en sus declaraciones iniciales en la entrevista dice que fue arrestado el 11 de enero de 2007. Y ya en esos escritos que aporta en fase de alegaciones, el solicitante da contenido correcto de las siglas del partido. En la copia del carné que aporta se indica que el mismo es miembro fundador, lo que no se compadece con lo expuesto de la escasa información que dio sobre la actividad del mismo en dicho partido y, por ende, de la actuación de éste en la vida del país. También es chocante que se afiliara como fundador en el año 2005 cuando ese partido se creó en 1998. Que a todo lo anterior hay que añadir que el solicitante de asilo no aporta documentación alguna sobre su identidad, ni razona esta carencia, lo que ratifica aún más la poca verosimilitud de su relato. También rechaza la solicitud de que se le reconozca el derecho a la permanencia en España por motivos humanitarios, puesto que no existe indicio alguno del que se deduzca que al regresar el demandante al que dice ser su país de origen vaya a sufrir un trato inhumano o degradante, ni ha aportado prueba alguna de que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el precepto.

(...)

A ello hay que añadir que el recurrente no ha acreditado que realmente sea nacional de Guinea Conakry puesto que no aportó documento alguno justificativo de su identidad y nacionalidad. Es cierto que en el trámite de admisión de la so-

licitud de asilo no es exigible una prueba plena de la persecución invocada, pero sí es obligación del solicitante de asilo acreditar su identidad ante las autoridades españolas; obligación que en este caso no ha sido cumplida por el ahora apelante, lo que implica que no pueda otorgarse la suficiente verosimilitud a su relato en el contexto y país referidos.

(...)

Ahora bien, en el supuesto de autos, no puede deducirse del expediente indicios serios de que la salida del actor de Guinea Conakry estuviera motivada por conflictos o disturbios graves, teniendo en cuenta que no hay prueba siquiera de que el mismo sea nacional de ese país, lo que introduce un elemento de duda sobre todo lo relativo a su situación personal que impide valorar las circunstancias de su país de origen a efectos de aplicar este precepto (en este sentido STS de 18 de diciembre de 2008 —rec. cas. n.º 7308/2005— entre otras). Dudas que se acrecientan cuando en el recurso de apelación el actor justifica la petición de permanencia en España por razones humanitarias invocando, en la Alegación Cuarta, que él y su familia han sido objeto de ataques sufridos por grupos terroristas, con ocasión del conflicto bélico y terrorista que enfrenta a la India con Pakistán, y en el Fundamento de Derecho Quinto, que debe tenerse en cuenta para la atribución de autorización de residencia por razones humanitarias la situación nacional de Nigeria, y el problema existente con los grupos religiosos minoritarios como los cristianos».

La solicitud de asilo está basada en alegaciones carentes de vigencia actual, habida cuenta de que los hechos supuestamente constitutivos de la persecución alegada están alejados en el tiempo.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **23 de junio de 2010**

Recurso de Apelación: **196/2010**

Ponente: **Doña Ana María Sangüesa Cabezudo**

Voz: **Inadmisión de petición de asilo de ciudadano de Guinea**

«La sentencia que es objeto de recurso de apelación confirmó la referida resolución, argumen-

tando que la parte actora no había combatido de manera adecuada la causa de inadmisión, y es-

tablecía lo siguiente: “La parte recurrente había declarado, básicamente, que en 2007 comienza una huelga y que en una manifestación multitudinaria apareció el ejército y se puso a disparar, que logró escapar y se refugió en un hospital, que fueron buscando los soldados a todos los que habían participado y decidió huir.

Pues bien como se hace constar en la propuesta de la Instrucción, lo que compartimos íntegramente, la solicitud se fundamenta en unas alegaciones carentes de vigencia actual ya que a través de Internet, se conoce que la situación de crisis producida por las huelgas generales finalizó con el nombramiento de un primer ministro de consenso, por otra parte las alegaciones son muy generales y no presenta documentación alguna de quien dice ser. Finalmente en el folio 3.2 consta la propuesta del ACNUR en cuanto a la inadmisión.

Ninguna de las razones anteriores ha sido combatida por el recurrente de manera adecuada, por lo que procede la confirmación de la resolución impugnada”.

(...)

De los tres supuestos que recoge el precepto la Administración aplicó el tercero, es decir, que las alegaciones carecían de vigencia actual, toda vez que la información consultada (www.afrol.

com, www.guineaconakry.com) evidenciaba un cambio de situación respecto a las huelgas generales de 2007, que se había resuelto mediante el nombramiento de un presidente de consenso. Frente a tales datos, contrastados por la Administración, la apelante no aporta otros que permitan contradecir o cuestionar la falta de necesidad de protección que resulta de la nueva situación política del país. Por ello, al no expresar el relato una persecución con vigencia actual, era de aplicación la letra d) del artículo 5.6 (STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 14 de diciembre de 2006, recurso 8101/2003; o de 30 de octubre de 2008, recurso 3185/2005).

Los argumentos que trae a colación la apelante en esta segunda instancia frente a la sentencia apelada, no pueden ser considerados dado que no guardan relación con los razonamientos de la sentencia. En efecto, la fundamentación de la misma no cuestiona la verosimilitud del relato o las pruebas aportadas (artículo 8 de la Ley de Asilo), sino que se limita a constatar que el caso planteado no demanda una protección internacional a través del asilo porque los hechos que sustentaban la pretensión han perdido su vigencia. Fuera de este marco la sentencia no hace otra consideración. En suma, los motivos aportados en apoyo del recurso deben decaer, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación».

El recurrente alegó tener una nacionalidad que no se corresponde con la verdadera, ya que, a preguntas que le fueron hechas, desconoce cuestiones básicas del país del que dice ser, Eritrea, no pudiéndose deducir de dicho relato que haya sufrido la persecución alegada.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 14 de julio de 2010

Recurso de Apelación: 198/2010

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero

Voz: Eritrea: inadmisión a trámite de solicitud de asilo

«La Sentencia desestima el recurso manifestando que del relato del recurrente no se llega a la conclusión que se pretende, sino que lo que se desprende del mismo es que el recurrente alegó tener una nacionalidad que no se corresponde con la verdadera, ya que, a preguntas que le fueron hechas, desconoce cuestiones básicas del país que dice ser, no pudiéndose deducir de

dicho relato que haya sufrido la persecución alegada, por lo que no es subsumible en el artículo 3.1 de la Ley 5/1984 para que tenga que serle admitida su solicitud; que, en efecto, manifestando ser de Eritrea y que su lengua materna es el tigre, sin embargo, no ha sido capaz de decir palabra alguna en dicha lengua y ante un vocabulario básico que le fue formulado. Y que

tampoco sería de aplicación lo recogido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, al no apreciarse temores serios y fundados para entender que el regreso al país suponga un riesgo para la vida o la integridad física del recurrente, puesto que en los motivos alegados no se dan las circunstancias previstas en dicho precepto.

En el recurso de apelación se alega que las razones por las que la Administración denegó la admisión a trámite de la solicitud de asilo, debería concretarlos dentro del procedimiento contencioso administrativo, dejando claras todas las imprecisiones y generalidades, y a su vez explicar la argumentación ficticia empleada para dicha denegación, así como aclarar y explicar el contenido de la resolución recurrida, ya que la misma es genérica y adolece de motivación suficiente y concreta al caso, causándole una grave indefensión. Y, por otra parte, en relación con lo expuesto en otros apartados de la resolución, señala que en Eritrea actualmente no hace falta que tengas diferente raza, religión, creencias, nacionalidad etc. para que exista una persecu-

ción a la persona, ya que cuando en algún lugar se desatan los instintos humanos, estos hacen que se olviden las mínimas normas de convivencia y se lleven a cabo los mayores desmanes. Y en cuanto a la sentencia apelada, manifiesta que sigue sin más lo dispuesto en el expediente administrativo, sin fijarse ni dar contestación alguna a los pedimentos del recurso interpuesto, o sin explicar el porqué de esa denegación, la cual no se ajusta a derecho.

(...) en el caso de autos no puede concluirse que se haya proporcionado ese relato verosímil de la existencia de una persecución individualizada por alguna de las razones políticas, de raza, religión, pertenencia a grupo social, etc., determinantes de la protección que otorga la solicitud del asilo, teniendo en cuenta que no ha resultado acreditado que realmente sea nacional del país en cuyo contexto basa ese relato de persecución, puesto que no aportó documentación alguna justificativa de su identidad y nacionalidad, ni ha dado ninguna explicación convincente para justificar por qué no dispone de ella».

El solicitante de asilo alega riesgo para su integridad física en caso de tener que regresar a su país, pero no especifica las razones concretas, sólo la situación político social del país. Al no justificarse la situación real de peligro grave para la vida o integridad física del recurrente en caso de hacerse efectiva la orden de salida del territorio nacional, no ha lugar a la adopción de la medida cautelar interesada.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 21 de julio de 2010

Recurso de Apelación: 228/2010

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero

Voz: Derecho de asilo: inadmisión. Togo. Medida cautelar

«Entiende el Juez *a quo* que no se dan las circunstancias legalmente exigidas para acordar la medida cautelar solicitada, dado que el recurrente no invoca ni acreditada, ni siquiera de modo indicario, que exista un peligro grave para su vida o integridad, y en su escrito de demanda alude a la situación general en Togo, argumento que en modo alguno es suficiente para que, a efectos de esta pieza se tenga por justificado un grave riesgo para la integridad física, para la vida o libertad del demandante. Pone de manifiesto la relevancia

del interés público en la ordenada aplicación de la legislación de extranjería y asilo, lo que se indica a efectos de la necesaria ponderación del interés general comprometido en la ejecución, para el cual la suspensión de la ejecutividad no resulta siempre inocua; añadiendo que, por la ejecución del acto recurrido no pierde el recurso su finalidad legítima, pues puede éste seguirse al contar el actor con asistencia letrada para ello, y en su momento ejecutarse lo decidido aunque el demandante se encuentre en su país de procedencia.

Frente a ello se alza el recurrente en apelación (...). Discrepa de los argumentos del Auto impugnado, y señala que deben tenerse en consideración sus circunstancias personales, ya que alega persecución en su país de origen, y teme por su vida si es devuelto. Por otro lado, a su juicio, el Auto prejuzga el objeto principal, al considerar que no existen indicios para la concesión de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, lo que sin lugar a dudas, no es objeto de la medida cautelar, y ni siquiera se ha iniciado la fase probatoria. Añade que si fuera devuelto a su país de origen, y la sentencia fuera estimatoria, cabe preguntarse quién le localizaría, como po-

dría tramitarse su vuelta, o quien se haría cargo de los costes de la misma. Por ello, estima que no debería ser devuelto hasta la finalización del proceso, a fin de garantizar su seguridad y la tutela judicial efectiva.

(...)

En consecuencia, al no justificarse esa situación real de peligro grave para la vida o integridad física del recurrente en caso de hacerse efectiva la orden de salida del territorio nacional, no ha lugar a la adopción de la medida cautelar interesada, tal y como apreció el Juez de instancia».

Se basa la solicitud de asilo en la pertenencia a un colectivo determinado sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido, o tenga un temor fundado de sufrir, una persecución personal.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **29 de julio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **124/2009**

Ponente: **Don José Luis Sánchez Díaz**

Voz: **Derecho de asilo: denegación. Nacional de Vietnam. Razones humanitarias: inexistencia**

«Frente a ello el solicitante expresa que es nacional de Vietnam pero siendo muy joven huyó con su familia de este país a Hong Kong en 1989. Allí conoció a la maestra Esmeralda y empezó a practicar las creencias por las que se plantea la alegación de persecución. En 1994 las autoridades de Hong Kong decidieron devolverlos a Vietnam. Cuando llegó allí las autoridades le requisaron libros y cassettes sobre las enseñanzas de su maestra. Salió del país por la presión familiar y policial, tras idas y vueltas de Hong Kong a Vietnam. Expresa que el método Quan Yin constituye una creencia de influencia budista minoritaria.

Las actuaciones llevadas a efecto en la instrucción son reveladoras de que el actor ha expresado pero no ha probado que su padre tuvo que dejar el trabajo en 1997 y fue expulsado del partido comunista. Expresa que una amiga suya que practicaba el método seguido por su grupo fue expulsada —últimamente como profesora—. La propia instrucción reconoce que los controles y persecución religiosa en Vietnam fueron más

virulentos en los años 90, habiéndose suavizado a partir del presente siglo. El solicitante tiene un carnet del grupo al que pertenece y los denominados “retiros” son objeto de control por las autoridades de Vietnam. Amnistía Internacional en su informe correspondiente al año 2006 en el que el actor solicitó asilo, dice que existía “represión de la libertad religiosa”, que las autoridades siguieron controlando de forma estricta las prácticas religiosas; y añade “los miembros de confesiones a las que se consideraba en desacuerdo con las prácticas estatales sufrieron hostigamiento”. Sin embargo, en esta situación no existe una referencia concreta y precisa a la persecución sufrida por el demandante, que basa su petición en que su padre fue apartado del partido comunista y en persecuciones a otros miembros del grupo al que pertenece, pero no especifica de qué modo y forma fue perseguido individualmente.

A ello hay que añadir que el demandante ha tenido facilidad para cambiar de residencia entre Vietnam y Hong Kong, resultando insólito

que haya efectuado su petición en un país como España, alejado de su residencia habitual, Vietnam. No existen pues datos precisos que justifiquen la petición de asilo.

(...)

Sin embargo, este Tribunal no advierte, por las razones antes señaladas, que se haya producido o exista riesgo de producirse una situación de persecución personal, directa y vigente contra el demandante como señala la Instrucción. El actor ha podido fácilmente trasladarse a Hong Kong o a otro país cercano sin oposición de las autoridades; las alegaciones no están acreditadas de forma particular y concreta en el expediente, ni han quedado probadas individualmente en vía jurisdiccional, debiendo ser mantenida

la resolución recurrida. La intervención de las autoridades vietnamitas limitativas del derecho a practicar libremente creencias data de fechas muy anteriores a 2006 en que formula en España su petición de asilo.

Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida, que no queda acreditada en el caso de autos, lo cual es exigible conforme a lo establecido en el artículo 31 apartado 3 del Reglamento de la Ley de Asilo que vincula las razones humanitarias a 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, (...)».

Motivos de solicitud: orientación sexual y guerra en Kenia. Indocumentada: No están acreditadas su verdadera identidad y nacionalidad.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **15 de septiembre de 2010**

Recurso de Apelación: **168/2010**

Ponente: **Doña Ana Martín Valero**

Voz: **Asilo. Inadmisión. Kenia: indocumentación**

«Señala que la solicitante fundamentó su petición de asilo en su orientación sexual, afirmando que a los 17 años comenzó una relación con una chica de 20 años; que el conocimiento de esta circunstancia por ambas familias motivó el que intentaran que estas no se vieran. El 27 de diciembre de 2007 comenzó la guerra, su padre y sus dos hermanas murieron al ser quemada la iglesia de Kikuyu por lo que abandonó el país, sin saber nada más de su pareja. Y coincide con el acto recurrido en que la solicitante se limita a invocar en la solicitud su orientación sexual como motivo de la solicitud, pero lo cierto es que lo único que se desprende es la relación que afirma mantuvo con otra persona de su mismo sexo, de la que por cierto omite su nombre, que originó sólo rumores. Por tanto, no se desprende de su relato la existencia de represalias o riesgo alguno para su vida o integridad. Que de otro lado, respecto al estallido de la guerra, relata el desgaciado fallecimiento de su padre y herma-

nos, pero el relato es absolutamente genérico, por cuanto no se aduce que ella resultara objeto de persecución o no concreta episodio alguno que evidencie esta circunstancia. Subraya que no aporta documentación alguna y que la solicitud de asilo se ha presentado tras la incoación de una orden de expulsión del territorio nacional, lo que permite inferir la pretensión de obviar la normativa general en materia de extranjería. Que asimismo ha transitado por Sudán, Libia, Argelia y Marruecos sin que conste o se alegue haber solicitado protección. Finalmente, rechaza también la concesión de la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir indicio alguno del que se deduzca que al regresar a su país vaya a sufrir un trato inhumano o degradante, ni ha aportado prueba alguna de que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Frente a ello, alega la apelante que en su solicitud de asilo ha facilitado un relato verosí-

mil que viene a inferir una persecución contra su propia persona. Que declara que ha huido de su país porque hay guerra, añadiendo que tenía una relación con una chica a la que conoció cuando tenía 17 años y que la gente rumoreaba sobre ellas. Las familias de ambas conocieron la relación e hicieron lo posible por que esta terminara. Que se refiere a una relación con otra mujer, de carácter homosexual, circunstancia trascendental teniendo en cuenta que ser homosexual está considerado un delito en Kenia y en muchos otros países de África, además de ser un hecho repudiado y despreciado. No es por lo tanto descabellado pensar el peligro cierto y real que supone para alguien homosexual que tal circunstancia sea conocida, y más aún en un entorno de conflicto bélico como el vivido por Kenia en ese momento. Considera, por tanto, que procede otorgar por parte del país de acogida la protección solicitada a quien alega una persecución por razón de su condición sexual, subsumible dentro de los supuestos que recoge la ley de asilo para conceder la protección debida, y no hacerlo supone una vulneración del artículo 15 CE, que reconoce el derecho de todos a la vida, a la integridad física y moral.

Invoca, asimismo, la vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, puesto que la inadmisión de los medios de prueba propuestos, consistentes en que se remitiera oficio a Amnistía Internacional para que emitiera informe sobre la situación socio-política en Kenia, y a la Dirección General de la Policía para que informara si la solicitante consta en sus archivos como implicada en actividad contraria al orden público, le impide probar los hechos alegados, causándole una profunda indefensión y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Estas alegaciones que realiza la recurrente en el escrito de apelación, no desvirtúan las consideraciones de la sentencia impugnada respecto de la inverosimilitud del relato de persecución determinante de que la petición no merezca el trámite de admisión.

(...).

Así, formuló su solicitud de asilo manifestando ser nacional de Kenia, pero no aportó documentación alguna justificativa de tal circunstancia, de lo que resulta no estar acreditadas su

verdadera identidad y nacionalidad; en segundo lugar, solicita asilo una vez que había sido dictada resolución de expulsión del territorio nacional, incurriendo, por tanto, en la presunción prevista en el artículo 7.2 del RD 203/1995 que dispone que “Cuando se trate de un solicitante que (...) haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá incurso en el párrafo d) del apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite”; y, por último, el relato de persecución que ofrece no puede considerarse verosímil, teniendo en cuenta la incongruencia del mismo, mezclando diversas razones como determinantes de su salida de Kenia, cuales son la situación de guerra en el país y su condición de homosexual, sin una relación clara ni una secuencia lógica entre ambos acontecimientos.

Además, teniendo en cuenta la circunstancia referida de la falta de acreditación de que la recurrente sea realmente nacional de Kenia, no puede otorgarse suficiente verosimilitud a sus alegaciones en el país y contexto relatados, ni en lo referente a la situación de guerra ni en la persecución a las personas homosexuales en dicho país, como motivos determinantes de la solicitud.

A ello hay que añadir que la situación de conflicto bélico en el país de origen no sería por sí sola motivo suficiente para la concesión del asilo, según reiterada jurisprudencia; y en cuanto a su orientación sexual, si bien una persecución por tal motivo tendría cabida entre las causas de asilo, lo cierto es que los hechos que invoca carecen de la suficiente entidad como para constituir una persecución necesitada de protección, dado que se limita a señalar que la gente rumoreaba sobre su relación con otra mujer, y que la familia de ambas intentó que se separaran, por lo que no resulta verosímil que tales hechos determinaran su salida del país para pedir asilo.

Por otro lado, la apelante invoca que se le ha causado indefensión al habersele denegado en el acto de la vista la documental pública propuesta, y en concreto, que se librara oficio a Amnistía Internacional y a la Dirección General de la Policía».

Derecho de asilo: concesión. La entrevista realizada no hace hincapié en la situación vivida por el interesado. La Administración ha resuelto el expediente sin conocer de manera objetiva las circunstancias personales de persecución teniendo en cuenta la situación social, psicológica y antropológica del solicitante. No puede obviarse que el recurrente vino a España en condiciones de manifiesto abandono, hasta el punto de ser declarado en situación de desamparo y tutelado por las autoridades competentes.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **15 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **765/2009**

Ponente: **Don Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández**

Voz: **Derecho de asilo: concesión. Costa de Marfil: Menor de edad**

«Según se deduce de las actuaciones el recurrente fue informado de sus derechos y deberes como solicitante de asilo, y entre otros, el derecho a la “asistencia de abogado, que se proporcionará gratuitamente por el Estado español cuando carezca de recursos económicos suficientes”. Por otra parte, en la diligencia de asistencias solicitadas, consta que el interesado no solicitó la asistencia de Abogado, indicándose en la misma, en nota impresa, que “en caso de haberse solicitado la asistencia de abogado: a) asistencia gratuita por no disponerse de medios económicos suficientes; y b) abogado de su elección”. Por lo tanto, el ofrecimiento de asistencia letrada se hizo correctamente, en principio.

Ocurre, sin embargo, que el recurrente era menor de edad al tiempo de formular la petición de asilo, pues según la documentación aportada nació el 3 de junio de 1991, contando entonces con 17 años. Tanto es así, que por Resolución de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 2 de diciembre de 2008, se declaró en situación de desamparo al menor Julio, asumiéndose su tutela por dicha Entidad Pública. Lo razonable es que el recurrente hubiera sido asistido por Abogado, máxime cuando las actuaciones ante la Administración se desarrollaron en lengua francesa. No obstante, según consta en el punto sexto de la resolución a que se ha hecho referencia, la Entidad Pública que asumió la tutela ratificó la solicitud de asilo presentada por el recurrente, sin que conste o pueda deducirse de las actuaciones que se hayan vulnerado los preceptos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor.

(...)

Por otra parte, según la información disponible la situación en Costa de Marfil se encuentra estabilizada en la actualidad, salvo determinadas zonas —Man, Bouake, San Pedro-Soubre y Korhogo-Ouagolodoudou—. El recurrente nació en Dadane, aunque en una hoja del pasaporte aportado, expedido el 14 de mayo de 2007, consta su residencia en Abidjan. A estos efectos debe tenerse en cuenta que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ha modificado su posición, a la luz de la “Posición del ACNUR sobre las necesidades de protección internacional de solicitantes de asilo procedentes de Costa de Marfil” en su versión actualizada de julio de 2007. En opinión de la Sala, la presencia del recurrente en España obedece, no a razones de persecución por alguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra, sino a la situación de penuria, desamparo y falta de trabajo en que quizá se encuentre en Costa de Marfil.

(...)

En el presente caso, no puede obviarse que el señor Julio vino a España en condiciones de manifiesto abandono, hasta el punto de ser declarado en situación de desamparo y tutelado por las autoridades competentes. La Sala considera que su retorno al país de origen podría vincularle a una situación de riesgo real de peligro y desprotección, incompatible con el disfrute de los derechos inherentes a la persona, razones que justifican la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de asilo, y, en consecuencia, su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias».

EXPULSIÓN

Expulsión: estancia irregular en territorio nacional por carencia de documentación expedida por las autoridades españolas que autorice su presencia en España. Ausencia de acreditación de identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español.

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

Fecha: **30 de junio de 2010**

Recurso de Apelación: **777/2008**

Ponente: **Doña M.^a Consuelo Uris Lloret**

Voz: **Expulsión y prohibición de entrada durante siete años: estancia irregular**

«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.

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.

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

Y en los mismos términos se pronuncia la STS de 31 de octubre de 2006 que después de reiterar la misma doctrina estima que en el caso que contempla la expulsión está suficientemente justificada, ya que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (que es

subrayada en la resolución recurrida) de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación y, además, se ignoraba cuándo y por dónde entró en territorio español. La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por las que expulsó al actor del territorio nacional.

Posteriormente el TS ha seguido en la misma línea. Así en la sentencia de 31 de enero de 2007 después de recoger la misma doctrina expuesta señala que si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión, que es lo que ocurre en el caso de autos.

(...)

En igual sentido se pronuncia en sentencia de 9 de marzo de 2007 en un supuesto en el que considera que la actividad de “alterne” no puede ser considerada como un dato negativo para expulsar a la recurrente, señalando que como ha señalado en muchas ocasiones esa es una actividad lícita como medio de vida, por lo que no cabe extraer de la misma ninguna connotación desfavorable de cara a la graduación de la san-

ción, más aún cuando no consta en el expediente ningún otro dato relativo a las circunstancias del desempeño de esa actividad que pudiera justificar una reconsideración de la cuestión.

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

Por último el TS sigue el mismo criterio en la sentencia de 5 de julio de 2007 (Secc. 5.^a) en la que dice: Tampoco este motivo puede ser estimado (infracción del principio de proporcionalidad). Consta en el expediente que el actor se encontraba indocumentado y, por lo tanto, sin

acreditar su identificación y filiación, ignorándose cuándo y por dónde entró en el territorio nacional. Esta circunstancia justifica la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, (...).

Si aplicamos la doctrina contenida en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo citadas, observamos que en el presente caso la resolución impugnada no vulnera el principio de proporcionalidad, ni en lo que se refiere a la sanción de expulsión ni en cuanto a la duración de la prohibición de entrada, pues consta en el expediente, y así se recoge en la resolución sancionadora, que el interesado carece de domicilio conocido, familia y medios legales de vida en España, lo que no ha sido desvirtuado por el recurrente. A lo anterior ha de añadirse que le consta una detención por lesiones, instruyéndose el correspondiente atestado policial que fue remitido al Juzgado de Instrucción n.º 7 de Murcia. Por tanto, estos datos negativos determinan que no proceda la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa».

Expulsión del territorio nacional por permanencia ilegal. Situación irregular y justificación de la expulsión: no se realiza ninguna gestión por la recurrente para regularizar su situación en España. Proporcionalidad de la sanción: la Administración puede optar entre la sanción pecuniaria y la expulsión, teniendo la apelante que demostrar que se vulnera el principio de proporcionalidad en el caso concreto. Finalidad de la sanción: incremento de la capacidad de actuación de un Estado sobre la inmigración ilegal.

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

Fecha: **6 de julio de 2010**

Recurso de Apelación: **482/2009**

Ponente: **Don Fernando Seoane Pesqueira**

Voz: **Proporcionalidad de la expulsión: estancia irregular**

«Para estimar el recurso contencioso-administrativo, y considerar vulnerado el principio de proporcionalidad con la imposición de la sanción de expulsión, el juzgador *a quo* se apoya en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, (...) que considera que la mera permanencia ilegal, por carecer de cualquier tipo de documentación que le autorice al extranjero la entrada y estancia en territorio nacional, sin otros datos negativos, no ha de dar lugar a la expulsión, entendiéndose que ese es el caso en que se encuentra la

recurrente pues, pese a no haber regularizado su situación, ha desarrollado una conducta intachable, ya que no le consta ningún antecedente policial o judicial, tiene en regla sus documentos de identidad e incluso ha intentado obtener el permiso de residencia temporal, está empadronada en Vigo, en la que convive con su pareja, de nacionalidad española, con la que se encuentra inscrita en el registro de parejas de hecho del Concello de Vigo y con la que tenía fijada fecha para contraer matrimonio el día 5 de junio de 2009.

(...)

En el caso presente consta en el pasaporte de la demandante un sello de entrada en espacio Schengen por la frontera aeroportuaria de Lisboa de fecha 9 de octubre de 2003, permaneciendo inactiva, de cara a su regularización documental, hasta que con fecha 13 de marzo de 2008 solicitó una autorización de residencia temporal por arraigo, al amparo del artículo 45.2.b) del RD 2393/2004, que fue denegada por resolución de 4 de abril de 2008, y confirmada por la desestimación del recurso de reposición de 22 de mayo de 2008, estando motivada la denegación porque la señora Sara no presentó un contrato formal firmado con un empleador en el momento de formular la solicitud de autorización de residencia de una duración no inferior a un año, a lo que se añadía el informe desfavorable, emitido por la Brigada de extranjería y documentación de la Comisaría Local de Vigo-Redondela, en el que se indicaba que el empleador que había firmado la oferta de trabajo no conocía a la ciudadana extranjera y había realizado la oferta para hacer un favor a un amigo que necesitaba esos documentos para realizar el trámite de legalización a dicha ciudadana extranjera, siendo su intención contratarla

unos días y después darla de baja mediante un despido improcedente. Por lo demás, durante el tiempo transcurrido entre su entrada en espacio Schengen hasta que en marzo de 2008 llevó a cabo aquel intento de obtención de autorización de residencia temporal la señora Sara exteriorizó su intención de permanencia en territorio nacional con su empadronamiento en el Concello de Vigo, con lo que quedó de manifiesto su propósito (grado de culpabilidad) de estancia irregular en nuestro país pese a haber rebasado el período inicial de estancia varios años antes.

(...)

En congruencia con la mencionada finalidad que el legislador trataba de lograr, ha de reputarse proporcionada esta medida respecto a quien se encontraba irregularmente en territorio español como modo de hacer efectivo el control de acceso y permanencia en nuestro país de los ciudadanos extranjeros, pues aquel fin no se lograría si bastase con el abono de una multa para la permanencia en territorio nacional, con lo que difícilmente se regularían los flujos migratorios y se reduciría, en lugar de incrementarse, la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal».

Expulsión: conductas personales delictivas del interesado, nacional de Rumania, que constituyen una amenaza real, actual y suficientemente grave para el interés fundamental de la sociedad y que por razones de orden público y de seguridad pública, se le prohíbe la entrada en territorio nacional por un período de diez años. Delitos de violencia de género y lesiones. Carencia de certificado que acredite su inscripción en el Registro Central de Extranjería como residencia en España.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Fecha: 16 de julio de 2010

Recurso de Apelación: 95/2010

Ponente: Don Eusebio Revilla Revilla

Voz: Expulsión y prohibición de entrada: lesiones y violencia de género

«Por resolución de fecha 27 de marzo de 2010, dictada por la Subdelegación del Gobierno en Burgos, confirmada en reposición por resolución de 22 de junio de 2009, se acuerda imponer al ciudadano de nacionalidad rumana D. Juan Enrique la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de diez años. Dicha resolución, y como consecuen-

cia de la condición de ciudadano comunitario del anterior, motiva la expulsión en aplicación de los artículos 18.1 y 15.1.c) y 5, ambos 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, y ello por

cuanto que así lo imponen razones de orden público y de seguridad pública, desde el momento en que la conducta personal delictiva del interesado constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave para el interés fundamental de la sociedad, y ello porque D. Juan Enrique ha sido condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos, (...) a la pena de tres años, seis meses y 192 días por delitos de violencia de género y lesiones, encontrándose cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de Burgos, amén de que el anterior carece de certificado que acredite su inscripción en el Registro Central de Extranjería como residencia en España.

(...)

Pues bien, en este caso debemos tener en cuenta que, según obra en autos y no se niega por la recurrente Juan Enrique ha sido condenado por un delito de violencia habitual y dos faltas de lesiones por sentencia de fecha 14 de enero de 2003 a la pena de un año de prisión. Por sentencia de 21 de julio de 2004 se le vuelve a condenar por un delito de malos tratos y una falta de amenazas y el 6 de abril de 2005 por dos delitos de quebrantamiento de medida cautelar en el ámbito de la violencia de género; por último, el 3 de enero de 2005 por dos delitos de lesiones en el ámbito familiar. Así pues, si bien no puede considerarse que cualquier infracción criminal sea justificación para considerarse que es un riesgo para el orden público, la acumulación de una serie de delitos graves, que afectan a los derechos a la integridad física y moral, a la igualdad y no discriminación, a la seguridad y al respeto a las decisiones y mandatos de las autoridades, mandatos destinados a la protección de esos bienes jurídicos de primerísimo orden y que, con desprecio de los mismos, ha incumplido, reiterando los ataques frente a las personas que las son más cercanas. Por último no puede olvidarse que tales ataques provocan la más alta repulsa social y uno de los más severos castigos en el ordenamiento jurídico (máxime si, conforme a la conciencia social vigente, hubieran sido cometidos en un época más reciente).

Respecto del hecho de que gozara de residencia legal solamente decir que no es por falta de permiso por lo que se le expulsa, y que la sanción penal de expulsión y la medida admi-

nistrativa tienen una naturaleza distinta. La primera es una sanción penal que no se aplicó por no cumplirse los requisitos del código penal en ninguno de los supuestos en los que fue condenado y que actúa como reacción a la comisión de ciertos delitos graves; la segunda es una medida administrativa, fundada en un interés jurídico distinto, el orden público ya examinado, el cual, una vez cumplidos los requisitos produce el efecto comentado.

Por último, si bien sólo lo menciona la recurrente y en un apartado muy distinto, debe hacerse referencia al principio de proporcionalidad. Al respecto decir que la expulsión por plazo de 10 años aparece como proporcionada al caso dada la extrema gravedad de los delitos, su reiteración, el peligro a sus parientes más cercanos y la importancia de los bienes jurídicos atacados con esas conductas.

(...)

A dicho recurso se opone la Administración del Estado argumentando las siguientes consideraciones:

Que el actor está incurso en un motivo de expulsión de acuerdo con la normativa que regula la 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, y ello según resulta del artículo 15.1.c) del Real Decreto 240/2007 por cuanto que el apelante ha sido condenado en diversas sentencias dimanantes de los Juzgados de lo Penal 1 y 2 de Burgos por delitos de lesiones, de violencia de género y quebrantamiento de condena cometidos no solo contra su esposa sino también contra sus hijos menores de edad, lo que implica que el apelante revela con su conducta personal una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad, como es la necesidad de hacer frente a la violencia de género por suponer esa violencia una de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra constitución.

(...)

Pero tampoco ofrece ninguna duda que el apelante con sus delitos y con su conducta delic-

tiva atentaba claramente a un interés fundamental de esta sociedad, y sobre todo de la sociedad española, como es el de tratar de hacer frente a esta lacra tan grave de la “violencia de género” y de proteger todo lo posible a las víctimas de esta violencia, que en el presente caso lo son la ex compañera del apelante y sus dos hijos menores; la reiteración de su conducta delictiva y sobre todo el incumplimiento de las medidas cautelares en su momento impuestas para impedir que el apelante se acercara a su ex compañera sentimental y a sus hijos, revela claramente que su conducta delictiva y personal en este

concreto ámbito constituye una grave amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de esa sociedad como el reseñado. Y por tanto es legal, pero también justo, equitativo y proporcionado adoptar la medida de expulsión, para de esta forma limitar el derecho de residencia del apelante en territorio español, y para en definitiva tratar de impedir que se consume (como desgraciadamente se ha producido en otras ocasiones y día tras día nos lo pone de manifiesto la cruda realidad el peligro y riesgo que anuncia la conducta personal delictiva del apelante».

Expulsión: carencia de documentación que habiliten al recurrente la permanencia en España. Permanencia ilegal, a la que se une la circunstancia de que su pasaporte no tenía estampado sello y en su caso visado de entrada en territorio nacional, por lo que se presume que la entrada fue irregular.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Fecha: 20 de julio de 2010

Recurso de Apelación: 273/2010

Ponente: Doña Pilar Maldonado Muñoz

Voz: Expulsión: estancia ilegal y ausencia de documentación

«La Abogacía del Estado interpone recurso de apelación contra Sentencia de 26 de enero del 2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 23 de los de Madrid en el procedimiento abreviado número 238/2009, deducido contra resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid de 29 de diciembre del 2008, que, de acuerdo con la propuesta formulada en el procedimiento sancionador, acordó la expulsión del territorio nacional de D. Alfredo con la consiguiente prohibición de entrar en España por un periodo de 3 años, (...), por cuanto que no dispone de documentos que le habiliten la permanencia en España, y cuya parte dispositiva estima la demanda y anula la resolución impugnada por no ser conforme a derecho con fundamento en vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones, imponiendo en lugar de la sanción de expulsión que anula la de multa en cuantía de 301 euros.

(...)

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente supuesto en que a la permanencia ilegal del actor se une la circunstancia de que su pasaporte no tenía estampado sello y en su caso visado de entrada en territorio nacional, por lo que se presume que la entrada fue irregular, ignorándose lógicamente como y por donde entró en nuestro país. A lo expuesto debe añadirse que el recurrente fue detenido el 2 de octubre del 2005, por paso clandestino de frontera constando una devolución por entrada ilegal. Por otro lado, no acredita tener arraigo en España, parientes en primer grado en situación legal en nuestro país, relación laboral u oferta de empleo, a lo que hay que añadir, tal y como expone la Abogacía del Estado, que no deseo comunicar su detención a nadie, lo que evidencia una ausencia total de asistencia familiar, que tuvo que ser asistido por un intérprete, lo que pone de manifiesto el desconocimiento de la lengua, lo que evidencia su falta de integración en la sociedad española»

Expulsión: prohibición de entrada por un periodo de tres años en España, con indicación de que dicha prohibición se extiende a todos los países del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Arraigo: Carencia. No acreditación de medios de vida. Documentación: carencia de pasaporte o de cualquiera otra documentación válida.

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

Fecha: **21 de julio de 2010**

Recurso de Apelación: **453/2008**

Ponente: **Doña Dolores Rivera Frade**

Voz: **Expulsión y prohibición de entrada durante tres años. Falta de documentación**

«(...) si se comprueban las mismas circunstancias de arraigo en España y la situación personal y familiar del infractor, como ha venido haciendo el Tribunal Supremo para determinar la procedencia de la sanción de expulsión, resulta que no entra en el supuesto de arraigo social que permite el artículo 45.2.b) del Reglamento de extranjeros.

No ha acreditado circunstancia de relevancia que permita valorar su situación de una manera distinta a como lo ha hecho la sentencia apelada. Carece de intereses familiares, sociales o económicos en este país. No se puede entender suficiente a tal efecto los informes emitidos por “Caritas Diocesana” y “Misioneros Claretianos” o por la Asociación deportiva “Sen fronteiras” que lo único que acreditan, al igual que el empadronamiento en la localidad de Vigo, es la voluntad del apelante de permanecer en territorio español, pero no en cambio una voluntad de regularizar su situación de permanencia ilegal, y ello a pesar de que consta como tiempo de permanencia en España desde el año 2006, y que ya había sido objeto de una orden de devolución de fecha 11 de mayo de 2006 por entrada ilegal en Santa Cruz de Tenerife. No puede confundir el apelante integración con arraigo, del que carece, pues no ha acreditado medios de vida, ni una voluntad firme

de desarrollar una actividad por cuenta propia o contando con una oferta de contrato de trabajo. No se puede valorar con el éxito pretendido por aquél, el documento de solicitud de autorización de residencia y oferta de empleo aportados en esta segunda instancia, pues además de que son de fecha muy posterior no sólo a la del acto impugnado sino incluso a la de presentación del recurso de apelación, en todo caso no consta en ninguno de los dos documentos el sello de registro de entrada ante la autoridad competente para tramitar dichas solicitud y oferta.

Pero es que además, como ya se recoge en la sentencia de instancia, el actor está indocumentado, y así lo reconoce en el recurso de apelación al decir que está intentando conseguir a través de la oficina consular en Madrid y de su propio país de origen un duplicado de pasaporte. Este hecho justifica por sí mismo la expulsión del recurrente, y es que carece de pasaporte o cualquiera otra documentación válida para el cruce de fronteras, lo cual ha impedido practicar las gestiones encaminadas a comprobar su identificación, y otros extremos como los de su país de procedencia, países de tránsito, fechas de entrada, etc.

Todas las circunstancias expuestas son suficientes para justificar la imposición de la sanción de expulsión del territorio español».

Expulsión del territorio nacional: detención de extranjero por funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, a causa de encontrarse en España careciendo de los requisitos legales y administrativos establecidos. El interesado carecía de domicilio conocido.

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

Fecha: **8 de septiembre de 2010**

Recurso de Apelación: **169/2009**

Ponente: **Doña Alicia Esther Ortuño Rodríguez**

Voz: **Expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada. Indocumentación**

«La representación de la parte actora solicita la revocación de la sentencia apelada, invocando que la resolución impugnada no fue notificada al interesado, sino a la letrada que asistió al actor en el expediente, a quien no confirió poder de representación, y además constaba un domicilio indicado por el Sr. Genaro en el escrito obrante al folio 6 del expediente. El interesado tuvo conocimiento de la orden de expulsión el 13 de abril de 2008, cuando fue detenido en Hospitales de Llobregat.

(...)

A partir de los datos que resultan del expediente y de los documentos aportados, se colige que Genaro fue detenido por funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía de la Jefatura Superior de Asturias, a causa de encontrarse en España careciendo de los requisitos legales y administrativos establecidos.

En la diligencia de información de derechos al detenido, de fecha 2 de marzo de 2006, consta que el interesado solicitó ser asistido por Letrado de oficio, incoándose el 3 de marzo de 2006 el Expediente de expulsión n.º (...), el cual fue notificado al interesado en presencia de la letrada designada por el turno de oficio, (...), constando que el actor carecía de domicilio conocido.

El 7 de marzo de 2006, la citada letrada presentó una serie de alegaciones contra el acuerdo de inicio del expediente sancionador, adjuntando una serie de documentos para demostrar que se encontraba pendiente de resolución de una solicitud de renovación del permiso de residencia y trabajo, las cuales fueron informadas de forma negativa el 21 de abril de 2006, siendo desestimadas en la resolución dictada el 3 de julio de 2006, la cual consta notificada a la Letrada el 3 de agosto siguiente.

El 11 de junio de 2008, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la citada resolución de expulsión.

Se debe confirmar la sentencia recurrida. Efectivamente, el presente recurso contencioso no merece su examen en cuanto al fondo, ya que el acto administrativo que acordó la ex-

pulsión del territorio español de Genaro devino consentido y firme por el interesado, al no haber interpuesto recurso contencioso administrativo en el plazo de 2 meses legalmente establecido (...).

La resolución de expulsión fue notificada a la representante del interesado (letrada designada de oficio), el 3 de agosto de 2006, iniciándose el cómputo de dos meses para recurrir ante los Tribunales a partir del día siguiente, por lo que, en un principio, el plazo vencía el 3 de octubre de 2006 (o a las 15 horas del 4 de octubre de 2006, por aplicación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El actor solicitó que se designase un letrado por el turno de oficio, quien le asistió durante su detención policial, estaba presente en el acto de notificación del inicio del expediente sancionador incoado por infracción de la Ley de Extranjería, y el cual presentó una serie de alegaciones a favor de su patrocinado a fin de obtener el archivo del procedimiento, adjuntando una serie de documentos. El demandante nunca opuso objeción a esta actuación profesional.

El interesado carecía de domicilio conocido y no consta que ofreciese ninguno a la fuerza actuante durante el expediente. La nota manuscrita que figura en el escrito datado el 3 de marzo de 2005, un año antes de la incoación del expediente, y obrante al folio 6 del mismo, notoriamente pertenece a un procedimiento distinto.

La letrada designada de oficio a solicitud del actor ostentaba su representación en el expediente precisamente por la petición de este derecho por el interesado.

Como el recurso contencioso administrativo se interpuso el 11 de junio de 2008, casi dos años más tarde desde que la resolución fue notificada, la resolución administrativa impugnada quedó consentida y firme, no procediendo su impugnación ante los Tribunales.

Por todo lo anteriormente expuesto (...) procede la desestimación del recurso de apelación por ser conforme a derecho la decisión contenida en el auto impugnado».

Expulsión: permanencia de forma ilegal en el territorio español. Principio de proporcionalidad: no vulneración. Se hace efectivo el control de acceso y permanencia en nuestro país de los ciudadanos extranjeros. Control de los flujos migratorios.

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

Fecha: **15 de septiembre de 2010**

Recurso de Apelación: **32/2010**

Ponente: **Don Fernando Seoane Pesqueira**

Voz: **Expulsión del territorio español: ciudadano de Nigeria. Principio de proporcionalidad**

«No cabe apreciar la falta de proporcionalidad que se alega, siendo acorde la sentencia de primera instancia a la interpretación jurisprudencial del principio de proporcionalidad de la sanción en esta materia de extranjería en relación con la infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley 4/2000. En efecto, si bien es cierto que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, (...), para considerar justificada y proporcionada la sanción de expulsión, ha tenido en cuenta otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, cuyos datos eran de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justificaban la expulsión, no se puede decir que en el caso de autos no esté justificada la expulsión ni la Sala aprecia vulneración del principio de proporcionalidad por su aplicación, pues en todo el tiempo que permaneció en España, que al menos fue desde septiembre de 2005 en que cometió el delito de falsificación en documento oficial por el que ha sido condenado, el actor no realizó ningún tipo de gestión para regularizar su situación, a lo que se añade que por sentencia de 28 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia fue condenado por aquel delito a las penas de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y seis meses de multa con cuota diaria de seis euros. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre y 26 de diciembre de 2007, han declarado suficiente para reputar acreditada la proporcionalidad que “cuando se le detuvo y se le expulsó (al extranjero) carecía de cualquier documentación habilitante para su válida permanencia en España y no estaba pendiente de resolución ningún expediente para la concesión o renovación de un permiso de residencia en su favor”. En la de 26 de diciembre de 2007 el Tribunal Supremo, así como

en la de 27 de mayo de 2008, declararon que “la permanencia ilegal y la ausencia de documentos de identificación son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa”, respaldando la primera de ellas la argumentación de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que desestima el recurso contra una sanción de expulsión razonando que no se ha demostrado “ninguna actividad del recurrente conducente a regularización documental de ningún tipo”. Además las sentencias del propio Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006, 9, 22 y 28 de febrero de 2007, han declarado que resulta procedente la sanción de expulsión cuando a la permanencia ilegal se une el ejercicio de actividades ilegales, siendo un supuesto paradigmático la comisión de un delito que provoca una condena penal, como en el caso de autos.

Pese a que no es un expediente de expulsión por estancia irregular el lugar idóneo para tratar de acreditar la existencia de arraigo, pues si éste existiese previamente lógicamente tendría que haber inducido al sancionado a intentar regularizar su situación en España por la vía de la solicitud de una autorización de residencia temporal prevista en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, las alegaciones y documentación aportados por el actor no son bastantes ni para estimar concurrente el arraigo ni para reputar desproporcionada la sanción de expulsión, una vez acreditada nítidamente la estancia irregular prevista en el artículo 53.a) de la LO 4/2000. En efecto, aun partiendo de que doña Rita es residente legalmente en España, no consta que sea su hermana, pues ni ello se prueba ni cabe deducirlo de la documentación aportada, pues en el documento n.º

9 de los aportados con la demanda, coincidente con el que figura al folio 45 del expediente, afirma la señora Rita que es pariente del señor Alejo, pero ni concreta el grado de parentesco ni existe base alguna para afirmar que quepa su integración entre los ascendientes o descendientes en línea recta a que se refiere el artículo 45.2.b) del RD 2393/2004, como los aptos para la obtención de la autorización de residencia temporal por arraigo siempre que concurriesen los demás requisitos que en dicho precepto se contienen, uno de los cuales es claro que no concurre cual es la carencia de antecedentes penales en España. Tampoco la vinculación como pareja de otra residente legal, como doña Juan Ignacio, resulta operativa a los efectos pretendidos, pues para la obtención de la autorización de residencia temporal por arraigo aquel artículo 45.2.b) RD 2393/2004 solo se refiere a los cónyuges, no a la pareja de hecho. Por tanto, ni concurre el arraigo exigido reglamentariamente ni existe base alguna para reputar desproporcionada la sanción de expulsión en el caso presente.

Una vez constatado que en abril de 2009, cuando el actor se hallaba cumpliendo la pena de seis meses de prisión, no había obtenido la autorización de residencia, prórroga de estancia ni había regularizado previamente su situación en nuestro país, estaba incurso en la infracción grave del artículo 53.a), por lo que poco margen de apreciación cabía a la Administración, comprobado que no se hallaba inmerso en ninguna de las excepciones de los apartados 5 y 6 del artículo 57, debido a que si no se acordaba la expulsión se estaría permitiendo la permanencia en España de quien abiertamente carecía de los requisitos exigibles para ello, siendo así, además, que al no haber realizado gestión alguna para legalizar su situación en todo el tiempo que llevaba en España mostraba su intención de prolongar su permanencia sin regularización alguna.

De cara a justificar la proporcionalidad de la expulsión acordada ha de añadirse que la expulsión es la sanción que restablece el orden jurídico perturbado, pues si se aceptara la pretensión de rebajar la sanción procedente a una multa, se produciría el efecto paradójico e inaceptable de que la comisión de la infracción resultaría más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida (...), por

cuanto a través de esa sanción pecuniaria se estaría otorgando a aquél un título para seguir residiendo ilegalmente en nuestro territorio, lo cual es lógicamente contradictorio con la finalidad de la ley aplicable, al tratarse de una infracción por estancia ilegal.

(...)

Como se desprende del estudio del debate parlamentario de la LO 8/2000, al preverse la sanción de expulsión para la infracción grave de permanencia ilegal en territorio español se altera la filosofía que predominaba en la LO 4/2000, al valorar más la acción del control que los presupuestos de integración, siendo el fin del legislador facilitar la expulsión con el objeto de regular, a través de esta medida, los flujos migratorios, pretendiendo incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración a nivel del resto de los Estados miembros de la Unión Europea. En ese sentido, en la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 se razona que “partiendo de que en un Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquellas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere”.

En congruencia con la mencionada finalidad que el legislador trataba de lograr, ha de reputarse proporcionada esta medida respecto a quien se encontraba irregularmente en territorio español como modo de hacer efectivo el control de acceso y permanencia en nuestro país de los ciudadanos extranjeros, pues aquel fin no se lograría si bastase con el abono de una multa para la permanencia en territorio nacional, con lo que difícilmente se regularían los flujos migratorios y se reduciría, en lugar de incrementarse, la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal».

Expulsión del territorio nacional: inexistencia de acreditación de vínculos constitutivos de arraigo. El recurrente, nacional de Nicaragua, no supo hacer los trámites oportunos para poder gestionar la regularización. Arraigo: no son válidos para apreciarla la escolarización de su hijo y la asistencia médica que se le dispensa a éste. No acreditación de medios de vida, ni de voluntad firme de desarrollar una actividad por cuenta propia o contando con una oferta de contrato de trabajo.

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

Fecha: **15 de septiembre de 2010**

Recurso de Apelación: **103/2010**

Ponente: **Doña María Dolores Rivera Frade**

Voz: **Expulsión del territorio español: nacional de Nicaragua. Arraigo: inexistencia**

«Por don José Manuel, ciudadano de nacionalidad nicaragüense, se recurre en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Vigo en los autos de procedimiento abreviado número 390/09, que desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por el actor contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Pontevedra de fecha 13 de julio de 2009 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la de 23 de abril de 2009, que acuerda su expulsión del territorio nacional por un periodo de tres años con prohibición de entrada en España, indicándole que dicha prohibición se extiende a todos los países del Convenio de Aplicación del acuerdo Schengen.

En esta alzada la parte recurrente pretende atacar los argumentos que se contienen en la sentencia de instancia, alegando que ha acreditado la existencia de vínculos constitutivos de arraigo, que no supo hacer los trámites oportunos para poder gestionar la regularización, y que su hijo, que también reside en este país, padece una enfermedad grave, el mal de Alpont, enfermedad poco común que necesita una control riguroso sobre su evolución, al que ya está sometido en España, por lo que considera desproporcionada la sanción impuesta atendidas las circunstancias que concurren en la situación del actor. Tales circunstancias han sido rechazadas en la sentencia de instancia en base a unos argumentos que la Sala comparte, lo que conduce necesariamente a la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución judicial.

(...)

No es esto lo que sucede en el supuesto estudiado en la sentencia de instancia, en el que, si se comprueban las mismas circunstancias de arraigo en España y la situación personal y familiar del infractor, como ha venido haciendo el Tribunal Supremo para determinar la procedencia de la sanción de expulsión, resulta que no entra en el supuesto de arraigo social que permite el artículo 45.2.b) del Reglamento de extranjeros, cuando además tal como se hace constar en el informe policial obrante al folio 30 bis del expediente administrativo, el apelante ya fue objeto de un previo expediente sancionador en el que recayó resolución de la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra el día 12 de mayo de 2008, por estancia irregular, al pago de una sanción económica, sin que dicha sanción le haya persuadido en su voluntad de mantenerse en idéntica situación ilegal.

No ha acreditado circunstancia de relevancia que permita valorar su situación de una manera distinta a como lo ha hecho la sentencia apelada. Carece de intereses, al menos sociales o económicos en este país. No se puede entender suficiente a tal efecto el hecho de percibir ayudas como la de emergencia social concedida en el mes de abril de 2009 por la delegación provincial de Igualdade e de Benestar en Vigo, pues se trata de un ayuda destinada a paliar situaciones de emergencia de personas con hogares independientes afectadas por un estado de necesidad (...), a diferencia de lo que sucede con las ayudas de reinserción social y/o laboral previstas en la misma Ley, que están encaminadas a garantizar recursos económicos de subsistencia

a quienes carezcan de ellos, así como alcanzar su autonomía e integración normalizada mediante un proyecto personalizado de inserción, que a su vez está constituido por un conjunto coordinado y programado de acciones que tiene como objetivo la mejora de la integración personal, familiar o social, así como, en su caso, la incorporación del beneficiario al sistema laboral.

Tampoco puede servir como justificación válida de una situación de arraigo del apelante la escolarización de su hijo de nueve años de edad y la asistencia médica que se le viene dispensando en este país, al padecer una enfermedad renal que precisa control analítico, radiológico y clínico mensual en el Centro de salud y en centro hospitalario, y que lo único que acreditan es la voluntad del apelante de permanecer en territorio español y de (como ya señala en el informe emitido por el Jefe de la brigada de extranjería y fronteras que obra unido al folio 5 del expediente) de beneficiarse y aprovecharse, sin ofrecer nada a cambio, de las políticas sociales nacionales y de los recursos en materia de educación y de sanidad, pero no en cambio una voluntad de regularizar su situación de permanencia ilegal.

En todo caso, no puede confundir el apelante integración con arraigo, del que carece, pues no ha acreditado medios de vida, ni una volun-

tad firme de desarrollar una actividad por cuenta propia o contando con una oferta de contrato de trabajo. No se pueden valorar con el éxito pretendido los informes médicos aportados tanto en vía administrativa como la vía judicial, demostrativos de la asistencia sanitaria que se viene prestando a su hijo menor desde el año 2008, que precisamente tendría que despertar en el actor una voluntad de regularizar su situación en España para evitar que su permanencia ilegal pudiese impedir una prolongación de dicha asistencia. Pero es que además ni siquiera se puede afirmar que el menor no vaya a recibir en su país de origen la asistencia sanitaria necesaria para tratar su enfermedad, cuando, tal como se hace constar en los informes médicos emitidos por el servicio de pediatría del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo, ya se le había realizado una biopsia renal percutánea en el Hospital Infantil de Nicaragua (Servicio de Nefrología) en el mes de noviembre de 2006.

Por lo demás, no se está en el caso de enjuiciar si el apelante es o no acreedor de una autorización por razones humanitarias sino de comprobar si cuenta o no con un título que ampare su permanencia en España, del que carece.

Todas las circunstancias expuestas son suficientes para justificar la imposición de la sanción de expulsión del territorio español».

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia Castilla-La Mancha**

Fecha: **27 de abril de 2010**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 138/2010**

Ponente: **D. Jesús Rentero Jover**

Voz: **Extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar.**

Efectos sobre el contrato de trabajo

Resumen: «**TERCERO.**—En una reciente Sentencia de este mismo Tribunal de fecha 9-2-10, recaída en el Rollo 1351/09, se señalaba, dando respuesta a un tema muy similar, que “Es indudable que la relación entre las partes era,

conforme a la descripción legal del artículo 1,1 del Estatuto de los Trabajadores, una relación jurídica de naturaleza laboral, en cuanto constituida por la prestación personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena, de su trabajo

a favor de la empleadora ahora recurrente, a cambio de una retribución. Y también lo es que, por contra de como lo pretende quien recurre, la carencia de la autorización para trabajar, que es obligación de obtenerla del empleador, no afecta a los derechos que derivan del contrato de trabajo, conforme al artículo 36,3 de la Ley Orgánica de Extranjería, que señala de modo claro y taxativo que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

La claridad del precepto orgánico específico, dando prevalencia a la realidad de la relación existente entre las partes, y atribuyendo la responsabilidad por tal falta de autorización al empleador, sin que su carencia pueda afectar a la validez del contrato realmente existente, y de sus derechos derivados, hace realmente innecesario tener que realizar mayores precisiones”. Se añadía, dando respuesta a lo planteado en aquel supuesto que, “En todo caso, respondiendo con ello a alegaciones que se realizan en el recurso, y confirmando con ello la decisión al respecto del juzgador de instancia, procede recordar que ya esta Sala señaló, en la Sentencia de 24 de octubre de 2006, dictada en el Rollo 740/06, que ‘La tutela judicial se dispensa en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con lo que establece el artículo 24,1 del texto constitucional, a todas las personas (artículo 24,1 CE), con independencia por tanto de la nacionalidad y de que su situación en nuestro país esté o no formalmente regularizada, caso de ser extranjero. El estar o no en posesión de los permisos de trabajo o residencia no opta para ostentar capacidad y legitimación para poder actuar acciones judiciales [artículo 20,1,a) de la Ley de Extranjería, que no exige requisito alguno para ello, como no podía ser de otra manera], no suponiendo por tanto un obstáculo impeditivo a la tutela judicial del que derivara una pretendida falta de legitimación *ad procesum*. Otra cosa distinta será el resultado final de las mismas, o la legitimación *ad causam*, en atención a la

concreta acción ejercitada, pero ello sin olvidar que claramente, además, deriva del artículo 36,3, segundo párrafo de la Ley de Extranjería, que no es óbice la inexistencia de autorización para trabajar, para la validez de los derechos derivados del contrato de trabajo en favor del trabajador extranjero. Por lo que evidentemente, se desprende de ello el expreso reconocimiento de su derecho a reclamarlos, si considera que han sido incumplidos por su empleador, y por ende, a ejercitar acciones judiciales en defensa de los mismos, dando así prioridad a la realidad material y a la defensa de la misma, por encima de exigencias formales que no pueden servir de argumento de eliminación de la misma y de sus consecuencias. Lo contrario supondría el dejar a los trabajadores extranjeros en una situación de absoluta indefensión y en manos de quienes quisieran desconocer sus derechos, pues en la postura que mantiene la empleadora recurrente, no podrían estos realizar reclamación alguna por falta de legitimación y capacidad para ello, tal y como si por carecer de una exigencia formal, por cierto, precisamente por culpa de quien los contrata, carecieran de los derechos que son propios de la persona como tal (artículo 14,1 de la Declaración de Derechos Humanos). No hay pues ningún problema de falta de legitimación ni de capacidad, ni por tanto, esa pretendida infracción de normas procesales. Pues, la inexistencia de las autorizaciones reglamentadas, no desvirtúa la condición de trabajador del extranjero, que simplemente presta su trabajo por cuenta ajena —como, con frecuencia, también ocurre con los nacionales— en una situación de irregularidad formal, pero encajable dentro de la descripción legal del artículo 1,1 del Estatuto laboral’.

[...]

Aplicando esa misma doctrina al caso que se debe de enjuiciar, es claro que debe desestimarse el recurso formalizado, sin que pueda prevalecer, sobre la claridad del artículo 36,3 de la Ley Orgánica de Extranjería, ni de la doctrina unificada al respecto, precepto reglamentario de clase alguna, de inferior rango jerárquico, referido a aspectos burocráticos de inscripción en la Seguridad Social, que no cabe que se pretendan que sirve de justificación para la postura

incumplidora del empresario, responsable de la consecución de la autorización para trabajar. Por lo que, en definitiva, en absoluto se puede trasladar al trabajador extranjero la responsabilidad de la propia empresa, que es la obligada a la obtención de la mencionada autorización, de tal modo que en absoluto cabe encajar esa situación dentro del artículo 54.d) del Estatuto de los Trabajadores, ni tampoco tener por infringidos los aspectos sustantivos que señala del Código Civil, en cuanto que para nada cabe pretender que ha existido un error en la contratación, cuando lo único ocurrido ha sido una omisión de su propia obligación; o, a lo sumo, un mal asesoramiento, que no exonera a la empleadora de su responsabilidad, y no descarga el incumplimiento sobre el trabajador.

Cabría añadir, como mero abundamiento, que lo discutible es quizás lo decidido en instancia, de considerar que no cabe la reincorporación al trabajo, en cuanto que eso no ha sido así entendido por doctrina unificada (así, STS de 29 de septiembre de 2003), y sería posiblemente solución contraria a la efectividad de la tutela judicial a la que tienen derecho en su integridad también las personas extranjeras (artículo 24 CE). Pero en todo caso, aceptado por el trabajador, y para evitar un eventual empeoramiento de la situación de la parte recurrente, en cuanto que no es cuestión planteada en el recurso, no se entra en una mayor profundización de esta cuestión.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso formalizado y la consiguiente confirmación de la Sentencia de instancia objeto del mismo».

Nota: Un extranjero extracomunitario prestó servicios a favor de una empresa dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales, realizando varias suplencias con la categoría profesional de peón especializado. Con posterioridad, suscribe con la misma empresa un contrato para obra o servicio determinado, y en ese momento le requiere telefónicamente el número de NIE y de Seguridad Social, aunque en ningún momento le solicita la autorización para trabajo. Meses después, la Tesorería General de la Seguridad Social notifica a la empresa que dicho extranjero carecía de autorización para trabajar,

siendo únicamente titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar.

Como consecuencia de los anteriores hechos referenciados, la empresa entrega carta de despido al trabajador, alegando un incumplimiento de sus deberes esenciales, al haber ocultado a la empresa (que le abonaba puntualmente el salario y realizaba las pertinentes cotizaciones de Seguridad Social) su verdadera situación administrativa en España, lo que podría haber ocasionado graves perjuicios a la empresa y al cliente para el que prestaba sus servicios. En suma, alega la aplicación del artículo 54.d) ET por haber quebrado el principio de buena fe contractual, causa justificativa de despido disciplinario.

Presentada por el trabajador demanda por despido, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Toledo, dicta sentencia declarando el despido improcedente.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha entiende que la ausencia de autorización de trabajo no invalida el contrato de trabajo, en aplicación del artículo 36 de la Ley de Extranjería, y de reiterada jurisprudencia. E insiste en que «la claridad del precepto orgánico específico, dando prevalencia a la realidad de la relación existente entre las partes, y atribuyendo la responsabilidad por la falta de autorización al empleador» conlleva que la carencia de la correspondiente autorización no afecte a la validez del contrato «realmente existente» y de sus derechos derivados. Por ello, considera el Tribunal, no se puede trasladar al trabajador extranjero la responsabilidad de la propia empresa, que es la obligada a la obtención de la autorización ni, mucho menos, pensar que ha existido error en la contratación, pues «lo único ocurrido ha sido una omisión de su propia obligación; o, a lo sumo, un mal asesoramiento, que no exonera a la empleadora de su responsabilidad, y no descarga el incumplimiento sobre el trabajador». Sin embargo, como ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, el deber de buena fe obliga al trabajador a actuar con honestidad, rectitud y lealtad, conforme a criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico y a las exigencias derivadas de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo. «El trabajador, en el cumplimiento de sus obligaciones debe actuar

con probidad, celo y lealtad, en aras al buen orden laboral, de los intereses del empresario y de la confianza depositada en él»(entre otras muchas, STS de 15 de octubre de 1985). Desde esta

perspectiva, creemos que el trabajador transgredió la buena fe contractual, debiendo haber advertido a la empresa de su verdadera situación administrativa en España.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia Cataluña**

Fecha: **7 de abril de 2010**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 7702/2009**

Ponente: **D. Adolfo Matías Colino Rey**

Voz: **Extinción del contrato de trabajo por denegación de la autorización de residencia**

Resumen: «La sentencia de instancia ha considerado que la comunicación escrita que la empresa remitió a la trabajadora en la que le comunicaba que procedía a tramitar su baja en la empresa por haber sido denegada su solicitud de renovación del permiso de trabajo, según comunicación recibida por la oficina de extranjería, era constitutiva de un despido que debía calificarse como improcedente. Este criterio debe ser confirmado, teniendo en cuenta el relato de hechos de la sentencia de instancia en el que consta que la empresa y la trabajadora suscribieron un contrato de trabajo, de carácter indefinido, el 1 de noviembre de 2007; posteriormente, el 1 de julio de 2008, la demandante presentó solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo, petición que fue denegada por resolución de 4 de noviembre de 2008; resolución en la que se basa la empresa para acordar el cese en la prestación de servicios de la trabajadora, en los términos anteriormente indicados, si bien posteriormente, el 20 de febrero de 2009 la demandante presentó solicitud de autorización de residencia, que le fue concedida por resolución de 5 de marzo de 2009.

A tenor de dichos hechos probados, no puede validarse la extinción del contrato de trabajo en los términos acordados por la empresa recurrente, pues el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión de la empresa, basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, sin que, en el supuesto que se analiza, se haya producido ninguno de los incumplimientos que dicho precepto relaciona. Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, el despido de un trabajador ha de basarse en alguna de las causas

previstas en la ley. Estas causas pueden estar relacionadas tanto con un incumplimiento del trabajador, como estar basadas en causas objetivas, es decir, basadas en una serie de supuestos, que también pueden tener su causa o estar basadas en la situación del trabajador, pero que no derivan de un incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones contractuales. Entre éstas el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores recoge como causa la ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, y el concepto legal de ineptitud sobrevenida equivale a la inhabilidad o carencia de facultades para el ejercicio de la profesión, que deriva de circunstancias personales del trabajador, tanto por la falta de capacidad física o psíquica, como por insuficiencia de conocimientos o por falta de habilitación administrativa requerida para la actividad profesional. Sea cual sea su origen, la ineptitud ha de ser siempre real y traducirse en la imposibilidad total o parcial de realizar adecuadamente las tareas específicas del puesto de trabajo, con la consiguiente disminución objetiva del rendimiento.

En el supuesto que se analiza, la trabajadora demandante, cuando suscribió el contrato de trabajo con la empresa, tenía las condiciones legales que le permitían firmarlo, y, por tanto, el contrato de trabajo era válido. Posteriormente perdió la habilitación administrativa requerida para el desempeño de su actividad profesional, pero ello no facultaba a la empresa para remitir la comunicación que dirigió a la trabajadora, en los términos anteriormente indicados, sino que debió acudir a otros medios de extinción del contrato de trabajo previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otras razones porque,

como se afirma en la sentencia de instancia, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000, ni la carencia de la autorización administrativa por parte del empleador, ni el hecho de que el extranjero no esté autorizado determina la nulidad del contrato de trabajo, de tal forma que si el contrato no es nulo el trabajador no puede verse privado de una protección que en nuestro sistema de relaciones laborales es inherente al contrato de trabajo, protección que se extiende, desde luego, al momento y forma de operar el cese, como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003; aunque es cierto que el supuesto de hecho analizado en dicha sentencia difiere del presente, en la medida en que en éste el contrato inicial, de carácter indefinido, es válido, siendo posteriormente cuando la trabajadora deja de tener las aptitudes necesarias para el desempeño de su actividad profesional, también la decisión adoptada por la empresa no está amparada en ninguna de las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Cuestión distinta hubiese sido que la empresa hubiese amparado su decisión extintiva en la causa prevista en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores, con el cumplimiento de los requisitos formales previstos para dicha causa de extinción, pero, al no haberlo hecho así, sino que simplemente acordó el cese de la trabajadora por haber sido denegada la solicitud de renovación del permiso de trabajo, tal forma de extinción debe calificarse como un despido improcedente con las medidas legales inherentes a dicha calificación, como se acuerda en la sentencia de instancia, debiendo indicarse que la sentencia de la Sala de 11 de enero de 2005, que resuelve un supuesto sustancialmente idéntico al ahora analizado, califica dicho modo de cese como un despido improcedente».

Nota: La trabajadora extranjera, de nacionalidad argentina, venía prestando servicios por cuenta de una empresa, con la categoría profesional de dependienta desde el 1 de noviembre de 2007. Con fecha 1 de julio de 2008, presentó solicitud de renovación de la autorización de residencia temporal, que fue denegada por Subdelegación de Gobierno en Cataluña por resolución de 4 de noviembre de 2008, por lo que la empresa le co-

munica que debe darle de baja desde dicha fecha. Interpuesta demanda por despido, la sentencia de instancia la estima, y califica como improcedente la extinción contractual llevada a cabo por la empresa.

En fecha 20 de febrero de 2009 la trabajadora solicita autorización de residencia por circunstancias excepcionales, autorización que fue concedida por resolución de 5 de marzo de 2009.

Como hemos tenido ocasión de manifestar en anteriores ocasiones (véase voz «derecho al trabajo», *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 16, 2007, pp. 190 y 191), consideramos que en estos casos no resulta de aplicación el artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, al regular un supuesto fáctico distinto. El referido precepto parte del hecho de que el trabajador extranjero no está autorizado para trabajar, cuando por el contrario, la trabajadora argentina en el momento de la contratación sí es titular de la correspondiente autorización de trabajo. Además, el obligado a solicitar la renovación de la autorización es el propio trabajador, por lo que no puede extenderse la responsabilidad que deriva del repetido artículo 36.3 al empleador.

La controversia ha de resolverse a la luz de lo previsto en el artículo 7.c) ET, y considerar que concurre una circunstancia sobrevenida de incapacidad para contratar, que impide la pervivencia del contrato de trabajo. En parecidos términos, ya se pronunció el mismo TSJ en Sentencia de 11 de enero de 2005, entendiendo que no nos encontramos ante una «nulidad retroactiva» del contrato de trabajo sino de una imposibilidad jurídica sobrevenida de continuar la relación laboral. En consecuencia, la extinción contractual debería encauzarse por la vía del artículo 52.a) ET, esto es, cese objetivo por ineptitud sobrevenida, y, por tanto, con los presupuestos formales del artículo 53 de dicho texto legal, incluida la puesta a disposición del trabajador extranjero de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio. No obstante lo anterior, creemos que la solución idónea a este problema sería que los contratantes previeran esta eventualidad en el propio contrato de trabajo, pactando que la concurrencia de esta situación actúe a modo de condición resolutoria *ex* artículo 49.1.b) ET, como vienen admitiendo nuestros tribunales.

Tribunal: **Tribunal Superior de Justicia Madrid**

Fecha: **4 de febrero de 2010**

Recurso: **Recurso de Suplicación núm. 5207/2009**

Ponente: **Dña. Concepción Rosario Ureste García**

Voz: **Extranjero que carece de autorización administrativa para trabajar.**

Despido improcedente: efectos

Resumen: «**SEGUNDO.**—Con cobertura en el artículo 191.c) del TRLPL denuncia el recurrente que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 36 y 38 de LO 4/2000 y artículo 54 del RD 2393/2004 sosteniendo, en esencia, que el fallo que trata de ejecutarse concedió a la empresa la opción entre readmisión e indemnización, eligiendo la readmisión lo que se tuvo por efectuado por providencia de fecha 10.01.2005, que el trabajador es quien planteó *ex novo* la falsedad del permiso de trabajo después de la firmeza de la sentencia y trascurrido un mes desde la opción, además de que la empresa no tenía obligación de tramitar la solicitud, correspondiendo al trabajador instar la renovación antes de que expirase el permiso, y que sin embargo no colaboró e inclusive remitió un burofax afirmando que no se presentaría en las oficinas de la empresa. Correlativamente señala que el auto contradice la sentencia ejecutada, sin que quepa la condena al abono de una indemnización incrementada y mayores salarios de tramitación.

La resolución objeto de ejecución declaró la improcedencia del despido del trabajador condenando a la empresa a la opción entre la readmisión o la indemnización correspondiente; tras serle notificada dicha sentencia, el empleador optó por la readmisión en escrito presentado en el decanato el 22 de diciembre de 2005 y en proveído de 10 de enero de 2006 se tuvo por efectuada en tiempo y forma esa opción; el 2 de marzo siguiente el actor solicitó la ejecución señalando que no puede tener por cumplido el fallo al ser imposible la readmisión en tanto que carece de documentación en regla para ser dado de alta.

Igualmente se referencia en el auto del que trae causa el ahora recurrido que en el telegrama de ejercicio de la opción definitivamente

entregado el día 10 de enero se le indicaba al trabajador que debía presentarse con el permiso de trabajo y el NIE para cursar el alta y adjudicarle el turno de trabajo; en un nuevo telegrama de fecha 24 de enero la empresa requiere al demandante para que se persone en las oficinas en el plazo de 24 horas, contestando el actor por otro telegrama en el que manifiesta que su intención es la de reincorporación a su puesto de trabajo siempre que se ajuste a la legalidad vigente y que no se personará en la empresa porque como ya conocen carece de la documentación requerida.

De lo actuado se infiere que la voluntad empresarial ha sido la de readmitir al demandante en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la sentencia objeto de ejecución, y así lo ha comunicado en repetidas ocasiones el trabajador, señalando el plazo para la reincorporación, así como la documentación precisa para poder verificar la readmisión. Es el actor quien no acude a trabajar en la fecha señalada enviando un telegrama en el que aduce la problemática de la carencia de documentación en regla.

[...]

No compete a esta litis la concreción de la validez del permiso inicial presentado por el trabajador para ser contratado, quien en fase de ejecución reseña su falsedad, lo que ha motivado que el propio empresario ponga una denuncia ante la Guardia Civil, ni pronunciarse acerca de las contradicciones que se observan en las manifestaciones del actor sobre utilización de un NIE falso que también invoca, cuando no era necesario en el momento de la contratación inicial; sin embargo, sí ha de partirse de la realización por el empleador de los oportunos actos de encuadramiento en la Seguridad Social durante la vigencia del contrato (el alta correspondiente y la

baja que realiza en 16 de septiembre de 2005), sin que se detecte que tal actuación le procuró las ventajas a que aluden las sentencias citadas en la instancia y en impugnación por carecer el trabajador de la documentación pertinente, pues en el presente caso la propia demanda y la correlativa sentencia se hacen eco de unas condiciones normales de contratación y la adecuada cobertura del sistema aseguratorio tramitada por el propio empleador.

Igualmente consta que el actor solicita trabajo en la empresa reseñando que lleva en España desde 2001, que ha trabajado en otras empresas con anterioridad y que el documento ahora cuestionado está fechado el 12 de junio de 2004, es decir, dos meses antes de iniciar el contrato con la demandada, de manera que la solicitud de renovación debió efectuarla el trabajador 60 días antes a la fecha de su expiración, sin que en modo alguno fuera óbice a su tramitación el despido acaecido el 25 de agosto de 2005, como fácilmente se colige del iter temporal señalado y de la regulación antes trascrita. De otra manera, cuatro meses antes de que el empresario comunicase la ruptura del vínculo de trabajo —o cinco meses antes de la baja en seguridad social— el trabajador debió proceder al acto de renovación de su permiso en tiempo y forma, o, en su caso, llevar a cabo los trámites pertinentes para su regularización si entendía —como parece sostener tras la comunicación de readmisión— que era falso.

Las consideraciones precedentes determinan la actuación conforme a derecho del empleador en la readmisión por la que optó, no pudiendo repercutirle la inactividad del trabajador prolongada durante meses, ni la negativa de este último a presentarse siquiera en las oficinas de la empresa para proceder a tal readmisión. Aunque pudiera compartirse la imposibilidad de llevar a efecto la readmisión en dicho momento, bien pudo el demandante instar la repetida renovación a lo largo de dicho periodo, pues, recuérdese la interrupción por causa no imputable al mismo no enerva su obtención. O bien acudir a los mecanismos de arraigo igualmente previstos en el ordenamiento. Debe, por ende, desestimarse la demanda de ejecución formulada por el actor, absolviendo

a la demandada de los pedimentos deducidos frente a ella».

Nota: La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de los de Madrid de 1 de diciembre de 2005 declara improcedente el despido de un trabajador extranjero llevado a cabo por la Empresa «Servicios Integrales Madrileños, SA», condenándola a optar en el plazo de cinco días entre readmisión e indemnización. La empresa opta, en tiempo y forma, por readmitir al trabajador, y le envía un telegrama en el que le indica el día que debe presentarse en la empresa con el permiso de trabajo y el NIE para cursar el alta y adjudicarle el turno de trabajo. El trabajador contesta a la empresa —un mes después de recibir el telegrama— que el permiso de trabajo que en su día aportó era falso, por lo que solicita la ejecución de sentencia al considerar que no se puede tener por cumplido el fallo al ser imposible la readmisión al carecer de la documentación en regla para ser dado de alta. Por todo ello, se dicta Auto en el que se declara extinguida la relación laboral, condenando a la empresa a que abone al trabajador tanto la indemnización como los salarios de tramitación. Contra este Auto, recurre la empresa.

Dejando al margen el hecho de la presunta falsedad documental, puesto que el propio Tribunal detecta ciertas contradicciones en las alegaciones vertidas por el trabajador, lo cierto es que, como bien señala, de lo actuado se infiere la voluntad empresarial de readmitir al demandante en cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de la sentencia objeto de ejecución. Parece deducirse que llegado el momento de la readmisión, el trabajador no instó la renovación de la autorización de trabajo y por ello, con acierto, señala el Tribunal que la inactividad del trabajador prolongada durante meses no puede repercutir al empleador. No se trata, en este caso, de sustituir la readmisión derivada de la declaración de improcedencia de un despido por el abono de las cantidades que legalmente corresponden (indemnización y salarios de tramitación) porque el trabajador carece de autorización de trabajo inicial, sino de una dejación de éste que no puede beneficiarle. Si se trata de una dimisión voluntaria o abandono del trabajo, no es objeto de la litis, como advierte el Tribunal.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TU de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: **Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana**

Fecha: **9 de abril de 2010**

Procedimiento: **Recurso de apelación 1704/2008**

Ponente: **D. José Luis Piqué Torromé**

Voz: **Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.**

Denegación: situación nacional de empleo

Resumen: «**PRIMERO.**—Se interpone el presente recurso de apelación por la DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VALENCIA contra la Sentencia número 283/08 de fecha 7 de mayo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Valencia, en el Procedimiento Abreviado n.º 575/07, seguido por la apelada frente a la resolución dictada por la Administración apelante por la que se deniega la solicitud de autorización de residencia temporal e inicial de trabajo, en cuyo fallo se acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por doña Beatriz, contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Valencia de Autorización de residencia temporal y trabajo inicial a favor Brígida, que se anula por ser contraria a derecho, reconociendo el derecho que asiste a la recurrente a la obtención de la autorización solicitada.

SEGUNDO.—Con carácter previo decir que por doña Beatriz se presentó solicitud de autorización de residencia temporal y de permiso inicial de trabajo a favor de la ciudadana extranjera Brígida, siendo el empleador la cabeza de familia de la unidad familiar integrada por don Armando, su esposa doña Evangelina y su hermana doña Beatriz, esto un hogar familiar, y siendo el puesto de trabajo ofertado el de doncella (haciendo uso de dicha expresión en lugar de la empleada de hogar).

El resultado de la oferta consta incorporado al folio 1.14 certificándose que «consultada la base de datos del servicio público de empleo existen 7 trabajadores inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Valencia para cubrir el puesto de trabajo». Al folio 1.13 apare-

ce recogido el resultado del proceso de selección en el que se hace constar 5 personas mostraron ser interesados en el puesto de trabajo de los que 4 de ellos no comparecieron a la selección y respecto de la quinta persona no se aceptaron las condiciones económicas, laborales.

La Administración denegó el permiso solicitado en base a la consideración de la situación nacional de empleo, y por considerar que la oferta no se correspondía con las tareas reales a realizar al no existir otros empleados en el hogar familiar sin que ello responda al concepto de doncella, estimando que el empleador debería haberse dado de alta en el régimen general de la Seguridad Social o haber presentado la oferta ante el SERVEF con la denominación real del puesto de trabajo a ocupar, es decir, empleado de hogar, oferta para la que estaría dado de alta en el régimen correcto, habiéndose formulado alegaciones inexactas con respecto a la denominación real del puesto ofertado al no coincidir el perfil del puesto de trabajo con la ocupación ofertada.

Por su parte el Abogado del Estado mantiene que en el presente caso la oferta que se presentó al SERVEF lo era como doncella y que la realidad es que como doncella existen pocas solicitantes de empleo pero múltiples como empleadas de hogar por lo que se ha intentado un fraude legal buscando la apelada sustraerse a los objetivos establecidos por el Legislador a este respecto, previniendo en el artículo 53.g) del RD 2392/04 como causa de denegación el haber hecho constar en la oferta alegaciones inexactas, pues considera que de la lectura de la oferta es patente que estamos ante una oferta de empleado doméstico.

Por último no debemos olvidar que en el presente procedimiento si bien se practicó prueba documental, si fue solicitada la prueba testifical relativa a las funciones a desempeñar por la contratada en orden a prestar acompañamiento y asistencia a los empleadores, lo que no fue negado ni discutido por el Abogado del Estado, por lo que no se llevó a término su práctica al versar sobre hechos admitidos por las partes y no controvertidos para el Abogado del Estado, según consta en la grabación.

[...]

CUARTO.—Del expediente administrativo resulta acreditado que se procedió a gestionar la oferta de empleo para «doncella» (si bien de las condiciones fijadas de trabajo reseñadas se pueda vislumbrar que se trata de un puesto de trabajo de carácter doméstico, que cabe entender integrado en el corriente concepto de empleada del hogar interna) para la provincia de Valencia, mediante protocolos establecidos por el Servicio Público de Empleo, acreditándose que eran cinco los candidatos enviados pero a ninguno de ellos les interesó el trabajo, por lo que aquellos demandantes de empleo no resultaron disponibles para atender la oferta, de modo que resultó lógico el considerar acreditado la dificultad de contratación del puesto que pretendía cubrirse en los términos previstos en el artículo 50 letra a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Correspondiendo a la Administración demandada acreditar la situación nacional de empleo respecto al concretamente ofrecido, pues es quien tiene mayor disponibilidad y facilidad para conseguir tal prueba (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si rechazan la oferta los candidatos enviados la conclusión es que no existen demandantes de empleo disponibles, de modo que si se deniega la solicitud sin pedir nuevos informes es porque se considera que los que constan en el expediente son suficientes. En el caso de autos el informe que recoge el resultado del proceso de selección demuestra al no estar disponibles los iniciales demandantes de empleo, la viabilidad de otorgar la autorización, pues si con ese presupuesto se deniega la solicitud de permiso de trabajo se llegaría al absurdo de que se imposibilitaría al empleador la cobertura del puesto.

En este sentido a fin de incidir en que no basta que existan genéricamente demandantes de empleo sino que han de estar disponibles para la cobertura de la oferta nominativa concreta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera como motivo suficiente para denegar un permiso de trabajo el hecho de que existan españoles en paro en el sector de que se trata pues hay que demostrar que pueden ocupar o desempeñar el puesto el trabajo ofertado, bien por no ser necesaria una cualificación especial o bien por estar cualificados para ello (sentencias de 19 de diciembre de 2002, 27 de enero, 13 de febrero y 18 de julio de 2003), lo que no ha sido probado por la Administración apelante.

Resulta evidente, de ese modo, que queda totalmente desvirtuado el motivo que en la resolución impugnada se recogía para denegar el permiso, pues no se prueba que la situación nacional de empleo impida su concesión.

QUINTO.—Por último, sólo queda examinar si los requisitos exigidos por el ofertante están o no justificados en atención al puesto a ocupar de «doncella» con la finalidad, de este modo, de evitar que por el ofertante se trate de burlar las disposiciones del Real Decreto 2393/04.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua española define el término doncella como la criada que sirve cerca de la señora, o que se ocupa en los menesteres domésticos ajenos a la cocina, por el contrario considera que empleada de hogar es la persona que por un salario o sueldo desempeña los trabajos domésticos o ayuda en ellos.

Podíamos decir, siguiendo la fundamentación de la Sentencia apelada, que en el hogar moderno, a diferencia de cuanto acontecía en el denominado «hogar burgués», no hay lugar ni para doncella, ni para cocinera, ni para señorita de compañía, ni para costurera, ni tan siquiera para la figura eufemística de la empleada de hogar fija. Sólo queda el mínimo vestigio de la asistenta por horas, la menoscabada unidad familiar, con ambos cónyuges trabajando fuera de casa, abandona el cuidado de su reducido refugio casero al servicio discrecional de una muchacha compartida con otras familias en semejante situación de precariedad ancilar. Podíamos decir que esta es la realidad social actual.

La idea de empleado de hogar más extendida es la de la persona que va a casa a limpiar y poner un poco de orden con una determinada regularidad a lo largo de la semana. Lo más habitual es que se la conozca como la señora de la limpieza. Ciertamente, se puede incluso llegar a considerar como tal quien realiza funciones de un asistente domiciliario, un acompañante de personas, un empleado de hogar —como tal—, un ayuda de cámara y una doncella. Sin embargo y si bien los tiempos han cambiado, ello no implica negar que aún existen estos trabajos. Como también existen el empleo de conductor de vehículos de motor al servicio de particulares, jardinería y guardería, que la Seguridad Social excluye de pertenencia al régimen de empleados de hogar o personal doméstico, siempre y cuando estas actividades no formen parte del conjunto de tareas domésticas por las que se haya contratado al empleado de hogar. Pues nada escapa a que el SERVEF cuando recibe este tipo de ofertas debe buscar demandantes de empleo dentro del ámbito de lo que constituye el servicio doméstico, de tal manera que la oferta de empleo de una doncella puede perfectamente encuadrar dentro del concepto de empleada de hogar.

Lo que nos lleva a considerar que si bien lo más coherente es que se utilice el término de empleada de hogar, nada de ello impide que se perpetúen empleos domésticos con la denominación y función que le era propia en otro período social, tales como el mayordomo, ayuda de cámara, doncella, etc., la cuestión estriba en acreditar las funciones a realizar y si estas se acomodan a las efectivamente prestadas.

Pero es que en el presente supuesto, hemos de partir que dicha prueba se solicitó por la recurrente a fin de acreditar funciones a desempeñar por la contratada en orden a prestar acompañamiento y asistencia a los empleadores, lo que no fue negado ni discutido por el Abogado del Estado, por lo que no se llevó a término su práctica al versar sobre hechos admitidos por las partes y no controvertidos para el Abogado del Estado, por lo que no puede estimarse como pretende la Administración del Estado, considerar que hay una desfase entre las condiciones exigidas en la oferta y la actividad a desarrollar por la mujer extranjera a contratar.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto».

Nota: En la Sentencia referenciada anteriormente se aborda una de las cuestiones neurálgicas en la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena que es que se atienda a la «situación nacional de empleo» (artículo 38.1). A pesar de la ausencia de definición legal de este criterio, puede entenderse por tal la valoración de las necesidades de mano de obra no cubiertas por españoles, comunitarios o residentes autorizados para trabajar y que se ofertan a extranjeros no residentes porque pueden ser absorbidas por el mercado de trabajo nacional. Superada esta barrera, y en consonancia con la previsión legal anterior, el artículo 40.1.b) Ley de Extranjería recoge como supuesto específico de exención de la situación nacional de empleo, cuando el contrato vaya dirigido a «los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación».

La aplicación por parte de la Administración del criterio de la situación de empleo no siempre ha sido correcta y, en ocasiones, tampoco cabalmente interpretado por nuestros Tribunales. Así, se admitía que para denegarla era suficiente la simple constatación de la existencia de trabajadores inscritos como demandantes de empleo en la actividad para la cual se solicitaba la autorización [STS contencioso-administrativa de 18 de marzo de 1991]. En otras ocasiones, se denegaba la autorización para trabajo por «no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional el cubrir por un extranjero la actividad solicitada» [STS contencioso-administrativa de 10 de diciembre de 1991]. Lo correcto sería, sin embargo, que la denegación estuviese justificada por la existencia de «un español con la competencia precisa para su desempeño» [STS contencioso-administrativa, de 23 de marzo de 1998], y que reúna «las condiciones requeridas por la empresa» [STS contencioso-administrativa, de 21 de septiembre de 1990 y de 6 noviembre 1991]. Lo anterior provocó la errónea práctica empresarial de requerir para el puesto de trabajo que se pretendía ocupar un perfil de trabajador que se hiciese coincidir con los caracteres del trabajador extranjero, pero que eran difícilmente justificables [SSTS con-

tencioso-administrativa, de 21 de marzo de 1997 y de 30 de enero de 1998, entre otras].

El vigente Reglamento de Extranjería, y como una de sus novedades más relevantes, a fin de introducir una mayor objetividad en la valoración de este fundamental principio, incorporó la figura del «Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura», y que la Ley de Extranjería en su redacción de 2009 eleva a rango legal.

Como dispone el artículo 50.a) Reglamento de Extranjería, la calificación de una ocupación como de difícil cobertura permite a los empleadores instar la tramitación de autorizaciones para residir y trabajar dirigida a trabajadores extranjeros cuando las vacantes de puestos de trabajo que necesiten cubrir lo sean en ocupaciones incluidas en dicho Catálogo. Constituye, entonces, una nueva forma de ponderar la situación nacional de empleo con carácter previo a la solicitud de autorización.

No obstante lo anterior, la falta de inclusión de una ocupación en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura no imposibilita la tramitación de la autorización para residir y trabajar por cuenta ajena; se diría más, tampoco significa que la situación nacional de empleo impida que un extranjero ocupe un concreto puesto de trabajo. Esto es lo que dispone el artículo 38.2 Ley de Extranjería, remitiendo al desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo sea considerada suficiente a estos efectos. En tanto no se proceda a la aprobación del nuevo Reglamento de desarrollo, resulta de

aplicación lo establecido, a estos efectos, en las previsiones contenidas en el artículo 50.3.a) Reglamento y en la Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, que establece unas pautas mínimas de homogeneización sobre el procedimiento a seguir por el empleador, así como los datos básicos que debe contener la certificación que se emita por el Servicio Público de Empleo como conclusión de la gestión de la oferta.

En el caso que ahora nos ocupa, el empleador gestiona la oferta de empleo ante el Servicio Público de Empleo, con resultado negativo (de los cinco demandantes de empleo, 5 personas que mostraron estar interesados en el puesto de trabajo, cuatro de ellos no se presentaron a la selección y uno no acepta las condiciones de trabajo). Nada que objetar, entonces, a la actuación empresarial.

Resta, sin embargo, referirse a la denominación de la actividad para la que se presenta la oferta de empleo: «Doncella». No le falta razón al Abogado del Estado al señalar que como doncella existen pocas solicitantes de empleo pero múltiples como empleadas de hogar; sin embargo, ello no debe ser interpretado como fraude legal, que trata de sustraerse a los objetivos establecidos por el legislador a este respecto [el artículo 53.g) Reglamento de Extranjería señala como causa de denegación el haber hecho constar en la oferta alegaciones inexactas], sino simplemente, como bien señala el Tribunal, lo relevante no es tanto la denominación utilizada cuanto la determinación de las funciones a realizar y si estas se acomodan a las efectivamente prestadas.

DERECHO PENAL

Entrada por paso fronterizo con billete de retorno. Lo decisivo es la finalidad con la que se facilita la entrada y no los requisitos administrativos. Explotación sexual como modalidad agravada del artículo 318 bis.2 del Código Penal y delito relativo a la prostitución con ejercicio de violencia o engaño. Concurso real. Delito de explotación laboral por las condiciones de trabajo.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **19 de mayo de 2010**

Recurso de Casación: **2303/2009**

Ponente: **Don José Antonio Martín Pallín**

Voz: **Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: entrada ilegal.**

Delito de prostitución

«El Juzgado de Instrucción número 3 de Tudela instruyó sumario con el número 2/2005, contra Sagrario, César, Ildefonso, Donato, Ángel Jesús y Rubén y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pamplona que, con fecha 31 de marzo de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

La procesada Sagrario, natural de Venezuela, mantuvo durante el final del año 2003 y principios del 2004 una estrecha colaboración con Tomás, procesado también en esta causa, pero contra el que no se dirige el procedimiento al haber fallecido el 25 de enero de 2006.

Ambos se encargaban de organizar la salida de mujeres desde el aeropuerto de Venezuela hasta Madrid, donde eran recogidas y trasladadas a distintos establecimientos de alterne, debidamente concertados, para ejercer la prostitución.

Sagrario, puesta de acuerdo con Tomás, era la persona encargada de contactar en Venezuela con distintas mujeres, de nacionalidad no española, para ser enviadas a España a ejercer la prostitución en diversos clubes de alterne. Para poder entrar previamente, había conseguido Tomás de distintas personas a quienes se las pedía, y que contenían los datos personales de las invitadas, facilitados por Sagrario, a quien le remitía las cartas por fax.

Asimismo, además de las Cartas de Invitación, Sagrario les proporcionaba el billete de avión para viajar a España. Por cada una de las mujeres que envió a España, y fueron entre 15 y 17, Sagrario cobraba, por las gestiones realizadas, 300 €.

(...)

Una vez que Mari Luz fue trasladada al mencionado Club «Mónaco», se la obligó a ponerse a trabajar, ejerciendo la prostitución, a pesar de haber mostrado sus reticencias, para poder pagar la deuda de 3.500 euros que le exigía Tomás, pero que se encargaba de cobrar y gestionar el procesado Donato, quien contaba con la colaboración de un camarero del Club.

(...)

También fueron contactadas en Venezuela, para los mismos fines anteriores, y sabiendo que iban a venir a España para ejercer la prostitución, Belén y Clemencia, conocidas con los apodos de Perversa y Cotorra, de nacionalidad venezolana, así como la testigo protegido n.º (...), también venezolana, a quienes la procesada Sagrario les proporcionó lo necesario para poder llegar a nuestro país, sendas cartas de invitación y los correspondientes billetes de avión, habiendo trabajado las tres en el Club Bellavista ejerciendo la prostitución.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Sagrario, como autora criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis.1 y 2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/14 parte de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a César e Ildefonso, como autores criminalmente responsables de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318 bis.1 y 2 del Código Penal, a la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, al primero de ellos, de 2 años y 10 meses de prisión, al segundo al de 2 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago, cada uno de ellos, de 1/14 parte de las costas.

Que debemos condenar y condenamos a Donato, como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos:

Un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el artículo 318

bis.1 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, por el que se impone la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de habilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la pena.

Un delito relativo a la prostitución del artículo 188.1 del Código Penal, a la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, por el que se impone la pena de 2 años de prisión y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 20 euros, y la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

Asimismo, se acuerda la clausura definitiva del local denominado «Club Mónaco», sito en Corella, previniendo expresamente la prohibición de explotarlo como club de alterne no sólo por el condenado sino por cualquier otra persona.

Un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 312.2 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, por el que se le impone la pena de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 20 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena».

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal de mano de obra. Se respetaron los respectivos derechos a la presunción de inocencia. No hubo complicidad, sino cooperación necesaria.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 24 de mayo de 2010

Recurso de Casación: 2702/2009

Ponente: Don Joaquín Delgado García

Voz: Inmigración clandestina y presunción de inocencia

«El Juzgado de Instrucción número 2 de Durango instruyó sumario (...) contra Salvador, Benito y Felipe que, una vez concluso, remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia que, con fecha 27 de octubre de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Probado, y así se declara, que: En los años 2005 y 2006 el acusado Salvador, mayor de edad y sin antecedentes penales, regentaba los clubes de alterne (...) sitos en la localidad de Zaldívar, en Vizcaya, prestando sus servicios como camarero en el primero de los mencionados negocios el también acusado Benito mayor de edad y sin antecedentes penales.

En dichos clubes trabajaban alternando con los clientes y ofreciendo servicios sexuales a cambio de precio mujeres de distintas nacionalidades. Concretamente, (...) funcionarios pertenecientes a la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía procedieron a realizar un control de documentación, las mujeres identi-

ficadas (...) de nacionalidad brasileña. Ambas habían sido captadas en Brasil (...) pagándoles a cada una el billete de avión para venir a España por importe de 2.700 euros respectivamente. En ambos casos las mujeres conocían que debían saldar la deuda manteniendo relaciones sexuales por precio en un club de alterne en España, aunque no conocían su nombre.

Las dos mujeres llegaron el 26 de septiembre de 2005 al aeropuerto de Barajas en Madrid, entrando en el país con su propio pasaporte en calidad de turistas. Allí fueron recogidas en un taxi (...) y conducidas, directamente, (...) al club (...) y a un piso en Eibar proporcionado por Salvador.

Desde su entrada en este país hasta la intervención policial (...) permanecieron en situación de irregularidad sin obtener los permisos de residencia y trabajo, por tanto, sin estar dadas de alta en la Seguridad Social ni tener reconocido ningún derecho laboral y residiendo en sendos pisos facilitados por Salvador, ubicado en las

localidades limítrofes de Eibar (Guipúzcoa) y Ermua (Vizcaya). Esta situación como las condiciones de su estancia en el club eran conocidas no sólo por Salvador, también Benito era conocedor por ser la persona encargada al final de cada jornada de liquidar con ellas las cantidades que debían percibir, es decir, descontando el precio del billete de avión que las dos muje-

res abonaban de forma fraccionada, los nueve euros por el alquiler del piso donde residían y el transporte en taxi desde el piso al club y viceversa, así como, el porcentaje que correspondía al club por las copas tomadas con los clientes y por cada 'pase' que hicieran, quedándose ellas alrededor de un 60 por ciento de lo cobrado a los clientes"».

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: sanción a la apelante por la comisión de infracciones por contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido, con carácter previo, la correspondiente autorización administrativa o permiso de trabajo.

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

Fecha: **21 de julio de 2010**

Recurso de Apelación: **38/2010**

Ponente: **Doña María Dolores Rivera Frade**

Voz: **Inmigración clandestina: actividad de alterne**

«Los argumentos en los que se apoya la sentencia de instancia para declarar la conformidad a derecho del acto impugnado, frente a los que se alza la parte recurrente en su recurso de apelación, se centran, en síntesis, en entender demostrada la presencia en el local que regenta la actora de las extranjeras identificadas en el acta de inspección, la vinculación laboral y la contratación ilegal exigida para tener por cometida la infracción imputada a la apelante; y que existen, en definitiva, datos suficientes extraíbles del acta de inspección y del conjunto del expediente administrativo para deducir que las jóvenes ciudadanas extranjeras se hallaban desarrollando labores de alterne en el local litigioso, percibiendo un salario o comisión, consistente en una cantidad o porcentaje sobre las consumiciones realizadas por los clientes que alternaban con ellas, residiendo, no pocas de ellas, en alojamientos proporcionados por el local.

(...)

Pero es que en este caso en el acta de inspección que dio lugar a la incoación del expediente administrativo sancionador objeto de litis, las inspectoras de trabajo actuantes hacen unas afirmaciones y unas imputaciones de infracción administrativa partiendo de unos datos

que se hacen constar en el propio acta, después de recabar información de las propias trabajadoras acerca del tiempo que llevan trabajando en el local, su horario de trabajo, y cantidad que perciben por sus servicios, coincidiendo prácticamente todas ellas en manifestar que hacen un horario de 18:00 a 4:00 horas, que perciben 20 euros por cada consumición que les paga el cliente, y que les paga el encargado. Es la propia recurrente la que reconoce en el recurso de apelación que, en efecto, las ciudadanas extranjeras que se encontraban en el local el día de la visita de inspección son clientes del hotel (...) y ejercen la actividad de alterne. Sólo que niega que esa actividad la desarrollen por cuenta ajena, alegando que, por el contrario, lo hacen por cuenta propia como clientes del hotel. Esta última afirmación aparece contradicha por la realidad de los hechos constatados en el acta de inspección, de la que resulta con meridiana claridad que la función de las 19 extranjeras en el local litigioso consistía en captar clientes que las invitasen a una consumición con el fin de aumentar las ventas de la empresa que regenta la actora. Este dato no puede verse desvirtuado por el hecho de que estas extranjeras pagasen el alojamiento del hotel en el que se encuentra el bar en el que prestan sus servicios de alterne.

Como ya se ha pronunciado esta Sala en numerosas sentencias, ente las que se puede citar la de 24 de mayo de 2006 (Recurso 144/2006) “conviene precisar que resultaría excesiva la exigencia de prueba directa para acreditar la contratación de trabajadoras extranjeras sin haber obtenido previamente la correspondiente autorización para contratarlas, pues al tratarse de una actividad ilegal (la de estar trabajando a su servicio sin previa obtención de permiso de trabajo) sería impensable la plasmación en un documento de aquel negocio en que se especificase la vinculación o dependencia respecto a la entidad titular del establecimiento. Por tanto, es perfectamente válida la prueba indiciaria de cara a la demostración relativa a la utilización habitual de dichas trabajadoras extranjeras, de modo que probados determinados hechos, que suelen ser constantes y habituales en este tipo de situaciones (local de carretera, asistencia regular al local con continuidad en el tiempo, residencia de las trabajadoras en el propio edificio en que se halla el local, encontrarse acompañadas de clientes realizando consumiciones, local clasificado como café bar especial, que la actividad se desarrolla a primeras horas de la madrugada, admisión en el acta por las ciudadanas extranjeras de que tenían horario de madrugada y que percibían salario a comisión), por enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano se pueda deducir el hecho consecuencia de aquella contratación, todo ello junto a la presunción de laboralidad prevista en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. Ello

es así porque la dificultad de la prueba directa se ofrece como evidente en tanto que no resulta fácil que muestre externamente y sin disimulo sus acciones quien realiza actividades que la legalidad no ampara. Aquella exigencia de prueba directa conduciría a la impunidad en la práctica de acciones como la ahora imputada, por lo que (...) aunque no se hayan aportado los contratos por escrito, no cabe negar virtualidad probatoria a determinados indicios de laboralidad”.

(...).

Se puede entender, entonces, como debidamente probado que las mujeres extranjeras identificadas en el acta de inspección se encontraban trabajando prestando “servicios de alterne”. En la prestación de tales servicios concurren los requisitos de prestación voluntaria de servicios; realización por cuenta ajena; percepción de una retribución cualquiera que sea su forma, y realización de la prestación bajo la dependencia de otra persona (aunque no esté sujeta a un horario y jornada fija), lo que determina que se pueda hablar en este caso de una relación laboral.

Si a ello le unimos el dato que las trabajadoras, extranjeras, de nacionalidades brasileña, paraguaya, rumana, nigeriana y colombiana, pero sobre todo brasileñas, carecían de permiso de trabajo, resulta que la conducta cometida por la recurrente ha sido debidamente calificada como infracción administrativa muy grave, (...), contratando a unas extranjeras que no contaban con el preceptivo permiso de trabajo».

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: condena al recurrente como autor criminalmente responsable de suministro de pasaporte falso, perpetrado con ánimo de lucro y penado, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión. Tráfico ilegal: Facilitar a terceros pasaportes falsificados para acceder ilegalmente a España.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla.

Fecha: 26 de agosto de 2010.

Procedimiento Abreviado: 54/2010.

Ponente: Don Mariano Santos Peñalver.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Nacional de Marruecos.

Falsedad de pasaportes.

«Los hechos expuestos en la relación fáctica de la presente sentencia han sido acreditados por la

prueba practicada representada por la testifical en relación con la confesión del propio imputa-

do y la documental, consistente en determinados informes relativos a la falsedad del pasaporte intervenido en poder del acusado y a la condición de súbditos extranjeros carentes de autorización administrativa para acceder a territorio español de las personas que lograron introducirse subrepticamente en Melilla.

(...)

En consecuencia, la declaración de los agentes policiales permite considerar acreditado que en las proximidades de la frontera el acusado contactó con Celso, súbdito de nacionalidad argelina que carece de autorización administrativa para acceder a territorio español —(informe policial obrante al folio 55 de autos)—, una vez que éste había superado subrepticamente el control fronterizo, a continuación ambos se dirigieron hacia el centro, siguiendo el acusado al extranjero a una distancia aproximada de cincuenta metros, para acercarse al mismo a la altura de la calle Donantes de Sangre, en donde mantienen una breve conversación e intercambian algo. Momento en que se procede a la detención del acusado en cuyo poder es habido un pasaporte falsificado en la que aparece la fotografía del referido extranjero como si fuera el titular del mismo. De otro lado, no existe duda alguna de la falsificación del pasaporte ocupado al acusado como evidencia el informe pericial obrante al folio 56, que expresamente concluye que en el referido documento se había sustituido la fotografía del titular por la del súbdito argelino, y reproducido manualmente el sello que autentifica la misma.

(...)

En el caso que nos ocupa, aparece con claridad el requisito de inasistencia justificada al acto del juicio oral del testigo, fundada en la imposibilidad de su localización, infructuosamente intentada por las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dada su condición de súbdito extranjero y domicilio desconocido. En segundo término, la declaración prestada por el súbdito extranjero en fase sumarial fue practicada de forma contradictoria, observándose el principio de contradicción permitiendo al acusado directamente a través de su Abogado defensor interrogar al testigo o efectuar las observaciones que tuviera por conveniente realizar. Finalmente, se

procedió en el acto del juicio oral a la reproducción de la declaración mediante su lectura, otorgando a las partes la posibilidad de contradicción, permitiendo que hicieran constar las preguntas que hubieran formulado, así como las contradicciones observadas. Por todo ello la declaración del testigo se considera eficaz a efectos de desvirtuar la presunción de inocencia.

Partiendo de la validez del testimonio analizado y abordando su credibilidad, la controversia se concreta en las contradicciones internas que a juicio de la defensa adolecen las declaraciones prestadas por el testigo en dependencias policiales y ante el Juzgado de Instrucción. En este sentido indica que, a diferencia de su declaración en sede policial, en donde dice que pagó por pasar a Melilla la cantidad de 500 euros, en su declaración judicial refiere la cantidad por tal concepto de 1.000 euros. Y, en segundo lugar, que mientras en la declaración policial afirma que un tercero, llamado Hassan, le acompaña a la frontera y le da el pasaporte diciéndole que cuando cruce hay otra persona que le va a retirar el pasaporte, en cambio ante el Juez de Instrucción relata que el acusado es quien pasa con él la frontera.

(...)

En todo caso se trata de contradicciones que carecen de trascendencia suficiente para viciar de incredibilidad el testimonio prestado. En un caso, como se ha dicho, no puede hablarse propiamente de relatos contradictorios dada la forma genérica con la que describe la intervención del acusado dentro de la cual tiene perfecta cabida, precisamente por la imprecisión de los términos, la actuación que en su primera declaración atribuye al mismo. En el otro, porque la diferencia del precio abonado por el acto ilícito puede encontrar fácil explicación tanto en un error de expresión del propio declarante, como de traducción o transcripción mecanográfica. En definitiva, las posibles incoherencias a que se refiere la defensa con respecto a las manifestaciones del testigo o encuentran explicación satisfactoria en un simple error de transcripción, o no afectan a datos nucleares o sustanciales del testimonio, los cuales a su vez, seguimiento y contacto del acusado con el testigo a efectos de recuperación por aquél del pasaporte falsifica-

do aparecen corroborados por datos constatados por otras fuentes de prueba, como ya se ha tenido ocasión de indicar.

Por lo demás, no se aprecia concurrencia de causa alguna de incredibilidad subjetiva en el testigo, ni por la defensa del imputado se haya efectuado alegación alguna al respecto. Debiendo insistirse en la corroboración objetiva de los extremos esenciales del testimonio. En definitiva, relacionado el testimonio analizado con las

restantes pruebas hasta ahora expuestas, se concluye la veracidad del mismo.

Todo lo expuesto permite considerar probado que Celso convino con la persona, que a cambio de dinero le entregó el pasaporte falsificado con la finalidad de poder acceder ilegalmente a España, que devolvería el pasaporte una vez utilizado a quien le indicara, lo que así hizo, contactando a tal fin el acusado en las proximidades de la frontera, para finalmente entregárselo, a éste».

HOMOLOGACIÓN

Homologación de títulos extranjeros: Bachelor of Science in Environmental Risk Management. Nuevo criterio del Tribunal Supremo que considera procedente la tramitación del expediente de homologación si los estudios se cursaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004. Retroacción de las actuaciones: al momento inicial de la solicitud de homologación, donde se deberá emitir el oportuno dictamen sobre el juicio de equivalencia entre la formación correspondiente a la titulación cursada y la exigida en España.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 13 de mayo de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 817/2008

Ponente: Doña Isabel García García-Blanco

Voz: Homologación de títulos extranjeros: Bachelor of Science in environmental risk management obtenido en la University of Wales (UK) al grado académico de Diplomado

«Para un correcto enfoque de las cuestiones planteadas en el presente recurso, conviene precisar que el procedimiento instado por el demandante en el Ministerio de Educación fue el de homologación de su título, obtenido en la mencionada universidad británica tras cursar la totalidad de los estudios en España, al correspondiente grado académico español, homologación que se rige actualmente por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, y no el de reconocimiento de dicho título a efectos de ejercicio profesional, conceptos utilizados indistintamente en la demanda, que es objeto de una regulación diferente derivada de diversas Directivas comunitarias, como la 89/48/CEE, incorporada al derecho español por el Real Decreto 1665/1991 u otras referi-

das a profesiones específicas, y está sujeto a un procedimiento también distinto, por lo que sus alegaciones tendentes al reconocimiento de su titulación a efectos del ejercicio profesional en el ámbito de la Unión Europea, sobre la base del derecho a la libertad de circulación y establecimiento, reconocido por el derecho comunitario europeo, no tienen encaje en el presente recurso, que tiene su origen en la solicitud mencionada, en que se pretende la homologación. Por ello no puede hablarse de infracción de las normas de derecho comunitario genéricamente citadas en la demanda, de aplicación en el procedimiento de reconocimiento a efectos de ejercicio profesional, pero no en el de homologación objeto del recurso.

(...)

El Centro de Estudios Superiores de la Fundación San Valero de Zaragoza, donde el inte-

resado cursó sus estudios, fue autorizado para impartir enseñanzas de nivel universitario por Decreto del Gobierno de Aragón 157/1998, de 28 de julio (BOA de 9 de septiembre) y la autorización para su funcionamiento por la Orden de la Consejería de Educación y Cultura de 19 de febrero de 1999 (publicada en el BOA de 3 de marzo de 1999). Los estudios cuya homologación se pretenden comprendían tres años que fueron cursados en los años escolares 97/98, 98/99 y 99/00. Durante el primero de los años de los estudios cursados el centro carecía de la preceptiva autorización.

El TS, recientemente, ha fijado el criterio de que dicho requisito (autorización del centro) ha de exigirse atendiendo a la fecha en la que se cursaron los estudios y no atendiendo a la fecha en la que se solicita la homologación y si estos, como es el caso, se cursaron antes de la entrada en vigor del Real Decreto 285/2004 (por el juego de los RD 1380/2004 y RD 309/2005 su entrada en vigor se ve prorrogada hasta el 1 de marzo de 2005) entonces ha de seguirse el criterio anteriormente marcado bajo la vigencia del RD 86/1987.

(...) se constata para el supuesto que nos ocupa que los estudios realizados por el recurrente se desarrollaron bajo la vigencia del Real Decreto 86/1987 y antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001 y el RD 285/2004, fecha en la que no era exigible la autorización a los centros radicados en España por lo que no es posible denegar la homologación pretendida al amparo de la ausencia de dicha autorización administrativa para el centro en el que cursó sus estudios y ello aunque la homologación se solicitase después de la entrada en vigor de estas últimas normas.

Ello no implica, tal y como afirma dicha jurisprudencia, que deba accederse a la homologación pretendida sino que deben retrotraerse las actuaciones al momento de la solicitud inicial de la homologación, ordenando iniciar y tramitar al Ministerio de Educación y Ciencia el correspondiente expediente en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, en el que se emita el oportuno dictamen por el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por el interesado..., en relación con la exigida en España... y tras los trámites pertinentes se dicte la resolución que proceda».

Homologación de títulos extranjeros: retroacción de actuaciones. Aplicación del Real Decreto 86/1987 al título de Bachelor of Science in Environmental Sciences, expedido por Universidad Británica al título español de Licenciado en Ciencias Medioambientales. Cambio de criterio del Tribunal Supremo. La normativa aplicable viene determinada por la fecha en que se realizaron los estudios, no por aquella en que se formula solicitud. Retroacción de actuaciones: procedencia.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **19 de mayo de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **280/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Homologación de títulos extranjeros: Bachelor of Science in environmental Sciences, expedido por Universidad Británica al título español de Licenciado en Ciencias Medioambientales**

«Con fecha de registro de entrada de 11 de enero de 2005, la recurrente dirigió escrito al Ministerio de Educación y Ciencia, solicitando la homologación de su título de “Bachelor of Science in Environmental Sciences” expedido por la University of Wolverhampton (Reino Unido) al

título español de Licenciada en Ciencias Ambientales.

Tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, la Ministra de Educación y Ciencia dictó resolución con fecha 14 de junio de 2006, denegando la homologación solicitada por

el recurrente por aplicación del artículo 5.2.b) del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, aduciendo que el centro español donde había cursado sus estudios la interesada carecía de la preceptiva autorización para impartir tales enseñanzas.

Recurrida en reposición la resolución citada, por Orden Ministerial de 30 de junio de 2008 se rechazó el recurso por entender: a) Que la interesada realizó el primer curso en la Escuela de Negocios ESNE, campus de Bilbao, en 1998/1999, siendo así que la autorización extendida por el Consejero de Educación y Universidades del País Vasco a dicho centro sólo resulta aplicable a partir del curso 1999/2000; b) Que en todo caso tal autorización no puede hacerse extensiva a los supuestos en los que las enseñanzas hayan sido impartidas en colaboración, como es el caso, con la Hogeschool Zeeland de Países Bajos, pues la disposición autonómica mencionada no contempla en ningún caso la posibilidad de reconocer la homologación de titulaciones obtenidas en tales condiciones.

En la demanda se rechaza la motivación ofrecida por las resoluciones recurridas por partir las mismas de un hecho erróneo: la normativa aplicable al caso no estaba constituida por el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, sino por la regulación reglamentaria anterior, que no supeditaba la homologación a la existencia de la autorización a la que se refieren las resoluciones recurridas.

(...).

Lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también indebidamente, el Real Decreto 86/1987.

Cuanto acabamos de decir se separa de lo mantenido por la Sentencia de esta Sala y Sección de 9 de diciembre de 2003 (casación 4310/1998)

dictada en un supuesto semejante al presente, en el que la Administración aplicó los mismos criterios que en este caso, los cuales fueron asumidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional entonces impugnada. Se trataba entonces de una solicitud de homologación del título de Bachelor of Arts expedido por la Saint Xavier University de Chicago, con estudios parciales en el Instituto Europeo de Derecho y Economía de Barcelona, con el español de Licenciado en Ciencias Económicas.

Seguimos ahora un criterio diferente porque consideramos que la interpretación correcta es la mantenida en esta Sentencia por las razones que se han expuesto, las cuales se ven confirmadas por los cambios normativos que se han producido en los últimos años en materia de homologación de títulos extranjeros de educación superior. Así, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, en su artículo 86, apartado 3, dispone: “3. Los títulos y enseñanzas de educación superior correspondientes a estudios extranjeros realizados, en todo o en parte, en España sólo podrán ser sometidos al trámite de homologación o convalidación si los centros donde se realizaron los citados estudios se hubieran establecido de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, y las enseñanzas sancionadas por el título extranjero cuya homologación se pretende estuvieran efectivamente implantadas en la Universidad o centro extranjero que hubiera expedido el título. Reglamentariamente, y a los efectos de dicha homologación, el Gobierno regulará las condiciones de acceso a los estudios en dichos centros”.

Los apartados anteriores de este artículo 86 encomiendan al Gobierno la regulación del marco general en que han de impartirse en España las enseñanzas correspondientes a tales títulos extranjeros de educación superior y las condiciones que han de reunir los centros en que se impartan, los cuales deberán contar con autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria. Asimismo, estarán sujetos a la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externa que, por Ley, señale la Comunidad Autónoma».

Homologación de títulos extranjeros: denegación. Informe técnico no desvirtuado. Homologación del título de Ingeniero Civil al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Recurso contencioso administrativo: inadmisión por extemporáneo por parte del Colegio de Ingenieros. Interposición: nueva doctrina del Tribunal Supremo que confirma que el plazo es de dos meses desde la solicitud de colegiación.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **27 de mayo de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **279/2006**

Ponente: **Doña Isabel García García-Blanco**

Voz: **Homologación del título de Ingeniero Civil, obtenido en La Habana (Cuba), al título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos**

«En cuanto al fondo, de inicio conviene señalar que por resolución del Secretario General Técnico de 4 de octubre de 2001 dicha homologación del mencionado título quedó supeditada a la superación de una prueba de conjunto específica para acreditar el conocimiento de las materias que se indicaban en el dictamen contenido en el informe particularizado del Consejo de Universidades. La resolución aquí recurrida tiene como base la anteriormente citada y la superación de tal prueba de conjunto en febrero de 2005 celebrándose las pruebas en la ETS de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de la Universidad de Cantabria.

Por tanto lo que pretende la demandante es que se vuelva a reconsiderar la equivalencia de contenidos que ya fue valorada en su día por el órgano técnico y que solo detectó carencias en dos materias (Infraestructura de Transporte e Ingeniería Hidráulica e Hidrográfica) que fueron para las que se propuso la prueba de conjunto. La prueba de conjunto, superada satisfactoriamente por la codemandada, contemplaba las asignaturas de: Ingeniería Oceanográfica, Hidráulica e Hidrología II, Obras Hidráulicas, Sistemas Energéticos, Administración de Empresas, Urbanismo y Servicios Urbanos, Ingeniería Sanitaria y Ambiental, e Impacto Ambiental.

La demandante, que no cuestiona que la prueba de conjunto superada diera contenido a las exigencias del informe del Consejo de Universidades, viene a cuestionar el informe en sí mismo considerado, en cuanto al juicio de equivalencia que contiene, y afirma que no se han

cursados las siguientes materias: Carreteras, Ferrocarriles, Tráfico, Aeropuertos, Planificación y Explotación del Transporte y Explotación de los Puertos.

Todas las argumentaciones que se hacen en la demanda acerca de la inaplicabilidad del Convenio Hispano-Cubano de 17 de marzo de 1982 no tienen relación con el caso ya que la homologación cuestionada no se ha basado en su aplicabilidad sino en la valoración concreta de la equivalencia de titulaciones, valoración ya efectuada en su día con base a un informe técnico de fecha 10 de febrero de 2000 que no ha quedado desvirtuado y que no puede cuestionarse sobre la base de la autocomplacencia en la suficiencia del propio criterio de la entidad colegial recurrente, significando que la comparativa no puede sostenerse sobre la base de la simple denominación de la asignatura (ni siquiera se ha realizado una argumentación comparativa con los programas analíticos aportados como impartidos en la universidad cubana). Incluso se ha acreditado un precedente, Sr. Faustino, en el que partimos del mismo título de origen (la misma universidad, los mismos años y por tanto el mismo plan de estudios) con la misma prueba de conjunto que sirvió de base para la homologación y cuya colegiación no ha sido cuestionada en ningún caso por la entidad colegial hoy recurrente (figura dado de alta en el Colegio desde el 23 de mayo de 2002). En el expediente de homologación del Sr. Faustino no hay nada que permita avalar que su caso es excepcional por apartarse de la generalidad en atención a

sus calificaciones y ha de señalarse que tanto él como la hoy recurrente complementaron su titulación cubana con los mismos estudios en España (cursaron en la Universidad de Oviedo el programa de Ingeniería del Terreno, Obra Civil y Proyectos, la codemandada incluso con mejores calificaciones, más sobresalientes, que

el que se invoca como término de comparación excepcional y además las notas obtenidas por la recurrente durante su titulación son excelentes en su mayoría abrumadora al igual que las del Sr. Faustino).

Por todo ello la demanda ha de desestimarse».

Homologación de títulos obtenidos en el extranjero: homologación de Diploma de Estudios Superiores Técnicos (DEST) Nivel B obtenido en el Conservatorio Nacional de Artes y Oficios de Francia al grado académico de Diplomado. Título oficial académico en el país de origen.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 8 de junio de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 1283/2006

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde

Voz: Homologación de Diploma de Estudios Superiores Técnicos (Francia) al grado académico de Diplomado

«El presente recurso tiene por objeto la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 8 de febrero de 2006, y contra la desestimación presunta del recurso de reposición, por la que se denegó al recurrente la solicitud de homologación del título de “Diploma de Estudios Superiores Técnicos (DEST) Nivel B” obtenido en el Conservatorio Nacional de Artes y Oficios de Francia al grado académico de Diplomado. Dicha resolución denegó la homologación pretendida al considerar que “los estudios realizados carecen de validez académica oficial en el país de origen” (artículo 5.2 del RD 285/2004, de 20 de febrero).

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que el título cuya homologación se pretende tiene carácter oficial y plena validez académica en Francia y se trata de un título universitario de primer ciclo. Las propias autorizaciones administrativas concedidas a la Escuela Salesiana por la Comunidad Autónoma de Aragón afirman el carácter universitario de los estudios franceses: autorización de establecimiento (Decreto 63/1999, de 25 de mayo, del Gobierno de Aragón) y la autorización de funcionamiento (Orden de 2 de diciembre de 1999, del Departamento de Educación y Ciencia de la Diputación

General de Aragón). Por otra parte, aduce que la Administración española no puede cuestionar el carácter oficial de un título extranjero cuando dicho título sí tiene carácter oficial y plena validez en el país en el que se expidió.

(...)

El título cuya homologación a grado académico se pretende fue expedido por el “Conservatoire National des Arts et Métiers” (CNAM) tras cursar los estudios en el centro autorizado de Salesianos de Zaragoza.

De la prueba practicada cabe extraer como conclusión que el CNAM es un organismo público de Enseñanza Superior dependiente del Ministerio de Educación Francés cuyo estatuto difiere de las Universidades pero forma parte de los establecimientos públicos, científicos, profesionales y culturales que está autorizado para establecer centros en el extranjero.

(...).

Y es en este punto en el que cabe preguntarse si los estudios cursados en dicho centro y el título expedido por el Conservatorio Nacional de Artes y Oficios (CNAM) “Diploma de Estudios Superiores Técnicos (DEST) Nivel B” es un título oficial de rango universitario en Fran-

cia, constituyéndose este punto en el eje de la presente controversia.

(...) este Tribunal se inclina por considerar que los certificados emitidos por las autoridades educativas de la embajada francesa deben prevalecer, en cuanto autoridades especialmente cualificadas para conocer la validez oficial y académica de los propios títulos que se emiten por dicho país, sobre los informes emitidos por el Ministerio de Educación que no se consideran avalados por una información suficientemente contrastada para desvirtuar dicha conclusión.

Esta conclusión se ha visto reforzada por un informe del Consejo de Coordinación Universitaria aportado por la parte y fechado en febrero de 2010 en el que se examina también otro Diploma DEST en Electrónica emitido por CNAM de Francia, en el que se emite un informe de homologación favorable respecto a la titulación de Ingeniero Técnico de Telecomunicación especialidad en Sistemas Electrónicos con la superación de determinadas carencias, pero, y lo que es más importante, considera que “la titulación cursada

por el solicitante permite otorgarle el grado académico de Diplomado”. En definitiva, el órgano técnico legalmente encargado de asesorar sobre los requisitos de homologación de títulos (según dispone el artículo 9.1 del RD 86/1987 y el artículo 10 del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero) y que este Tribunal ha venido considerando en numerosas sentencias como órgano técnico especialmente cualificado cuyos informes tienen una especial relevancia en esta materia, ha considerado recientemente, aunque en otro expediente administrativo distinto, que un título DEST en Electrónica emitido por CNAM de Francia era un título oficial y le permitía obtener a su titular el grado académico de Diplomado, lo que permite extraer la conclusión de que el criterio actual de este órgano técnico resulta favorable a la homologación a grado de los títulos como el que ahora nos ocupa, corroborando así los informes emitidos por las autoridades educativas francesas.

Es por ello que procede acceder a la homologación a grado pretendida por el recurrente».

NACIONALIDAD

Condena por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La conducta realizada implica un alto grado de peligrosidad para la sociedad en general y se trata de un comportamiento antisocial que motiva la denegación de la concesión de la nacionalidad por la ausencia del requisito de la buena conducta cívica.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **7 de junio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **643/2008**

Ponente: **Don Diego Córdoba Castroverde**

Voz: **Denegación de nacionalidad por residencia: falta de buena conducta cívica**

«El presente recurso impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, de 16 de junio de 2008 por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica ya que “según consta en la documentación que obra en el expediente, fue condenado en sentencia de fecha 29 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de la Penal n.º 1 de

Granollers, por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes”.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión la falta de motivación de la resolución recurrida al utilizar, a su juicio, una fórmula estereotipada que no le permite conocer las razones por las que se le ha denegado la nacionalidad salvo el hecho concreto de que tiene antecedentes penales pero estos han sido cancelados, por

lo que al tomarlos en consideración se vulnera el principio de reeducación y reinserción social.

(...)

Y con relación a la citada cuestión consideramos que el recurrente fue condenado penalmente por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes por sentencia firme del Juzgado del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Granollers de 29 de octubre de 2007, posterior a la fecha de solicitud de nacionalidad española. Se trata de un hecho delictivo grave cometido el 26 de diciembre de 2003, un año y medio antes de solicitar la nacionalidad española, que resulta revelador de su comportamiento actual en nuestra sociedad y que denota una falta de respeto a los valores de nuestra sociedad por lo que en el momento de su solicitud no cumplía las exigencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La conducta

realizada implica un alto grado de peligrosidad para la sociedad en general y para los demás ciudadanos cuya vida pone en peligro el que así actúa, y consecuentemente se trata de un comportamiento antisocial que dista de poder ser considerado buena conducta cívica, máxime cuando de lo que se trata es de adquirir la nacionalidad española demostrando precisamente que su comportamiento se acomoda y respeta las pautas de conductas de un ciudadano medio de la sociedad en la que se pretende integrar y a cuya nacionalidad aspira. Conviene destacar también que su solicitud omitió toda referencia a estos hechos y se limitó a afirmar que carecía de antecedentes penales y que no ha estado procesado y así mismo resulta destacable que tales hechos se produjeron pese a breve periodo de residencia legal en España que se remontaba tan solo a septiembre de 2009».

Nacionalidad: justificación insuficiente del grado de integración del recurrente en la sociedad española. Situación de poligamia efectiva.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 9 de junio de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 911/2008

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile

Voz: Denegación de nacionalidad: poligamia

«El recurrente es natural de Senegal, nació en 1952, contrajo matrimonio en su país sucesivamente con dos distintas esposas y optando en ambas ocasiones por la poligamia, tiene siete hijos, las dos esposas residen en Senegal y dos de los hijos conviven con el recurrente, que reside legalmente en España desde 1991, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Arteixo (A Coruña), ha aportado la declaración del IRPF correspondiente a 2006, con fecha de 23 de junio de 2008 tenía acreditados 5.316 días de alta en el sistema de la Seguridad Social, y ha aportado un certificado de matriculación del hijo menor de edad en segundo de enseñanza secundaria obligatoria.

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 29 de mayo de 2006, habiendo emitido en su tramitación sendos informes favo-

rables el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

Ya vimos más arriba que la resolución puesta en tela de juicio se fundó en haber optado el recurrente por la poligamia. A este último respecto es de indicar que el demandante contrajo un primer matrimonio —declarando optar por la poligamia— el 18 de octubre de 1974, matrimoniando por segunda vez con una mujer distinta el 20 de octubre de 1981, optando también en esta segunda ocasión por la poligamia.

En la demanda rectora del proceso se alega que el conjunto de circunstancias que concurren en el interesado demuestran su integración suficiente en la sociedad española, aduciendo así mismo que la opción por la poligamia se hizo en su país mucho tiempo antes de llegar a España y conforme a su ley personal, resaltando además

los informes favorables del Ministerio Fiscal y del Magistrado-Juez Encargado, por lo que termina suplicando la concesión de la nacionalidad española, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

Visto cuanto antecede, podemos adelantar ya la suerte desestimatoria del actual recurso. Hemos de recordar *hic et nunc* que esta Sala ha dicho en ocasiones anteriores que la integración social no deriva exclusivamente del nivel de conocimiento del idioma, sino de la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, el grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como el arraigo familiar, todo lo cual ha de justificar el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente.

La *ratio decidendi* del acto combatido se concreta en la poligamia del interesado. Es de advertir que en el supuesto enjuiciado no estamos ante el mero ejercicio de la opción en el momento de contraer matrimonio por el régimen familiar poligámico conforme a la ley personal del demandante, sino ante una situación de efectiva poligamia, que, si bien puede ser conforme a su ley nacional, es contraria al orden público en España. A este propósito interesa traer a colación la jurisprudencia producida en la materia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 dijo lo siguiente (en lo que ahora importa): “esta Sala hubo de afrontar ya un caso similar de denegación de concesión de la nacionalidad española por la poligamia del solicitante. Se trata de la STS de 14 de julio de 2004. Se sostuvo entonces que no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del ‘suficiente grado de integración en la sociedad española’ del artículo 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España —algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una Ley española así lo previese— que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. Es verdad que, en el presente caso, el recurrente no invoca discriminación, sino que el grado de integración requerido es ‘suficiente’ —no ‘total’— y que el hecho de estar casado con dos mujeres no le ha impedido el arraigo laboral y social en

España. Y es verdad, asimismo, que quizá no sea suficiente decir, como prudentemente hizo la resolución administrativa recurrida, que la poligamia es contraria a la legislación española sobre el estado civil. No toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad. Dicho esto, la solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la citada STS de 14 de julio de 2004 y, en el fondo, por la misma razón: la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (artículo 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un ‘suficiente grado de integración en la sociedad española’”.

En el caso el demandante tiene un régimen familiar poligámico, de tal manera que, conforme a la transcrita doctrina legal, es de entender que el recurrente no cumplía el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, pudiendo añadirse que la garantía de la libertad ideológica, religiosa y de culto tiene los límites necesarios para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, siendo diferentes las circunstancias del supuesto que ahora enjuiciamos con las que concurrían en el caso resuelto por la sentencia de este Tribunal de 11 de marzo de 2008 a que se alude en el escrito de conclusiones de la parte actora, por lo que resulta inane la apelación que a la misma se hace en calidad de precedente, de donde que, en definitiva, se imponga la desestimación del recurso que nos ocupa».

Nacionalidad: concesión. La residencia del recurrente en España es efectiva y continuada, de tal manera que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada, siempre que no se traslade la residencia habitual.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal Supremo**

Fecha: **9 de junio de 2010**

Recurso de Casación: **3622/2006**

Ponente: **Don Agustín Puente Prieto**

Voz: **Concesión de nacionalidad por residencia**

«La sentencia recurrida, después de recoger el contenido de la resolución desestimatoria de la petición de nacionalidad, fundada en que, aunque el solicitante lleva más de un año de residencia legal en España, no es una residencia real y efectiva en el año anterior a su solicitud, siendo desconocido por los vecinos, no viviendo en el domicilio indicado y teniendo un negocio en Tetuán, enjuicia la doctrina de esta Sala sobre la residencia legal continuada e inmediatamente anterior a la petición, sobre la base de que dicha exigencia no quiere decir prohibición absoluta de salir del territorio nacional durante ese período, de tal manera que la no presencia física ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento del requisito de residencia continuada, siempre que no se traslade la residencia habitual, y por ende el domicilio, fuera del territorio español, ya que no se puede confundir el concepto de residencia, entendido en sentido técnico jurídico de residencia determinante del domicilio que ha de ser entendida como residencia habitual, con el de presencia física.

Entiende el Tribunal de instancia que la efectividad y continuidad de la residencia deriva de la fijación de domicilio en España y la vinculación al territorio, que no queda desvirtuado por el hecho de que, sin desvincularse de tal relación con el territorio, haya de permanecer en el extranjero por razones de trabajo o estudios.

Analiza a continuación el Tribunal en la sentencia recurrida el caso concreto de autos sobre la base de los informes que obran en las actuaciones, y en lo que se refiere a la petición de nacionalidad del recurrente, de nacionalidad

de origen marroquí y que solicitó la nacionalidad por residencia el 19 de noviembre de 1998, que goza de residencia legal con TFRC desde el 18 de diciembre de 1995, estando empadronado en Ceuta.

Considera la sentencia que la afirmación que efectúa la Administración para denegar la nacionalidad se apoya en informes, todos ellos policiales y contradictorios. Literalmente expresa que “Por un lado, al folio 9 del expediente de la DRGN, obra informe remitido por el Delegado del Gobierno en Ceuta y datado el 21 de enero de 2003 en el que se afirma que no hay residencia efectiva en la Calle (...) de Ceuta pues los vecinos no lo conocen, que el domicilio ha sido visitado en varias ocasiones por la policía local que ha constatado que no vive en el domicilio indicado y que tenía una tienda en Tetuán. Sin embargo el informe del CSID datado el 4 de octubre de 1999 refleja que tiene su residencia en Ceuta donde adquiere mercancías que después vende en su tienda de Marruecos. Este informe venía a cuestionar su integración en la sociedad española por ser sus conocimientos del idioma escasos y por tener sus intereses económicos fuera de nuestro país, extremos estos que ningún caso han sido esgrimidos por la Administración para proceder a la denegación. Por otro lado, de forma inmediata en el tiempo a la solicitud, el Secretario de la Ciudad Autónoma de Ceuta, certifica el 15 de julio de 1998 que, sobre la base de informes de la Policía Local, el recurrente estaba domiciliado en la calle antedicha y que allí convivía con su mujer y tres hijos, hecho corroborado por la DGP a fecha 19 de febrero de 1998”.

Y concluye la sentencia, que “Por tanto, en el año inmediatamente anterior a la solicitud, la residencia del recurrente era legal y no hay base alguna para dudar de la efectividad de la misma en ese plazo temporal ya que el actor nunca ha negado la tenencia de un negocio en Tetuán (Marruecos) negocio que dice que gestionaba por intermedio de un empleado en el lugar y que abandonó sobre el año 2000. Además, los informes negativos de la policía datados temporalmente en el año 2003 se efectúan en relación a un domicilio que ha cambiado, ya que en 2003 el recurrente aparece empadronado en la Calle (...) de Ceuta. Consta igualmente declaraciones por IRPF 2001 y 2002 y su alta en el INEM en demanda de empleo desde 2003”; Y añade la sentencia, que “nada de lo actuado permite afirmar la no efectividad de la residencia. Por tanto ha de concluirse que para el actor, España constituye, sobre la base de la permanencia mantenida en nuestro territorio, el centro de sus relaciones familiares, sociales y económicas”; razón por la cual, estima el recurso contencioso administrativo, anulando la resolución recurrida y reconociendo el derecho a la concesión de la nacionalidad del recurrente.

(...)

Afirma el Sr. Abogado del Estado que de la lectura de los distintos informes tomados en consideración por el Tribunal de instancia, se de-

duce que, pocos meses después de su solicitud y hasta varios años después, la residencia del recurrente en España ya no era efectiva, conclusión ésta que no cabe deducir de los informes considerados por la sentencia recurrida, todos ellos policiales y en que se fundamenta la resolución administrativa recurrida ya que, como la sentencia expresa, no existía base alguna para dudar de la efectividad de la residencia en el término inmediatamente anterior a la solicitud, pues el actor nunca negó la tenencia de un negocio en Tetuán, negocio que dice que gestionaba por intermedio de un empleado en el lugar y que abandonó sobre el año 2000. Además, y según ponen de manifiesto dichos informes, en lo relativo a los de la policía redactados temporalmente en el año 2003, esto se hace en relación a un domicilio que ha cambiado, es decir, el de la Calle (...) de Ceuta, teniendo en cuenta que en 2003 el actor aparece empadronado en la Calle (...) de Ceuta, por lo que carece de relevancia la circunstancia puesta de manifiesto en dichos informes de que la policía no haya podido constatar que viva en el domicilio indicado en aquellos informes de 2003, sin que existan los indicios que dice existir el CSID para afirmar que su auténtica residencia y domicilio se encontraba en Marruecos y no en Ceuta, por el solo hecho de tener un negocio en Tetuán que posteriormente abandonó».

Nacionalidad por residencia: denegación. No justificación suficiente de buena conducta cívica al haber sido condenado el recurrente como autor responsable de un delito de maltrato familiar. Conducta que no resulta compatible con la de un ciudadano medio.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **10 de junio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **995/2008**

Ponente: **Don Fernando de Mateo Menéndez**

Voz: **Denegación de nacionalidad: violencia doméstica**

«El demandante impugna la resolución de 17 de julio de 2008 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, que confirma en reposición la de 25 de febrero de 2008, por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber

justificado suficiente buena conducta cívica al haber sido condenado por Sentencia de 28 de noviembre de 2005 como autor responsable de un delito de maltrato familiar del artículo 153.1 y 3 del Código Penal.

Alega el actor, de nacionalidad ecuatoriana, como fundamento de su pretensión, que cons-

tan en las actuaciones suficientes datos que demuestran una conducta del demandante que se acomoda al comportamiento medio de los ciudadanos españoles. El recurrente reside legalmente en España desde el año 2001, ha cotizado a la Seguridad Social en la fecha de la solicitud de la nacionalidad durante 4 años, 6 meses y 19 días, y tiene dos hijos residiendo con él. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 7 de diciembre de 2005.

(...)

En el supuesto que nos ocupa, se dan circunstancias que nos conducen a considerar que no ha mantenido suficiente buena conducta cívica el actor, como es el haber sido condenado por la anteriormente reseñada Sentencia nueve días antes de la presentación de la solicitud de la nacionalidad, conducta que pone de manifiesto un comportamiento que no resulta compatible con el de un ciudadano medio, sin que tampoco se aprecien la concurrencia de suficientes elementos positivos que revelen una conducta que le hagan merecedor de la nacionalidad española solicitada.

Hay que tener en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 CC), y porque, según la jurisprudencia de nuestra Sala el reconocimiento de la nacionalidad —para el caso, su adquisición por residencia— comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento, se comprenderá por qué, en el caso que nos ocupa, procede denegar la solicitud de concesión de la nacionalidad española, pues la pretendida falta de vigencia de esos antecedentes penales ni policiales del solicitante que quedan consignados más arriba, no impide que el comportamiento demostrado pueda ser valorado a los efectos de determinar si cumple o no el requisito exigido por nuestro Código Civil. Todo ello nos lleva al convencimiento de que no cumple ese requisito —verdaderamente determinante— de la “buena conducta cívica” que exige el artículo 22.4 del Código Civil, cuyo sentido hemos precisado, una vez más, en esta Sentencia nuestra (STS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2004).

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo».

**Nacionalidad: concesión a recurrente de nacionalidad marroquí por buena conducta cívica.
Procedimiento penal sobreseído: carga de la prueba.**

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 15 de junio de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 904/2008

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile

Voz: Concesión de nacionalidad: sobreseimiento de diligencias abiertas por un presunto delito contra la salud pública

«Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 18 de junio de 2008, que desestimó el recurso de reposición formulado en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 20 de febrero de 2008 que le había denegado la concesión de la nacionalidad por no haber “justificado suficientemente la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.4 del Código Civil, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente se dictó contra el interesado orden de búsqueda el 23 de

mayo de 2002 por el Juzgado de Instrucción de Chiclana en relación a las diligencias policiales 1856/2000, habiendo alegado el interesado en trámite de audiencia que dichas diligencias, abiertas por un presunto delito contra la salud pública fueron sobreseídas provisionalmente mediante auto de 1 de diciembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Chiclana de la Frontera, no siendo ni la orden de busca y captura ni el sobreseimiento provisional hechos que acrediten la buena conducta

cívica”. La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

(...)

En el caso que nos ocupa el demandante es natural de Marruecos, nació en 1971, tiene una hija con una ciudadana española, con la que contrajo matrimonio el 13 de agosto de 2004, reside legalmente en España desde 2001, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, ha aportado la declaración del IRPF correspondiente a 2004, no consta el correspondiente informe de vida laboral, si bien figura en el expediente administrativo un contrato de trabajo de abril de 2002, que extendió su vigencia hasta diciembre del mismo año, y otro contrato laboral de enero de 2003, acompañado de una nómina del mismo mes y año.

La solicitud origen de la litis se presentó el 5 de octubre de 2005, habiendo mostrado su parecer favorable a dicha solicitud el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado del Registro Civil.

Ya hemos visto que la denegación de la nacionalidad se basó en no haber justificado el interesado suficientemente buena conducta cívica. A este respecto interesa traer a colación los siguientes hechos. En las últimas horas del 4 de diciembre de 2000 se detectó por la Guardia Civil el desembarco por unos diez individuos de una nave tipo zodiac de un número de bultos en la playa conocida por “pista nueva” del término municipal de Conil de la Frontera. Al llegar la Guardia Civil al lugar de los hechos los individuos habían huido, si bien habían dejado abandonados treinta y tres fardos envueltos en sacos de arpillera, cuyo contenido resultó ser resina de hachís, hallándose también próximo a la droga aprehendida un chaquetón de color verde conteniendo, entre otros efectos, una tarjeta de identidad de nacionalidad suiza a nombre del aquí demandante y con fecha de expedición 19 de noviembre de 1999. La subsiguiente causa penal se dirigió contra este último y el propietario de la embarcación. Al resultar infructuosas las diligencias tendentes a la averiguación del paradero del ahora recurrente, el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Chiclana de la Frontera (diligencias previas 1856/2000) por auto de 11 de abril de 2002

acordó librar requisitorias para el llamamiento y busca del entonces imputado y ahora recurrente, que fue detenido el 5 de diciembre de 2002 en las dependencias de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, donde había acudido al parecer para determinadas gestiones burocráticas, siendo puesto en libertad por el Juzgado de Instrucción n.º 46 de Madrid por providencia de 6 de diciembre de 2002, y prestando declaración ante el Juzgado de Instrucción de Chiclana de la Frontera el 25 de febrero de 2003, donde negó su participación en los hechos que se le imputaban, afirmando además que la tarjeta de identidad a su nombre encontrada no era suya y que la consideraba falsa. El mismo Juzgado de Chiclana acordó por auto de 2 de julio de 2003 continuar la tramitación de las diligencias previas conforme al procedimiento abreviado, cuyo auto fue recurrido en reforma por el hoy demandante, a cuyo recurso se adhirió el Ministerio Fiscal, siendo resuelto por otro auto de 18 de septiembre de 2003, que estimó el mentado recurso y acordó el sobreseimiento provisional respecto del recurrente al amparo del artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “al no existir indicios suficientes para la continuación de la causa contra el imputado”. El 30 de septiembre de 2003 se trasladó el procedimiento al Ministerio Fiscal para que informara sobre la continuación respecto del otro imputado, dictándose en 1 de diciembre de 2003 un auto de sobreseimiento provisional de la causa por falta de autor conocido, en cuyo auto se puede leer lo siguiente en su fundamentación jurídica: “En el presente caso son dos los imputados, el dueño de la embarcación en la que aparecieron los fardos de droga y la persona que aparece como titular de una carta de identidad de la que ni siquiera consta su autenticidad, pero es que aunque esta constara esa circunstancia sería insuficiente para incriminar a su titular en el delito que aquí se enjuicia, proseguiría la instrucción, se llevarían a cabo diligencias que serían a todas luces insuficientes para formular acusación o para mantenerla ante el Órgano Enjuiciador. Procede por tanto, conforme al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordar el sobreseimiento provisional de las presentes actuaciones”. Quizá no resulte ocioso dejar constancia, por último, del dato de que en 24 de marzo de

2002 el hoy demandante presentó en Madrid una denuncia como víctima de una agresión en la que indicó el domicilio de Avd. Monforte de Lemos, (...), de Madrid, siendo así que consta en el expediente administrativo un oficio de 30 de enero de 2002 en que la policía comunica al Juzgado que las gestiones para la averiguación del domicilio del recurrente habían resultado infructuosas al haberse ausentado el interesado de este último domicilio, por lo que se ignoraba su paradero.

Es de notar que el relato de los antecedentes que acabamos de hacer se desprende de la documentación relativa a las actuaciones policiales y judiciales que aportó el demandante en la previa vía administrativa al interponer el recurso

de reposición cuya desestimación constituye el objeto del actual proceso.

La demanda rectora del actual proceso expone con detalle las circunstancias concurrentes en el presente caso, subraya la ignorancia por el interesado de la existencia del procedimiento penal que contra el mismo se seguía antes de su detención, cita la jurisprudencia que considera de utilidad y 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.

Pues bien, ya en este punto podemos adelantar la suerte estimatoria que nos merece el actual recurso».

Nacionalidad: no concesión. Ausencia de buena conducta cívica. Trayectoria personal del interesado, que fue condenado como autor responsable de dos delitos de robo con violencia y le consta una denuncia por unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional

Fecha: 15 de junio de 2010

Recurso Contencioso-Administrativo: 1021/2008

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile

Voz: Denegación de nacionalidad: denuncia por hechos delictivos

«Se impugna la resolución de 16 de junio de 2008 del Ministerio de Justicia, que denegó la concesión de la nacionalidad a la hoy parte actora por no haber “justificado suficientemente buena conducta cívica ya que según consta en la documentación que obra en el expediente fue condenado en sentencia de fecha 14 de marzo de 2005 como autor responsable de dos delitos de robo con violencia. Asimismo, le consta una denuncia por unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual cometido en fecha 6 de mayo de 2005, cuyo archivo no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante. Además tiene pendiente un juicio en el Juzgado de Instrucción n.º 8 de Alcobendas-SS de los Reyes en el que se tramitan actuaciones en virtud de denuncia interpuesta en la Comisaría de Policía el 13 de noviembre de 2007, sobre lesiones en el ámbito familiar”. La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

(...)

El recurrente es natural de Ecuador, nació el 11 de enero de 1989, está soltero, según el informe policial de 20 de noviembre de 2006 obrante en el expediente está en paro y depende económicamente de su padre, figura en el expediente un certificado de un Instituto de Educación Secundaria fechado en 2 de mayo de 2006 en el que se afirma que el aquí recurrente “se encuentra matriculado en este Centro en el presente curso lectivo 2005/06, asistiendo muy poco a clases en el Aula”, no consta informe alguno de vida laboral del interesado, que reside legalmente en España desde 2003, figurando inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Alcobendas.

La solicitud de nacionalidad se presentó el 29 de mayo de 2006, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez Encargado del Registro.

Amén de las circunstancias que hemos consignado más atrás, la sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Madrid de 14 de marzo de 2005 declaró al ahora demandante autor responsable —por hechos cometidos en diciembre de 2004— de dos delitos de robo con violencia previstos y penados en los artículos 237 y 242.1 del Código Penal, imponiéndole la medida de internamiento en régimen semiabierto durante seis meses, seguido de seis meses en régimen de libertad vigilada. Consta también en la Fiscalía de Menores de Madrid que el recurrente fue denunciado por unos hechos constitutivos de un delito de agresión sexual cometido en 6 de mayo de 2005, si bien la causa seguida por tales hechos fue archivada al amparo del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por último, en la data de la resolución combatida tenía pendiente de juicio un procedimiento incoado a raíz de una denuncia presentada en la Comisaría de Alcobendas-SS de los Reyes el 13 de noviembre de 2007 sobre lesiones en el ámbito familiar.

(...)

Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la inexistencia o cancelación

de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, siendo así que en el caso que nos ocupa los antecedentes del recurrente que hemos detallado más atrás reflejan una trayectoria personal que por sí misma resulta incompatible con las exigencias del requisito legal de la buena conducta cívica, debiendo subrayarse la cercanía con la fecha de la solicitud de la nacionalidad y gravedad de los hechos por los que fue condenado en la sentencia de 14 de marzo de 2005, así como el juicio pendiente por lesiones en el ámbito familiar, de donde que, en definitiva, proceda la desestimación del recurso al aparecer conforme a Derecho la resolución puesta en tela de juicio».

La sentencia recurrida rechazó por injustificada la razón dada por la Administración para denegar la solicitud de concesión de nacionalidad española formulada por el interesado al entender que no concurría en él el requisito de la buena conducta cívica ya que fue detenido y juzgado por un delito contra la salud pública, sin que su posterior absolución implique que el cumplimiento de dicho requisito haya quedado acreditado.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo

Fecha: 22 de junio de 2010

Recurso de Casación: 3598/2007

Ponente: Don Luis M.ª Díez-Picazo Jiménez

Voz: Nacionalidad por residencia. Denegación. Mala conducta cívica

«El asunto tiene su origen en la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia, presentada en su día por don Cirilo, de origen marroquí y residente en la isla de Tenerife. Su solicitud fue denegada por resolución del Ministerio de Justicia de 12 de enero de 2005, con base en la siguiente motivación: “Según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 27 de marzo de 1998 por presunto delito contra la

salud pública (drogas). La absolución del acusado en la sentencia de 30 de octubre de 1998 no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante. Son hechos probados que, tanto en el centro comercial, que era propiedad de su hermano, como en el domicilio de ambos, se intervinieron: cocaína, hachís, pastillas así como instrumentos varios relacionados con drogas”.

Disconforme con ello, acudió el solicitante a la vía jurisdiccional. La sentencia impugnada estima su demanda y, anulando la resolución del Ministerio de Justicia de 12 de enero de 2005, declara su derecho a la nacionalidad española. Observa el tribunal *a quo* que la existencia de actuaciones penales, de uno u otro signo, no es por sí sola razón para tener por no acreditado el requisito de la buena conducta cívica, exigido por el artículo 22.4 CC; y añade que no constan otros datos que permitan tachar de incívica la actitud del solicitante, el cual, sin embargo, está bien integrado en la sociedad española. Todo ello sirve de fundamento para hacer un pronunciamiento estimatorio.

(...) Señala el Abogado del Estado que la ausencia de responsabilidad penal no implica necesariamente buena conducta cívica, ya que el artículo 22.4 CC requiere algo más que el simple hecho de no haber delinquido; señala que el hecho de haber sido encontrada droga en la vivienda del solicitante es significativo a la hora de valorar su comportamiento ciudadano; y señala, en fin, que las otras circunstancias tenidas en cuenta por la sentencia impugnada, relativas a la integración en la sociedad española, son ajenas al requisito de la buena conducta cívica.

Conviene indicar que don Cirilo no se ha personado como parte recurrida en este recurso de casación ni, por tanto, ha formulado oposición al mismo.

Con independencia de que se puedan compartir algunos de los razonamientos del Abogado del Estado —como son los atinentes a la inexistencia de una relación necesaria entre ausencia de responsabilidad penal y buena conducta cívica, o la irrelevancia del grado de integración en la sociedad española para valorar la buena conducta cívica—, la verdad es que el único motivo de este recurso de casación no puede prosperar. Como se dejó apuntado más arriba, la razón dada por la Administración para denegar la solicitud don Cirilo es que no concurría en él el requisito de la buena conducta cívica ya que fue detenido y juzgado por un delito contra la salud pública, sin que su posterior absolución implique que el cumplimiento de dicho requisito haya quedado acreditado. Dado que ésta es la única razón por la que la Administración consideró incumplido el requisito de la buena conducta cívica, razón que la sentencia impugnada reputa injustificada, lo que no puede hacer ahora el Abogado del Estado es aducir otras razones, aun cuando pudiesen estar bien fundadas, por las que debe considerarse incumplido el requisito de la buena conducta cívica. Incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre la solicitud, dar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, debiendo limitarse luego la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dadas las razones en que se apoya, es o no ajustada a derecho».

Resolución del Ministerio del Interior que deniega el Estatuto de Apátrida a un ciudadano saharauí refugiado en Argel. Condición de apátrida: sólo procede de la persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación. Posesión de pasaporte argelino: no consiste en la concesión de la nacionalidad, sino en un documento emitido con la finalidad de facilitar la salida del país de los refugiados. Concepto de nacionalidad. Otorgamiento de la nacionalidad: requiere el cumplimiento de unos requisitos previa solicitud y posterior y voluntaria aceptación.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **12 de julio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **664/2008**

Ponente: **Don José Luis Sánchez Díaz**

Voz: **Ciudadano saharauí refugiado en Argel. Estatuto de apátrida: nacionalidad**

«Señala que residió y estudió en Argelia durante un periodo de 9 años, concretamente en el campo

de refugiados del Tinduf; que nació en el Sahara Occidental el 12 de abril de 1981, teniendo la

condición de refugiado bajo la protección de Argelia y que ha solicitado el Estatuto de Apátrida para mejorar el nivel de vida; pretensión de reconocimiento de apatridia que reitera en el suplico de la demanda; que las autoridades argelinas no le han considerado nacional de este país; que Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna, expresa ni tácita, tendente al reconocimiento y otorgamiento de la nacionalidad. La documentación facilitada por Argelia a los saharauis refugiados en su territorio tiene por finalidad poder salir por vía aérea y desplazarse a países que, como España, no tienen reconocida, como país, a la República Saharaui Democrática. Esto es diferente de la concesión de nacionalidad.

(...)

Planteado el tema en estos términos está acreditado que Santos no es de nacionalidad argelina y que el pasaporte que le fue expedido por este país lo fue por razones humanitarias.

(...)

Además sobre una situación igual a la examinada ha establecido lo siguiente en sentencias recientes entre las que cabe citar la STS de fecha 19 de diciembre de 2008, en la que se recoge la doctrina expuesta en las SSTS de 20 de noviembre de 2007 y 18 de julio de 2008, todas ellas en supuestos en los que la Administración basó la denegación del estatuto de apátrida, en dos razones: que el solicitante ya recibía protección de un organismo de las Naciones Unidas y que Argelia concede pasaportes a los saharauis. Razones que han sido consideradas insuficientes en dichas sentencias.

Se dice en las referidas sentencias:

“(...) Argelia nunca ha efectuado manifestación alguna —expresa ni tácita— tendente al reconocimiento u otorgamiento de la nacionalidad argelina a los saharauis que, como refugiados, residen en los campamentos de Tinduff.

Lo acontecido con la recurrente —y con otros saharauis en condiciones similares— es que Argelia, por razones humanitarias, documenta a los saharauis refugiados en su territorio —en concreto, en el desierto cercano a Tinduff— con la finalidad de poder salir por vía aérea a países que —como España— no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática; documentación consistente

en la emisión de pasaporte al que el Consulado Español en Argel acompaña el correspondiente visado. Mas, con tal actuación, en modo alguno se está procediendo al reconocimiento de la nacionalidad argelina por los saharauis, la cual, por otra parte, como ocurre con el Reino de Marruecos, tampoco es solicitada o deseada por los mismos. No se trata, pues, del otorgamiento del vínculo de la nacionalidad, sino de una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresada finalidad humanitaria de poder desplazarse para —como en este caso aconteció— poder recibir atención médica. Por ello, la exigencia, tanto del Ministerio de Interior como de la sentencia de instancia, de tener que recurrir a las vías administrativas y judiciales argelinas para obtener la renovación del pasaporte concedido en los términos expresados, en modo alguno resulta aceptable, cuando consta acreditado que el Consulado de Argelia en Madrid se niega a la mencionada prórroga —por carecer los solicitantes de nacionalidad argelina— remitiéndolos a la Oficina de la RASD en España que, al no estar reconocida por España, carece de la posibilidad de emitir pasaportes o renovarlos a quienes —como la recurrente— devienen indocumentados en España por la expiración del pasaporte con el que entraron en nuestro país.

Resulta conveniente distinguir dos situaciones diferentes: la una es la que —como en el supuesto de autos acontece— consiste en proceder a documentar a quien por diversos motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación; y otra, diferente, la concesión de la nacionalidad de un país. La primera cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica una relación de dependencia con el Estado documentante; la segunda, el otorgamiento de la nacionalidad, por el contrario, exige el cumplimiento de una serie de requisitos previstos por la legislación interna del país que la otorga, e implica su previa solicitud y su posterior y voluntaria aceptación —que se plasma en la aceptación o el juramento del texto constitucional del país—, surgiendo con el nuevo país un vínculo jurídico de derechos y obligaciones que la nacionalidad implica y representa. La nacionalidad no originaria implica, pues, la aceptación —por supuesto, voluntaria— de un nuevo status jurídico

si se cumplen las condiciones legales previstas internamente por cada país, mas, en modo alguno, la nacionalidad puede venir determinada por la imposición, por parte de un país, con el que se mantienen determinados vínculos —por variados motivos— en relación con quien no desea dicha nacionalidad, por no concurrir un sustrato fáctico entre ambos que permita la imposición de la relación jurídica configuradora de la citada relación.

La nacionalidad, pues, es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; mas todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación.

En consecuencia, desde la perspectiva argelina, y de conformidad con la Convención de Nueva York, la recurrente no puede ser “considerada —por parte de Argelia— como nacional suyo,... conforme a su legislación”.

(...)

Como ya conocemos la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU núm. 690 (de 24 de abril de 1991), por la que se creó —por unanimidad— la Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sahara Occidental (MINURSO) en modo alguno reconoce a la recurrente la protección y asistencia exigida por la excepción convencional de precedente cita; si se observan los objetivos de la misma se podrá comprobar que tal Misión está dirigida a “supervisar” el cese del fuego entre el Reino de Marruecos y los saharauis; a “verificar” la reducción de tropas de Marruecos en el territorio del Sahara; a “supervisar” la restricción de tropas marroquíes y saharauis a

lugares señalados; a “supervisar” el intercambio de prisioneros de guerra; a “hacer efectivo” el programa de repatriación; a “identificar y registrar” las personas con derecho a voto; así como a “organizar y asegurar” la celebración de un referéndum libre y justo, dando a conocer los resultados.

Por tanto, los seis primeros cometidos se relacionan con una situación bélica, que se trata de evitar o minimizar en sus efectos y consecuencias, y, los dos últimos se relacionan con la celebración de un referéndum, cuya espera dura ya dieciséis años desde que se creara la MINURSO. No parece, pues, que con tan específicas competencias la citada Misión pueda otorgar a los saharauis la protección y asistencia que la Convención requiere para excluir a los mismos de su pase a la situación de apatridia. Escasa protección y asistencia puede deducirse de tal Misión por parte de quienes —desde hace más de treinta años— viven como refugiados en el desierto de una país vecino, y sin que el ordenado referéndum se haya celebrado tras los citados dieciséis años de espera. En todo caso, si descendemos al caso concreto, tal supuesta protección y asistencia sería predicable en relación con quienes se mantienen como refugiados en Argel, mas sin que los efectos de la MINURSO, limitada a los ámbitos expresados, abarque a quienes, como la recurrente residen, en España.

Como hemos dicho, las consideraciones expuestas en estas sentencias, que acabamos de transcribir, resultan plenamente aplicables al caso aquí examinado, por lo que, en definitiva, procede estimar el recurso de casación y, revocando la sentencia de instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo en el sentido de reconocer el derecho del recurrente al reconocimiento del estatuto de apátrida».

Nacionalidad por residencia: ausencia de buena conducta cívica. No concurre si el solicitante ha sido condenado por delito contra la seguridad del tráfico en fecha relativamente alejada en el tiempo en relación con su solicitud, pero no aduce ni acredita datos o elementos positivos en punto a su efectiva integración en la sociedad española.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **21 de julio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **580/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Nacionalidad por residencia. Denegación: ausencia buena conducta cívica**

«1. Con fecha 25 de noviembre de 2005 el ciudadano peruano don Jesús Miguel solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia, alegando fundamentalmente lo siguiente: a) Que reside legalmente en España desde 1992; b) Que carece de antecedentes penales; c) Que está soltero y tiene una hija; d) Que cuenta con medios de vida suficientes (percibe un subsidio por incapacidad temporal por importe de 12,52 euros diarios reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social).

2. Tramitado el correspondiente procedimiento administrativo, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 15 de octubre de 2007 denegó la nacionalidad solicitada por no acreditar el requisito de la buena conducta cívica al haber sido condenado por un delito contra la seguridad del tráfico (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas). Recurrida en reposición dicha decisión denegatoria, la resolución de 17 de marzo de 2008 desestimó el recurso.

3. Frente a tal resolución se ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo, en el que el interesado cuestiona la legalidad de la misma alegando, en síntesis, lo siguiente: a) Que el hecho que dio lugar a la condena penal debe reputarse aislado y que los antecedentes penales estaban cancelados cuando se interesó la concesión de la nacionalidad; b) Que los hechos por los que fue condenado están muy alejados en el tiempo, pues se produjeron en el año 1999; c) Que tiene la condición de residente legal y ha observado una conducta intachable desde el punto de vista laboral, fiscal y social.

4. En su escrito de contestación a la demanda señala el Abogado del Estado que la existencia de la condena penal impide tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

(...)

Consta en el expediente que el recurrente fue condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid de fecha 14 de julio de 2000 como autor de un delito contra la seguri-

dad del tráfico (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o análogas) a la pena de un año y seis meses de privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores.

El Tribunal Supremo ha declarado en sentencias de 24 de mayo de 2004 (recurso núm. 1862/2000) y de 15 de febrero (recurso núm. 3756/2002) y 5 de diciembre (recurso núm. 4330/2004) de 2007 que “la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código civil llama buena conducta cívica”, añadiendo que “la penalística habla de desviación (*deviation*) y de comportamiento o conducta desviada (*deviant behavior*) para designar una amplia gama de fenómenos sociales problemáticos, entre ellos el delito. Y es el caso que el comportamiento por el que fue condenado el solicitante se halla incluido entre aquellos que nuestro sistema penal ha seleccionado como un comportamiento delictivo. Quiere decir esto que —conforme a las convicciones de nuestro tiempo— la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica. Es un hecho notorio que los accidentes de tráfico, en un porcentaje altísimo, tienen su origen en la contaminación ética del conductor. Y por ello, no puede negarse, por más tolerante que se quiera ser, que la selección como delictiva del comportamiento de que se trata responde a esa convicción generalizada de que hay dañosidad social en ese tipo de comportamientos. No estamos, pues, ante un tipo de comportamiento meramente discrepante, disidente o marginal respecto a las pautas e intereses de grupos dominantes, sino ante un problema que ocupa y preocupa a todos los Gobiernos, cualesquiera que sea la ideología que inspire su gestión”.

El hecho de que la pena haya sido cumplida y que los hechos estén relativamente alejados en el tiempo en relación con la solicitud de nacionalidad no impide que tal conducta pueda ser valorada para apreciar si procede conceder o denegar la nacionalidad española, en cuanto no se trata de la imposición de una sanción.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 del Código civil) y dado que, según la jurisprudencia de nuestra Sala, el reconocimiento de la nacionalidad comprende aspectos que trascienden el orden penal, en razón al plus que confiere su otorgamiento, se entenderá por qué, en el caso que nos ocupa, procede denegar la solicitud de la nacionalidad española en atención a la conducta personal desplegada por el recurrente, que llevan al convencimiento de que no cumple ese requisito —verdaderamente determinante— de la “buena conducta cívica” que exige el citado artículo 22.4 del Código civil.

Por lo demás, tampoco el interesado ha acreditado la concurrencia de datos, elementos o circunstancias positivas que permita enervar la conclusión expuesta más arriba. Tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, el demandante se ha limitado a constatar su residencia legal en España por el tiempo que consta en el expediente y la percepción de un subsidio por incapacidad temporal, sin aportar dato alguno que revele su efectiva integración social, laboral y personal en nuestro país ni el relevante grado de integración en la sociedad española que la concesión de la nacionalidad española exige».

Nacionalidad por residencia: denegación. Buena conducta cívica: no concurre si el solicitante ha sido condenado por falta de malos tratos y no constan elementos positivos que acrediten efectiva y relevantemente su integración en la sociedad española.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **21 de julio de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **588/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Nacionalidad por residencia. Denegación: buena conducta cívica.**

Ausencia de acreditación

«Como se sigue del expediente administrativo, el recurrente fue condenado en sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Madrid de 7 de febrero de 2002, por una falta de malos tratos a la pena de arresto de dos fines de semana, sentencia que fue declarada firme el 1 de abril de 2002, suspendiéndose el cumplimiento de la condena por tiempo de seis meses con fecha 17 de mayo de 2002. La condena por la referida falta debe conducirnos a no reputar cumplimentado el presupuesto de la buena conducta cívica, conclusión que no obsta para que en el futuro, y acreditada su buena conducta, pueda solicitar de nuevo la nacionalidad.

Frente a ello no puede aducirse con éxito que se trata de un hecho aislado y que ha cumplido con las sanciones impuestas en la sentencia. La indicada sentencia penal condenatoria pone de manifiesto, *per se*, la inexistencia de buena conducta cívica. A ello cabría añadir que la falta en cuestión resulta particularmente reprochable y que el interesado no ha aportado a los autos el

procedimiento penal correspondiente, limitándose a incorporar una certificación del Secretario Judicial en la que se constatan las vicisitudes del proceso y un auto de 31 de enero de 2008 de remisión definitiva de la pena impuesta.

(...)

Por lo demás, tampoco el interesado ha acreditado la concurrencia de datos, elementos o circunstancias positivas que permita enervar la conclusión expuesta más arriba. Tanto en vía administrativa como en sede jurisdiccional, el demandante se ha limitado a constatar su residencia legal en España por el tiempo que consta en el expediente y su empadronamiento en Madrid, aportando exclusivamente copia de un contrato de trabajo de 8 de junio de 2004 y tres nóminas (de julio, agosto y septiembre de 2005), sin aportar dato alguno que revele su efectiva integración social, laboral y personal en nuestro país ni el relevante grado de integración en la sociedad española que la concesión de la nacionalidad española exige».

Nacionalidad: denegación. Insuficiente grado de integración en la sociedad española derivado del escaso conocimiento del idioma español. La carga de acreditar tal conocimiento corresponde al interesado. Existencia de un informe contrario del encargado del Registro Civil no desvirtuado.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **8 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **598/2008**

Ponente: **Don Jesús Cudero Blas**

Voz: **Nacionalidad: denegación. Integración escasa**

«1. Con fecha 23 de mayo de 2001 el ciudadano brasileño don Javier, domiciliado en la localidad de Los Corrales (Sevilla), solicitó la concesión de la nacionalidad española por residencia, alegando fundamentalmente lo siguiente: a) Que reside legalmente en España desde el 5 de abril de 1995; b) Que carece de antecedentes penales; c) Que está plenamente identificado con los usos y costumbres de nuestro país; d) Que se compromete, en su día, a prestar los juramentos de fidelidad al Rey y de obediencia a las leyes españolas.

2. El mismo 23 de mayo de 2001 el Encargado del Registro Civil de Osuna (Sevilla), tras la audiencia reservada del interesado, constata que “el solicitante habla con bastante dificultad el idioma español, tiene igualmente dificultad para entenderlo y no sabe escribirlo”. Realizada con fecha 25 de febrero de 2003 nueva comparecencia ante el Encargado del Registro Civil, a requerimiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se señala en la misma por dicha autoridad que “el peticionario habla sólo un poquito de español, pero lo comprende bien”, añadiendo que “escribir sólo sabe un poco” y que “lee perfectamente el idioma español”.

3. Las resoluciones impugnadas denegaron la nacionalidad solicitada por no acreditar un suficiente grado de integración en la sociedad española.

(...)

Las resoluciones impugnadas, como se ha visto, se fundamentan en que el solicitante no está integrado de manera suficiente en la socie-

dad española, ya que el desconocimiento del idioma oficial, por lo menos a nivel de expresión oral y escrita, aunque no sea el único elemento a considerar, pone de manifiesto que su vinculación con el entorno socio-cultural apenas se ha producido.

El conocimiento del idioma oficial, configurado como una obligación para todos los españoles por el artículo 3.1 de la Constitución, constituye, obvio es decirlo, un elemento de gran importancia para determinar el grado de integración y adaptación a la cultura y formas de vida españolas que se exige por el artículo 22.4 del Código Civil y debe ser acreditado por el solicitante por cualquier medio de prueba, como hemos visto, sin que en el presente proceso se hayan desvirtuado los informes y apreciaciones contrarios a la concurrencia de este requisito.

Consta, en efecto, que tras una segunda comparecencia del interesado ante el Encargado del Registro Civil competente, éste constató que el hoy demandante sólo habla “un poquito” el idioma español y que, aunque lo comprende bien y es capaz de entender lo que lee en dicho idioma, “sólo sabe escribir un poco en el mismo”.

Para despejar cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto, la Sala acordó —mediante providencia de 27 de abril de 2010— citar al solicitante para verificar —a presencia del Ponente— el conocimiento exacto de la lengua española. Citado en legal forma el Sr. Javier hasta en dos ocasiones, el mismo no compareció sin alegar justa causa que se lo impidiera.

Ha de entenderse, por tanto, que la propia parte actora —a quien incumbía la carga

de acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención de la nacionalidad española tal y como aparecen configurados legalmente— no ha probado en modo alguno la concurrencia de aquellas circunstancias; es más, puede afirmarse que ha sido su propio comportamiento procesal (desconociendo las citaciones realizadas a dichos efectos por este órgano judicial) el que ha impedido a la Sala constatar si, efectivamente y tal como genéricamente aduce en su demanda, cuenta con un conocimiento suficiente del idioma.

En definitiva, los datos que constan en las actuaciones (especialmente las comparecencias ante el Encargado del Registro Civil competente) ponen de manifiesto un deficiente conocimiento del idioma español (pues sólo lo habla “un poquito” y lo escribe con dificultad), sin que el interesado haya aportado medio de prueba alguno que desvirtúe el contenido de los documentos que así lo constatan y sin que ni siquiera haya comparecido ante esta Sala —pese a haber sido citado en forma en dos ocasiones— para tratar de enervar aquellos datos».

Nacionalidad por residencia: denegación. Falta de residencia legal y continuada: el tiempo de residencia de diez años no se había cumplido con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición. Buena conducta cívica: no justificación, por la existencia de antecedentes como autor de inmigración clandestina de mano de obra y por estafa.

Tribunal: **Sentencia de la Audiencia Nacional**

Fecha: **9 de septiembre de 2010**

Recurso Contencioso-Administrativo: **12/2009**

Ponente: **Don Fernando de Mateo Menéndez**

Voz: **Nacionalidad por residencia. Denegación. Buena conducta cívica: ausencia**

«El demandante impugna la resolución de 1 de septiembre de 2008 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se le denegó la concesión de nacionalidad por residencia por los tres motivos siguientes: a) que el tiempo de residencia de diez años no se había cumplido con continuidad en el tiempo inmediatamente anterior a la petición. De acuerdo con el informe de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil de 12 de abril de 2007, tiene ausencias de entre 3 y 6 meses y él mismo afirma estar casado y que su mujer reside en Pakistán, por lo que no aparece suficientemente justificada su residencia habitual en territorio español; b) que no ha justificado buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fechas 21 de abril de 1998, como autor de inmigración clandestina de mano de obra, y de 20 de junio de 2001, por estafa, sin que haya aportado documentación alguna en su descargo en la fase de alegaciones, y c) que no ha justificado grado de integración en la sociedad española, requisito contemplado en el artículo

22.4 del Código Civil, ya que según informe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Toledo y Auto de la Juez Encargada del Registro Civil de Orgaz (Toledo), ambos fechados en abril de 2005 y no refutados en la audiencia al solicitante de 20 de febrero de 2008, no conoce suficientemente el idioma español.

Alega el actor, nacido en Pakistán, como fundamento de su pretensión, que ha tenido permiso de residencia desde el 5 de julio de 1994, procediéndose a sucesivas renovaciones hasta obtener el permiso permanente con fecha 16 de mayo de 2000. Por otro lado, ha tenido buena conducta cívica, careciendo de antecedentes penales. Finalmente, se encuentra integrado en la sociedad española. Consta que a fecha 8 de marzo de 2005 el actor ha estado de alta en la Seguridad Social 6 años, 2 meses y 13 días. La petición de solicitud se presentó el 7 de octubre de 2004.

(...)

Según la Administración el demandante no ha justificado buena conducta cívica, ya que, según consta en la documentación que obra en el

expediente, aquel tiene antecedentes de fechas 21 de abril de 1998, como autor de inmigración clandestina de mano de obra, y de 20 de junio de 2001, por estafa, sin que haya aportado documentación alguna en su descargo en la fase de alegaciones.

(...)

En el caso que nos ocupa, el actor se limita a decir en la demanda que no ha sido condenado y que durante el tiempo de residencia en España ha observado buena conducta, constando en el expediente que en la segunda comparencia ante la Juez Encargada del Registro Civil de Orgaz (Toledo) aquel alegó que estuvo detenido por los delitos de inmigración clandestina de mano de obra

y de estafa, pero cree que están archivados, que le dejaron libre de cargos, y le consta que a otros inculcados les han concedido la nacionalidad. Que el procedimiento se llevó en Toledo, y que no tiene ningún papel de los juicios que tuvo.

Así las cosas, en virtud de lo expuesto no se ha aportado justificación de elementos o datos de signo positivo reveladores de la referida buena conducta, por lo que procede confirmar la resolución denegatoria de la concesión de la nacionalidad, sin que resulte necesario entrar a analizar los otros motivos de denegación de la nacionalidad.

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo».

RÉGIMEN COMUNITARIO

Maternidad: petición de decisión prejudicial sobre interpretación del Acuerdo Marco sobre el permiso parental. Funcionaria del Ministerio de Economía griego que solicita un segundo permiso parental remunerado por el nacimiento de gemelos. Respeto al principio de igualdad de trato. El nacimiento de gemelos no genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido pero sí implica la necesidad de que el legislador nacional garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga en cuenta sus necesidades específicas.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **16 de septiembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-149/10**

Ponente: **Sr. Berger**

Voz: **Permiso parental remunerado por el nacimiento de gemelos**

«La Sra. Chatzi, demandante en el litigio principal, está adscrita como funcionaria al centro tributario n.º 1 de Tesalónica (Grecia).

El 21 de mayo de 2007 dio a luz gemelos.

A instancia de la demandante, el director del centro tributario n.º 1 de Tesalónica le concedió, mediante decisión de 27 de junio de 2008, un permiso parental remunerado de nueve meses a partir del 20 de septiembre de 2007.

Posteriormente, el 30 de enero de 2009, la demandante solicitó un segundo permiso parental remunerado de nueve meses a partir del 1 de marzo de 2009, por el segundo de sus hijos gemelos. Dicha solicitud le fue denegada mediante

decisión de 14 de mayo de 2009 del director del centro tributario n.º 1 de Tesalónica.

La Sra. Chatzi interpuso un recurso contra esa decisión ante el Dioikitiko Efeteio Thessalonikis (Tribunal administrativo de apelación de Tesalónica).

El órgano jurisdiccional remitente señala que el Symvoulío tis Epikrateias (Consejo de Estado) se pronunció en 2008 en el sentido de que el embarazo múltiple de una funcionaria no genera derecho a tantos permisos parentales como hijos nazcan.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente tiene dudas sobre la interpretación que

debe darse a la Directiva 96/34 a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”), que es jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa.

En esas circunstancias, el Dioikitiko Efteio Thessalonikis decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1. ¿Es posible considerar que la cláusula 2, apartado 1, del [Acuerdo marco], interpretado conjuntamente con el artículo 24 de la Carta [...], relativo a los derechos del niño, y a la luz del elevado grado de protección de estos derechos establecido por la [...] Carta, también genera paralelamente un derecho al permiso parental para el niño, de manera que la concesión de un único permiso parental en el supuesto de nacimiento de gemelos constituye una infracción del artículo 21 de la Carta [...] por discriminación basada en el nacimiento y la limitación del derecho de los gemelos no es compatible con el principio de proporcionalidad?

2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿ha de interpretarse el término ‘nacimiento’ que figura en la cláusula 2, apartado 1, del [Acuerdo marco] en el sentido de que genera un doble derecho a la concesión de permiso parental a los progenitores trabajadores, basándose en que la gestación de gemelos da lugar a dos nacimientos sucesivos (gemelos), o en el sentido de que el permiso parental se concede por el hecho del nacimiento, con independencia

del número de niños que nazcan en él, sin que en el último supuesto se vulnere el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 20 de la Carta?”.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1. La cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 y que figura en el anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, no puede interpretarse en el sentido de que confiere al hijo un derecho individual al permiso parental.

2. La cláusula 2, apartado 1, de dicho Acuerdo marco no debe interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido. No obstante, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato, esa cláusula obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación en el Estado miembro de que se trate, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas. Corresponde al juez nacional verificar si la normativa interna responde a esa exigencia y, en su caso, interpretar la normativa interna, en la medida de lo posible, de modo conforme con el Derecho de la Unión».

Denegación del derecho de paternidad a un progenitor español por ostentar su esposa, y madre del niño, la condición de trabajadora por cuenta propia. Oposición de esta normativa a una medida nacional como la cuestionada que prevé que las mujeres, madres de un niño y trabajadoras por cuenta ajena, puedan disfrutar de un permiso durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento, mientras que los padres de un niño y trabajadores por cuenta ajena sólo pueden disfrutar del referido permiso cuando la madre también es trabajadora por cuenta ajena.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **30 de septiembre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-104/09**

Ponente: **Sr. Lindh**

**Voz: Denegación del derecho de paternidad a un progenitor español:
(artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)**

«El Sr. Roca Álvarez presta servicios como trabajador por cuenta ajena para la empresa Sesa Start España ETT, S.A., desde el mes de julio de 2004. El 7 de marzo de 2005 solicitó a su empresario que le fuera reconocido el derecho al permiso previsto por el artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores respecto al período comprendido entre el 4 de enero y el 5 de octubre de 2005. Ese permiso le fue denegado debido a que la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez no era trabajadora por cuenta ajena sino por cuenta propia. Pues bien, la actividad laboral por cuenta ajena de la madre era supuestamente un requisito imprescindible para disfrutar del referido permiso.

El Sr. Roca Álvarez interpuso una demanda contra la decisión de su empresario ante el Juzgado de lo Social n.º 4 de A Coruña. Dicho órgano jurisdiccional consideró que, como quiera que el permiso pretendido está reservado a las «trabajadoras», se concede exclusivamente a las madres. Por otra parte, ese derecho al permiso beneficia a la madre que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena, condición que no concurre en la madre del hijo del Sr. Roca Álvarez. En consecuencia, se desestimó la demanda de éste.

El Sr. Roca Álvarez interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Dicho órgano jurisdiccional considera que la normativa nacional ha sido correctamente interpretada. No obstante, observa que el permiso previsto por dicha normativa se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural, de modo que puede ser considerado como un mero tiempo de cuidado del hijo. Señala también que existe otro mecanismo de protección de la trabajadora por cuenta ajena en caso de “riesgo durante la lactancia natural”. Expone además que la normativa de que se trata admite en la actualidad el uso o disfrute indistinto de ese permiso por el padre o la madre, pero sólo en el caso de que “ambos trabajen” y que, por tanto, únicamente en el caso de que la madre sea trabajadora por cuenta ajena, y por esa condición sea titular

del derecho al permiso de lactancia, el padre podría disfrutar de éste en lugar de la madre.

El órgano jurisdiccional remitente se pregunta si ese derecho al permiso debería concederse tanto a los hombres como a las mujeres, y si el hecho de reservarlo a las mujeres trabajadoras por cuenta ajena y a los padres de sus hijos es una medida discriminatoria contraria al principio de igualdad de trato y a la Directiva 76/207.

El órgano jurisdiccional remitente considera además que el permiso previsto en el artículo 37, apartado 4, del Estatuto de los Trabajadores constituye antes bien un “permiso parental” en el sentido de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L 145, p. 4).

En esas circunstancias el Tribunal Superior de Justicia de Galicia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Vulnera el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por el artículo 13 del Tratado y en la Directiva 76/207 [...] y en la Directiva 2002/73 [...], una Ley nacional (en concreto el artículo 37.4.º del Estatuto de los Trabajadores) que reconoce la titularidad del derecho a un permiso retribuido de lactancia exclusivamente a las madres que trabajan por cuenta ajena, consistente en una reducción de jornada de media hora o bien una ausencia del trabajo de una hora que puede ser dividida en dos fracciones, de carácter voluntario y retribuido a cargo del empresario y hasta que el niño/a cumple la edad de nueve meses y no se concede, por el contrario, dicha titularidad a los padres que trabajan por cuenta ajena?”.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y

mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un

permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena».

Desplazamiento de trabajadores: restricciones. Documentación relativa a los trabajadores desplazados de un Estado miembro a otro Estado miembro para prestar en este último sus servicios. Protección de los trabajadores. Derecho comunitario: interpretación de los artículos 56 y 57 del TFUE. Oposición a la normativa comunitaria de la normativa estatal que obliga a un empleador que desplaza trabajadores entre Estados miembros a enviar una declaración previa de desplazamiento, fundamento.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **7 de octubre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-515/08**

Ponente: **Sr. Lohmus**

Voz: **Trabajadores desplazados de un Estado miembro a otro Estado miembro para prestar en este último sus servicios**

«De los autos, así como de las observaciones escritas del Gobierno belga, se desprende que la sociedad Termiso Limitada desplazaba de forma periódica soldadores y montadores portugueses a la obra naval de Antwerp Shiprepair NV para realizar trabajos en buques. Con ocasión de un control efectuado en estas instalaciones el 12 de julio de 2004, los servicios de inspección constataron que 53 empleados portugueses de Termiso Limitada trabajaban en ellas sin que ninguno hubiera sido objeto de una declaración previa de desplazamiento. Además, el capataz portugués no pudo presentar ningún documento salarial portugués.

Según el rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, los servicios de inspección estimaron que no se habían respetado los requisitos impuestos por la Ley de 5 de marzo de 2002 y por la Directiva 96/71, de modo que había de aplicarse el Derecho social belga relativo a la llevanza de documentos sociales y, en particular, de la cuenta individual. A los imputados en el asunto principal (el primero, el segundo y el tercero, en su condición de gerentes y encargados de la sociedad Termiso Limitada, y ésta, como

persona jurídica penalmente responsable) se les acusa de no haber elaborado, entre el 31 de mayo y el 13 de julio de 2004, esta cuenta individual respecto de los 53 trabajadores mencionados, infringiendo en particular diversas disposiciones del Real Decreto n.º 5. Se les acusa igualmente de haber cometido una serie de infracciones de la normativa belga relativa al salario mínimo y a la remuneración de las horas extraordinarias.

El órgano jurisdiccional remitente estima que la posibilidad de resolver en cuanto al fondo acerca de las infracciones cometidas contra la legislación social belga requiere determinar si la Ley de 5 de marzo de 2002, cuya inobservancia acarrea la obligación de atenerse a dicha legislación, es compatible con los artículos 56 TFUE y 57 TFUE.

En estas circunstancias, el rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Vulneran las disposiciones del artículo 8 de la Ley de 5 de marzo de 2002 y los artículos

3, 4 y 5 del Real Decreto de 29 de marzo de 2002 (Decreto de desarrollo) los artículos [56 TFUE] y [57 TFUE] al imponer a los empleadores extranjeros que deseen desplazar trabajadores la obligación de remitir previamente una declaración de desplazamiento al Dienst Toezicht op de Sociale Wetten (Servicio de vigilancia de la legislación social), así como de tener a disposición documentos equiparables a la cuenta individual o a la liquidación de salarios belgas, de modo que se impide o bien se dificulta el acceso al mercado laboral belga?”.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al

territorio del primer Estado a enviar una declaración previa de desplazamiento, en la medida en que el comienzo del desplazamiento previsto se subordina a la notificación a este empleador de un número de registro de la declaración y que las autoridades nacionales de ese primer Estado disponen de un plazo de cinco días laborables, desde de la recepción de ésta, para efectuar esta notificación.

Los artículos 56 TFUE y 57 TFUE no se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período».

Derecho de residencia: adquisición del derecho de residencia permanente; períodos computables. Derecho comunitario: interpretación del artículo 16, apartados 1 y 4, de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. Negación de la relevancia de las ausencias del Estado miembro de acogida, inferiores a dos años consecutivos, anteriores al 30 de abril de 2006 y posteriores a una residencia legal continuada de cinco años.

Tribunal: **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Fecha: **7 de octubre de 2010**

Cuestión prejudicial: **C-162/09**

Ponente: **Sr. Lapuerta**

Voz: **Adquisición del derecho de residencia permanente. Interpretación de la Directiva 2004/38/CE**

«La Sra. Lassal, nacional francesa, entró en el Reino Unido el mes de enero de 1999 para buscar empleo. Desde septiembre de 1999 hasta febrero de 2005, mientras residía en ese Estado miembro, la Sra. Lassal trabajó o bien buscó empleo en el Reino Unido. Según el tribunal remitente, las partes en el litigio principal concuerdan en que la Sra. Lassal tenía la condición de “trabajadora” a los efectos del Derecho de la Unión durante el período que va de enero de 1999 a febrero de 2005.

En febrero de 2005 la Sra. Lassal abandonó el Reino Unido para visitar a su madre en Fran-

cia, y permaneció en este país diez meses. En diciembre de 2005 volvió al Reino Unido, donde buscó empleo. Percibió el subsidio para demandantes de empleo desde enero hasta diciembre de 2006. En noviembre de 2006, solicitó el complemento de ingresos, alegando su embarazo. Esta solicitud fue denegada porque no era titular del derecho de residencia en el Reino Unido.

La Sra. Lassal interpuso un recurso contra la denegación de su solicitud ante un Appeal Tribunal. El 3 de septiembre de 2007, éste estimó el recurso debido a que la interesada era titular de un derecho de residencia permanente

en el Reino Unido en virtud del artículo 15 del Reglamento de 2006.

El Secretary of State interpuso recurso contra la resolución del Appeal Tribunal, en primer lugar ante el Social Security Commissioner, y después ante el tribunal remitente.

En ese contexto la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“Cuando, según las circunstancias del presente asunto, una ciudadana de la Unión [...] llegó al Reino Unido en septiembre de 1999 como trabajadora y permaneció en esa condición en este país hasta febrero de 2005, [...], abandonó después el Reino Unido y regresó al Estado miembro del que es nacional durante un período de diez meses [...], dicha ciudadana de la Unión [...] volvió al Reino Unido en diciembre de 2005 y permaneció en este país de forma continuada hasta noviembre de 2006, y solicitó entonces un complemento de ingresos, ¿debe interpretarse el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2004/38 [...] en el sentido de que confiere al ciudadano de la Unión [...] el derecho de residencia permanente por el hecho de que, de conformidad con anteriores instrumentos de Derecho comunitario que concedían un derecho de residencia a los trabajadores, residió legalmente durante un período continuado de cinco años que finalizó antes del 30 de abril de 2006 (la fecha límite en la que los Estados miembros tenían que haber adaptado su Derecho interno a la Directiva)?”.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 16, apartados 1 y 4, 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 períodos de residencia continuada de cinco años, cubiertos antes de la fecha límite de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2004/38, a saber el 30 de abril de 2006, conforme a instrumentos del Derecho de la Unión anteriores a esa fecha, deben tomarse en consideración a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del artículo 16 de esa Directiva, y
- las ausencias del Estado miembro de acogida, inferiores a dos años consecutivos, anteriores al 30 de abril de 2006 y posteriores a una residencia legal continuada de cinco años, cubierta antes de esa fecha, no pueden afectar a la adquisición del derecho de residencia permanente en virtud del citado artículo 16, apartado 1».

Seguridad Social Europea. Pensión de jubilación: ciudadanos holandeses residentes en otro país miembro de la UE titulares de una pensión de jubilación. Cotización en el país de residencia de prestaciones que no desean recibir y que consideran menos favorables. No existe un derecho de opción.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Fecha: 14 de octubre de 2010

Cuestión prejudicial: C-345/09

Ponente: Sr. Caoimh

Voz: Residentes en otro país miembro de la UE titulares de una pensión de jubilación

«Los demandantes en el litigio principal, todos ciudadanos neerlandeses residentes en un Es-

tado miembro distinto del Reino de los Países Bajos, concretamente en Bélgica, en España, en

Francia y en Malta, según los casos, son titulares de una pensión con arreglo a la AOW o de una renta con arreglo a la WAO.

Antes del 1 de enero de 2006, esos demandantes, ninguno de los cuales estaba asegurado con arreglo al régimen legal obligatorio de seguro de enfermedad establecido por la ZFW, habían suscrito contratos de seguro privado con compañías de seguros establecidas, según los casos, en los Países Bajos o en otros Estados miembros para cubrirse del riesgo de enfermedad.

A raíz de la entrada en vigor, el 1 de enero de 2006, de la ZVW, el CVZ consideró que, como los demandantes en el litigio principal, de haber residido en los Países Bajos, habrían estado incluidos en el régimen legal obligatorio de seguro de enfermedad previsto por la ZVW, tenían en lo sucesivo derecho, de conformidad con los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, a las prestaciones en especie en su Estado de residencia a cargo de las instituciones del Estado deudor de la pensión o de la renta, a saber, los Países Bajos. Por lo tanto, el CVZ remitió a cada uno de los demandantes un formulario E 121 para que pudieran inscribirse en una caja de seguro de enfermedad en su Estado de residencia. Los Sres. Ramaer, van der Nat y Fokkens aceptaron realizar esta inscripción, si bien “con reservas” en el caso del último de ellos. En cambio, los Sres. van Delft, van Willigen y Janssen se negaron a inscribirse.

En la misma fecha de 1 de enero de 2006, los contratos de seguro privado suscritos por los demandantes en el litigio principal con una compañía establecida en los Países Bajos se resolvieron de pleno derecho con arreglo a lo dispuesto en la IZVW. En cambio, aquellos que habían celebrado un contrato de esas características con una compañía establecida en otro Estado miembro pudieron mantenerlo.

Mediante decisiones adoptadas, según los casos, a lo largo de 2006 o en 2007, el CVZ practicó en las pensiones o rentas abonadas a los demandantes en el litigio principal una retención equivalente a la cotización prevista en el artículo 69 de la ZVW para poder acogerse al régimen legal obligatorio de seguro de enfermedad regulado en esa Ley.

Mediante sentencias de 31 de enero y de 7 de diciembre de 2008, el Rechtbank te Amsterdam desestimó los recursos presentados por los demandantes en el litigio principal para impugnar tales decisiones.

Dichos demandantes interpusieron un recurso de apelación contra esas sentencias ante el Centrale Raad van Beroep.

Según la resolución de remisión, todos los demandantes en el litigio principal sostienen, en el marco de ese recurso de apelación, que los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71 no contienen normas vinculantes para la determinación de la legislación aplicable en virtud de las cuales estén imperativamente sujetos al régimen de prestaciones en especie del Estado miembro de residencia. Por el contrario, esos demandantes consideran que pueden optar entre inscribirse, mediante el formulario E 121, en la institución competente del Estado miembro en el que residen, de conformidad con el artículo 29 del Reglamento n.º 574/72, para beneficiarse de las prestaciones en especie en ese Estado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, o bien, a falta de inscripción en dicha institución, celebrar un contrato de seguro privado. En este último caso, a juicio de estos demandantes, el Estado miembro deudor de las pensiones y rentas no puede retener una cotización en virtud del artículo 33 del citado Reglamento, dado que, en tal caso, las prestaciones en especie no correrían a cargo de una institución de dicho Estado.

Además, siempre según la resolución de remisión, todos los demandantes en el litigio principal alegan que se han vulnerado los derechos que les confieren los artículos 21 TFUE y 45 TFUE, pues se ven obligados a pagar una cotización por unas prestaciones dispensadas en el Estado en el que residen de las que no desean disfrutar, ya que las consideran menos favorables. En cambio, desean mantener la situación anterior al 1 de enero de 2006, para poder celebrar por su cuenta un contrato de seguro privado que cubra todos sus gastos de enfermedad.

De la resolución de remisión se desprende que, por su parte, el CVZ sostiene que el derecho a las prestaciones en especie con arreglo a los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71

no depende de la inscripción en la institución competente del Estado de residencia, de modo que, aunque los interesados no se hayan inscrito en dicha institución y no invoquen, por tanto, el derecho a las prestaciones en especie resultante de esas disposiciones, el Estado miembro deudor de la pensión o de la renta está facultado para practicar una retención en ella. De lo contrario, a su juicio, se vería menoscabada la solidaridad del régimen de la seguridad social, dado que cualquier interesado podría esperar hasta el momento en que tuviera necesidad de atención sanitaria para inscribirse y quedar así obligado al pago de las cotizaciones.

El órgano jurisdiccional remitente señala que varios datos parecen indicar que el Reglamento n.º 1408/71 excluye el derecho de opción que invocan los demandantes en el litigio principal. En efecto, a su juicio, dicho Reglamento determina de modo vinculante el Estado que debe dispensar las prestaciones al interesado y el Estado con cargo al cual deben dispensarse. Además, cuando el Reglamento n.º 1408/71 establece un derecho de opción, lo hace de manera expresa. En cambio, cabe deducir tanto del artículo 29 del Reglamento n.º 574/72 como de la sentencia de 3 julio de 2003, *van der Duin y ANOZ Zorgverzekerings* (C-156/01, Rec. p. I-7045, apartado 40), que la inscripción en la institución del Estado de residencia es la circunstancia que entraña la aplicación de los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71. Por consiguiente, si no existe inscripción, los demandantes en el litigio principal no están a cargo de las instituciones competentes de los Países Bajos en el sentido del artículo 33 del Reglamento n.º 1408/71, ya que, en tal caso, no puede concedérsele ninguna prestación. Por lo tanto, en su opinión, no se cumplen todos los requisitos de aplicación previstos en esa disposición para el cobro de una cotización.

Por otra parte, según el órgano jurisdiccional remitente, si el Reglamento n.º 1408/71 excluyera el derecho de opción que invocan los demandantes, se plantearía la cuestión de dilucidar si la cotización retenida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69 de la ZVW y en el artículo 33 de dicho Reglamento es contraria a los artículos 21 TFUE y 45 TFUE.

A este respecto, el citado órgano jurisdiccional señala que, aunque la aplicación de un coeficiente de residencia ha permitido reducir el importe adeudado por los no residentes con respecto al adeudado por los residentes y aunque el Derecho de la Unión no garantiza a un trabajador que el traslado de sus actividades o de su residencia a otro Estado miembro sea neutro en lo que respecta a la seguridad social, sigue siendo cierto que, para los demandantes en el litigio principal, ya cubiertos por un contrato de seguro privado en la fecha de entrada en vigor de la ZVW, ésta podría tener como consecuencia que resultara menos interesante para ellos continuar ejerciendo su derecho a circular y residir libremente fuera de los Países Bajos. En efecto, por una parte, tendrían más gastos en concepto de seguro de enfermedad y, por otra, recibirían unas prestaciones sanitarias menos ventajosas. Ahora bien, si el deseo del legislador neerlandés de establecer un seguro de enfermedad obligatorio en favor de todos los residentes en los Países Bajos puede considerarse una razón basada en consideraciones objetivas de interés general, no está claro, en su opinión, que la obligación de abonar una cotización al efecto aunque exista inscripción en el Estado de residencia respete el principio de proporcionalidad.

Dadas estas circunstancias, el Centrale Raad van Beroep decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1. ¿Deben interpretarse los artículos 28, 28 *bis* y 33 del Reglamento n.º 1408/71, lo dispuesto en el anexo VI, sección R, punto 1, letras a) y b), del Reglamento n.º 1408/71 y el artículo 29 del Reglamento n.º 574/72 en el sentido de que se oponen a una disposición nacional como el artículo 69 de la [ZVW], en la medida en que obliga a inscribirse en el [CVZ] al titular de una jubilación o de una renta que, en principio, puede beneficiarse de los derechos derivados de los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71 y en la medida en que obliga a descontar una cotización de la jubilación o la renta de dicho titular, aunque éste no haya realizado la inscripción prevista en el artículo 29 del Reglamento n.º 574/72?

2. ¿Debe interpretarse el artículo [21 TFUE] o el artículo [45 TFUE] en el sentido de que se oponen a una disposición nacional como el artículo 69 de la [ZVW], en la medida en que obliga a inscribirse en el [CVZ] a un ciudadano de la [Unión] que, en principio, puede beneficiarse de los derechos derivados de los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71 y en la medida en que obliga a descontar una cotización de la jubilación o renta de dicho ciudadano, aunque éste no haya realizado la inscripción prevista en el artículo 29 del Reglamento n.º 574/72?”.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1. Los artículos 28, 28 *bis* y 33 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, puestos en relación con el artículo 29 del Reglamento (CEE) n.º 574/72, del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 311/2007 de la Comisión, de 19 de marzo de 2007, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que dispone que los titulares de una pensión o de una renta debida en virtud de

la legislación de ese Estado que residan en otro Estado miembro en el que tengan derecho, en aplicación de los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, a las prestaciones de enfermedad en especie dispensadas por la institución competente de este último Estado miembro, deberán abonar una cotización por tales prestaciones, en forma de retención sobre la citada pensión o renta, incluso en el caso de que no se hayan inscrito en la institución competente del Estado miembro en que residen.

2. El artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que dispone que los titulares de una pensión o de una renta debida en virtud de la legislación de ese Estado que residan en otro Estado miembro en el que tengan derecho, en aplicación de los artículos 28 y 28 *bis* del Reglamento n.º 1408/71, a las prestaciones de enfermedad en especie dispensadas por la institución competente de este último Estado miembro, deberán abonar una cotización por tales prestaciones, en forma de retención sobre la citada pensión o renta, incluso en el caso de que no se hayan inscrito en la institución competente del Estado miembro en que residen.

En cambio, el artículo 21 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a tal normativa nacional en la medida en que induzca o suponga una diferencia de trato injustificada entre los residentes y los no residentes en lo que respecta a la continuidad de la protección global contra el riesgo de enfermedad de que disfrutaban con arreglo a los contratos de seguros suscritos antes de la entrada en vigor de esa normativa, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente».

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 941/2010, de 23 de julio, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo aprobado por el Real Decreto 1403/2007, de 26 de octubre (BOE del 27).
- Real Decreto 942/2010, de 23 de julio, de reestructuración de diversas Áreas funcionales integradas en las Delegaciones de Gobierno (BOE de 5 de agosto).
- Orden AEC/2172/2010, de 13 de julio, por la que se regulan la constitución, elección y funcionamiento de los Consejos de Residentes Españoles en el Exterior (BOE de 9 de agosto).
- Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales (BOE del 27 de agosto).
- Resolución de 7 de septiembre de 2010, de la Oficina del Censo Electoral, por la que se establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales de los ciudadanos nacionales de países de la Unión Europea (BOE del 13).
- Resolución de 15 de octubre de 2010, de la Oficina del Censo Electoral, por la que se establecen los procedimientos y se aprueba el modelo de solicitud para la inscripción en el censo electoral de residentes en España de nacionales de países con acuerdos para las elecciones municipales (BOE de 5 de noviembre).

FUENTES INTERNACIONALES

- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho «ad referendum» en Madrid el 15 de diciembre de 2009 (BOE de 6 de agosto de 2010).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, a las Autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 (BOE de 20 de septiembre de 2010).
- Acuerdo de Asociación Estratégica entre el Reino de España y la República de Kazajstán, hecho en Astaná el 2 de julio de 2009 (BOE de 27 de septiembre de 2010).
- Canje de Notas de fecha 11 de enero de 2010 constitutivo de Acuerdo entre España y Ucrania sobre reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (BOE de 28 de septiembre).
- Instrumento de Ratificación del Convenio de extradición entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009 (BOE de 26 de octubre de 2010).

- Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos sobre la asistencia judicial mutua en materia penal, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2009 (BOE de 28 de octubre de 2010).
- Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre España y Japón, hecho en Tokio el 30 de julio de 2010 (BOE de 2 de noviembre).
- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la expedición de certificados de nacionalidad, hecho en Lisboa el 14 de septiembre de 1999 (BOE de 9 de noviembre de 2010).

FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativa a la firma de un Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, relativo a un Acuerdo marco entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos sobre los principios generales de la participación del Reino de Marruecos en los programas de la Unión (DOUE, L 273, del 19).
- Decisión del Consejo, de 8 de octubre de 2010, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes diplomáticos, de servicio u oficiales (DOUE, L 273, del 19).
- Decisión del Consejo, de 7 de octubre de 2010, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República Federativa del Brasil sobre exención de visados para estancias de corta duración para titulares de pasaportes ordinarios (DOUE, L 275, del 20).
- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y de Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (DOUE, L 280, del 26).
- Decisión del Consejo de 7 de octubre de 2010 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre la readmisión de personas que residan sin autorización (DOUE, L 287, de 4 de noviembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2010 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal (DOUE, L 294, del 12).
- Decisión del Consejo, de 3 de junio de 2010, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE, L 308, de 24 de noviembre).
- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE de 2 de diciembre de 2010).

EUROPA EN BREVE



INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS^(*)

(Selección)

LA COOPERACIÓN REFORZADA PARA AYUDAR A LAS PAREJAS INTERNACIONALES ESTÁ EN VIGOR

La Comisión Europea ha anunciado recientemente la entrada en vigor del primer procedimiento de cooperación reforzada. Por primera vez en la historia de la UE, los Estados miembros están utilizando el procedimiento de cooperación reforzada para sacar adelante normas que permitan a las parejas internacionales elegir la legislación del país que será de aplicación en su divorcio. La cooperación reforzada permite que un grupo de al menos 9 Estados miembros aplique medidas si los 27 Estados miembros no consiguen llegar a un acuerdo. En esta primera aplicación, ha permitido a 14 países miembros de la UE proceder con un Reglamento que dará a las parejas seguridad jurídica e impedirá la «carrera a los tribunales», en caso de divorcio, evitando así procedimientos costosos desde el punto de vista emocional y financiero. El Reglamento debe ser aprobado ahora en una próxima reunión del Consejo por los 14 países antes de que pueda entrar en vigor. Por ahora, el procedimiento será aplicable en los 14 países participantes, entre los que se encuentra España, pero asimismo pueden sumarse otros en cualquier momento.

(6 de septiembre de 2010)

LA COMISIÓN EUROPEA INSTA A CONTINUAR LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA TRANSFRONTERIZA

La Comisión Europea ha invitado a 14 Estados miembros, entre los que se encuentra España, a tomar medidas para que la delincuencia transfronteriza no resulte provechosa, poniendo como ejemplo que durante este verano 2010, las autoridades italianas confiscaron a la Mafia bienes por valor de 60 millones de euros; Reino Unido incautó 92,3 millones de libras esterlinas a una organización delictiva con propiedades en Dubai. Estas confiscacio-

(*) 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*.

nes sólo han supuesto una fracción de la totalidad de los bienes de los delincuentes, que a día de hoy pueden ser transferidos fácilmente a través de las fronteras. Por ello, las normas de la UE vigentes desde 2006 (Decisión Marco JHA90/783/2006) permiten a los Estados miembros confiscar los bienes de origen delictivo que se hallen en el extranjero. No obstante, un informe publicado recientemente por la Comisión Europea indica que la mitad de los países europeos todavía no han aplicado estas normas. Ello implica que los activos, ya sean bienes inmuebles, dinero blanqueado o automóviles robados, de una organización delictiva perseguida en Francia se hallan seguros en Eslovaquia o Bulgaria, por ejemplo. Las normas de la UE deben permitir que las autoridades judiciales soliciten de sus homólogos de otros Estados miembros que velen por el cumplimiento de las órdenes de confiscación, pero el informe recalca que tomar medidas contra los bienes de origen delictivo sigue siendo difícil por la deficiente ejecución y los trámites burocráticos, que a menudo reflejan una falta de confianza en los sistemas judiciales de los otros países.

(6 de septiembre de 2010)

EL PARLAMENTO EUROPEO PIDE A FRANCIA Y A OTROS ESTADOS QUE SUSPENDAN LAS EXPULSIONES DE GITANOS

El Parlamento Europeo ha aprobado una resolución en la que muestra su preocupación por las expulsiones de gitanos llevadas a cabo por las autoridades francesas y de otros Estados miembros, recordando que este tipo de medidas viola la legislación de la UE, ya que conllevan discriminación por motivos raciales. Los eurodiputados también han pedido a los responsables políticos que eviten la «retórica incendiaria» y han criticado al Consejo de la UE y a la Comisión Europea por su inacción. El Parlamento insta a los responsables políticos a que «rechacen cualquier declaración que vincule a las minorías y los inmigrantes con la delincuencia y cree estereotipos discriminatorios».

(13 de septiembre de 2010)

PROCEDIMIENTOS DE ASILO: DEFICIENCIAS EN LAS NORMAS COMUNES EXISTENTES

La Comisión Europea ha presentado un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, indicando que las garantías procedimentales todavía varían considerablemente dentro de la UE. Por otra parte, la vaguedad de las normas establecidas por la Directiva y los fallos en su aplicación nacional pueden dar lugar a errores administrativos. Para remediar estas deficiencias, la Comisión adoptó el 21 de octubre de 2009 una propuesta de refundición de la Directiva. El informe de la Comisión sobre su aplicación recalca que no se ha conseguido plenamente el objetivo de crear una igualdad de condiciones por lo que respecta a los procedimientos de asilo. Así sucede especialmente en lo que respecta a las disposiciones sobre los procedimientos acelerados, el «país de origen seguro», el «tercer país seguro», las entrevistas personales, la asistencia jurídica y el acceso a un recurso efectivo. También se han detectado varios casos de transposición incompleta o incorrecta y de fallos en la aplicación de la Directiva.

(13 de septiembre de 2010)

LA UNIÓN EUROPEA POR LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE

El pasado 10 de octubre se celebró el Día Internacional y europeo contra la pena de muerte. A pesar de una marcada tendencia a favor de la abolición de la pena capital en la mayoría de los países, el número de personas condenadas sigue siendo alarmante. Aunque más de dos tercios de los países del mundo son abolicionistas en derecho o de hecho, el año pasado se produjeron al menos, 5.679 ejecuciones. La abolición total es uno de los principales objetivos de la política europea sobre derechos humanos, siendo el actor institucional líder en la lucha contra la pena capital. En 2009, la UE se pronunció sobre unos 30 casos de pena de muerte en distintos países. La abolición es también una de las prioridades cubiertas por el Instrumento para la democracia y los Derechos Humanos (EIDHR, en inglés). Desde 1994, la Comisión ha venido financiando proyectos, con un presupuesto de casi 15 millones de euros, enfocados a concienciar a la población, apoyar estrategias de sustitución de la pena de muerte, acceso de los reclusos en los corredores de la muerte a asistencia legal y formación para los abogados.

(11 de octubre de 2010)

GARANTÍA PARA LOS DERECHOS DE TRADUCCIÓN E INTERPRETACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

Los ministros de justicia de la UE, reunidos la pasada semana para su Consejo sectorial, han aprobado una ley que garantiza los derechos de traducción y de interpretación en los procesos penales. La Comisión Europea y el Parlamento Europeo ya respaldaron la ley con anterioridad este año. Se trata de la primera medida de la UE jamás adoptada que establece normas mínimas comunes para los derechos de defensa en causas penales. La ley garantiza el derecho de los procesados a un servicio de interpretación a lo largo de todo el proceso penal, incluido el momento en que reciben asesoramiento jurídico, en su lengua materna en todos los órganos jurisdiccionales de la UE. Se trata de una primera medida para garantizar un juicio imparcial para los procesados en cualquier punto de la UE. La ley es la primera de una serie de medidas para establecer normas comunes de la UE en los procedimientos penales. Los Estados miembros disponen de un plazo de tres años para incorporar la medida a su Derecho nacional.

(11 de octubre de 2010)

ESTRATEGIA PARA GARANTIZAR EL RESPETO DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Comisión Europea ha adoptado una estrategia para garantizar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el pasado 1 de diciembre de 2009) se aplique efectivamente. La Comisión verificará que toda la legislación de la UE respete los principios de la Carta en cada etapa del proceso legislativo, desde los primeros trabajos preparatorios de la Comisión hasta la

adopción por el Parlamento Europeo y el Consejo y su posterior aplicación por los Estados miembros. La Comisión informará a los ciudadanos sobre cuándo puede intervenir en cuestiones relativas a los derechos fundamentales y publicará un informe anual sobre la aplicación de la Carta con el fin de controlar los avances realizados. La Comisión responde así a la petición formulada por el Parlamento Europeo.

(18 de octubre de 2010)

DÍA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

La Comisión Europea ha hecho público un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre permisos de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos, con ocasión de la celebración de este día europeo. Éste comenta que la mayoría de los Estados miembros de la UE sólo concede un número reducido de permisos de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos. La Comisión Europea ha contraído un fuerte compromiso con la lucha contra la trata de seres humanos, como deja patente su propuesta de nueva Directiva de la UE, que presentó en marzo de 2010. Además de abordar la aproximación de las disposiciones de Derecho penal sustantivo, la nueva propuesta garantiza una mejor asistencia y protección de las víctimas al tiempo que refuerza la prevención del delito. La Directiva también contempla el principio de no penalización de las víctimas por los delitos que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de la trata de que hayan sido objeto.

(18 de octubre de 2010)

ACUERDO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y JAPÓN SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

El Consejo de la UE ha aprobado recientemente el Acuerdo UE-Japón sobre asistencia judicial en materia penal, mediante Decisión. En febrero de 2009 el Consejo autorizó a la Presidencia, asistida por la Comisión, a entablar negociaciones para un Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre asistencia judicial en materia penal. La firma de este acuerdo se produjo el 30 de noviembre y el 15 de diciembre de 2009, a reserva de su celebración. Por la presente Decisión del Consejo, queda aprobado en nombre de la UE el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre asistencia judicial en materia penal. Asimismo, se autoriza al Presidente del Consejo para que designe a la persona facultada para proceder, en nombre de la Unión Europea, al intercambio de los instrumentos de aprobación previsto en el Acuerdo, a fin de obligar a la UE.

(18 de octubre de 2010)

REFUERZO DEL CONTROL DEMOCRÁTICO DE LA ACCIÓN EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

El Parlamento Europeo aprobó la pasada semana otorgar a los eurodiputados la capacidad de controlar las actividades de la Comisión Europea para promover la estabilidad en terce-

ros países, mejorar la cooperación con los países en desarrollo y la promoción de la democracia y los derechos humanos. Las acciones de la Comisión deberán realizarse a partir de ahora a través de actos delegados, lo que otorga de hecho al Parlamento Europeo un poder de veto, permitiéndole bloquear la adopción de estrategias o programas multianuales que no cuenten con su aprobación. Esta decisión supone un importante paso hacia un mayor control democrático de la acción exterior de la UE y una mayor coordinación entre la política de cooperación y el fomento de los derechos humanos.

(25 de octubre de 2010)

DIRECTIVA SOBRE DERECHO A INTERPRETACIÓN Y A TRADUCCIÓN EN LOS PROCESOS PENALES

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE han publicado en el Diario Oficial la nueva Directiva 64/2010, relativa al derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. La presente Directiva se inspira en la propuesta de la Comisión Europea de una Decisión Marco del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales de 8 de julio de 2009 y en la propuesta de la Comisión de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, de 9 de marzo de 2010. El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento se consagra en el artículo 6 del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica. Para ello, tiene por objetivo garantizar el derecho del sospechoso o acusado a la interpretación y traducción en los procesos penales con vistas a garantizar su derecho a un juicio equitativo.

(25 de octubre de 2010)

PAPEL DE LA JUSTICIA EN EUROPA

La UE celebró el pasado 25 de octubre el día Europeo de la Justicia civil, que aspira a concienciar a los ciudadanos sobre su derecho de acceso a la Justicia. Con esta ocasión, se publicó una encuesta según la cual el 56% de los ciudadanos europeos consideran difícil acceder a la justicia en otro país de la UE. El 73% es partidario de que se adopten medidas adicionales para facilitar el acceso a la justicia en los demás Estados miembros y el 52% cree que deben ser normas comunes a escala de la UE. Sólo el 2% de los encuestados dice haberse visto personalmente involucrado en procedimientos jurídicos con personas o empresas de otro Estado miembro. Por lo que respecta al Derecho de familia, el 68% considera que la UE debería intervenir en la manera en que se aplican las normas nacionales en los casos de divorcio internacional. Por último, la mayoría (58%) de los encuestados son partidarios de que la UE adopte medidas adicionales para mejorar el reconocimiento de los documentos en los distintos Estados miembros.

(25 de octubre de 2010)

INAUGURACIÓN DEL OBSERVATORIO ACP SOBRE MIGRACIONES

El Comisario de Desarrollo, Andris Piebalgs, ha inaugurado oficialmente el Observatorio de África, el Caribe y el Pacífico sobre las migraciones en una ceremonia especial en Bruselas. La Comisión Europea y los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP) han colaborado conjuntamente para crear el Observatorio ACP sobre las migraciones. Este nuevo organismo proporcionará datos e información fiables sobre los flujos de migración en los países ACP. El objetivo es concebir mejores políticas para aumentar la contribución de las migraciones al desarrollo. El Observatorio cubrirá las seis regiones ACP y se pondrá en marcha experimentalmente en doce países: Angola, Camerún, República Democrática del Congo, Haití, Kenia, Lesoto, Nigeria, Papúa-Nueva Guinea, Senegal, Tanzania, Timor-Leste y Trinidad y Tobago.

(25 de octubre de 2010)

REVISIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE RECONOCIMIENTO DE CUALIFICACIONES PROFESIONALES

La Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo mantuvo recientemente un encuentro con diputados de los distintos parlamentos nacionales para mejorar el reconocimiento de las cualificaciones profesionales. La actual directiva sobre cualificaciones profesionales, vigente desde 2005, establece las reglas para 800 profesiones y prevé el reconocimiento automático de otras 7 en toda Europa. Cinco años después de su entrada en vigor, la Directiva ha puesto de manifiesto sus deficiencias y debilidades. Durante el encuentro, eurodiputados, expertos, organizaciones profesionales y diputados nacionales estudiaron las lagunas de la norma europea y compartieron su propia experiencia para encontrar mejoras de cara al futuro. En cualquier caso, la Comisión Europea se propone revisar la Directiva de cualificaciones profesionales en 2011 y presentar una nueva propuesta al año siguiente. Así, a finales de 2012 ha previsto lanzar una consulta pública para recoger la opinión de profesionales, empresarios y consumidores sobre el funcionamiento de la nueva norma.

(8 de noviembre de 2010)

CONSEJO DE MINISTROS EUROPEOS DE JUSTICIA E INTERIOR

El Consejo JAI, que agrupa a los Ministros de Justicia e Interior de los 27 Estados miembros de la UE, se ha reunido en Bruselas esta semana. Los ministros de Interior han adoptado conclusiones sobre la creación y aplicación de una política contra el crimen internacional organizado. Además han expresado su voluntad de seguir trabajando en el sistema común de asilo (CEAS) y se han referido a la aplicación de las decisiones relativas al intercambio automático de datos genéticos, huellas dactilares y vehículos. Otros de los temas tratados por el Consejo fueron el desarrollo del sistema de información de Schengen (SIS II), la revisión de las normas que rigen la agencia de fronteras exteriores FRONTEX, de las oficinas de enlace sobre inmigración y de la política de reciprocidad de concesión de visas.

(8 de noviembre de 2010)

6.º INFORME SOBRE LA RECIPROCIDAD DE VISADOS CON TERCEROS PAÍSES

La Comisión Europea ha adoptado su sexto informe sobre el mantenimiento por parte de determinados terceros países de requisitos de visado en infracción del principio de reciprocidad. El informe señala que se han logrado avances hacia la plena reciprocidad y que sólo persiste un número muy limitado de casos de «no reciprocidad». No todos los ciudadanos de terceros países deben disponer de visados para viajar al espacio Schengen. La UE tiene una lista común de países cuyos ciudadanos deben disponer de visado («la lista negativa») y una lista de países cuyos ciudadanos están exentos de esa obligación («la lista positiva») (Reglamento 539/2001 del Consejo). Por ello es lógico que, con espíritu de solidaridad, la UE trate de que los terceros países de la lista positiva eximan de visado a todos los ciudadanos de la UE y traten a todos los Estados miembros de la misma forma. Por esta razón, se ha creado un mecanismo de reciprocidad de visados (a través del Reglamento 851/2005). Si un país de la «lista positiva» introduce la obligación de visado para uno o varios Estados miembros, el Estado o Estados miembros afectados deben notificarlo a la Comisión que dará los pasos adecuados con las autoridades del tercer país para restablecer los viajes sin visado e informará al Parlamento Europeo y al Consejo. La Comisión también puede proponer al Consejo que tome medidas de retorsión respecto al tercer país de que se trate.

(8 de noviembre de 2010)

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO EN 2009

El Comité de Derechos Humanos del Parlamento Europeo ha aprobado el primer Informe anual sobre Derechos humanos elaborado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El Parlamento Europeo quiere asegurarse de que la Alta Representante Catherine Ashton mantiene su compromiso de dar prioridad a los Derechos Humanos en la acción exterior de la UE. Entre otras cosas el informe subraya la oposición a la pena de muerte en cualquier circunstancia y la necesidad de una participación cada vez mayor en la Justicia Internacional a través de la firma del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Además, se considera una herramienta indispensable la introducción de cláusulas de Derechos Humanos y Democracia en los acuerdos comerciales con terceros países, requiriéndose un mecanismo de ejecución que permita la comprensión clara de los supuestos de infracción de estas cláusulas. El informe cubre el período desde julio de 2008 hasta diciembre de 2009.

(15 de noviembre de 2010)

NUEVO CONJUNTO DE MEDIDAS PARA PROTEGER MEJOR A LOS CIUDADANOS EUROPEOS

La Comisión Europea ha adoptado la «Estrategia de seguridad interior de la Unión Europea en acción», que consta de 41 medidas destinadas a afrontar las amenazas de seguridad más urgentes que se ciernen sobre Europa. Estas medidas incluyen un programa común para dismantlar las redes terroristas y criminales, proteger a los ciudadanos, las empresas y las sociedades contra la ciberdelincuencia, aumentar la seguridad de la UE gracias a una

mejor gestión de sus fronteras y reforzar la preparación y la capacidad de respuesta de la UE ante las crisis. La UE debería ayudar también a capacitar a las comunidades para luchar contra la radicalización y el reclutamiento y encontrar formas para proteger mejor las infraestructuras de transporte, especialmente del transporte terrestre, contra el terrorismo. Se propone la creación de un *Centro Europeo contra la Ciberdelincuencia* que agrupe los conocimientos sobre investigación y prevención de estos delitos, y se está preparando una serie de medidas para plantear una gestión más eficaz de las fronteras y una mejor preparación y respuesta frente a las crisis y las catástrofes.

(22 de noviembre de 2010)

ACCESO A PERMISO DE RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN PARA REFUGIADOS

Los representantes permanentes del Consejo de la UE acordaron las enmiendas necesarias a la Directiva 109/2003, para que los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria tengan la posibilidad de adquirir la residencia de larga duración en los Estados miembros de la UE de manera similar a los nacionales de terceros Estados con residencia legal durante 5 años en territorio de la Unión Europea. Si el Parlamento Europeo confirma el acuerdo en su redacción actual, en el pleno de diciembre, el Consejo adoptará el texto. Algunos de los beneficios que supondrá esta legislación es la libertad de movimientos en la UE y bajo ciertas condiciones igualdad de trato con los ciudadanos europeos respecto a una amplia gama de materias económicas y sociales como la educación, el mercado de trabajo y la seguridad social. La regla básica es que al menos la mitad del período de tramitación de la solicitud de protección o asilo debe ser tomada en cuenta para el cómputo de los 5 años de residencia.

(22 de noviembre de 2010)

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS

II. AUSTRALIA, DIEZ AÑOS DESPUÉS DEL TAMPA. EVOLUCIÓN Y ENCRUCIJADA ACTUAL DE LAS POLÍTICAS AUSTRALIANAS DE INMIGRACIÓN Y MULTICULTURALISMO

EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ

*Instituto de Derechos Humanos/Facultad de Derecho
Universidad de Deusto (Bilbao)*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. LOS ORÍGENES Y LA POLÍTICA DE LA AUSTRALIA BLANCA (1788-1958).
 - III. LA NORMALIZACIÓN DEL MODELO MIGRATORIO: REGULACIÓN, APERTURA Y MULTICULTURALISMO (1958-1988).
 - IV. LAS BASES DE LA ENCRUCIJADA ACTUAL: EXPANSIÓN Y CONFLICTO (1988-2008).
 - V. ELEMENTOS DEL ESQUEMA INMIGRATORIO ACTUAL EN AUSTRALIA.
 - VI. LA INMIGRACIÓN Y LA CULTURA POLÍTICA AUSTRALIANA.
 - VII. EL ÚLTIMO DEBATE POLÍTICO Y ELECTORAL (2010).
 - VIII. CONCLUSIÓN.
 - IX. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

En agosto de 2001, un grupo de 433 refugiados afganos intentaba llegar a territorio australiano a bordo de un barco pesquero indonesio, con el objetivo de solicitar asilo en Australia. Cuando su embarcación comenzó a zozobrar en alta mar, y ante la pasiva respuesta oficial a la llamada de socorro, el buque mercante noruego *Tampa*, capitaneado por Arne Rinnan, decidió acudir al rescate de los refugiados. El *Tampa* se dirigió entonces hacia *Christmas Island* (territorio australiano situado en el Océano Índico), ante lo que el Gobierno de Australia decidió prohibir la entrada en sus aguas, motivando que por dos días el barco estuviera parado. Tras las alertas sobre el empeoramiento de la situación a bordo, el

capitán decidió poner rumbo a *Christmas Island*, y un día después las tropas del Servicio Aéreo Especial australiano (SAS) abordaron el barco. Los refugiados fueron trasladados al buque militar *Manoora*, en el que fueron finalmente transportados a Nauru, salvo un pequeño número que Nueva Zelanda accedió a recibir.

El incidente no sólo se saldó inicialmente con el rechazo frontal australiano a que los refugiados llegaran a sus costas, sino que motivó una amplia reforma legal apoyada por los dos grandes partidos. Dicha reforma pretendía claramente limitar la posibilidad del acceso directo por mar a las costas australianas y creaba un estatus especial para varios territorios australianos insulares de más fácil acceso, excluyéndolos de la llamada zona migratoria. La coincidencia en el tiempo de esta polémica con los atentados del 11-S en Estados Unidos facilitó un consenso político y social en términos restrictivos.

Desde otras regiones del planeta, Australia es percibida como un país relativamente abierto y acogedor. Siempre se ha considerado a Australia como un prototipo de país de inmigración y, junto con Canadá, pasa por ser uno de los que más claramente ha apostado por el multiculturalismo. Desde estas premisas, el incidente del *Tampa* y sus consecuencias jurídicas y políticas posteriores pueden causar sorpresa. Transcurridos casi diez años desde aquel polémico suceso, y tras un nuevo proceso electoral, puede resultar interesante evaluar la encrucijada actual en la que se mueve la política australiana respecto a la política migratoria. Para ello será preciso atender a las raíces históricas de la Australia moderna y a determinados elementos de su cultura política que están afectando la mentalidad y la polémica con las que en este país se perciben los actuales movimientos de población.

II. LOS ORÍGENES Y LA POLÍTICA DE LA AUSTRALIA BLANCA (1788-1958)

El origen de la Australia actual es el de un establecimiento penitenciario de ultramar. Los primeros habitantes europeos fueron convictos a bordo de la llamada «Primera Flota», que se asentó en la actual Sydney en 1788. Durante décadas el flujo de convictos desde Reino Unido superó al de colonos libres, pero esta relación se invirtió en 1833, y para 1841 el número de colonos y sus descendientes superaba ya al de penados. En total, unos 160.000 convictos fueron transportados a Australia desde 1788 hasta 1870⁽¹⁾.

Desde los primeros momentos, la población europea de Australia se mostraría muy concentrada geográficamente en una franja costera. El peso inicial correspondió a Nueva Gales del Sur, en torno a Sydney. Seguirían después los establecimientos en Tasmania y Perth (Australia Occidental). Melbourne se fundaría en 1835 y Adelaide en 1836. El inmenso interior australiano, sin embargo, permanecería muy poco poblado prácticamente hasta nuestros días. No en vano, Australia es, junto con Canadá, el país del mundo con una menor densidad de población.

La nueva Australia (dejando al lado la suerte de los aborígenes, progresivamente arrinconados territorial y socialmente) sólo podía poblarse mediante la llegada de inmigrantes. El origen de éstos era prácticamente siempre el Reino Unido. La enorme distancia que se-

(1) ELDER, C. (2005): «Immigration History», en Lyons, M. y Russell, P., *Australia's History. Themes and Debates*, University of New South Wales Press, Sydney, p. 100.

para Australia de Europa hacía muy caro e inasumible el pasaje para la mayor parte de los emigrantes británicos o irlandeses, que preferían la emigración a América del Norte. Fue siempre difícil para las colonias australianas atraer nuevos colonos, lo que dio lugar a una política activa de inmigración. El objetivo era mantener alto el precio del suelo para, con su venta, subvencionar los pasajes de los potenciales inmigrantes del Reino Unido.

A pesar de considerarse Australia como un típico país de inmigración al igual que los Estados Unidos, lo cierto es que existen varias diferencias entre ambos modelos históricos. Por un lado, destaca la escasa presencia del factor religioso en la emigración a Australia, en comparación con el caso americano (los primeros obispos anglicano y católico no se instalarían en Australia hasta 1836)⁽²⁾. En segundo lugar, la política de subvención a los pasajes generó que en Australia los inmigrantes fueran seleccionados y no exhibieran el espíritu aventurero que caracterizó la emigración a América. En Australia el emigrante regular siempre tuvo protección pública al llegar al país, y se anticipa en ello un Estado del bienestar que contrasta con la cultura del *self-help* americana⁽³⁾. Por último, en Australia la inmigración ha mostrado siempre una clara vocación urbana, no rural. Los inmigrantes procedían mayormente de ciudades británicas y en Australia, por consecuencia del clima y de la geografía, no se desarrolló una cultura de *far west* ni de conquista de las praderas del oeste.

La primera oleada significativa de inmigrantes no británicos se produjo con la llegada de grupos importantes de alemanes a Australia del Sur en 1838, fundamentalmente por razones religiosas. Hasta la segunda guerra mundial, los alemanes constituirían el primer grupo nacional no británico de Australia. Sin embargo, un impacto más considerable fue el descubrimiento de oro en el interior de Victoria en 1850 y la consiguiente fiebre (*gold rush*) que atrajo a inmigrantes, éstos no subvencionados, de diversos países, entre ellos un buen número de chinos. La población no indígena aumentó espectacularmente y se pluralizó⁽⁴⁾. Significativamente, en Victoria la población creció en la década de 1850-60, de 77.000 a 540.000 habitantes.

1850 marca también el logro de autogobierno para las colonias australianas, que en 1900 crearían la actual Australia, mediante un pacto federal (imitando a Estados Unidos y Canadá) y adoptando una Constitución común⁽⁵⁾. Hasta entonces, cada colonia había desplegado su propia política migratoria de acuerdo a sus necesidades y posibilidades. Con el establecimiento de la federación, la política conocida como «Australia blanca» (*White Australia*) adquiere carta de naturaleza⁽⁶⁾. De hecho, durante la mayor parte de los siglos XIX y XX la política de inmigración australiana no estaba encaminada solamente a incre-

(2) BLAINEY, G. (2009): *History of Australia, A Shorter History of Australia*, Vintage books, Sydney, p. 56.

(3) BLAINEY, G. (2009): *History...*, cit., p. 52.

(4) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 103.

(5) La Constitución australiana fue aprobada por la ley del parlamento británico *Commonwealth of Australia Constitution Act*, cuya cláusula 9 incorporaba el texto constitucional. Éste fue redactado por representantes de las seis colonias (Nueva Gales del Sur, Queensland, Victoria, Tasmania, Australia del Sur y Australia Occidental; Nueva Zelanda participó de las primeras reuniones pero declinó más tarde participar de la federación austral) en una serie de convenciones celebradas entre 1890 y 1900, y aceptado por referéndum en cada colonia.

(6) CARTER, D. (2006): *Dispossession, dreams and diversity. Issues in Australian Studies*, Pearson Longman, Frenchs Forest NSW, p. 315.

mentar la población, sino también a crear determinado tipo de sociedad, blanca, británica, igualitaria y homogénea⁽⁷⁾. La idea de una nación australiana compuesta por un solo pueblo, una sola cultura y un solo idioma era muy dominante en 1901⁽⁸⁾. Jurídicamente, ello se tradujo en la adopción de la primera ley migratoria de la Australia federal, la *Immigration Restriction Act 1901*. Si ésta no pudo ser más explícita fue por las resistencias del parlamento de Londres a consentir una legislación racista. Sin embargo, la ley permitía en la práctica rechazar a todos aquellos que no eran considerados deseables, fundamentalmente los asiáticos, y a incluir solamente a población de origen británico o irlandés o, como máximo, de Europa del Norte. El resultado de esta política de la Australia blanca sería que en 1945 Australia era más blanca y británica que el propio Reino Unido⁽⁹⁾.

La lealtad absoluta al Reino Unido y la aspiración de construir una sociedad a su semejanza se mantuvo hasta al menos la mitad del siglo xx. Aunque la primera guerra mundial supuso el nacimiento de la conciencia nacional australiana, ésta no se entendía aún desligada de la familia británica de naciones⁽¹⁰⁾. Ello se comprueba en el hecho de que Australia fue de los últimos dominios en asumir el Estatuto de Westminster de 1931⁽¹¹⁾. La segunda guerra mundial obligó a buscar en los Estados Unidos la defensa militar que el Reino Unido no podía ya ofrecer, pero el carácter de la sociedad que se estaba construyendo no se ponía aún en cuestión. El apoyo a la *White Policy* en los años 40 era bipartisano, y el partido laborista se mostraba incluso más firme en su defensa que sus oponentes de la derecha⁽¹²⁾. De hecho, el laborismo australiano no eliminó las referencias a la *White Australia* hasta los años 60⁽¹³⁾.

Pero la segunda guerra mundial generó otras consecuencias en las políticas migratorias. La experiencia de vulnerabilidad vivida por Australia frente a un posible ataque japonés en los años 1940 y 1941 condujo a la convicción de que era necesario impulsar la población del país. El lema de la inmediata posguerra fue «*populate or perish*». Y puesto que los migrantes procedentes del Reino Unido, incluso subvencionados, no ofrecían los números suficientes para el crecimiento deseado⁽¹⁴⁾, el Gobierno laborista de Chifley estableció un programa de inmigración con el fin de alcanzar un crecimiento poblacional sustancial, para lo que se instituyó el *Commonwealth Department of Immigration*. Este aumento se logró a partir del más de un millón de súbditos británicos acogidos a las ayudas para la migración (existía también la campaña «trae un británico»), los 170.000 refugiados

(7) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 304.

(8) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 99.

(9) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 335.

(10) HOLLAND, A. (2005): «The common bond? Australian citizenship», en Lyons, M. y Russell, P., *Australia's History. Themes and Debates*, University of New South Wales Press, Sydney, p. 158.

(11) Australia firmó el Estatuto de Westminster en 1942, con efectos retroactivos a 1939, no sin ciertas reservas por parte de algunos estados de la federación. Los otros dominios incluidos en la elaboración del Estatuto fueron Canadá, Terranova, Irlanda, Sudáfrica y Nueva Zelanda. Terranova se incluiría en la federación canadiense en 1949.

(12) JUPP, J. (2004): «Immigration policy and the attack on multiculturalism», en Boreham, P., Stokes, G. y Hall, R., *The Politics of Australian Society. Political issues for the New Century*, 2.nd ed., Pearson Longman, Frenchs Forest NSW, p. 373.

(13) JUPP, J. (2004): *Immigration policy...*, cit., p. 374.

(14) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 109.

europeos de posguerra llegados entre 1947 y 1953 y el incremento paulatino de población del sur de Europa, procedente básicamente de Italia, Yugoslavia y Grecia.

La política expansiva de posguerra marcaba dos objetivos paralelos, defensa y desarrollo⁽¹⁵⁾, y por primera vez se ofrecía ayuda pública a los inmigrantes no británicos, comenzando por los neerlandeses. Como resultado, entre 1947 y 1970 la población australiana se incrementaría en unos cinco millones de personas. De alguna manera y poco a poco, los límites de la blanquidad y de la asimilación se irían difuminando paulatinamente y ensanchando al mismo tiempo⁽¹⁶⁾, si bien la política dominante de recepción seguía siendo profundamente asimilacionista⁽¹⁷⁾.

Por último, la cuasi-independencia australiana derivada del Estatuto de Westminster dio lugar a que se regulara por vez primera una ciudadanía australiana. En 1948 se aprobaba la *Australian Citizenship Act* 1948, primera norma jurídica relativa a la nacionalidad, que superaba el esquema tradicional de los súbditos británicos, y que incluía como ciudadanos a los australianos aborígenes, a pesar de que algunas alusiones constitucionales discriminatorias hacia éstos no se eliminarían hasta el referéndum constitucional de 1967.

III. LA NORMALIZACIÓN DEL MODELO MIGRATORIO: REGULACIÓN, APERTURA Y MULTICULTURALISMO (1958-1988)

Desde el punto de vista competencial, los poderes de la Federación australiana respecto a la materia migratoria tienen su base jurídica en los apartados 27 y 19 del artículo 51 de la Constitución de 1900, que se refieren explícitamente a las competencias sobre «*Immigration and emigration*» y «*Naturalization and aliens*» respectivamente. Otras competencias relevantes en el ámbito del Derecho migratorio derivan del propio poder ejecutivo (artículo 61), o de títulos como defensa (artículo 51.6) y relaciones internacionales (artículo 51.29). Esta base jurídica sirvió para que en 1958 se aprobara una ley básica migratoria que constituiría en adelante la referencia de la política de inmigración en Australia. Con la aprobación de la *Migration Act* 1958 (*Cth*) Australia avanzaba en el camino de la normalización de sus políticas de inmigración como país soberano, y se instauraba un esquema de visados para la entrada al país.

Por otro lado, la lenta pero progresiva pluralización cultural de la sociedad derivó en la creación de redes étnicas y sociales en los años 60. Este hecho fue previo a la adopción de la política multicultural por el gobierno, siendo en cualquier caso causa, pero no efecto, de aquélla⁽¹⁸⁾. El desmantelamiento progresivo de la *White Australia Policy* se concretó a lo largo de los años 60 y 70⁽¹⁹⁾. Además, hacia 1970 se produjo una novedad importante, puesto que por vez primera en la historia el número de las personas que deseaban inmigrar

(15) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 319.

(16) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 321.

(17) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 110.

(18) JUPP, J. (2002): *From White Australia to Woomera. The Story of Australian Immigration*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 27-29.

(19) TAVAN, G. (2005): *The Long, Slow Death of White Australia*, Scribe, Melbourne, pp. 235-239.

a Australia superaba al que el Gobierno deseaba aceptar. La consecuencia de ello fue la abolición definitiva del esquema histórico de subvención a los pasajes (salvo para refugiados aceptados *off-shore*) y un cierto endurecimiento de las condiciones de otorgamiento de visados.

Todo ello coincidió en el tiempo con otra novedad, la primera llegada de *boat refugees* desde Asia, como consecuencia de la Guerra de Vietnam. Si los refugiados europeos de la posguerra habían venido por voluntad del propio Gobierno australiano, estos nuevos refugiados se presentaban en las costas sin previo aviso, con la particularidad de que no eran europeos, sino asiáticos. Entre 1976 y 1979 más de 50 barcos con más de 2.000 solicitantes de asilo llegaron a las costas australianas⁽²⁰⁾. Para atender a estas situaciones, el Gobierno liberal de Fraser creó en 1977 el llamado Programa Humanitario, que todavía hoy persiste.

Pero la novedad política más relevante de este período fue el entierro definitivo de la política tradicional de la Australia blanca, y la apuesta por el multiculturalismo. Hasta 1960, toda política de inmigración iba acompañada de la idea de asimilación⁽²¹⁾. Sin embargo, en 1973, el Gobierno laborista de Whitlam anunció que la política australiana de inmigración ya no discriminaría a las personas por razón de su raza, color u origen nacional. Consecuentemente, en 1975 se aprobaba la ley contra la discriminación racial (*Racial Discrimination Act*). La aceptación por el Gobierno de Fraser de un gran número de vietnamitas es la primera muestra clara de esta nueva filosofía. La idea del multiculturalismo fue apoyada con entusiasmo durante el Gobierno liberal de Fraser (1975-1983) y en los gobiernos laboristas sucesivos de Hawke y Keating (1983-96), siendo destacable en este sentido el consenso suscitado por ella durante sus primeros 10 ó 15 años⁽²²⁾.

El multiculturalismo era un concepto recibido de Canadá (que lo había declarado su política oficial en 1971), pero que sería entendido de manera diferente en Australia. En Canadá el multiculturalismo había nacido como consecuencia de los debates de acomodo de las culturas tradicionales del país, y se centraría más en la perspectiva de los derechos de las minorías⁽²³⁾. En Australia, sin embargo, se entendía como una política de recepción y asentamiento de inmigrantes que afectaba básicamente a la primera generación de éstos⁽²⁴⁾. En cualquier caso, se consolidó la idea de que, si bien se esperaba que todos los ciudadanos fueran leales, ello no equivalía a que tuvieran que hablar la misma lengua, practicar la misma religión, comer la misma comida, ni tener el mismo tipo de familia⁽²⁵⁾.

El multiculturalismo australiano ha sido más economicista y menos jurídico que el canadiense, y tardó en ser definido institucionalmente hasta la aparición del llamado Informe

(20) MCMASTER, D. (2001): *Asylum Seekers: Australia's Response to Refugees*, Melbourne University Press, Melbourne, p. 70.

(21) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 335.

(22) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 343.

(23) Vid. RUIZ VIEYTEZ, E. (2006): «Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 13, pp. 9-29; RUIZ VIEYTEZ, E. (2007): «Constitución y multiculturalismo. Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, pp. 169-197.

(24) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 338.

(25) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 111.

Galbally de 1978, bajo el Gobierno Fraser. Los principios básicos de éste, reiterados en las agendas posteriores, incluyen el derecho a disfrutar de la cultura propia; el acceso igual a los recursos públicos y la necesidad de desarrollar las habilidades diferentes para el beneficio económico general⁽²⁶⁾, esto es, identidad cultural, justicia social y eficiencia económica⁽²⁷⁾.

El apoyo bipartidario al multiculturalismo en sus primeros años provocó que se extendiera sin dificultad del nivel federal a los Estados. A diferencia de la experiencia canadiense, el multiculturalismo australiano no se ha trasladado al plano jurídico ni se ha plasmado en ninguna norma concreta⁽²⁸⁾. Sin embargo, esta política se concretó en una serie de iniciativas sociales o institucionales, entre las que destacan el establecimiento de un amplio sistema de intérpretes para la realización de cualquier trámite público a partir de 1973 o la creación en 1980 del *Special Broadcasting Service (SBS)*, una entidad pública de medios de comunicación focalizada en la emisión en otras lenguas y en la atención a las «comunidades» (término australiano para referirse a los grupos o minorías étnico-culturales). Por otro lado, la existencia en Australia de una amplia red privada de educación subvencionada con fondos públicos ayuda también a que las propias comunidades puedan desarrollar la transmisión de sus propias lenguas, religiones y culturas.

IV. LAS BASES DE LA ENCRUCIJADA ACTUAL: EXPANSIÓN Y CONFLICTO (1988-2008)

Los años ochenta supusieron un cambio de paradigma en la política migratoria de Australia. Tras la abolición del sistema de pasajes subvencionados, la inmigración por reagrupación familiar comenzó a significar un porcentaje mayor de entradas. Ello derivó en un incremento del costo social de los inmigrantes y en una menor popularidad de las políticas abiertas, sobre todo en etapas de mayores dificultades económicas. Al ir cambiando el tipo de inmigración, por razón de la procedencia y del estatus personal de los nuevos inmigrantes, la cuestión inmigratoria se politizaría paulatinamente⁽²⁹⁾.

En los años ochenta, el consenso habido sobre la idea de multiculturalismo y de una inmigración creciente empezó a resquebrajarse. Significativamente, las primeras críticas sociales fueron vertidas en 1984 por el prestigioso historiador Geoffrey Blainey en un libro titulado *All for Australia*⁽³⁰⁾. Blainey aseguraba que el multiculturalismo estaba amenazando la esencia de la nación australiana, mostrando un claro rechazo al aumento de la

(26) JUPP, J. (2004): *Immigration policy...*, cit., p. 382.

(27) SMITH, R. (2001): *Australian Political Culture*, Longman, Frenchs Forest NSW, p. 235.

(28) En Canadá, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), incorporada a la Constitución a partir de 1982, incluye la sección 27, conocida como la «cláusula multicultural», cuyo tenor literal es el siguiente: «Esta Carta será interpretada de una manera consistente con la preservación e impulso del patrimonio multicultural de los canadienses». De igual modo, existe en el nivel federal una Ley sobre el Multiculturalismo (*Canadian Multiculturalism Act*), ley aprobada el 21 de julio de 1988. Vid. RUIZ VIEYTEZ, E. (2007): *Constitución y multiculturalismo...*, cit.

(29) BETTS, K. (2003): «Immigration policy under the Howard Government», *Australian Journal of Social Issues*, 38-2, pp. 169-171.

(30) BLAINEY, G. (1984): *All for Australia*, Methuen Haynes, North Ryde NSW.

inmigración desde Asia. Blainey fue uno de los pioneros a nivel internacional de la crítica al multiculturalismo como supuesto instrumento al servicio del tribalismo y de las nuevas minorías por encima de las viejas mayorías. Las críticas de Blainey fueron asumidas años más tarde por el líder liberal John Howard, rompiendo así el consenso político bipartidario habido hasta entonces en la materia. Howard no llegaría al poder hasta 1996, en las mismas elecciones en las que Pauline Hanson fue elegida al parlamento federal con posiciones similares a las de Blainey. El partido capitaneado por Hanson, *One Nation* (fundado por ésta un año después de su acceso al parlamento), insistía en sus programas políticos en la revisión de la política de inmigración y en la abolición del multiculturalismo. *One Nation*, que tuvo un apoyo electoral considerable en los años noventa (un millón de votos en 1998), agitaba el fantasma de que los (verdaderos) australianos acabarían sintiéndose «extranjeros en su propia casa»⁽³¹⁾, y de que estaban ante el riesgo de ser absorbidos por los asiáticos. Blainey se presentaba a sí mismo como la voz de los australianos ordinarios, ignorados por los políticos y oficiales de Canberra⁽³²⁾, discurso populista también alimentado desde las filas de Pauline Hanson.

A estos acontecimientos se añadiría la segunda oleada de *boat people*, que llegaría a partir de 1989, fundamentalmente desde Camboya, y que tuvo una recepción mucho menos positiva que la primera. Tras el final de la guerra fría, los refugiados comenzarían a llegar desde otras partes del planeta, y a partir de 1996, desde el Oriente Medio. La mayor llegada directa de inmigrantes a las costas nacionales y la creación de un nuevo Derecho Administrativo más garantista en los años setenta y ochenta modificaron el marco político y jurídico en el que los Gobiernos anteriores se habían movido, y que reducía significativamente el poder de revisión judicial de las decisiones del Gobierno respecto a la concesión de visados en el extranjero⁽³³⁾. La Decisión del Tribunal Superior⁽³⁴⁾ en el caso *Chan Yee Kin*⁽³⁵⁾, a favor de ampliar la revisión judicial, motivó en parte la reforma de la ley de migración. De este modo, las reformas legales restrictivas comenzarían a producirse en la última etapa del Gobierno laborista de Keating. La *Reform Act (of the Migration Act) 1994* reformaría aspectos de la ley de 1958, estableciendo nuevos conceptos como los de «zona de migración» e «interés nacional». Se establecía un nuevo sistema de visados y las distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos (y de éstos entre *lawful* y *unlawful non-citizens*), considerando a los *asylum seekers* que llegan espontáneamente como *unlawful non-citizens*. Por último, una de las novedades más relevantes y de más largo alcance sería el establecimiento de la *mandatory detention* en 1992, en virtud de la cual se convierte en obligada la detención de todas las personas que llegan a Australia sin el correspondiente visado.

El impacto de las críticas de Blainey y del éxito electoral pasajero de *One Nation* es indudable. Estos discursos populistas obligaron a los estrategas políticos a rediseñar algunas posiciones, particularmente en el campo conservador, que era el que más fácilmente podía

(31) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 325.

(32) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 325.

(33) BETTS, K. (2003): *Immigration policy...*, cit., p. 171.

(34) El nombre inglés del máximo órgano judicial federal de Australia es *High Court*. Los máximos órganos judiciales de cada uno de los Estados y territorios se denominan en Australia *Supreme Courts*.

(35) Caso *Chan Yee Kin v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs* (1989) 169 CLR 379; Sentencia de 9 de diciembre de 1989.

pescar en el caladero de votos acumulado por Hanson. Sin embargo, y contrariamente a lo que podría pensarse, el arrastre electoral de *One Nation* no tuvo que ver con suburbios urbanos de alta concentración de inmigrantes o que generaron elevada conflictividad social. Por el contrario, los bastiones electorales de *One Nation* fueron determinados entornos rurales de cultura exclusivamente anglo céltica, conformados por votantes de elevada edad y que tenían poco o ningún contacto con inmigrantes no anglófonos⁽³⁶⁾. En cierto modo, tanto Blainey como Hanson representan personalidades que, como su electorado, sólo pueden imaginar un determinado tipo de sociedad australiana, basada en los valores y tradiciones británicos originarios⁽³⁷⁾.

Finalmente, en 1996, la coalición nacional-liberal consiguió volver al poder, para iniciar el largo y controvertido mandato de John Howard (1996-2007). Como era de esperar, las políticas inmigratorias y de multiculturalismo que hasta entonces se habían basado en el consenso comenzarían a convertirse en cuestiones calientes de la polémica política⁽³⁸⁾. Howard no buscó un enfrentamiento directo con los discursos extremos de Pauline Hanson, sino que consintió tácitamente en ellos. Tras la llegada al poder de Howard, la *Office of Multicultural Affairs* (creada en 1987 dentro del departamento del primer ministro) y el *Bureau of Immigration, Multicultural and Population Research* (establecido en 1989) fueron disueltos, y el nombre del ministerio de *Immigration, Multiculturalism and Indigenous Affairs* fue sustituido por el de *Department of Immigration and Citizenship*. Ello no quiere decir que el cambio sustancial en la gestión multicultural fuera radical, sino que, por el contrario, puede defenderse que un buen número de fondos y prácticas se mantuvieron, pero con la diferencia de que el multiculturalismo institucional y simbólico ya no sería promovido activamente⁽³⁹⁾.

En realidad, el período del Gobierno Howard refleja decisiones variadas en relación con la inmigración, con concesiones importantes como la posibilidad otorgada a partir de 2000 de que los estudiantes extranjeros pudieran solicitar residencia permanente en Australia sin necesidad de regresar a sus países, o la reforma de la ley de nacionalidad en 2002 (*Australian Citizenship Legislation Amendment Act 2002*) para permitir la doble nacionalidad sin necesidad de renunciar a la originaria cuando se adquiere la australiana⁽⁴⁰⁾. Las actitudes abiertamente hostiles se concentran en torno al aspecto más mediático del fenómeno, el de las personas que llegaban directamente en número creciente a las costas australianas. En este marco, el *affaire* del *Tampa* adquirió una importancia especial, sobre todo teniendo en cuenta que se produjo poco tiempo antes de las elecciones federales de 2001.

La relevancia mediática del incidente, su coincidencia con los ataques del 11-S, el estado de opinión acumulado en los últimos años o la proximidad de las elecciones pueden explicar la reacción aparentemente desmesurada del Gobierno y parlamento australianos. En menos de un mes (el 26 de septiembre), el parlamento aprobó, con el apoyo de las dos

(36) SMITH, R. (2001): *Australian...*, cit., p. 248.

(37) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 113.

(38) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 326.

(39) BETTS, K. (2003): *Immigration policy...*, cit., p. 187.

(40) Para HOLLAND, que ello no fuera posible hasta entonces demuestra que el multiculturalismo no estaba en realidad profundamente asumido: HOLLAND, A. (2005): *The common bond...*, cit., p. 161.

fuerzas principales, varias leyes relativas al control de las fronteras (a finales de agosto, una *Border Protection Bill*, había sido aprobada en la Cámara de Representantes, pero no por el Senado). La *Migration Legislation Amendment Act (No 6) 2001* estrechaba sustancialmente la definición de refugiado, introduciendo una interpretación muy restrictiva de las nociones de «persecución» y «pertenencia a un grupo social particular» e intentaba restringir la aplicación del principio de *non-refoulement*. La *Border Protection (Validation and Enforcement Powers) Act 2001* legitimaba el rechazo de los barcos en aguas australianas usando incluso una «fuerza razonable» cuando existiera la sospecha de que portaban inmigrantes ilegales. La misma ley impedía a los detenidos en dichas condiciones el acceso a los procedimientos de solicitud de visados de protección.

Al mismo tiempo, la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) Act 2001* estipulaba que determinadas islas bajo soberanía australiana (*Christmas Island, Ashmore y Cartier Islands, Cocos/Keeling Islands* y cualquier otro territorio externo, isla o instalación marítima australiana) quedaban excluidas (*excised*) de la zona migratoria australiana, construyendo la ficción jurídica de que en tales territorios no opera en su totalidad el Derecho australiano, a pesar de la plenitud de la soberanía ejercida sobre ellos⁽⁴¹⁾.

Los incidentes con buques que portaban refugiados se reprodujeron en octubre con el hundimiento del buque conocido como SIEV X (*Suspected Illegal Entry Vessel*), lo que provocó la muerte de 353 personas y con el incidente del SIEV 4, del que se informó erróneamente en un momento que los refugiados de un barco estaban tirando niños al mar para ganar la atención mediática. Lo cierto es que el tema del control fronterizo estuvo muy presente en aquella campaña electoral y que el 10 de noviembre la Coalición liberal-nacional ganaría las elecciones con claridad, y en parte bajo las declaraciones de su líder y primer ministro: «*We decide who comes to this country and the circumstances in which they come*».

La respuesta gubernamental al incidente del *Tampa* fue la conocida como Solución Pacífico (*The Pacific Solution*). Además de excluir determinados territorios de la zona de migración, la idea central era que los refugiados potenciales cuya llegada no estuviera previamente procesada podrían ser redirigidos a «centros de procesamiento» creados al efecto con la colaboración de los Gobiernos de Nauru y de Nueva Guinea. Mientras el procesamiento era tramitado, y a la espera de una decisión final sobre cada caso, los solicitantes de asilo debían permanecer en ellos en un régimen de detención en la práctica, pero dentro de un cierto limbo legal⁽⁴²⁾, negándoles el acceso pleno al sistema legal australiano y contraviniendo así las obligaciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁽⁴³⁾. Pero el Tribunal Superior legitimó la posibilidad de que Australia controlara

(41) Complementando las leyes arriba citadas, la *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001* otorgaba un poder discrecional a los oficiales para detener a las personas extranjeras que hubieran entrado o desearan entrar en la zona excluida si existe la sospecha de que se trata de extranjeros irregulares. Estas personas pueden ser trasladadas a un determinado país extranjero que deberá satisfacer determinados criterios, entre los que no se encuentra haber ratificado la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, lo que permitía incluir a Nauru entre los países destinatarios.

(42) KNEEBONE, S. (ed.) (2009): *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 171.

(43) KNEEBONE, S. (ed.) (2009): *Refugees...*, cit., p. 172; KNEEBONE, S. (2006): «The Pacific Plan: The provision of Effective Protection?», *International Journal of Refugee Law*, núm. 18, pp. 696 y ss.

las entradas a su territorio, incluso desde suelo extranjero en el caso *Ruhani*⁽⁴⁴⁾. Para el Gobierno de Howard, la Solución Pacífico fue exitosa, puesto que el número de llegadas ilegales se redujo ostensiblemente a partir de 2002.

Esta política se combinaba con otros dos instrumentos básicos, la detención obligatoria (*mandatory detention*) y la protección temporal. La detención obligatoria había sido introducida en realidad por el Gobierno de Keating en 1992 y supone la detención para todas las personas llegadas por vía irregular, o sin visado (*unlawful citizens*). Las dudas se suscitan respecto a la compatibilidad de esta práctica con la prohibición de los arrestos arbitrarios según el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien algunos alegan que la detención no es completa, pues las personas afectadas podrían, si lo desean, regresar a sus países. La cuestión jurídica consiste, por un lado, en preguntarse por la validez de una detención indefinida en el tiempo y, por otro, en si la autoridad gubernativa está legitimada para imponer una sanción de estas características, que podría caer en la competencia exclusiva del poder judicial de acuerdo al capítulo III de la Constitución australiana.

La respuesta del Tribunal Superior a ambas cuestiones en el caso *Al-Kateb* no pudo resultar más frustrante para los defensores de derechos humanos. Ante la imposibilidad de repatriación de un inmigrante apátrida, el Tribunal (*Justice McHugh*) llega a manifestar que «no es labor del mismo determinar si las decisiones adoptadas por el Parlamento son injustas o contrarias a los derechos humanos básicos»⁽⁴⁵⁾. El Tribunal dijo además que la detención de los *unlawful non-citizens* no tenía naturaleza punitiva porque su propósito era facilitar su expulsión y no por el contrario castigarlos, por lo que no había violación de la separación constitucional de poderes. El caso sirvió para poner en evidencia la carencia en Australia de una Declaración de derechos, frente a las soluciones positivas provistas por los tribunales del Reino Unido o de Estados Unidos en casos similares⁽⁴⁶⁾.

Por último, el Gobierno de Howard introdujo también el visado de protección temporal (*temporary protection visa*) en 1999. La idea central de éste era que solamente los *lawfull non-citizens* pudieran adquirir un visado permanente para su llegada a Australia. Por el contrario, los refugiados llegados sin autorización previa sólo podrían acceder, como máximo, a un visado de protección temporal en un primer momento. Este visado temporal, que solía tener una duración de 3 años, debía ser posteriormente renovado, momento en el cual se podía analizar si la situación del país de origen había cambiado y si la persona en cuestión seguía necesitando la protección australiana. De este modo, el compromiso adquirido en el primer momento era reversible y los solicitantes podían verse disuadidos a entrar por esta vía.

Esta política ligada a la Solución Pacífico no fue abandonada hasta la llegada al poder del laborista Kevin Rudd, tras la derrota de Howard en las elecciones federales de 2007. La Solución Pacífico ha recibido duras críticas desde la perspectiva de los derechos humanos y del cumplimiento de las obligaciones internacionales de Australia. En particular, se ha cri-

(44) Caso *Ruhani v. Director of Police (No 2)* (2005) 222 CLR 489; Sentencia de 31 de agosto de 2005.

(45) Caso *Al Kateb v. Godwin* (2004) 219 CLR 562; Sentencia de 6 de agosto de 2004, p. 74.

(46) MEAGHER, D. (2010): «The significance of *Al-kateb v Godwin* for the Australian Bill of Rights Debate», *Constitutional Law and Policy Review*, núm. 12-1, pp. 15-25.

ticado la clara intención gubernamental en ella de eliminar los controles judiciales a su actuación en relación con los no nacionales⁽⁴⁷⁾, o de reducir su capacidad de revisión judicial de las decisiones gubernativas⁽⁴⁸⁾. Por otro lado, se ha denunciado que la idea de escindir determinados territorios de la aplicación del Derecho no es nueva. Según CROCK, ya en 1660 Carlos II envió a varios prisioneros republicanos a Jersey y la Isla de Man porque en dichas posesiones no operaba el derecho al *habeas corpus*. El antecedente inmediato de la solución australiana había sido la decisión del Gobierno americano de establecer un centro de procesamiento en la base de Guantánamo (Cuba) para los inmigrantes procedentes de Haití y Cuba⁽⁴⁹⁾. En cualquier caso, como señala KNEEBONE, tanto el asunto del *Tampa* como sus desarrollos posteriores exhiben una política que es contraria al espíritu de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951⁽⁵⁰⁾, lo que no impide en absoluto que dicha política resultara popular.

V. ELEMENTOS DEL ESQUEMA INMIGRATORIO ACTUAL EN AUSTRALIA

La llegada al poder del nuevo Gobierno laborista de Rudd en 2007 supuso un punto de inflexión al menos en la utilización política y mediática de la inmigración. La Solución Pacífico fue abandonada y el centro de procesamiento en Nauru cerrado. El Gobierno de Rudd eliminó también el régimen de visados temporales para los refugiados admitidos y prometió reducir el número de solicitantes de asilo que serían detenidos. Sin embargo, no se ha abolido la detención obligatoria y tampoco se ha modificado sustancialmente hasta la fecha el resto de la legislación.

Sin embargo, tras un período inicial de relativa calma, los números de llegadas a las costas del norte comenzaron a escalar de nuevo, particularmente a partir de 2009, así como la preocupación sobre la existencia de redes de traficantes de personas en la zona. En un intento de reducir la presión sobre las costas, el Gobierno laborista decidió en 2010 congelar el procesamiento de solicitudes de asilo procedentes de Afganistán y Sri Lanka, sobre la base de la supuesta mejoría de las condiciones en ambos países. Al mismo tiempo, la situación en los centros de detención de *Christmas Island* o incluso en el propio continente, casi siempre en lugares remotos (alguno, como el de Curtin, en el Territorio del Norte, reabierto por el Gobierno Rudd), ha generado motines y episodios de contestación por parte de las personas allí internadas⁽⁵¹⁾. Ambos factores han devuelto el debate sobre la gestión de las fronteras a la actualidad política y al debate electoral de 2010.

El Programa de Migración australiano actual (*Australian Migration Program*) se compone de tres vías que atienden a colectivos diferenciados. La primera de ellas se dirige a

(47) CROCK, M. (2007): «Defining Strangers: Human Rights, Immigrants and the Foundations for a Just Society», *Melbourne University Law Review*, núm. 31-3, p. 1067.

(48) KNEEBONE, S. (ed.) (2009): *Refugees...*, cit., p. 192.

(49) CROCK, M. (2007): *Defining Strangers...*, cit., p. 1068.

(50) KNEEBONE, S. (ed.) (2009): *Refugees...*, cit., p. 171.

(51) Varios de los afganos amotinados en el centro de Darwin en agosto de 2010 afirman haber estado detenidos más de 10 meses, o haber sido detenidos por vez primera en el año 2002: *The Age*, 2 de septiembre de 2010, p. 4.

la atracción de trabajadores cualificados y se basa en un sistema de puntos que deben ser cumplidos por los solicitantes, entre los que se valoran circunstancias como el haber sido propuesto como trabajador por un empresario australiano, disponer de determinadas habilidades o conocimientos interesantes para el mercado laboral australiano, tener vínculos sociales en Australia o disponer de inversiones, negocios exitosos o un capital suficiente. La segunda vía es la familiar, a través de la cual se regula la inmigración de las personas con relación matrimonial o equivalente, así como los hijos menores y los ascendientes dependientes. Por último, la vía de la elegibilidad especial (*special eligibility*) beneficia a antiguos residentes en Australia que no llegaron a adquirir la ciudadanía y que desean retornar como residentes permanentes.

Al Programa de Migración hay que sumar el Programa Humanitario (*Humanitarian Program*), que es el que incluye los visados concedidos a refugiados o desplazados por razón de violaciones de derechos humanos, sea desde el exterior (*off-shore*) o sobre el propio territorio australiano (*on-shore*). El Programa Humanitario se divide en dos categorías principales, la de los refugiados propiamente dichos y el *Special Humanitarian Program* para personas sometidas a discriminación o violaciones de derechos humanos, lo que incluye las necesidades de protección *on-shore* y otros supuestos de protección temporal que recuerdan a figuras jurídicas similares existentes en los ordenamientos europeos a partir de los años noventa.

En los últimos diez años, Australia ha recibido más de 1.100.000 inmigrantes, una cifra que guarda cierta relación con las de décadas pasadas (900.000 en los años noventa; 1.100.000 en los ochenta; 960.000 en los setenta; 1.300.000 en los sesenta; y 1.600.000 entre 1945 y 1960). En total, desde la segunda guerra mundial Australia ha recibido unos 7 millones de inmigrantes, de los que un 10% han llegado dentro del programa humanitario. En el mismo período la población total de Australia ha crecido desde los 7 millones de habitantes a los 22,5 millones en septiembre de 2010.

El año que marcó un récord de llegadas fue 1969-70, con 185.000, mientras que el número menor de llegadas se produjo en el año 1975-76, con 53.000. En 2008-09 el flujo inmigratorio quedó establecido en 158.000, en una cifra que lleva varios años creciendo. Desde 2002-03 hasta 2007-08, en pleno período del Gobierno Howard, el volumen de la inmigración creció de 93.000 a 140.000 personas, encauzándose casi la mitad de éstas por la vía del trabajo cualificado. En 2008-09, el Gobierno Rudd redujo el componente de trabajadores cualificados en un 14% con la excusa de proteger el mercado laboral australiano. El saldo total de migración se disparó hasta la cifra de 300.000 en 2008-09 y 230.000 en 2009-2010, pero estos datos se hallan inflados por el número de australianos expatriados que han vuelto a casa por causa de la crisis y por el incremento de las llegadas de neozelandeses⁽⁵²⁾. Para 2010-2011, en el programa de migración se prevé una cifra de entradas netas de 168.700, sin apenas cambios respecto al año anterior.

Por lo que se refiere al componente humanitario, éste se ha mantenido mucho más estable. Desde el primer año del Gobierno Howard, los puestos asignados al programa se mantuvieron constantes en los 12.000, de los que 10.000 iban dirigidos a los refugiados

(52) *The Australian*, 26 de julio de 2010, p. 13.

procesados en el extranjero y 2.000 a los refugiados llegados directamente al territorio australiano. En 2003, el programa aumentó a 13.000 y en mayo de 2009 a 13.750 puestos, de los que 6.000 van destinados a refugiados en origen y 7.750 al programa humanitario especial y a los refugiados *on-shore*. La tendencia de los últimos años es a la reducción del número de protecciones especiales y al aumento de los refugiados, tanto *off-shore* como *on-shore*. De los visados concedidos en este último caso, la inmensa mayoría son visados de protección inicial no permanente. Respecto a su procedencia, los datos de 2008 muestran un reparto equitativo por tercios entre África, Oriente Medio y Sudeste asiático. Por países, los más presentes en los últimos datos son Irak, Myanmar y Afganistán. En la evolución más reciente ha aumentado el peso de los refugiados procedentes de las regiones de Oriente Medio y Asia-Pacífico y ha bajado proporcionalmente el cupo de los procedentes de África.

En términos globales, una cuarta parte de los australianos han nacido fuera del país, en lo que representa uno de los porcentajes más altos del planeta. Al mismo tiempo, en torno a un 40% de la población es inmigrante o descendiente directa de inmigrantes. Las procedencias de los inmigrantes y los momentos de su llegada reflejan la historia de las crisis del último tercio del siglo xx: Vietnam, Chipre, Líbano, China, Irak, Afganistán o Yugoslavia. En el elevado porcentaje de nacionales nacidos fuera de Australia también se han ido produciendo cambios significativos. El peso de los nacidos en el Reino Unido ha caído desde casi la mitad del total en 1970 a un 11% en 2000. En los años 70, Yugoslavia, Italia y Grecia mantenían también porcentajes elevados como lugares de origen. A partir de los años 80 emergen con mucha fuerza las personas nacidas en Nueva Zelanda, país que supera por primera vez al Reino Unido en esta estadística en 1995. En los últimos años también son significativos los ascensos de China, India y Sudáfrica. En todo caso, el Reino Unido sigue teniendo un liderazgo claro con 1.200.000 nacimientos de nacionales australianos, seguido a bastante distancia por Nueva Zelanda, país que constituye hoy el origen de medio millón de ciudadanos, Italia, China y Vietnam.

En la misma línea, todavía en 2006, un 85% de la población declaraba tener ancestros australianos (37%), ingleses (32%), irlandeses (9%) o escoceses (7%). Los ancestros italianos se situaban en segundo lugar con un lejano 4,2%, seguidos de los alemanes (4,1%) y los chinos (3,4%), porcentaje este último que sin duda ha aumentado sensiblemente en la última década. De hecho los grupos nacionales de China e India son los que mayor aumento porcentual han experimentado en los últimos tiempos, aunque incluso en la actualidad las llegadas desde el Reino Unido siguen por delante de las de India y China y sólo por detrás de las de Nueva Zelanda⁽⁵³⁾.

VI. LA INMIGRACIÓN Y LA CULTURA POLÍTICA AUSTRALIANA

Como en cualquier otro país, un análisis de las políticas de población en Australia exige que nos detengamos sobre la cultura política que ha presidido su evolución histórica. La

(53) Las estadísticas utilizadas proceden de la información oficial ofrecida por la *Australian Bureau of Statistics* (ABS) y disponible en su página web: www.abs.gov.au.

condición de «país de inmigración» de Australia eleva si cabe esta necesidad, puesto que la inmigración ha constituido un elemento crucial de su formación como nación y se ha forjado en relación con los factores que han venido configurando su cultura política. Algunos de estos elementos deben ser claves para entender las condiciones en las que hoy Australia vive esta particular encrucijada respecto a su política de inmigración.

Al igual que en la mayor parte de los países, podemos resumir los principales elementos que han condicionado la cultura política australiana en torno a condicionantes geográficos, por una parte, e históricos, por otra. La geografía, tanto física como humana, es un elemento determinante de la vida de los pueblos, pero en el caso de Australia lo es aún en mayor grado. En primer lugar, Australia está situada muy lejos de su metrópoli y de los que durante los dos últimos siglos han sido los centros económicos y políticos del mundo. Por otro lado, Australia es un continente en sí mismo, con una extensión formidable al lado de cualquier país europeo. En consecuencia, Australia ha vivido lo que se ha venido en llamar la «tiranía de la distancia» (en expresión de BLAINEY). Todo parecía estar lejos, tanto hacia fuera como hacia dentro. Ello obligó, por un lado, a estimular la inmigración durante un largo período, a fin de competir con otros posibles destinos menos distantes. Por otro lado, provocó que la mayor parte del país permaneciera deshabitada, concentrándose su población en una franja costera.

La ubicación geográfica y la tiranía de las distancias han creado en el subconsciente australiano la percepción de que nadie podía llegar al territorio nacional sin previo aviso o por el lugar equivocado y de que, por el contrario, las deseadas llegadas tenían que ser planificadas y provocadas. Ello fue creando la sensación de control de la frontera. Un control activo a través de la propia legislación migratoria, tan restrictiva a una sola raza durante el largo período de la *White Australia Policy*. Y un control pasivo, motivado por la sensación de vivir tras una tierra de nadie, un desierto marítimo y terrestre sobre el cual nadie puede razonablemente aventurarse. Por ello, la sensación pasajera de llegada incontrolada de inmigrantes chinos durante la fiebre del oro (1850) y, sobre todo, la oleada expansiva japonesa de 1941-42 provocaron un profundo trauma en un pueblo no acostumbrado al riesgo de la invasión sino, en todo caso, del aislamiento.

La vacía inmensidad del espacio australiano (durante mucho tiempo la Australia oficial obvió la condición de los aborígenes como «pobladores») ha generado que la idea de crecimiento poblacional a través de nuevas llegadas haya sido siempre consustancial a la historia de Australia⁽⁵⁴⁾. La política de inmigración siempre ha estado en el centro del debate nacional, pero tuvo que ser planificada en todo momento y fue en su mayor parte fruto de decisiones previas. Desde la llegada de los convictos hasta la finalización de las subvenciones a los pasajes, la inmigración australiana fue una obra de ingeniería política, no un fenómeno natural y espontáneo. Por eso puede decirse que la población de Australia ha sido mucho más fabricada conscientemente que la de otros países de inmigración, como los Estados Unidos⁽⁵⁵⁾. En esta percepción se basan también parte de los recelos australianos actuales a las llegadas intermitentes de barcos con refugiados a bordo.

(54) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 98.

(55) JUPP, J. (2004): *Immigration policy...*, cit., p. 376.

En definitiva, la ubicación geográfica del país ha provocado en él una gran cultura de control de las fronteras⁽⁵⁶⁾. Por ello, en Australia está enraizada la idea de que nadie puede entrar a ser parte de la comunidad si no hay una previa aceptación de ésta. El control fronterizo (*border control*) es allí una noción evidente en sí misma⁽⁵⁷⁾. Esta afirmación puede comprobarse en el éxito del programa de televisión «*Border Security. Australia's First Line*», emitido semanalmente en el canal *Seven Network* desde 2004. El programa irradia una idea de control de la frontera y posiblemente también ayuda a reforzar estereotipos negativos respecto a varias minorías visibles, distando mucho de lo que podríamos entender como políticamente correcto. Sin embargo, el programa ha tenido gran éxito más allá de la propia Australia y hoy en día se distribuye y emite en varios países (Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Polonia, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Singapur, Hong Kong, Macao, Corea del Sur y Tailandia) y en Estados Unidos ha dado lugar en 2009 a la producción de un nuevo programa propio con el mismo formato, bajo el título *Homeline Security USA* en el canal ABC.

Por último, los condicionantes geográficos también se refieren a las condiciones naturales y a los sistemas ecológicos. En Australia, la cuestión medioambiental es una de las más políticamente sensibles y relevantes. No en vano, buena parte de los debates producidos a lo largo de la última campaña electoral de 2010 giraron en torno a elementos ambientales y el apoyo de los electores al Partido Verde ha ido en aumento en los últimos años, hasta conseguir un 13% de las primeras preferencias de los votos en las elecciones a la Cámara de Representantes en agosto de 2010, y lograr un papel decisivo como tercera fuerza en el Senado.

La ecología ha condicionado la evolución australiana y las políticas relativas a la inmigración a lo largo de la historia y lo sigue haciendo en la actualidad. Históricamente, los colonos pudieron pronto comprobar que la inmensidad del paisaje australiano no se traduciría en una repetición del modelo americano de colonización. En Australia, el inmenso interior no presentaba numerosos ríos ni fértiles praderas, sino extensos territorios desérticos, muchas tierras poco fértiles y una pluviosidad errática. La naturaleza ha condicionado así el poblamiento de manera decisiva, concentrándolo en las ciudades costeras del este y sur del país y reduciéndolo a su mínima expresión en el interior. Los intentos de fomentar el poblamiento de otras zonas del país, como los desarrollados en los años sesenta con inmigrantes italianos en la zona de las *snowy mountains*, se han saldado con un éxito muy limitado. La tendencia a la urbanización de la sociedad australiana ha impedido siempre un poblamiento significativo del interior.

Por otro lado, en épocas recientes, la preocupación por el cambio climático o por la escasez de determinados recursos naturales, particularmente el agua, está afectando a los discursos sobre la inmigración. A pesar de que la idea de crecimiento poblacional constante está bien asentada en el imaginario australiano, no son raras las voces que hoy plantean la necesidad de limitar dicho crecimiento en nombre de la sostenibilidad y de la gestión adecuada de los recursos. Se da así la paradoja de que la fuerza política que plantea una política de inmigración más relajada en cuanto al control fronterizo (los Verdes) es la que al

(56) CRONIN, K. (1993): «A Culture of Control: an Overview of immigration Policy Making», en Jupp, J. y Kabala, M. (eds.), *The Politics of Australian Immigration*, AGPS, Canberra, cap. 5.

(57) KNEEBONE, S. (ed.) (2009): *Refugees...*, cit., p. 174.

mismo tiempo plantea la necesidad de mantener unos equilibrios ambientales que obligan a limitar el crecimiento poblacional. Por el contrario, las fuerzas de centro-derecha, que habitualmente priorizan la viabilidad económica frente a las necesidades ambientales⁽⁵⁸⁾, son las que plantean un control fronterizo más férreo, insistiendo más en la idea de seguridad que en necesidades ambientales.

La conexión entre política de inmigración y política ambiental parece cada día más compleja. Frente a la idea hasta hace poco vigente de construir paulatinamente una «*Big Australia*», en la última campaña electoral, tanto la candidata laborista (y actual primera ministra) como los Verdes apostaron por avanzar hacia una «*Sustainable Australia*», sin que aparezca del todo claro la implicación de este concepto en términos de una cifra final de población ideal.

Por lo que se refiere a los condicionantes históricos de la cultura política, debe recordarse que Australia es ante todo un país de origen británico, unido política, jurídica y afectivamente a su metrópoli durante la mayor parte de su historia. Como fruto de la aplicación de la política de la Australia blanca, desde el punto de vista étnico e identitario puede afirmarse que durante la primera mitad del siglo xx Australia fue un país más puramente británico incluso que el propio Reino Unido. Esta identidad británica ha quedado, desde luego, muy afectada en las últimas décadas, en las que se ha vivido una rápida transformación social. Sin embargo, no debe olvidarse la fortaleza de un legado profundo de vinculación con el mundo británico. Aún en la actualidad, Australia es un país británico no sólo por el idioma, sino también en cuestiones institucionales o jurídicas, en expresiones simbólicas, y en elementos de la vida cotidiana como la programación televisiva (en la que se aprecia una influencia británica al menos comparable con la americana) o los deportes de masas. Sin duda, la influencia cultural americana entró con fuerza en el país a partir de la segunda guerra mundial, y las diversas culturas asiáticas tienen hoy una presencia y visibilidad creciente en la Australia urbana. La Australia rural, por el contrario, más allá de la presencia aborigen, mantiene una realidad cultural plenamente anglosajona.

La tradicional unidad cultural de Australia no puede considerarse como totalmente superada, al menos para determinados sectores de la población. Para algunos, la idea de *White Policy* es todavía poderosa⁽⁵⁹⁾. No en vano, esta unidad cultural histórica ha derivado en un alto nivel de homogeneidad. En este sentido, se percibe una diferencia de comprensión colectiva entre Australia y Canadá, así como en el modo de concebir el multiculturalismo. En el caso australiano no ha existido nunca una fuerte minoría étnica o lingüística que pudiera considerarse parte fundacional de la nación (como los francófonos en Canadá). Quizás en parte por ello, el modo en el que deba manejarse el impacto de la diversidad étnica en Australia está aún por verse⁽⁶⁰⁾, del mismo modo que no está aún claro qué es lo que reemplazará a los símbolos tradicionales de procedencia británica⁽⁶¹⁾.

(58) Uno de los temas relevantes de la campaña electoral de 2010 fue el relativo a la imposición de una tasa especial para las industrias extractivas del carbón. La propuesta contaba con el respaldo de los Verdes, pero con la clara oposición de la coalición de centro-derecha.

(59) ELDER, C. (2005): *Immigration...*, cit., p. 99.

(60) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 350.

(61) HOLLAND, A. (2005): *The common bond...*, cit., p. 168.

La cuestión de si la cultura política australiana es aún asimilacionista o si ha caminado hacia asunciones multiculturalistas es todavía un asunto de debate entre los científicos sociales⁽⁶²⁾. Las personas que se pronuncian a favor de una reducción del número de inmigrantes se justifican normalmente en factores socio-económicos, como el aumento del paro, pero no tienden a expresar un rechazo directo a la población de origen asiático. Sin embargo, al mismo tiempo, el aumento de las minorías visibles ha elevado el porcentaje de los que expresan el deseo de que haya menos asiáticos en Australia⁽⁶³⁾. Por otro lado, la televisión sigue en buena medida reflejando una sociedad blanca y poco plural, si no fuera por las diferencias raciales que enfatizan los programas de producción británica o americana⁽⁶⁴⁾. En el ámbito televisivo, parece como si la etnicidad hubiera quedado confinada en la SBS. Del mismo modo, el mundo político e institucional sigue reflejando casi exclusivamente una sociedad blanca y anglosajona⁽⁶⁵⁾.

La tradición británica también ha generado importantes consecuencias jurídicas para Australia. La primera de ellas es el tardío nacimiento de Australia como país independiente. En realidad, no es fácil determinar cuál es la fecha de independencia de la federación australiana. Australia siempre fue una de las colonias más fieles al imperio, y contrariamente a los casos de Irlanda, Sudáfrica o incluso Canadá, Australia mostró poco entusiasmo en ratificar el Estatuto de Westminster de 1931 que virtualmente suponía la independencia de los dominios. Aún más, durante varias décadas se mantuvo un sistema jurídico ambiguo de relación con el Reino Unido, fruto de las divisiones entre los estados australianos y su propia federación. La ratificación del Estatuto de Westminster afectó a las relaciones de la federación con la metrópoli, pero no tuvo incidencia jurídica sobre las relaciones de cada estado australiano con el Reino Unido. De este modo, desde 1939 hasta 1986 se produjo la paradójica circunstancia de que los Estados permanecían sometidos teóricamente a la supremacía del parlamento de Londres. Solo con la aprobación de las *Australia Acts* en 1986 por los parlamentos de Londres, Canberra y cada uno de los Estados australianos, éstos dejaron de ser técnicamente colonias. Con el mismo instrumento se eliminaron los últimos lazos jurídicos que ligaban a Australia al Reino Unido, por lo que no fue hasta 1986 que el país puede considerarse desligado definitivamente de su antigua metrópoli. El último vínculo institucional existente con Gran Bretaña es la persona que ostenta la jefatura de Estado, Isabel II. En 1999 un referéndum para instaurar una república en Australia fue derrotado y los grandes partidos políticos coinciden en no volver a plantear la cuestión de la jefatura de Estado mientras dure la vida de la actual monarca, que disfruta de un considerable prestigio y afecto popular.

Pero la tradición jurídica británica también ha implicado otras consecuencias para Australia que no son menos relevantes respecto a las políticas de inmigración. Así, el principio fundamental del sistema británico de la supremacía parlamentaria está firmemente enraizado en la cultura jurídica australiana. Ello deriva en una cierta desconfianza respecto

(62) SMITH, R. (2001): *Australian...*, cit., p. 237.

(63) SMITH, R. (2001): *Australian...*, cit., p. 231.

(64) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 350.

(65) La primera persona aborigen elegida miembro del parlamento no lo sería hasta las elecciones de agosto de 2010. Se trata del actual diputado Ken Wyatt, elegido en las listas de la coalición liberal-nacional por el Estado de Australia Occidental.

a la labor judicial y en la práctica imposibilidad de declarar inválidas o inconstitucionales las leyes que violen los derechos fundamentales de las personas, inmigrantes o extranjeros incluidos. La excepcionalidad constitucional más notable de Australia es precisamente la ausencia de una declaración constitucional de derechos. En la tradición británica, las declaraciones constitucionales de derechos son vistas con cierto recelo, por cuanto permiten a los tribunales una capacidad de intervención sobre las decisiones del parlamento. Desde esta perspectiva, se entiende que no es democrático dejar en manos de un tribunal superior la capacidad de decidir de modo vinculante sobre las leyes adoptadas por un parlamento democráticamente elegido y representativo. Se teme, en definitiva, lo que se conoce como el gobierno de los jueces⁽⁶⁶⁾.

Esta carencia de una protección expresa de los derechos fundamentales, sin embargo, se está demostrando especialmente perniciosa para los extranjeros, inmigrantes y otros colectivos en situación de mayor vulnerabilidad. El caso *Al-Kateb*, anteriormente citado, demuestra la débil protección jurídica de los derechos fundamentales en el ordenamiento australiano. Es esperable en este sentido que Australia pueda dar pasos en la adopción de una norma jurídica para la protección de derechos, aunque no lo haga a través de una reforma constitucional⁽⁶⁷⁾. En el campo de los derechos de las personas extranjeras o refugiadas, ello es realmente necesario⁽⁶⁸⁾ y podría generar soluciones distintas para supuestos como el ya citado⁽⁶⁹⁾.

En definitiva, la tradición jurídica refleja igualmente la ascendencia británica del país. La vieja política racista de la Australia blanca tuvo su reflejo en el escaso reconocimiento expreso de derechos básicos. Mientras que Australia tiene a gala haber sido el segundo país

(66) Existe un denso e interesante debate jurídico sobre la posible adopción de una norma protectora de derechos (*Bill of Rights*) en Australia, con abundante literatura, entre la que destacamos (incluyendo autores posicionados tanto a favor como en contra): BYRNES, A.; CHARLESWORTH, H. y MCKINNON, G. (2009): *Bills of Rights in Australia, History, Politics and Law*, University of New South Wales, Sydney. CAMPBELL, T.; GOLDSWORTHY, J. and STONE, A. (eds.) (2006): *Protecting Rights Without a Bill of Rights, Institutional Performance and Reform in Australia*, Ashgate, Aldershot, pp. 319-341. CASSIDY, J. (2008): «Hollow Avowals of Human Rights Protection-Time for and Australian Federal Bill of Rights?», *Deakin Law Review*, núm. 13-2, pp. 131-176. CHAPPELL, L., CHESTERMAN, J. y HILL, L. (2009): *The Politics of Human Rights in Australia*, Cambridge University Press, Cambridge. CHARLESWORTH, H. (2002): *Writing in Rights: Australia and the Protection of Human Rights*, University of New South Wales, Sydney. McHUGH, M. (2009): «A Human Rights Act, the Courts and the Constitution», *Constitutional Law and Policy Review*, núm. 11-1, pp. 86-105. TAYLOR, J. (2004): «Human Rights Protection in Australia: Interpretation Provisions and Parliamentary Supremacy», *Federal Law Review*, núm. 32, pp. 57-77. WILLIAMS, G. (2002): *Human Rights under the Australian Constitution*, Oxford University Press, Melbourne. WILLIAMS, G. (2004): *The case for an Australian Bill of Rights. Freedom in the war on terror*, University of New South Wales, Sydney. WILLIAMS, G. (2007): *A Charter of Rights for Australia*, University of New South Wales, Sydney. ZIMMERMANN, A. (2009): «Eight reasons why Australia should not have a federal charter of rights», *National Observer*, núm. 7, pp. 34-44.

(67) Coincidiendo con el 60.º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 2009, el ministro laborista de Justicia, Robert McClelland, anunció que se instituiría un comité *ad hoc*, presidido por el catedrático de Derecho (y religioso jesuita) Frank Brennan. Este Comité realizó una ingente labor de consulta que concluyó con la elaboración de un extenso informe final, remitido oficialmente el 30 de septiembre de 2009 y en el que se aboga por la adopción de una norma para la protección de derechos, de rango legislativo (*Statutory Bill of Rights*) basada en el llamado modelo del diálogo institucional. El informe completo del Comité puede consultarse en la página electrónica: <http://www.humanrightscsconsultation.gov.au/www/nhrcc/nhrcc.nsf/Page/Home>.

(68) CROCK, M. (2007): *Defining Strangers...*, cit., p. 1071.

(69) SANTOW, E. (2009): «Discrimination and refugees. Impact of an Australian Human Rights Act on Refugee Law», *Australian Journal of Administrative Law*, núm. 16-4, p. 185.

del mundo en conceder el voto a las mujeres (en 1902, sólo por detrás de Nueva Zelanda), no puede presumir de lo mismo respecto al trato a las personas aborígenes, no equiparados definitivamente al resto de australianos hasta el referéndum constitucional de 1967, o a la garantía de derechos para las personas extranjeras. Todo ello ha conducido a algunos a argumentar que el multiculturalismo ha operado en Australia como un discurso autocomplaciente, que ha permitido a la sociedad revertir su pasado racista y crear la ficción pública de que vive en una perfecta armonía y tolerancia⁽⁷⁰⁾.

VII. EL ÚLTIMO DEBATE POLÍTICO Y ELECTORAL (2010)

En agosto de 2010 Australia celebró sus últimas elecciones federales hasta la fecha. La jornada electoral se celebraría el sábado 21 de agosto y la convocatoria había tenido lugar el sábado 17 de julio, lo que dio lugar a una extensa campaña electoral de cinco semanas en la que las políticas de inmigración estuvieron realmente presentes. El sistema de partidos en Australia es claramente bipartidista. Las dos formaciones políticas con posibilidades reales de gobierno son, desde la segunda guerra mundial, el Partido Laborista (*Australian Labor Party*, ALP) y el Partido Liberal, que acude a las elecciones formando una coalición muy estable con el Partido Nacional⁽⁷¹⁾. El sistema electoral de voto preferencial que se utiliza para la elección de la Cámara de Representantes favorece este bipartidismo, pero en el Senado el sistema de voto transferible permite mayor pluralidad y las mayorías son más difíciles de obtener en la cámara alta.

Aunque el sistema de gobierno australiano es parlamentario, al más puro estilo británico, las elecciones presentan cada vez más la imagen de una elección presidencial entre dos grandes candidatos al puesto de primer ministro. La candidata laborista y entonces primera ministra era Julia Gillard, quien había accedido a la presidencia del Gobierno tan solo un mes antes de la convocatoria, tras una maniobra interna que derrocó al anterior primer ministro Kevin Rudd, elegido tras las elecciones del año 2007. Por parte de la coalición liberal-nacional, el candidato a la presidencia del Gobierno era Tony Abbot. Ambos candidatos, así como la inmensa mayoría de los restantes candidatos a parlamentario, pertenecen al grupo dominante anglosajón, pero contrariamente a lo que marca la tradición histórica (laborismo de base trabajadora con fuerte presencia irlandesa y católica, frente a derecha de base mayoritariamente inglesa y protestante), Tony Abbot se confiesa perteneciente a la tradición católica, mientras que Julia Gillard se autodefine públicamente como atea. Un dato curioso añadido es que ninguno de los dos candidatos a primer ministro era nacido en Australia, sino en el Reino Unido; Tony Abbot nació en Londres y Julia Gillard lo hizo en Gales, ambos en los años 50.

La cuestión de la inmigración fue desde luego uno de los temas de la campaña electoral, si bien no teniendo el mismo protagonismo que otras asuntos actuales de la po-

(70) ANG, I. (2001): *On Not Speaking Chinese: Living Between Asia and the West*, Routledge, Londres-Nueva York, p. 98.

(71) De hecho, ambos partidos se han fusionado en Queensland y en el Territorio del Norte, aunque mantienen posiciones más alejadas en Australia Occidental.

II. AUSTRALIA, DIEZ AÑOS DESPUÉS DEL TAMPA

lítica australiana, como las clásicas referencias a los sistemas educativos y de salud, la construcción de una red de banda ancha para todo el país o las cuestiones relacionadas con el cambio climático, al que la sociedad australiana es particularmente sensible. Puede considerarse que la inmigración constituyó en la campaña un tema de segunda fila, pero suficientemente importante como para estar presente en la mayor parte de las entrevistas, apariciones públicas de los candidatos y en el único debate directo que mantuvieron ante las cámaras de televisión el domingo 25 de julio.

De todos modos, el peso otorgado a las políticas migratorias por las dos grandes fuerzas políticas fue muy desigual. La coalición liberal-nacional puso un gran énfasis en la cuestión migratoria, sobre todo desde el punto de vista de la seguridad de las fronteras. El cuarto de los cuatro lemas con los que Tony Abbot resumía sus propuestas en sus anuncios televisivos era tan gráfico como «*Stop the boats*», en clara alusión a los barcos que conducen (o lo intentan) a refugiados o personas desplazadas a las costas del norte de Australia. La insistencia de la coalición en la seguridad de las fronteras era manifiesta, y normalmente obtenía la llamada por respuesta desde las filas laboristas, que tendían a eludir los debates sobre inmigración. Desde un análisis del impacto de las diferentes políticas, parece claro que en materia migratoria los electores confiaban más en la coalición que en el partido laborista, todo lo contrario de lo que sucedía, por ejemplo, con la gestión del cambio climático⁽⁷²⁾. Así las cosas, no es de extrañar que la coalición insistiera en el peligro que una ineficaz política de vigilancia costera podía traer a Australia, estimulando la sensación de inseguridad del ciudadano australiano sobre una posible invasión por el norte, un miedo tradicional en un país acostumbrado a ejercer un control casi absoluto de sus flujos migratorios. Tampoco debe sorprender que el partido laborista rechazara entrar al mismo debate, en el que parecía ir a remolque de las propuestas liberales. En cualquier caso, el partido laborista tenía poco que ganar estimulando el debate migratorio⁽⁷³⁾.

Mientras los liberales se presentaban en la campaña con la idea de reducir los números globales de inmigrantes que acceden a Australia⁽⁷⁴⁾, los laboristas anunciaban propuestas más vagas en la materia, o una reducción más ligera de los cupos. El debate principal, en cualquier caso, no parecía pivotar tanto sobre el impacto cuantitativo de la inmigración, cuanto sobre la seguridad en la frontera. La primera ministra Gillard propuso, antes incluso del comienzo de la campaña, la creación de un centro de procesamiento de las peticiones de asilo en Timor Este, país signatario de la Convención sobre Refugiados de 1951. Sin embargo, su propuesta, tratada con el presidente de este país, fue unánimemente rechazada por el parlamento de Timor y por su Gobierno, lo que supuso una seria desautorización de ésta. Por el contrario, Tony Abbot propuso desde el primer momento entablar conversaciones con el presidente de Nauru (y quizás con Nueva Guinea) para reabrir los centros de procesamiento otrora existentes en dichos países, en lo que equivaldría a volver a la llamada Solución Pacífico. Así las cosas, la única diferencia perceptible entre la propuesta poco viable de la candidata laborista y la propuesta mucho más viable del candidato liberal

(72) *The Australian*, 27 de julio de 2010.

(73) Ninguna referencia explícita a las políticas migratorias aparecía en las primeras páginas de la versión electrónica del partido laborista durante la campaña electoral.

(74) *The Age*, 30 de julio de 2010, p. 5.

era que el ALP apostaba por un país respetuoso nominalmente con la convención sobre refugiados, mientras que la coalición lo hacía por un país que no se había comprometido con dicho estándar. En cualquier caso, el procesamiento de las peticiones fuera del propio territorio australiano parecía imponerse de una manera o de otra. La coalición resaltaba en su propaganda el hecho de que bajo el Gobierno laborista de Kevin Rudd, el número de barcos con posibles refugiados había aumentado significativamente y que sólo una política ejemplar de reenvío de los barcos (incluso por la fuerza) a territorios no australianos detendría este movimiento. La insistencia de Tony Abbot por el control de este flujo marítimo le valió en varios medios el apelativo cómico de «*boatman*»⁽⁷⁵⁾. Solamente el Partido Verde (en cierto modo el ganador moral de las elecciones) proponía en su manifiesto un tratamiento más humano de los peticionarios de asilo y de los inmigrantes en general, rechazando soluciones como las propuestas por los dos grandes partidos. Sin embargo, las cuestiones migratorias tampoco eran el eje central de la campaña de los verdes, cuyas propuestas principales se basaban en las cuestiones ambientales.

En síntesis⁽⁷⁶⁾, en materia de inmigración o crecimiento poblacional, la coalición proponía en su programa detener el tráfico de barcos con refugiados, creando centros de procesamiento en Nauru y disuadiendo a los traficantes de personas con penas mayores; reintroducir los visados de protección temporal, que obligarían a los refugiados a demostrar su necesidad de protección cada tres años; reducir la tasa actual de crecimiento de la población para fijarla en torno al histórico 1,4% anual, y en todo caso asegurar un incremento neto anual no mayor de 170.000 personas; y reservar dos tercios de las entradas permanentes para el colectivo de trabajadores cualificados. El Partido Laborista, por su parte, proponía establecer un centro regional de procesamiento de solicitudes de asilo en Timor, extensible a Nauru en el caso de que este país ratificara la convención sobre el estatuto de los refugiados; destinar 25 millones de dólares para fomentar los esfuerzos de la policía de Indonesia en el control de los barcos que salen de su territorio; mantener la política de la detención obligatoria de todas las personas llegadas en barcos sin visado hasta completar los controles de seguridad, salud e identidad; incrementar las penas a los traficantes de personas; garantizar un visado de protección permanente para los refugiados genuinos; y sustituir la política del «*Big Australia*» por una estrategia de «*Sustainable Australia*», en diálogo con los expertos demógrafos, procurando una sensible caída en los niveles inmigratorios en los años venideros. Por último, el Partido Verde defendía articular una política de población dirigida a la sostenibilidad ecológica en un contexto de justicia social; eliminar la detención obligatoria permitiendo a los solicitantes de asilo vivir en la comunidad mientras se les somete a controles periódicos de seguridad, salud e identidad; acabar con el procesamiento de solicitudes de asilo fuera del territorio; apoyar el otorgamiento de visados para refugiados por razones climáticas; clausurar el centro de detención de *Christmas Island*; y aumentar el cupo destinado al programa humanitario de 13.750 a 20.000 visados, recortando correlativamente la inmigración de trabajadores cualificados y de empresarios.

(75) *Daily Telegraph*, 16 de agosto de 2010, p. 8.

(76) Las propuestas de las tres principales fuerzas políticas aparecían comparadas ampliamente en separatas especiales del diario *Herald Sun*, de 20 de agosto de 2010, y en *The Age*, de 21 de agosto de 2010.

Como puede comprobarse, existía un alto grado de sintonía en las propuestas electorales de las dos formaciones mayoritarias, si bien mantenían cierto nivel de desacuerdo respecto al procesamiento de las llegadas no previstas o irregulares, lo que en realidad incide sobre un número muy escaso de personas en relación con el conjunto de la inmigración. Por lo demás, los discursos mayoritarios apuntan a un recorte moderado de la inmigración. Solamente las propuestas del Partido Verde se distancian de las anteriores, pero de nuevo las diferencias con esta última fuerza se proyectan mucho más sobre la cuestión del tratamiento de refugiados y solicitantes de asilo que sobre el conjunto mucho más amplio de la inmigración laboral o familiar. De todos modos, las propuestas de contener o recortar el flujo migratorio por razones de cohesión social o sostenibilidad ecológica encontraron respuestas en otros sectores sociales. El mundo empresarial expresaba sus temores hacia una política de contención a la inmigración que pudiera poner en peligro el crecimiento de la economía australiana⁽⁷⁷⁾. Por su parte, el sector universitario alertaba sobre los efectos perjudiciales que podría tener la reducción de visados a estudiantes asiáticos que algunos políticos proponían⁽⁷⁸⁾. En realidad, los visados concedidos a estudiantes internacionales ya se habían reducido sensiblemente respecto al año anterior, destacando la disminución de solicitudes por parte de estudiantes indios⁽⁷⁹⁾. La dependencia de las universidades australianas de los estudiantes asiáticos es notoria y ello explica la preocupación de los rectores por cualquier mensaje político que pudiera disuadir a los estudiantes chinos, indios, indonesios o filipinos de elegir Australia como destino para su formación superior. Desde otra perspectiva, algunos advertían del poco esfuerzo que los partidos políticos realizan para acercarse a las comunidades étnicas minoritarias o para traducir sus mensajes a las personas procedentes de entornos lingüísticos no anglófonos, a pesar del carácter multicultural de Australia y del significativo peso numérico de estos grupos⁽⁸⁰⁾.

Fuera ya del debate estrictamente partidario, los artículos y columnas de opinión aparecidos en la prensa australiana durante la campaña electoral también reflejaban la encrucijada de una sociedad que no tiene un proyecto claro sobre su crecimiento poblacional ni sobre la política migratoria. Una de las tendencias visibles de opinión apuntaba en la línea de desenmascarar una mentalidad poco igualitaria y respetuosa con los derechos humanos en la materia. Así, se criticaba por algunos sectores la inconsistencia de la política australiana para con los refugiados y solicitantes de asilo con los estándares internacionales de derechos humanos⁽⁸¹⁾. En la misma línea, otros denunciaban el racismo implícito que sigue presente en la cultura política australiana, hoy escondido tras un debate sobre el crecimiento poblacional, así como el doble lenguaje de la principal formación política de la izquierda en este tema⁽⁸²⁾. También podían encontrarse críticas hacia los países que presuntamente podían colaborar con la política de control fronterizo de Australia, y muy

(77) *The Australian*, 26 de julio de 2010, p. 21.

(78) *The Australian*, 26 de julio de 2010, p. 1.

(79) La caída se cifra en un 16% entre los cursos 2008-09 y 2009-10 y es de más de un 50% en el caso de los estudiantes de nacionalidad india: *The Age*, 2 de septiembre de 2010, p. 6.

(80) *The Australian*, 26 de julio de 2010, p. 9.

(81) TOBIN, J.: «Australia tops miser ranking on refugees», en *The Age*, 6 de agosto de 2010, p. 17.

(82) PERERA, S.: «Population debate hides an ugly racism», en *The Age*, 30 de julio de 2010, p. 17.

particularmente hacia Nauru, cuyo régimen actual es considerado corrupto y, en consecuencia, no fiable en clave de respeto hacia los derechos de las personas allí detenidas en complicidad con Australia⁽⁸³⁾.

Otra tendencia de opinión apuntaba en la dirección opuesta, fundamentalmente basándose en argumentos ligados al crecimiento poblacional y a la sostenibilidad de éste. Así, algunas voces argumentaban contra la idea de la «*Big Australia*», sobre la premisa de que el crecimiento del país no debe construirse mediante un crecimiento demográfico, máxime considerando que la población actual australiana es una de las más jóvenes de los países occidentales, lo que supuestamente haría menos necesaria la llegada de inmigrantes jóvenes para sostener el carácter social del Estado⁽⁸⁴⁾. En la misma línea, otras voces proponían directamente repensar la política inmigratoria y disminuir sustancialmente la cuantía de las entradas al país, al considerarlas excesivas, incluyendo en ello no sólo a la inmigración laboral, sino también a la estudiantil⁽⁸⁵⁾. Finalmente, el debate sobre la necesidad de integrar a determinados grupos de inmigrantes en los valores occidentales fue reactivado puntualmente en un momento inicial de la campaña, coincidiendo con la visita a Australia de Ayaan Hirsi Ali para promocionar su último libro «*Nomads*»⁽⁸⁶⁾.

El resultado de las elecciones no pudo ser más confuso e incluso inesperado. Contrariamente a lo que es habitual en países de tradición anglosajona con sistemas electorales mayoritarios, la noche electoral no arrojó un ganador claro. Las primeras preferencias de los votos ofrecían a nivel nacional una ventaja de unos 4 puntos para la coalición sobre los laboristas, pero las preferencias a dos partidos daban una ligera ventaja al ALP sobre la coalición. El aumento más significativo de votos lo obtuvo el Partido Verde, pero ello se tradujo en un único escaño obtenido (eso sí, el primero de la historia australiana) en la Cámara de Representantes. Todo hacía indicar que al aumento del voto verde era un voto de castigo a las recientes divisiones internas del partido laborista, y que la coalición, con haber obtenido un buen resultado, no había logrado capitalizar aquéllas en favor de un cambio claro. El paralelismo con el Reino Unido volvía a ser evidente. Si las elecciones británicas de 2010 habían producido por primera vez desde la segunda guerra mundial un parlamento sin una mayoría política clara de ningún partido (lo que se conoce con la expresión *hung parliament*), Australia copiaba literalmente la situación y obtenía su primer *hung parliament* desde la postguerra. En ambos países ello coincidía además con la consecución del primer diputado verde en la cámara baja. La diferencia consistía en que en Gran Bretaña el partido liberal-demócrata estaba en condiciones de asegurar al partido conservador una mayoría sólida, mientras que en Australia no existe un tercer partido parlamentario capaz de proporcionar dicho apoyo. El empate técnico en escaños entre el ALP y la coalición dejaba en manos de los diputados independientes (varios de ellos antiguos diputados conservadores) la llave del nuevo Gobierno australiano. Tras una serie de negociaciones a varias bandas, tres de los cuatro diputados independientes y el diputado verde anunciaban

(83) MALEY, P.: «If you're willing to pay, Nauru can be amazingly accommodating», en *The Weekend Australian*, 14 de agosto de 2010, p. 5.

(84) SMITH, D.: «What's the Big idea? The answer is not more growth», en *The Age*, 10 de agosto de 2010, p. 14.

(85) SLOAN, J.: «Time to take a breather on migration numbers», en *The Australian*, 9 de agosto de 2010, p. 14.

(86) *The Australian*, 26 de julio de 2010, p. 8.

que apoyarían un Gobierno minoritario del partido laborista, lo que ha permitido a Julia Gillard confirmarse en un cargo de primera ministra que apenas había empezado a ejercer cuando convocó las elecciones. Si las políticas de inmigración del nuevo Gobierno van a estar condicionadas por los elementos conservadores del parlamento o por el apoyo ecologista en la cámara alta es una cuestión que sólo podría dilucidarse mediante el seguimiento de las decisiones prácticas que en la materia se adopten en esta nueva legislatura.

VIII. CONCLUSIÓN

Australia es un país históricamente formado por inmigrantes, que siempre ha dispuesto de una política de inmigración positiva y abierta en términos comparativos. Sin embargo, la política australiana de integración ha atravesado por distintas fases a lo largo de su historia y ha evolucionado desde posiciones abiertamente racistas hacia discursos oficiales multiculturalistas y favorables a la diversidad. Esto no obstante, no todos los sectores de la sociedad australiana han evolucionado siempre en paralelo respecto al modelo de sociedad a construir, como se demuestra a través de los conflictos que emergen al respecto en los años ochenta y que aún no pueden darse por cerrados. Al mismo tiempo, los condicionantes geográficos e históricos del país han favorecido en Australia la creación de una fuerte cultura de control fronterizo y la inmigración se acepta en la medida en que es un producto previamente planificado y aceptado por la propia comunidad política. Por ello, el principal motivo de polémica y preocupación concierne a la inmigración no planificada o irregular, que aun siendo muy minoritaria, supone un reto directo para la cultura política tradicional del país.

Australia ha basado siempre su desarrollo en un constante crecimiento poblacional, pero en la actualidad se encuentra frente a la encrucijada que plantea la posibilidad de limitar seriamente este crecimiento continuo con argumentos ecológicos, de integración social o de seguridad. La encrucijada se expresa gráficamente en la confrontación entre una idea más tradicional de una *Big Australia* en permanente expansión, frente a una noción de *Sustainable Australia*, que hipotéticamente combinaría las políticas demográfica, inmigratoria, social y ecológica. Sin embargo, el debate sobre el modelo sostenible de crecimiento dista mucho de estar cerrado y en él confluyen intereses dispares, buena parte de ellos económicos.

Por otro lado, la política pública frente a la diversidad se encuentra también en un momento de crisis. Las asunciones multiculturalistas de los años setenta no se tradujeron en un cuerpo normativo vinculante, sino en actuaciones administrativas aisladas, y hoy son cuestionadas desde algunos sectores. No está aún claro si el crecimiento poblacional debe realizarse sin atender a la procedencia de los inmigrantes. Si los elementos raciales de la vieja política de la *White Australia* han desaparecido de los discursos políticos y sociales, lo cierto es que sigue existiendo un debate no sólo sobre cuántos inmigrantes se necesitan, sino también sobre qué tipo de inmigrantes son deseables⁽⁸⁷⁾. No en vano, en la política australiana de gestión de la diversidad, hay un discurso correcto basado en la

(87) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 305.

tolerancia y la pluralidad, al mismo tiempo que sigue existiendo una clara dominación de una determinada cultura y sector social en los principales ámbitos políticos e institucionales. Como en otros países occidentales, los ciudadanos reflejan esta ambivalencia en los estudios de opinión social. La mayor parte de los australianos apoyan al mismo tiempo posturas asimilacionistas y multiculturalistas⁽⁸⁸⁾, exigiendo a los inmigrantes que adopten el «estilo de vida australiano» (sin que éste pueda considerarse claramente definido) pero negando expresamente que deban renunciar a sus propias culturas o identidades colectivas. Esta ambivalencia generalizada puede explicar en parte la encrucijada a la que se enfrentan los grandes líderes políticos australianos a la hora de decidir las políticas inmigratorias o de integración para los próximos años. El confuso resultado electoral de 2010 aconseja en todo caso un debate más sereno sobre la cuestión y la búsqueda de un consenso bipartidario que pueda mantenerse estable en un plazo medio, tal y como sucedió con éxito en la década de los años setenta.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANG, Ien (2001): *On Not Speaking Chinese: Living Between Asia and the West*, Routledge, Londres-Nueva York.
- BETTS, Katharine (2003): «Immigration policy under the Howard Government», *Australian Journal of Social Issues*, 38-2, pp. 169-192.
- BLAINEY, Geoffrey (1984): *All for Australia*, Methuen Haynes, North Ryde NSW.
- (2009): *History of Australia, A Shorter History of Australia*, Vintage books, Sydney.
- CARTER, David (2006): *Dispossession, dreams and diversity. Issues in Australian Studies*, Pearson Longman, Frenchs Forest NSW.
- CHAPPELL, Louise; CHESTERMAN, John y HILL, Lisa (2009): *The Politics of Human Rights in Australia*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CHESTERMAN, John y GALLIGAN, Brian (eds.) (1999): *Defining Australian Citizenship*, Melbourne University Press, Melbourne.
- CROCK, Mary (2007): «Defining Strangers: Human Rights, Immigrants and the Foundations for a Just Society», *Melbourne University Law Review*, 31-3, pp. 1053-1071.
- CRONIN, Katherine (1993): «A Culture of Control: an Overview of immigration Policy Making», en Jupp, James y Kabala, Marie (eds.), *The Politics of Australian Immigration*, AGPS, Canberra, cap. 5.
- DAUVERGNE, Catherine (2005): *Humanitarianism, Identity and Nation: Migration Laws of Australia and Canada*, UBCPress, Vancouver-Toronto.
- ELDER, Catriona (2005): «Immigration History», en Lyons, Martyn y Russell, Penny, *Australia's History. Themes and Debates*, University of New South Wales Press, Sydney, pp. 98-115.
- HOLLAND, Alison (2005): «The common bond? Australian citizenship», en Lyons, Martyn y Russell, Penny, *Australia's History. Themes and Debates*, University of New South Wales Press, Sydney, pp. 152-171.

(88) CARTER, D. (2006): *Dispossession...*, cit., p. 351.

II. AUSTRALIA, DIEZ AÑOS DESPUÉS DEL TAMPA

- KNEEBONE, Susan (2006): «The Pacific Plan: The provision of Effective Protection?», *International Journal of Refugee Law*, 18, pp. 696 y ss.
- (ed.) (2009): *Refugees, Asylum Seekers and the Rule of Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge.
- JUPP, James (2002): *From White Australia to Woomera. The Story of Australian Immigration*, Cambridge University Press, Cambridge.
- (2004): «Immigration policy and the attack on multiculturalism», en Boreham, Paul; Stokes, Geoffrey y Hall, Richard, *The Politics of Australian Society. Political issues for the New Century*, 2.nd ed., Pearson Longman, Frenchs Forest NSW, pp. 373-386.
- MADDOX, Graham (2005): *Australian Democracy. In Theory and Practice*, 5th ed., Pearson Longman, Frenchs Forest NSW.
- MACINTYRE, Stuart (1999): *A Concise History of Australia*, Cambridge University Press, Cambridge.
- MCMMASTER, Don (2001): *Asylum Seekers: Australia's Response to Refugees*, Melbourne University Press, Melbourne.
- MEAGHER, Dan (2010): «The significance of *Al-kateb v Godwin* for the Australian Bill of Rights Debate», *Constitutional Law and Policy Review*, 12-1, pp. 15-25.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo (2006): «Canadá y el multiculturalismo: un análisis crítico», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 13, pp. 9-29.
- (2007): «Constitución y multiculturalismo. Una valoración del artículo 27 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 80, pp. 169-197.
- SANTOW, Edward (2009): «Discrimination and refugees. Impact of an Australian Human Rights Act on Refugee Law», *Australian Journal of Administrative Law*, 16-4, pp. 183-186.
- SMITH, Rodney (2001): *Australian Political Culture*, Longman, Frenchs Forest NSW.
- TAVAN, Gwenda (2005): *The Long, Slow Death of White Australia*, Scribe, Melbourne
- TIFFEN, Rodney y GITTINS, Ross (2009): *How Australia Compares*, 2.nd ed., Cambridge University Press, Port Melbourne VIC.
- WELLS, B. (1996): «Aliens: The Outsiders in the Constitution», *University of Queensland Law Journal*, 19, pp. 45 y ss.

Revista de

Derecho migratorio y extranjería

**NOTAS BIBLIOGRÁFICAS,
APUNTES Y CONVOCATORIAS
DESDE LAS DOS ORILLAS**

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

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

- BALLESTEROS MARTÍN, J.M., *Extranjería y cooperación judicial internacional*, Edit. Ciss, Valencia, 2010, 624 pp.
- BONET I PÉREZ, J., *Los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Huygens, Barcelona, 2010, 448 pp.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, M.C., *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2010, 176 pp.
- CAMACHO, Z.G., *Mujeres migrantes: Trayectoria laboral y perspectiva de desarrollo humano*, CLACSO, Buenos Aires 2010, 272 pp.
- CERIANI CERNADAS, P. y FAVA, R., *Políticas migratorias y Derechos Humanos*, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2010, 391 pp.
- CIVITAS, *Legislación sobre extranjeros*, 15.ª edic., Civitas, Madrid, 2010, 615 pp.
- COUNCIL OF EUROPE/CONSEIL DE L'EUROPE, *Intercultural Dialogue in the Framework of European Human Rights Protection*, Estrasburgo, 2010, 123 pp.
- *Living in Diversity: Lesson Plans for Secondary Schools*, Estrasburgo, 2010, 151 pp.
- *Policies on irregular migrants-Volume III: France, Portugal and Poland*, Estrasburgo, 2010, 155 pp. (edic. asimismo en francés).
- CHUECA SANCHO, A.G. (coord.), *Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Valladolid, 2010, 290 pp.
- ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENO SEGRELLES, M., *Legislación de extranjería*, 5.ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 485 pp.
- HINOJOSA GORDONAVA, A.B., *Buscando la vida. Familias bolivianas transnacionales en España*, CLACSO, Buenos Aires, 2010, 120 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, *Mainstreaming Migration into Development Planning: A Handbook for Policy-makers and Practitioners*, Ginebra, 2010, 148 pp.
- LINDE PANIAGUA, E., *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*, 4.ª edic., Editorial Colex, Madrid, 2010, 408 pp.
- MOLINA MARTÍN, A.M., *La movilidad geográfica internacional de trabajadores (Régimen jurídico-laboral)*, Dykinson, Madrid, 2010, 376 pp.
- NADAL, I., *Todo sobre el Derecho de Extranjería*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, 2010, 291 pp.

NARANJO OROVIO, C., *Las migraciones de España a Iberoamérica desde la independencia*, CSIC, Madrid, 2010, 96 pp.

ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, 4.^a edic., La Ley, Madrid, 2010, 956 pp.

PAJARES, M., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010, 172 pp.

PALOMAR OLMEDA, A., *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, dos tomos, Aranzadi, Pamplona, 2010, 2.540 pp.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Inmigración, mujeres y menores*, Ediciones Laborum, Barcelona, 2010, 418 pp.

SANFELIV, I., VARONA, J. y OTROS, *Inmigración, racismo y poder*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, 208 pp.

TRUJILLO PÉREZ, A.J. y ORTEGA PEROL, J.M., *Inmigración y asilo*, Edic. Sequitur, Madrid, 2010, 176 pp.