

revista de

DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA

23

LEX NOVA

REVISTA DE

Derecho Migratorio y Extranjería

Derecho de las personas en movimiento transnacional

CONSEJO ASESOR

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.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES.
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2010

EDICIÓN

EDITORIAL LEX NOVA, S.A.U.

TELÉFONO

General Solchaga, 3 47008 Valladolid

FAX

983 457 038

E-MAIL

983 457 224

ISSN

clientes@lexnova.es

DEPÓSITO LEGAL

1695-3509

VA. 922-2002

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

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Lex Nova. 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 ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

Sumario:

[7] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

[11] **I. Derecho penitenciario y extranjería**

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

[51] **II. Trata de seres humanos, en especial menores**

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR (Dtor.)

[113] **III. El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario**

ANA CARINA FREIRE CORREIRA DE GUSMÃO

[163] **DOSSIER: XX ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO
DE EXTRANJERÍA Y ASILO**

27 AL 29 DE MAYO DE 2010. BARCELONA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[169] **I. Índice analítico de voces**

[169] **Asilo**

[182] **Expulsión**

[191] **Derecho al trabajo**

[199] **Permiso de trabajo**

[204] **Derecho Penal**

[210] **Nacionalidad**

[223] **Régimen comunitario**

[246] **Constitucional**

[251] **II. Recensión sobre la Sentencia del TSJ del País Vasco núm. 807/2009, de 27 de noviembre; recurso de apelación núm. 626/2007**

RICARDO LÁZADO PERLADO

CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[291] I. Crónica legislativa

[291] Fuentes internas

[292] Fuentes internacionales

[293] Fuentes de la Unión Europea

[295] II. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas

[303] III. Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

PABLO IGNACIO SARDINA CÁMARA

ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[309] I. Criminalización de la inmigración irregular en Italia. La eficacia de la Ley n.94/2009

MARCO GASTALDO

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[319] I. Notas bibliográficas

[333] II. Jornadas sobre Extranjería

Contents:

The **on-line** version of this collection has been selected by the CGPJ for being used by the members of the judicial career, it can be consulted in portaljuridico.lexnova.es.

[7] EDITORIAL

ARTICLES:

[11] **I. Penitentiary right and foreigners affairs**

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

[51] **II. Human beings trafficking, especially underage**

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR (Dtor.)

[113] **III. The right to family regrouping within the Spanish and Community Law**

ANA CARINA FREIRE CORREIRA DE GUSMÃO

[163] **DOSSIER: XX LAWYERS CONFERENCE ON FOREIGNERS
LAW AND ASYLUM**

27 AL 29 DE MAYO DE 2010. BARCELONA

REPORTS OF JURISPRUDENCE:

[169] **I. Analytic index of voices**

[169] **Asylum**

[182] **Expulsion**

[191] **Right to work**

[199] **Working license**

[204] **Criminal Law**

[210] **Nationality**

[223] **Community Rules**

[246] **Constitucional Law**

[251] **II. Review on the Decision of the Supreme Court of Justice of the Basque Country n. 807/2009, of November 27th; remedy of appeal n. 626/2007**

RICARDO LÁZADO PERLADO

LEGISLATIVE REPORTS:

[291] **I. Legislative report**

[291] **Domestic sources**

[292] **International sources**

[293] **European Union sources**

[295] **II. Europe in brief. Weekly information from the Delegation in Brussels**

[303] **III. Outstanding aspects on the new Law 12/2009, of October 30th, governing the right to asylum and the subsidiary protection**

PABLO IGNACIO SARDINA CÁMARA

RESEARCHS FROM BOTH SHORES:

[309] **I. Criminalization of the illegal immigration in Italy. The effectiveness of the Law n. 94/2009**

MARCO GASTALDO

BIBLIOGRAPHICAL NOTES, BRIEFS AND NOTIFICATIONS:

[319] **I. Bibliographical notes**

[333] **II. Conferences about foreigners affairs**

EDITORIAL

El primer trimestre del año 2010 ha estado marcado por la puesta en marcha de la reciente reforma de la Ley de Extranjería, operada por la aprobación de la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Varios hechos han condicionado en estos meses su desarrollo: la Presidencia española de la UE y los importantes cambios operados en el equipo directivo de la política migratoria con la sustitución de la Secretaría de Estado y el nombramiento de nuevos Directores Generales.

Además, en el interin de la elaboración del nuevo Reglamento de Extranjería, que deberá producirse en el plazo de seis meses, han tenido lugar algunas intervenciones que han causado una grave alarma entre el colectivo de personas migrantes. Así, la difusión de una denominada Circular 1/2010 de la Dirección General de Extranjería y Fronteras junto con el anuncio de algunos ayuntamientos de restringir el acceso al Padrón Municipal de inmigrantes en situación irregular hicieron surgir fuertes críticas en amplios sectores sociales, que veían confirmarse los temores de la inclinación de las recientes reformas legislativas hacia políticas migratorias basadas en crecientes medidas represivas y de control frente a medidas integradoras, con el riesgo de alimentar latentes comportamientos de signo xenófobo presentes en nuestras sociedades europea y española.

Por otra parte, la profunda crisis socioeconómica en la que está inmersa España ha hecho invertir la tendencia migratoria o, al menos, ha supuesto un importante freno a la llegada masiva de nuevas personas migrantes.

Con todos estos ingredientes quedamos a la espera de ver la aparición del nuevo Reglamento de Extranjería que confiamos en que se convierta en un instrumento eficaz de canalización de los flujos migratorios y, lo que es actualmente todavía más importante, que sea capaz de ordenar la convivencia entre personas migrantes, de muy distintos orígenes y autóctonas. El reto en estos difíciles momentos se encuentra en ser capaces de construir, como venimos insistiendo desde hace tiempo, un régimen de extranjería sólido basado en criterios y principios garantistas firmes y coherentes, y siempre respetuoso con los derechos humanos de todos y todas. Un régimen en el que las situaciones de irregularidad y, fundamentalmente, la irregularidad sobrevenida aparezcan como hechos aislados, residuales y excepcionales. Todo ello exige, sin duda, fuertes dosis e iniciativas solidarias y generosas.

En este número de la REDMEX hemos aprovechado para tratar en profundidad un tema de indudable preocupación como es la conexión entre el ámbito penal y penitenciario y la extranjería, desde la doble perspectiva del extranjero como víctima y como sujeto activo. La reagrupación

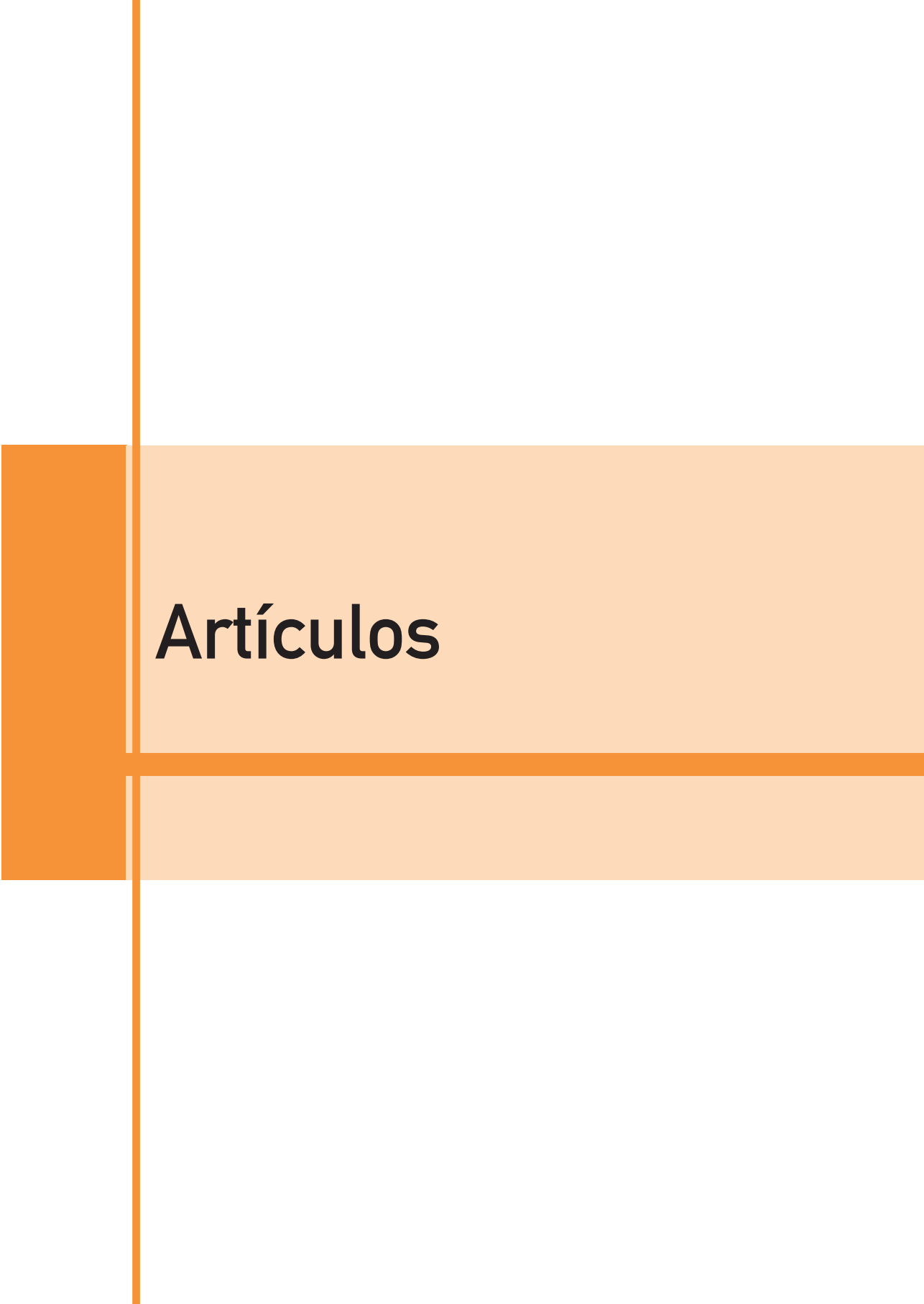
familiar es abordada desde la perspectiva del derecho comunitario y partiendo de su valor integrador.

En el «Dossier» damos noticia de la celebración del XX Encuentro anual de la Abogacía en materia de extranjería y asilo que se celebrará en el Colegio de Barcelona, en el que se analizará el actual marco migratorio y las novedades legislativas en estas materias.

En los apartados «Crónica de jurisprudencia» y «Crónica legislativa» destacamos los trabajos sobre la problemática de la representación procesal de oficio en materia de extranjería y el artículo sobre las novedades más relevantes de la reciente Ley de Asilo.

Por último, publicamos un interesante trabajo sobre la criminalización de los inmigrantes en Italia que nos ofrece una inquietante visión acerca de la actual tendencia de la política migratoria italiana.

Sólo nos resta desear una buena lectura de la REDMEX.



Artículos

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO

Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y
Extranjería de Sevilla

(lluisfdez@telefonica.net)

Derecho penitenciario y extranjería

«En el castigo de los delitos se sigue esta triple norma: la enmienda de aquel a quien se castiga, el mejoramiento de los otros por el ejemplo, y suprimido el mal, la mayor seguridad del pueblo.»

Séneca

RESUMEN

DERECHO PENITENCIARIO Y EXTRANJERÍA

La población reclusa extranjera, que representaba un 17,37% del total de ocupación de nuestros Centros Penitenciarios a 31 de diciembre de 1999, supone un 35,70% a 31 de diciembre de 2009. En términos relativos, la población reclusa extranjera ha experimentado un crecimiento entre 2000 y 2009 de un 302,13%, mientras que paralelamente la población censada extranjera en España creció el 412,11%, lo que debe excluir cualquier tentación estigmatizadora. Pero el choque de las cifras ha afectado a la dinámica de funcionamiento del propio sistema penitenciario español, en base a la legislación de extranjería, extramuros de la propia legislación penitenciaria.

ABSTRACT

PENITENTIARY RIGHT AND FOREIGNERS AFFAIRS

The foreign inmate population, that represented 17,37% of the total occupancy rate in our Penitentiaries as of December 31st, 1999, represents 35,70% as of December 31st, 2009. In relative terms, the foreign inmate population has undergone a growth of 302,13% between 2000 and 2009, while in parallel the foreign recorded population in Spain grew 412,11%, this should exclude any stigmatizing temptation. But the clash of the figures has affected the working dynamics of the Spanish penitentiary system itself, according to the foreigners affairs legislation, outside of the penitentiary legislation itself.

SUMARIO

I. Breves referencias al concepto de derecho penitenciario. A) La noción clásica del derecho penitenciario como derecho regulador de la ejecución de las penas privativas de libertad y su crítica. B) Propuesta de una nueva definición de derecho penitenciario. a) El Derecho penitenciario como regulador de la actividad penitenciaria. b) Derecho Penitenciario como regulador de la relación jurídica penitenciaria. c) La asunción por las Instituciones Penitenciarias de las medidas penales alternativas. d) Propuesta definitiva del Derecho Penitenciario actual. e) Contenido.

II. La extranjería en el sistema penitenciario español, en cifras. A) Evolución de la población reclusa extranjera en el sistema español de adultos. B) La población reclusa extranjera en España: su composición por nacionalidades y correlación con extranjeros censados, según el Instituto Nacional de Estadística.

III. Aproximación al perfil del recluso extranjero en España. A) Incremento relativo de la tasa de preventivos extranjeros respecto del porcentaje nacional. B) Distribución sexual de la población reclusa en 31 de diciembre de 2008. C) Distribución de edad dentro de la población reclusa. a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007. b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008. D) Distribución de tipologías delictivas más frecuentes dentro de la población reclusa. a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007. b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008. E) Distribución por grado de clasificación dentro de la población reclusa. a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007. b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008. F) Características sociales, educativas, laborales, familiares, regimentales y lingüísticas de la población reclusa extranjera, excluidos comunitarios e hispanoparlantes. G) Problemáticas principales de la población reclusa extranjera, excluidos comunitarios e hispanoparlantes.

IV. Principios básicos que inspiran la legislación penitenciaria española en materia de extranjería.

V. La relación jurídica penitenciaria. A) El interno: derechos y deberes; la ausencia de especialidades para los internos extranjeros. B) La administración penitenciaria: incidencia de la extranjería en la organización de los servicios centrales.

VI. Régimen penitenciario y retención y custodia. A) El ingreso. a) Información de derechos y deberes. b) El derecho a comunicar el ingreso a las autoridades consulares. c) Datos personales y sociales. d) Documentación. e) Constatación de la situación administrativa de su presencia en España por la Oficina de Régimen. B) El traslado. C) La libertad. a) Libertad definitiva de penados. a') Las comunicaciones del Director de la fecha de excarcelación a efectos de aplicación

Derecho penitenciario y extranjería

de eventuales medidas repatriativas. b') La posibilidad de acceso de los extranjeros excarcelados al subsidio y a las prestaciones por desempleo. b) Libertad condicional de extranjeros. a') Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena. b') La mal llamada libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España. c') La posibilidad de expulsión como regla de conducta. d') La antinomia nominal pero no real de la exclusión de la expulsión acordada en sentencia frente a la libertad condicional.

VII. El régimen penitenciario y la convivencia ordenada. A) Los modelos regimentales. B) Las decisiones de asignación del modelo regimental a través de la separación y la clasificación. a) Separación interior y extranjería. b) Clasificación y extranjería. c) Tercer grado y extranjería. C) Las medidas de seguridad penitenciarias y la extranjería. D) El régimen disciplinario penitenciario de los reclusos y la extranjería. E) El régimen de recompensas y la extranjería.

VIII. El tratamiento penitenciario y la intervención reeducadora. A) Concepto de tratamiento y concepciones clínica y moderna del tratamiento penitenciario. B) La intervención educativa y formativa. a) El acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española. b) La disponibilidad en lo posible de material bibliográfico en su propia lengua. c) Colaboración en la resocialización de reclusos extranjeros de instituciones y asociaciones. d) El programa de intervención sobre internos extranjeros. C) El trabajo penitenciario. a) Las dos acepciones, amplia y estricta, del trabajo penitenciario. b) El acceso al trabajo productivo en los talleres penitenciarios de los reclusos extranjeros. c) El acceso al trabajo productivo de los penados extranjeros clasificados en tercer grado y liberados condicionales.

IX. El tratamiento penitenciario y las actividades de reinserción social. A) El derecho de comunicación del ingreso a familiares, abogado y además a autoridades consulares. B) El acceso a los medios de prensa escrita, radiofónicos y televisivos. C) El derecho a recibir paquetes y realizar encargos. D) Derecho a mantener comunicaciones orales y escritas en su propia lengua con sus familiares y amigos. E) Derecho a que las necesidades especiales de comunicación derivadas de su extranjería se contemplen y respeten en la organización del establecimiento penitenciario. F) Derecho a comunicar en locales adecuados con sus representantes diplomáticos y consulares. G) Consideración especial de los permisos de salida a reclusos ordinarios de salida a extranjeros.

X. Las prestaciones asistenciales. A) Asistencia alimentaria. B) Asistencia sanitaria. C) Acción social penitenciaria. a) Asistencia al ingreso y elaboración de la ficha social. b) Atención durante el internamiento de las solicitudes formuladas por los internos y sus familiares. c) Atención especial a determinados categorías de internos, como son las madres con hijos y en régimen abierto. d) Conservación de la Seguridad Social y adquisición del derecho a la asistencia sanitaria gratuita. e) Seguimiento y control del liberado condicional. f) Colaboración en la planificación de la ejecución de las penas alternativas. g) Ayudas para la excarcelación. D) Asistencia religiosa.

XI. Las medidas penales alternativas.

I. BREVES REFERENCIAS AL CONCEPTO DE DERECHO PENITENCIARIO

A) La noción clásica del derecho penitenciario como derecho regulador de la ejecución de las penas privativas de libertad y su crítica

Suele definirse el derecho penitenciario como aquella rama del ordenamiento jurídico que regula la ejecución de las penas privativas de libertad. Sin embargo, esta definición tiene dos inconvenientes: en primer lugar, que al hablarse de ejecución puede llegar a incluirse en el mismo la actividad que la doctrina procesal española ha denominado ejecución de sentencias penales, que, clara e inequívocamente, se integra en el derecho procesal penal; y, en segundo lugar, que no incluye en su concepto la ejecución administrativa de la detención, de la prisión preventiva, ni de las medidas de seguridad de internamiento. Por el contrario, podemos asentar sucesivamente el concepto de derecho penitenciario en dos nociones diferentes: el de la actividad penitenciaria, y el de la relación jurídica penitenciaria. A ello debe agregarse la asunción por las Instituciones Penitenciarias de las medidas penales alternativas.

B) Propuesta de una nueva definición de derecho penitenciario

a) El derecho penitenciario como regulador de la actividad penitenciaria

En primer lugar, y vinculado a la actividad penitenciaria en los términos formulados en el artículo 1 LOGP, el Derecho Penitenciario se nos presenta como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de las actividades de retención y custodia, de la reeducación y reinserción social, así como las actividades de prestaciones asistenciales de los servicios administrativos de prisiones respecto de las personas ingresadas en los mismos, independientemente de su condición procesal como detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medidas de seguridad. Esto es, en última instancia el derecho penitenciario regula la actividad penitenciaria. Este concepto responde a una filosofía penitenciaria decimonónica que contempla lo penitenciario como organización de los servicios de prisiones, denominación ésta precisamente utilizada por los Reglamentos de Prisiones españoles durante toda la primera mitad del siglo XX. Este concepto tiene un inconveniente, y es que recalca su noción en la Administración Penitenciaria como sujeto que despliega una determinada actividad, y no contempla al interno sino como un mero *objeto sobre el que se abate* la actividad penitenciaria.

b) Derecho penitenciario como regulador de la relación jurídica penitenciaria

En segundo lugar, asociado a la noción de relación jurídica penitenciaria (que late en los artículos 3 y 4 LOGP) se nos presenta como aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto regular la relación jurídica que nace a partir del internamiento del recluso, que le vincula a la Administración a la que se confía su retención y custodia, relación de la que nacen derechos y deberes recíprocos. Se trata de una concepción más moderna y respetuosa de la propia noción de derechos humanos, en la que la Administración no es el único sujeto activo, sino que nos

Derecho penitenciario y extranjería

enfoca directamente también al recluso como sujeto de derechos y deberes, y como segundo protagonista de la relación, con independencia de su condición procesal.

c) La asunción por las Instituciones Penitenciarias de las medidas penales alternativas

Sin embargo, la asunción por la DGIP de nuevas competencias en materia de ejecución de penas tales como el trabajo en beneficio de la comunidad, de la localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, y de la suspensión de la ejecución de la pena (RD 515/2005) supone la proyección de una línea iniciada con la atribución a las Instituciones Penitenciarias de los cometidos de cumplimiento de la derogada pena de arresto de fin de semana. Ello indiscutiblemente amplía el campo del Derecho Penitenciario.

d) Propuesta definitoria del derecho penitenciario actual

Proyectando la definición anterior a estos nuevos cometidos, que entrañan una ampliación del propio concepto de derecho penitenciario, podríamos definir éste como *el derecho regulador de la relación jurídica que vincula al interno con la Administración Penitenciaria, así como al sentenciado que debe cumplir determinadas medidas penales alternativas con la Administración precitada a la que se encomienda la ejecución o el seguimiento de la ejecución de dichas medidas penales*.

e) Contenido

Con arreglo a esta noción se englobaría como objeto y contenido del Derecho Penitenciario las materias siguientes:

1. Estudio del interno en lo que atañe a sus derechos y deberes.
2. Estudio de la Administración Penitenciaria como segundo sujeto, abarcando los diferentes niveles de Administración implicadas (estatal, autonómica e incluso local, en España, a través de los depósitos municipales), y de los servicios centrales y periféricos, abarcando el estudio del Centro penitenciario y su modelo organizativo.
3. El régimen penitenciario, entendido como retención y custodia (ingresos, traslados, libertades) y como reglas de convivencia ordenada (los diferentes modelos regimentales, de la separación y clasificación como instrumentos de asignación de estos modelos en el cumplimiento de las penas privativas de libertad), las medidas de seguridad penitenciarias, y el régimen disciplinario y de recompensas.
4. El tratamiento penitenciario, entendido como actividades de reeducación (intervención reeducadora) y de reinserción social (contactos con el mundo exterior).
5. El desenvolvimiento de la actividad de prestaciones asistenciales de la Administración respecto de los internos.
6. La ejecución y seguimiento de las medidas penales alternativas confiadas a la Administración Penitenciaria, como las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, y de la suspensión de la pena privativa de libertad.

II. LA EXTRANJERÍA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL, EN CIFRAS

A) Evolución de la población reclusa extranjera en el sistema español de adultos

El fenómeno de la extranjería viene ofreciendo una importancia creciente para el sistema penitenciario, muy particularmente en el caso de España, donde asistimos a un crecimiento exponencial de la población reclusa extranjera, especialmente en los últimos años. Adjuntamos primer cuadro evolutivo correspondiente al periodo 1966 a 1999, a 31 de diciembre.

Año	Población Reclusa Total	Extranjeros	Porcentaje
1966	10.765	365	3,39%
1972	13.109	932	7,11%
1978	10.473	1.379	13,18%
1982	21.942	2.324	10,59%
1990	28.358	4.739	16,71%
1999	44.197	7.900	17,87%

Puede advertirse la evolución en términos absolutos y relativos de la población reclusa en general y de la extranjera en particular hasta el año 1999. Pero puede significarse cómo en el decenio de los años 90 la población reclusa extranjera va a mantenerse estable en términos porcentuales sobre el 16-18%.

Seguidamente adjuntamos el cuadro estadístico de evolución de la población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español desde el año 2000 hasta el 2008, a 31 de diciembre, según datos de la estadística de la página web del Ministerio del Interior.

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

Puede comprobarse el avance irrefrenable de la población reclusa extranjera en nuestro sistema penitenciario, tanto en términos absolutos como porcentuales, con un crecimiento medio relativo aproximado del 2% anual desde el año 2000, de forma sostenida. Ello se traduce en la siguiente imagen: desde el día 1 de enero del año 2001 hasta el 31 de diciembre de 2009, el sistema penitenciario español ha experimentado un crecimiento de 30.975 personas internadas (68,67%), de las que 18.172 eran extranjeras, que en términos relativos habían aumentado en un 302,13%. De cada 100 internos nuevos en este periodo, 58,66 son extranjeros.

Derecho penitenciario y extranjería

Sin embargo en el año 2009 se ha producido un acontecimiento inusitado desde 1999: durante el segundo semestre de este año se ha producido por vez primera en el último decenio una reducción de internos: 76.488 en junio, 76.079 en diciembre. A su vez en junio había 27.138 reclusos extranjeros, por 27.162 en 31 de diciembre, lo que supone una práctica estabilización del número de reclusos extranjeros. Incluso en términos porcentuales ha descendido un 0,02% desde noviembre de 2008.

Los términos son suficientemente expresivos; pero no nos deben llevar a concluir una estigmatización delincinencial de los extranjeros en España. Hagamos una comparación de habitantes en España entre 1 de enero de 2001 y 1 de enero de 2009, según el INE.

	Habitantes censados	Españoles	Extranjeros	%
2001	41.116.482	39.746.185	1.370.657	3,33%
2009	46.745.807	41.097.136	5.648.671	12,08%

Es decir, que mientras la población reclusa extranjera en el sistema penitenciario español ha crecido entre 2000 y 2009 un 302,13%, la población censada extranjera en España ha experimentado en ese mismo periodo un crecimiento del 412,11%.

B) La población reclusa extranjera en España: su composición por nacionalidades y correlación con extranjeros censados, según el Instituto Nacional de Estadística

Seguidamente consignaremos un cuadro donde reseñaremos el total de reclusos –27.162– de las 9 nacionalidades con mayor número de internos en centros penitenciarios españoles en corte de 31 de diciembre de 2008; consignamos en columnas sucesivas el porcentaje sobre el total de la población reclusa extranjera en esa fecha –la muestra de estas 12 nacionalidades representa el 69,19% del total–, y a su lado el total de nacionales respectivos censados en España a 1 de enero de 2008, según datos del INE, así como el porcentaje correlativo de censados sobre los 5.268.762 extranjeros censados en la fecha indicada en España.

2008	Internos	%	Censados	%
Marruecos	6605	25,02%	652.695	12,38%
Colombia	2630	10,0%	284.581	5,40%
Rumanía	2138	8,2%	731.806	13,88%
Argelia	1178	4,5%	51.922	0,98%
Ecuador	1088	4,2%	427.718	8,11%
Rep. Dominicana	874	3,3%	77.822	1,47%
Bolivia	717	2,73%	242.496	4,60%
Venezuela	661	2,5%	58.317	1,10%
Nigeria	632	2,4%	37.475	0,71%
Portugal	580	2,2%	127.199	2,41%
Brasil	522	1,99%	116.548	2,21%
Francia	505	1,92%	112.610	2,13%

De estas nacionalidades, marroquíes, colombianos, rumanos, argelinos y ecuatorianos representaban un total de 13.639, equivalentes a un 47,55% de la población reclusa extranjera.

III. APROXIMACIÓN AL PERFIL DEL RECLUSO EXTRANJERO EN ESPAÑA

A) Incremento relativo de la tasa de preventivos extranjeros respecto del porcentaje nacional

SITUACIÓN PENAL	2006		2007		2008	
	Población Nacional	Población Extranjera	Población Nacional	Población Extranjera	Población Nacional	Población Extranjera
PREVENTIVOS	6.341	6.444	6.532	7.106	7.324	7.927
	(49,60%)	(50,40%)	(47,90%)	(52,10%)	(48,02%)	(51,98%)
PENADOS	31.394	10.318	31.303	11.664	32.130	13.522
	(75,26%)	(24,74%)	(72,85%)	(27,15%)	(70,38%)	(29,62%)
TOTAL	37.735	16.762	37.835	18.770	39.454	21.449
	(69,24%)	(30,76%)	(66,84%)	(33,16%)	(64,78%)	(35,22%)

Puede observarse cómo la tendencia es que cada vez la tasa porcentual de preventivos extranjeros crece sobre el total nacional; ya en el año 2006 se sobrepasa el número de extranjeros respecto de nacionales preventivos; en el año 2007 la tendencia continúa, si bien por primera vez se aprecia una leve tendencia a la baja en los valores medios, que se desmiente en los valores de finales del año 2008, donde la tendencia continúa.

31/12/2008	General	Espanoles	Extranjeros
Total general	73.508	47.307	26.201
%	100%	64,36%	35,64%
Preventivos	17.849	8.400	9.449
% Absoluto	24,28%	47,06%	52,93%
% Relativo		17,75%	36,06%

En España, el 31 de diciembre de 2008 existía una población reclusa preventiva de 17.849 preventivos respecto del total de 73.508 internos, esto es, un 24,28%; de ellos 9.449 eran preventivos extranjeros, lo que representa que la población reclusa extranjera constituye un 52,93% de la población preventiva general –frente a la población nacional preventiva que constituye el 47,06%–; la tasa porcentual relativa de preventivos dentro de su colectivo es que de cada 100 internos extranjeros 36,06 son preventivos, mientras que en el colectivo de españoles la tasa de preventivos disminuye al 17,75.

Derecho penitenciario y extranjería

B) Distribución sexual de la población reclusa en 31 de diciembre de 2008

Extranjeros	Población reclusa total
26.201	73.508
Hombres: 23.908 (91,24%)	Hombres: 67.608 (91,91%)
Mujeres: 2.293 (8,76%)	Mujeres: 5.950 (8,09%)

Ello objetiva que la representación reclusa femenina extranjera es superior a la tasa nacional general; pero con una fuerte disminución respecto de septiembre de 2007, en que representaba prácticamente un 11%.

C) Distribución de edad dentro de la población reclusa

a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007

Extranjeros	Población reclusa total
18 a 25: 21%	18 a 25: 14%
26 a 40: 58%	26 a 40: 59%
41 en adelante: 21%	41 en adelante: 27%

Se evidencia que la población reclusa extranjera es más joven que la tasa nacional general.

b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008

Extranjeros	Población reclusa española
18 a 20: 4,37%	18 a 20: 1,49%
21 a 25: 16,02%	21 a 25: 9,19%
26 a 30: 26,45%	26 a 30: 15,91%
31 a 40: 35,53%	31 a 40: 36,33%
41 a 50: 15,97%	41 a 50: 24,09%
51 a 60: 3,70%	51 a 60: 9,15%
61 a 70: 0,86%	61 a 70: 2,76%
+70: 0,10%	+70: 0,87%

D) Distribución de tipologías delictivas más frecuentes dentro de la población reclusa

a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007

Extranjeros	Población reclusa total
Contra la Salud Pública: 44%	Contra la Salud Pública: 29%
Contra el Patrimonio: 19%	Contra el Patrimonio: 41%
Contra las personas: 8%	Contra las personas: 10%
Contra los derechos de los trabajadores y ciudadanos extranjeros: 4,5%	Contra los derechos de los trabajadores y ciudadanos extranjeros: 1,5%
Falsedades: 4,3%	Falsedades: 1,5%

En el año 2009 un estudio de la SGIP destaca precisiones interesantes:

1. Los extranjeros no tienen una tasa de delitos de violencia de género superior a los españoles: 23,89% de las 6.241 personas encarceladas (ya sea en situación de preventivos, penados o internados judiciales).
2. En delitos contra la propiedad intelectual, los llamados manteros, están implicados un 86,4% de extranjeros, en su mayor parte provenientes de Senegal (el 43%) y China (el 15%).
3. Sin embargo, en relación a los delitos contra la Seguridad Vial su implicación es mucho menor, situándose en el 14,2%, pero curiosamente hemos de destacar su mayor incidencia cuando se trata de los internos que han ingresado en 2010 por el delito de «conducción bajo influencia de bebidas o análogas», donde el 40,6% es extranjero.

b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008

Extranjeros	Espanoles
Contra la Salud Pública: 32,4%	Contra la Salud Pública: 8,0%
Contra el Patrimonio: 37,2%	Contra el Patrimonio: 62,3%
Homicidio y lesiones: 8,5%	Contra las personas: 7,1%
Contra la libertad sexual: 4,3%	Contra la libertad sexual: 2,5%
Violencia doméstica: 1,8%	Violencia doméstica: 1,3%
Falsedades: 1,3%	Falsedades: 1,6%
Contra el Orden Público: 2,7%	Contra el Orden Público: 2,6%
Seguridad Vial: 1,5%	Seguridad Vial: 2,0%

Derecho penitenciario y extranjería

E) Distribución por grado de clasificación dentro de la población reclusa

a) Dependiente de la DGIP en el primer semestre de 2007

	Espanoles	%	Extranjeros	%
Total	32.593		11.085	
1.º grado	705	2,1%	136	1,2%
2.º grado	22.819	70%	8.297	74%
3.º grado	5.390	16,5%	1.113	10,04%

Se evidencia que la población reclusa extranjera presenta una tasa de inadaptación y conflictividad muy inferior a la española, y que accede al régimen abierto en una proporción bastante inferior.

b) Dependiente de la Administración Penitenciaria catalana en septiembre de 2008

	Espanoles%	Extranjeros%
Total		
1.º grado	2,5%	1,6%
2.º grado	55,0%	45,1%%
3.º grado	19,8%	13,7%%

F) Características sociales, educativas, laborales, familiares, regimentales y lingüísticas de la población reclusa extranjera, excluidos comunitarios e hispanoparlantes

Los estudios de la DGIP revelan que la población reclusa extranjera excluidos hispanoparlantes y comunitarios es una población en su mayoría joven, soltera, procedente del norte de África, con un nivel de estudios y una cualificación laboral a menudo baja. Pese a un porcentaje significativo con vinculación familiar, son visitados con poca frecuencia y un 60% no recibe ninguna visita. Su adaptación regimental buena, relaciones correctas con los funcionarios. Un porcentaje elevado habla castellano, sin embargo un 15% no conoce nada de español y casi un 30% sólo logra entenderlo.

Son bastante participativos en actividades, no obstante, sería necesario aumentar esa participación dado que la mitad, aproximadamente, no realiza ninguna. Los internos del grupo de estudio se relacionan principalmente con los de su mismo entorno cultural, si bien se trata de internos con buen comportamiento y no consumidores de drogas. Mayoritariamente son inter-

nos primarios, por delitos contra la salud pública y contra la propiedad, y la mayoría de ellos, no se encuentran sujetos a medida de expulsión.

Presentan un bajo índice de consumo de drogas (15,2% son consumidores), bastante más bajo que la tasa nacional. Así, en cuanto a consumo de sustancias psicoactivas, han probado el alcohol alguna vez en su vida el 79,9% de extranjeros –frente al 92% de españoles–; tranquilizantes, un 12,8% –frente a un 41,5% de españoles–; cannabis, un 12,8% –frente a un 73,9 de españoles–; heroína un 11,7% –frente a un 51,1% de los españoles–; cocaína, un 28,8% –por un 64,4% de españoles–; anfetaminas, un 5,7% de extranjeros –por un 32,7% de españoles–.

Más de la mitad en situación irregular, un 21% estancia y un 28% residentes.

G) Problemáticas principales de la población reclusa extranjera, excluidos comunitarios e hispanoparlantes

Los estudios realizados por la DGIP subrayan como principales problemáticas de este segmento de la población reclusa extranjera los siguientes: el desconocimiento o conocimiento deficiente del idioma español (sobre el 30%); códigos culturales en ocasiones muy diferentes a los nuestros; desconocimiento de la legislación española; ausencia de vinculación familiar en España (sobre el 55%). Carencia de recursos económicos. Aproximadamente, la mitad se encuentra en prisión por delitos de tráfico de drogas. Son reincidentes un 20% frente a más de un 50% de los nacionales (aunque pueden haber cometido delitos en otros países y no se conoce). Aproximadamente, un 15% ha venido a España con ocasión de cometer un delito.

IV. PRINCIPIOS BÁSICOS QUE INSPIRAN LA LEGISLACIÓN PENITENCIARIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

La evolución examinada de los registros estadísticos de la población reclusa extranjera en España explica el porqué a diferencia de la LOGP, en que prácticamente no existen preceptos específicos para el recluso extranjero, el RP de 1996 ha venido a contemplar numerosas disposiciones para afrontar la problemática generada por este sector de la población reclusa de creciente importancia cuantitativa y cualitativa.

Esta creciente importancia de la población reclusa extranjera en nuestro sistema penitenciario ha justificado además sucesivas Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que han abordado las específicas problemáticas de este colectivo. A este efecto, nos remitimos para un estudio detallado de la actual posición de la DGIP a su importante Instrucción 18/2005, de 20 de diciembre¹, que pese a su denominación de referencia a una actualización de la Instrucción 14/2001, que le servía de precedente, constituye un encaramiento prácticamente integral a la problemática del recluso extranjero en los establecimientos penitenciarios dependientes de la DGIP; ha sido actualizada en la Instrucción 5/2008 de 13 de noviembre.

Lo anterior debe además complementarse con la regulación del acceso al mercado laboral de los talleres penitenciarios del Organismo Autónomo Trabajo y Formación para el Empleo con

(1) Las Instrucciones de la DGIP en general, y la precitada en especial, pueden encontrarse en www.derechopenitenciario.com y www.mir.es.

Derecho penitenciario y extranjería

el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, que regula el procedimiento para autorizar el desarrollo de las actividades laborales por los reclusos extranjeros.

Así, la actividad penitenciaria puede definirse como aquella actividad netamente administrativa, protagonizada por los servicios administrativos de prisiones (que en España reciben la denominación de *instituciones penitenciarias*), y que tiene como finalidades primordiales la retención y custodia de los reclusos –independientemente de su condición procesal, como detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medida de seguridad–, así como la reeducación y reinserción social de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad privativas de libertad, a las que debe sumarse el desenvolvimiento de un amplio abanico de prestaciones asistenciales. Son así sus pilares el régimen penitenciario, el tratamiento penitenciario y las prestaciones asistenciales.

La actividad penitenciaria está sometida en el Derecho español a los siguientes principios constitucionales, inspiradores de todo nuestro sistema penitenciario: a) principio de legalidad, conforme al que la actividad de la Administración Penitenciaria debe ajustarse a los mandatos de las leyes, sin desviación de los mismos (artículos 25 y 103 CE); b) principio de conservación de derechos fundamentales, conforme al cual el recluso conserva todos los derechos fundamentales no afectados por el sentido de la pena, el fallo condenatorio, o la ley penitenciaria (artículo 25.2 CE); c) principio de resocialización (artículo 25.2 CE), conforme al que la finalidad primordial de la actividad penitenciaria debe venir presidida por la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento; y d) principio de control judicial (artículos 117.4 y 106.1 CE, en relación con 79 LOGP, y 3.2 y 36.1-II CP), en cuya virtud la actividad penitenciaria está integralmente sometida a la revisión judicial en cuanto a su sometimiento a la legalidad vigente, lo que es congruente con el llamado principio de totalidad que inspira la potestad jurisdiccional.

Seguidamente procedemos a examinar las especialidades del *status* del recluso extranjero, y de la actividad penitenciaria respecto del mismo, especialidades que han de estar presididas por los principios aludidos. Dichas peculiaridades están inspiradas básicamente en los siguientes aspectos: en primer lugar, superar las barreras idiomáticas, garantizando la información del recluso extranjero en relación con sus derechos y deberes, facilitándole el acceso al conocimiento de la lengua española, y asegurando su derecho a la defensa en el marco del procedimiento disciplinario, previendo la asistencia de intérprete para que pueda conocer los cargos que se le dirigen, y facilitarle la expresión de sus alegatos de descargo; en segundo lugar, facilitando sus contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, y con sus familiares y amigos, así como el acceso a la cultura; y en tercer lugar, por la intención de promover su repatriación, asegurándole el conocimiento de los instrumentos de repatriación previstos por la legislación penal y penitenciaria española, y facilitando en su caso a las instituciones competentes los mecanismos necesarios para facilitar las medidas repatriativas.

V. LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA

En cuanto a la relación jurídica penitenciaria –entendida como la relación derivada del internamiento, que vincula al recluso (con independencia de su condición procesal de detenido, preso, penado o internado sujeto a medida de seguridad) con la Administración Penitenciaria a la que se confía su retención y custodia, de dicha relación, que no tiene naturaleza procesal, sino

administrativa, nacen un haz de derechos y deberes, respecto del interno, y un haz de deberes y poderes, para la Administración. Dicha relación ha sido encuadrada por doctrina y Tribunal Constitucional entre las denominadas relaciones de especial sujeción, que son aquellas en las que la Administración ostenta unos poderes más intensos que los que ejerce sobre el común de los ciudadanos. Tal y como gráficamente señala el vigente RP, el interno ingresa en una comunidad que le vincula de forma especialmente intensa.

A) El interno: derechos y deberes; la ausencia de especialidades para los internos extranjeros

El interno extranjero se encuentra amparado por el principio de conservación de derechos fundamentales, disfruta en su plenitud de los derechos de todos los reclusos –artículos 3 LOGP y 4 RP, y concordantes–, sin que quepan discriminaciones por razones de raza ni nacionalidad, y está sujeto a los mismos deberes que los restantes internos –artículos 4 LOGP y 5 RP, y concordantes–.

B) La administración penitenciaria: incidencia de la extranjería en la organización de los servicios centrales

En lo que atañe a la relación jurídica penitenciaria, conviene significar que las peculiaridades del colectivo de los extranjeros ha incidido en la estructura organizativa de los servicios centrales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias dependiente del Ministerio del Interior, que desde finales de los años 90 ha creado dentro de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria una Jefatura de Servicios de Extranjeros, integrada dentro de la Jefatura de Área de Colectivos Especiales.

VI. RÉGIMEN PENITENCIARIO Y RETENCIÓN Y CUSTODIA

El régimen penitenciario es aquella parcela de la actividad penitenciaria que consiste en la retención y custodia del interno, así como la convivencia ordenada que su integración en la comunidad penitenciaria derivadamente le impone.

Comenzando por la retención y custodia, ésta se proyecta en tres actividades penitenciarias básicas: el ingreso, los traslados y la libertad.

A) El ingreso

En un sentido penitenciario estricto el ingreso es la entrada en un Centro Penitenciario de una persona procedente de libertad, en condición de detenida, presa, penada o sometida a medida de internamiento, lo que deja fuera de este concepto a los internos que acceden a un establecimiento penitenciario procedentes de traslados y de desplazamientos. La LOGP utiliza este sentido restringido, diferenciándolo así del traslado, aunque ocasionalmente el RP también ha utilizado el término ingreso en un sentido amplio.

La LOGP regula el ingreso de los internos en su artículo 15, donde no señala diferencias para los internos extranjeros. Sin embargo, el RP se ve en la necesidad de establecer determinados matices.

Derecho penitenciario y extranjería

a) Información de derechos y deberes

Señala el artículo 21 RP que:

«al ingresar, el interno debe ser informado de sus derechos y de sus obligaciones, así como de los procedimientos para hacerlos efectivos, en los términos establecidos en el Capítulo V de este Título».

A este respecto el artículo 52 RP tiene por epígrafe «Información».

Con carácter general establece en su apartado 1 que:

«Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario».

Pues bien, nada más y nada menos que los cuatro siguientes apartados se dedican a la información especial de los reclusos extranjeros.

«2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.

3. A estos efectos, el mencionado Centro Directivo procurará editar folletos de referencia en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los Establecimientos españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre editado el folleto se les hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca.

4. En todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

5. En el departamento de ingresos y en la Biblioteca de cada Establecimiento habrá, a disposición de los internos, varios ejemplares de la LOGP y RP de las normas de régimen interior del Centro. La Administración procurará proporcionar a los internos extranjeros textos de la LOGP y de su Reglamento de desarrollo en la lengua propia de su país de origen, a cuyo fin recabará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes».

La IDGIP 18/2005 concreta que esta información le corresponde al educador, conforme al artículo 20 RP; y adjunta modelos informativos en varios idiomas. En todos los Centros Penitenciarios existirán listados actualizados de direcciones y teléfonos de todas las Representaciones Diplomáticas acreditadas en España.

b) El derecho a comunicar el ingreso a las autoridades consulares

Conforme al artículo 15.5 RP:

«Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación».

Como sucede en la legislación procesal con motivo de su detención –excepto en legislación penal juvenil– el derecho se ejercita por el interno, sin que pueda hacerse la comunicación por los Mandos penitenciarios por su propia iniciativa, salvo el caso en que se trate de miembros del personal diplomático, en que conforme a lo establecido en las Convenciones Internacionales se efectuará en todo caso.

c) Datos personales y sociales

Admitido en el Establecimiento un recluso extranjero, se procederá, conforme al artículo 18 RP, a efectuar los diferentes trámites de identificación. Una vez efectuados éstos, el Trabajador Social que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 20 RP, integrará en el protocolo social del interno los datos siguientes: vinculación familiar en España, tiempo de permanencia en España, situación en España irregular o regular, especificando, en este último caso, si se trata de estancia, residencia temporal, residencia permanente, y en su caso si consta expediente de expulsión.

d) Documentación

Todo recluso extranjero debe poseer documentación, otorgada por su país de origen o residencia, que le identifique, que se registrará en el Sistema Informático Penitenciario.

Si se hallara indocumentado, la Oficina de Régimen debe solicitar a la autoridad judicial de quien dependa la documentación acreditativa de su identidad, y si resultara que carece de documentación, el Coordinador de Trabajo Social iniciará los trámites a través del correspondiente Consulado. La Oficina de Régimen solicitará a la Comisaría Provincial de Policía el NIE y recibido éste, se incluirá en el expediente y en el SIP.

e) Constatación de la situación administrativa de su presencia en España por la Oficina de Régimen

La Subdirección de Régimen debe cerciorarse de dicha situación administrativa, y comunicar traslados, ingresos y libertades a los Mandos Policiales provinciales de las Brigadas y Grupos de Extranjería.

B) El traslado

En sentido penitenciario, el concepto de traslado utilizado por la LOGP es el de la medida en cuya virtud se procede a excarcelar a un interno, sea para hacerle pasar a otro Centro Penitenciario, sea para acudir a un determinado lugar en el que se hace necesaria su presencia, y

Derecho penitenciario y extranjería

muy especialmente en esta segunda hipótesis, en primer lugar, a dependencias judiciales para asistencia a juicio o para la práctica de cualquier otra diligencia judicial en que se requiera su asistencia, y en segundo lugar, a centros hospitalarios extrapenitenciarios en los que se requiera su presencia para la prestación de una asistencia sanitaria necesaria (puntuales –asistencia especializada, pruebas diagnósticas–, o de una mayor duración temporal que requieran, incluso, su hospitalización).

Aun así, el RP va a manejar en ocasiones un concepto más restringido de traslado, limitándolo a las excarcelaciones para hacer pasar al interno de un Centro a otro Centro Penitenciario, contraponiendo a este concepto el de **desplazamiento**, en que el punto de destino del interno no es en principio otro Centro Penitenciario, sino dependencias judiciales para la celebración de juicio o práctica de otras diligencias, o bien centros hospitalarios extrapenitenciarios, para las asistencias sanitarias puntuales u hospitalización².

Las decisiones de traslado corresponden en todo caso a la DGIP como proyección de la potestad organizativa de los servicios establecida en el artículo 79 LOGP, y así viene a reconocerlo el artículo 31 RP, y se ha visto avalado por abundante jurisprudencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, así como por Sentencias del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Constitucional. En la práctica, los internos extranjeros sin vinculación familiar suelen ser destinados a Establecimientos Penitenciarios cuya oferta de plazas es muy superior a la demanda territorial de su zona, especialmente en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En cada traslado el interno tendrá derecho a comunicarse con las Autoridades diplomáticas y consulares.

C) La libertad

En un sentido penitenciario, el concepto de libertad utilizado por el artículo 17 LOGP es el de la decisión de soltura de un recluso adoptada por la Autoridad competente. La libertad puede referirse a toda clase de reclusos. Sin embargo, como acto penitenciario, sólo puede entenderse referida a determinados casos de detenidos y de ingresados mediante presentación voluntaria, ya que sólo constituye una decisión penitenciaria adoptada por el Director en determinados casos de estas condiciones de ingreso.

La libertad de extranjeros no suscita especialidades tratándose de detenidos y presos; pero sí cuando se trate de penados, en que puede ser por razón de licenciamiento definitivo o por razón de libertad condicional.

(2) Junto a la voz traslado, emplea el artículo 18 LOGP la expresión conducción, que en sentido vulgar significa la acción y efecto de conducir, llevar o guiar alguna cosa. Aunque aparentemente conducción y traslado son términos prácticamente sinónimos, su uso respectivo en la LOGP y RP deja claro que el traslado constituye una medida más amplia, comprensiva del proceso de toma de decisión para resolver la excarcelación del interno, así como la propia decisión del destino del interno para el que la excarcelación constituye una simple medida instrumental, y además la forma y los medios con los que se llevará a cabo la transferencia del interno a su lugar de destino; por su parte, la conducción es una medida más limitada, alusiva al hecho del traslado propiamente dicho, que además lleva implícito el hecho de que terceros, generalmente una fuerza policial de escolta, acompañarán al interno a su punto de destino, de tal manera que durante el traslado se asegure la retención y custodia de la persona excarcelada: queda así claro que podremos hablar de traslados con y sin conducción.

a) Libertad definitiva de penados

Para el caso de libertad definitiva de penados, no suscita cuestión la competencia del Juez o Tribunal sentenciador para su aprobación, conforme al artículo 17.3 LOGP y 24 y siguientes RP. Analizaremos las siguientes cuestiones: en primer lugar, las comunicaciones del Director a las Comisarías Provinciales a efectos de medidas gubernativas de repatriación, principalmente de expulsión; en segundo lugar, la posibilidad de acceso a ayudas por desempleo; en tercer lugar, la imposición de la expulsión como regla de conducta; y finalmente, la posibilidad de antinomia o contradicción de la propia libertad condicional cuando se acordó por el tribunal sentenciador que la pena debería cumplirse en un centro penitenciario en España.

a') Las comunicaciones del Director de la fecha de excarcelación a efectos de aplicación de eventuales medidas repatriativas

Suscita cuestión la vigencia material del artículo 26 RP, conforme al cual:

«en el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente.»

El precepto puede entenderse actualmente obsoleto y vaciado de contenido conforme a la vigente normativa de extranjería, que generaliza la comunicación –conste o no la existencia de resoluciones repatriativas pendientes de materialización– de las previsibles fechas de excarcelación por razón de libertad definitiva conforme al artículo 151.4 RLOE –que sustancialmente reproduce el artículo 136.5 del Reglamento derogado de 2001–, y que dispone que:

«los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la comisaría provincial de policía respectiva de su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados se hará constar si les ha sido incoado expediente de expulsión, así como, en su caso, el estado de tramitación en que se halle».

Obsérvese que es la pena prevista al delito, y no la concretamente impuesta, la que determina la causa de expulsión –artículo 57.2 LOE–; debe sin embargo criticarse el automatismo del precepto, que debería dejar abierta la posibilidad de la regularización de penados extranjeros respecto de los que conste un pronóstico favorable de vida en libertad respetuosa de la ley penal, formulado por la Junta de Tratamiento al amparo del artículo 67 LOGP, ya que en estos casos la causa de expulsión carecería de fundamento, por lo que sería deseable su consideración como causa de concesión de autorización de residencia temporal por causas excepcionales en una eventual modificación del artículo 45 RLOE.

La comunicación con tres meses de anticipación del Director a la Comisaría Provincial del Cuerpo Nacional de Policía se mantiene en el RLOE, que sin embargo la generaliza a todos los casos,

Derecho penitenciario y extranjería

conste o no la existencia de resoluciones gubernativas de expulsión y en general repatriativas. Ello obedece a la finalidad explicitada por el propio precepto reglamentario de que se materialice la expulsión o repatriación decretada, si constara resuelta; pero su realidad *biológica* va más allá, posibilitando que en su caso se incoe expediente gubernativo de expulsión conforme a lo establecido en el artículo 57.2 LOE³, actualmente ajustado tras la reforma de la LO 2/2009 al procedimiento preferente.

b') La posibilidad de acceso de los extranjeros excarcelados al subsidio y a las prestaciones por desempleo⁴

La cuestión es si los penados extranjeros pueden acceder al subsidio de desempleo. En principio, y como se ha advertido, el derecho contemplado en el artículo 35 LOGP corresponde a todos los internos tras el momento de su excarcelación, y es independiente de su condición de trabajadores y de haber cotizado o no a la Seguridad Social. Son condiciones legales: a) que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los 15 días siguientes a su excarcelación; b) que no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada; c) que se cumplan determinadas condiciones que reglamentariamente se establezcan, que se resumen en haber estado privado de libertad por tiempo superior a 6 meses –con independencia de su condición procesal–. Así, pues, en relación con los extranjeros deberemos diferenciar dos situaciones:

a) En primer lugar, la de aquellos ciudadanos extranjeros que ostenten derecho de residencia permanente o temporal, ésta última complementada por la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, y la de quienes se encuentren autorizados para trabajar en los términos contemplados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, que posteriormente examinaremos. En este caso, podrán acceder a los beneficios del artículo 35 LOGP.

(3) Conforme al artículo 57.2 LOE «asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

(4) El artículo 35 LOGP ha contemplado la posibilidad de acceso de los internos en general a las prestaciones por desempleo tras su excarcelación, supeditándola a diversas condiciones, al señalar que «los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los 15 días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.» Se ha criticado por innecesaria, haciéndose entender como una consecuencia lógica derivada de la cotización de todo trabajador; la objeción no es asumible, pues el derecho se reconoce a todos los reclusos, abstracción hecha de su condición de trabajadores. Y efectivamente, el artículo 205.3 LGSS reconoce que «también se extenderá la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título, a los liberados de prisión.»

Otras previsiones normativas establecen medidas de apoyo estatal a la colocación de liberados tras su excarcelación; la medida aquí contemplada es independiente de las actuaciones y ayudas que pudieran corresponder a la Asistencia Social Penitenciaria tras la libertad del recluso.

Conforme al artículo 217.1 LGSS, la cuantía del subsidio por desempleo será igual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Igualmente y conforme al artículo 218.1 LGSS durante la percepción del subsidio, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia. Conforme al artículo 218.3 LGSS, la aceptación de un trabajo de duración inferior a doce meses durante el plazo de espera no afectará al derecho a obtener el subsidio, que quedará en suspenso hasta la finalización de aquél.

- b) En segundo lugar, los ciudadanos extranjeros que no tengan ni residencia permanente, ni residencia temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena, ni se encuentren autorizados para trabajar en los términos contemplados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 precitado. En estos casos no podrán acceder a los beneficios del artículo 35 LOGP.

Otra cuestión será el acceso a las prestaciones por desempleo de quienes durante el cumplimiento material de la pena hayan estado desarrollando trabajos productivos por cuenta ajena, inclusive para el Organismo Autónomo Trabajo y Formación para el Empleo y reúnan los requisitos legales para su percepción, ya que conforme al artículo 19 RD 782/2001, de 5 de junio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad:

«Los internos trabajadores sujetos a la relación laboral especial penitenciaria quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y gozarán de la prestación de asistencia sanitaria, así como de la acción protectora del mismo en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y situaciones derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Asimismo, estarán protegidos por la contingencia de desempleo cuando sean liberados de prisión, en los términos establecidos en el Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.»

b) Libertad condicional de extranjeros

La libertad condicional es una decisión judicial de libertad anticipada acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en base a la existencia de un pronóstico favorable de resocialización emitido por la Junta de Tratamiento y en su caso los especialistas que el Juez de Vigilancia estime convenientes, unido a otras condiciones legalmente establecidas. Se regula en los artículos 90 a 93 CP, en relación con 191 RP y siguientes.

Con relación a la libertad condicional de extranjeros, se suscitan igualmente varias cuestiones: en primer lugar, la vigencia de la comunicación al Fiscal de las fechas de cumplimiento a efectos de activar los mecanismos de la expulsión sustitutiva –artículos 26 y 197.2 RP–; en segundo lugar, la mal llamada libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España –artículo 197.1 RP; en tercer lugar, la posibilidad de imponer directamente la expulsión como regla de conducta al acordar la libertad condicional; y finalmente, la contradicción de la exclusión de la expulsión acordada en sentencia frente a la libertad condicional.

a') Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena

Conforme al artículo 27 RP:

«También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad».

Derecho penitenciario y extranjería

Precepto situado en la lógica de la legalidad anterior, sin sentido en el nuevo modelo de expulsión decidida judicialmente en sentencia, introducido por la reforma de la LO 11/2003.

El artículo 27 RP se complementa con lo establecido en el artículo 197.2 RP, que dispone que:

«Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 CP, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas».

Debe entenderse como obsoleto por las razones ya explicadas, en el modelo introducido por la reforma de la LO 11/2003, a reservas de la posibilidad de expulsión como regla de conducta de la libertad condicional a la que posteriormente nos referiremos.

b') La mal llamada libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España

Establece el artículo 197.1 RP que:

«En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna».

El precepto no se ajusta específicamente a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que se extiende también nominalmente a los españoles residentes legalmente en el extranjero.

El precepto suscitó debates porque algún Juzgado de Vigilancia aislado sostuvo la ilegalidad del precepto, en base a que carecería de cobertura legal en el CP, y a la ausencia ratificación por España de determinados tratados y convenios europeos sobre la materia.

A nuestro juicio el artículo 197.1 RP no solamente no es ilegal, sino que en todo caso si de algo se le puede tachar es de restrictivo: una de las condiciones imponibles en las resoluciones de libertad condicional es la obligación de respetar la residencia establecida en el expediente, por lo que no solamente el extranjero no residente legalmente en España o bien el español residente en el extranjero pueden acogerse a este precepto, sino que además podrían acogerse al mismo los extranjeros residentes legalmente en España y los españoles que desearan desplazarse con carácter más o menos fijo en el extranjero: asistiríamos a una proyección de las facultades que al Juez de Vigilancia otorga en el ámbito de la libertad condicional mediante fijación de reglas de conducta el artículo 90.2 CP⁵ en relación con el artículo 96.3.3.³ CP, que contempla la obligación de residir en un lugar determinado como posible medida de seguridad privativa de

(5) Conforme al artículo 90.2 CP «el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código».

derechos e indirectamente como regla de conducta imponible en materia de libertad condicional. Para estos casos el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá adoptar medidas conducentes a verificar la efectiva salida del territorio nacional.

Para estos casos suscita problemas qué sucede si el extranjero quebranta la regla de conducta. Tal y como aparece configurada la medida, no será causa directa de detención, sino de comunicación al Juez de Vigilancia que valorará la eventual revocación del beneficio si el liberado hubiera regresado sin previa autorización del Juez de Vigilancia antes de la fecha de licenciamiento definitivo de sus responsabilidades.

c') La posibilidad de expulsión como regla de conducta

Examinada la posibilidad de imposición de reglas de conducta conforme al artículo 90.2 CP, se suscita la cuestión de imponer directamente la expulsión como regla de conducta. *De lege data* esta posibilidad se hace factible a la vista del artículo 90.2 CP, en relación con el artículo 96.3.2.⁶ CP, que contempla como la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España posible medida de seguridad privativa de derechos e indirectamente como regla de conducta imponible en materia de libertad condicional. Asistimos a una figura mixta distorsionada, en que la propia ley mezcla dos instituciones en una, con resultados *frankensteinianos*.

d') La antinomia nominal pero no real de la exclusión de la expulsión acordada en sentencia frente a la libertad condicional

Un problema curioso de contradicciones lo suscita la posibilidad excepcional de la condena en que el reo extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal sentenciador motivadamente excluye la expulsión por considerar que la pena debe cumplirse en un centro penitenciario en España. Así acontece tanto en el caso de la expulsión íntegra para el caso de penas inferiores a 6 años –artículo 89.1-I CP⁶– como en la parcial del último cuarto de condena o activada por el pase a tercer grado –artículo 89.1-II CP⁷–. La contradicción es doble: en primer lugar, de la decisión adoptada con la posibilidad misma de libertad condicional; y en segundo lugar, con la posibilidad de la concesión de la libertad condicional con autorización de residencia en otro Estado contemplada por el artículo 197.1 RP, o con regla de conducta de expulsión, que acabamos de reseñar.

La propia libertad condicional constituye una decisión de excarcelación anticipada adoptada por el Juez de Vigilancia que determina que, aunque el cumplimiento de la pena continúa, el reo no prosigue en un centro penitenciario; pero es que la decisión acordada por el Juez

(6) Conforme al párrafo primero del artículo 89.1 CP, «las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

(7) Conforme al párrafo segundo del artículo 89.1 CP, «igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

Derecho penitenciario y extranjería

o Tribunal sentenciador era que en lugar de la expulsión, la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Entendemos que la referencia del artículo 89.1 CP constituye una cláusula de estilo en su redacción que no puede impedir el acceso a la libertad condicional del penado extranjero no residente legalmente en España, pues en otro caso asistiríamos a un trato desigual no justificable bajo ningún concepto.

La contradicción se acentúa en los supuestos de aplicación del artículo 197 RP, en que además el reo sale de España, pero aún más en los casos en que hipotéticamente el Juez de Vigilancia llegara a acordar la expulsión como regla de conducta, conforme a los artículos 90.2 CP en relación con 96.2.2.º CP.

Seguidamente consignamos cuadros de libertades y de repatriaciones penitenciarias:

CONCEPTO/TIPO DE EXCARCELACIÓN	2005	2006	2007	2008	2009
Expulsión admtdva. con autorización judicial de preventivos (Artículo 57.7 Ley Orgánica Extranjería 8/2000)	140	113	33	92	58
Expulsión judicial sustitutiva de la pena aplicable (Pena inferior a 6 años. Art. 89.1 del Código Penal)	1.229	1.043	803	717	870
Expulsión judicial al cumplimiento de las 3/4 partes condena (Pena igual o superior a 6 años. Art. 89.1 C. P.)	59	52	48	28	59
Traslado a país de origen para cumplimiento de condena (Convenio de Estrasburgo y otros Tratados Bilaterales)	64	75	188	192	249
Libertad condicional (Artículo 197 del Reglamento Penitenciario)	434	385	380	423	500

CONCEPTO/TIPO DE EXCARCELACIÓN	2005	2006	2007	2008	2009
Libertad provisional	5.399	5.771	6.288	6.728	6.152
Extinción de condena	2.225	2.295	2.373	2.709	3.484
Extradición	194	212	153	88	85
Otros	1.178	1.394	1.799	2.178	2.258

	2005	2006	2007	2008	2009
TOTALES	10.922	11.340	12.065	13.155	13.715

VII. EL RÉGIMEN PENITENCIARIO Y LA CONVIVENCIA ORDENADA

Junto con la retención y custodia de los internos, el régimen penitenciario comprende las medidas encaminadas a garantizar la convivencia ordenada y el buen orden del establecimiento. De este modo, el estudio del régimen penitenciario en su proyección de la convivencia ordenada comprende las cuestiones siguientes: los modelos regimentales, las decisiones mismas de asignación del modelo regimental, las medidas de seguridad, el régimen disciplinario y las recompensas.

A) Los modelos regimentales

Diferenciamos entre los modelos regimentales y su aplicación a través de la separación y la clasificación. Al margen del régimen de los preventivos, el sistema penitenciario español define tres modelos regimentales comunes: el régimen ordinario, el abierto y el cerrado. No asistimos a especialidad alguna en punto a la extranjería, que se ajusta a los criterios generales.

B) Las decisiones de asignación del modelo regimental a través de la separación y la clasificación

La aplicación del modelo regimental procedente de cada interno se articula a través de dos decisiones: las decisiones de separación y las de clasificación.

a) Separación interior y extranjería

En principio, la extranjería no constituye un factor legalmente determinante de la separación; sin embargo, en la práctica puede convertirse indirectamente en un factor condicionante desde la perspectiva del tratamiento como criterio condicionante de la separación, pues el tratamiento abarca las actividades reeducativas y las actividades de reinserción social, con lo que la minimización de los efectos desocializadores del internamiento puede llevar a acordar asignación de módulo o departamento para establecer contactos con internos de una misma etnia, nacionalidad, religión o lengua, y viceversa, puede erigirse en elemento de exclusión de asignación de un determinado departamento o módulo en función de incompatibilidades nacionales.

b) Clasificación y extranjería

La proyección de los principios básicos legales y reglamentarios nos lleva a formular las siguientes conclusiones específicas:

Derecho penitenciario y extranjería

1. La nacionalidad, la situación administrativa del extranjero y su arraigo sociofamiliar o institucional deben ser recogidos en el informe social, pues constituyen elementos integrados en el historial individual, familiar y social del penado, y por ende una de las variables a considerar en la clasificación. En particular, la situación administrativa es especialmente relevante por ser un elemento condicionador de las expectativas laborales en el exterior, por lo que en función de las circunstancias variables de cada caso puede afirmarse que la situación administrativa de residencia permanente y de residencia temporal con autorización de trabajo constituyen variables de clasificación positivas, en tanto que la ausencia de autorización de trabajo propia de los extranjeros no residentes legalmente en España constituirá una variable de clasificación desfavorable.
2. La condición de extranjería no va a representar especialidades ni peculiaridades en punto al procedimiento de clasificación. No obstante, y en atención a lo expuesto, va a ser altamente condicionante del acceso al tercer grado. La importancia de esta situación justifica el examen separado de la situación del tercer grado.

c) Tercer grado y extranjería

Aunque el acceso al tercer grado del penado extranjero no presenta especialidades normativas en la regulación penitenciaria, el nuevo sistema implantado por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, han representado una alteración muy importante del sistema de ejecución penal en lo que a penados extranjeros no residentes legalmente en España se refiere. ¿En qué medida afecta la combinación de ambas leyes al caso de penados extranjeros?

El artículo 36.2 CP establece –tras la reforma introducida por LO 7/2003– que «cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.» El precepto ha supuesto la aniquilación parcial del sistema de individualización científica en lo que a penas de prisión que exceden de 5 años se refiere, mediante la implantación del llamado en otros sistemas «periodo de seguridad». Ciertamente es que el párrafo segundo del artículo 36.2 CP posibilita la reimplantación del sistema de individualización científica por decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria atendida la constatación de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción, ya que señala que:

«El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonablemente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

La aplicación de esta norma supone de por sí un efecto inmediato en el caso de los penados extranjeros: de entrada, en el caso de penas que excedan de seis años, en la medida en que no cabe la expulsión judicial sustitutiva íntegra, la posibilidad de acceso al tercer grado, que juntamen-

te con el cumplimiento de las $\frac{3}{4}$ partes puede ser determinante de la expulsión sustitutiva, vendrá vedada salvo que el Juez de Vigilancia Penitenciaria acuerde la reimplantación del sistema general de cumplimiento, atendida la constatación de un pronóstico favorable de reinserción social. Sin embargo, ha de convenirse en que mal puede constatarse dicho pronóstico cuando la decisión no conlleve propiamente el acceso a un régimen abierto, sino la materialización de una expulsión judicial ya acordada en sentencia, *ex* artículo 89.2 CP.

Los problemas de acceso al tercer grado desaparecen en los casos de imposibilidad de materialización de la expulsión judicial sustitutiva. En estos casos, el párrafo cuarto del artículo 89.1 CP señalaba que:

«En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente».

No existen como se ve imperativos legales determinantes literalmente de cumplimiento en centro penitenciario español; queda así abierto en consecuencia el régimen general de cumplimiento de la pena, y la imposibilidad de materialización de la expulsión permite razonablemente pronosticar que el penado ha de permanecer en España tras su cumplimiento: los riesgos de fuga asociados al intento de eludir una expulsión se conjuran, y las posibilidades de acceso al régimen abierto se van abriendo dentro del sistema general de ejecución de las penas. Pero esto es la teoría, ya que en la práctica, tratándose de extranjeros que no tengan la condición de residentes legales, como anteriormente examinamos, ni tienen en principio posibilidades de acceso al trabajo salvo muy limitadas circunstancias que posteriormente examinaremos, y además en muchos casos la ausencia de familiares y de arraigo va a erigirse en obstáculos retardatarios de los permisos, y en consecuencia derivada de lo anterior, de la progresión en grado.

Las cifras aportadas nos revelan una menor tasa porcentual de penados clasificados en tercer grado extranjeros que nacionales, adverando estas dificultades materiales y reales: así en septiembre de 2007 de la población reclusa dependiente de la SGIIPP dependiente del Ministerio del Interior un 16,5% de penados españoles estaban clasificados en tercer grado por tan sólo un 10,04% de extranjeros; y de la población reclusa penada dependiente de la *Generalitat* de Cataluña en septiembre de 2008, la tasa de terceros grados era de un 19,8% de españoles por un 13,7% de extranjeros.

La conclusión es evidente: las condiciones del cumplimiento material de la pena de prisión de los ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España son *de facto* muy diferentes a la de los españoles, por las dificultades de acceso al tercer grado y por las dificultades que examinaremos dificultan su acceso al régimen de permisos.

C) Las medidas de seguridad penitenciarias y la extranjería

A través de las medidas de seguridad se pretenden establecer mecanismos de control en orden a conjurar los riesgos que puedan sobrevenir para la seguridad y convivencia ordenada, y en su caso para el restablecimiento de esos valores. No se aprecian especialidades para las personas extranjeras respecto de las medidas de seguridad –ni ordinarias (artículos 23 LOGP, y 63 RP y siguientes), ni extraordinarias o medios coercitivos (artículos 45 LOGP y 72 RP), ni excepcionales (DF 1.^a LOGP y artículo 72.5 RP)–.

D) El régimen disciplinario penitenciario de los reclusos y la extranjería

El régimen disciplinario de los establecimientos penitenciarios de los reclusos es un conjunto de normas que definen comportamientos infractores de la seguridad y la convivencia ordenada de los establecimientos penitenciarios, que establecen el catálogo de medidas sancionadoras, que prevén los procedimientos a seguir para su eventual imposición, y que regulan finalmente las reglas de cumplimiento de las sanciones, así como las normas de prescripción y cancelación; se contiene en los artículos 41 a 44 LOGP.

No se aprecian especialidades para las personas extranjeras en el catálogo de las faltas ni en el de las sanciones y sus reglas de imposición, ni en la definición de las normas de cumplimiento, prescripción y cancelación, pero sí en la regulación de los procedimientos, que se encuadra en el artículo 44 LOGP, y específicamente en la instrucción. Como la premisa esencial para la defensa es conocer los hechos objeto de imputación, uno de estos requisitos, esencial para los extranjeros que desconocen la lengua castellana, es la posibilidad de contar con intérprete, y a tal fin el artículo 242.2.j) RP establece que en el pliego de cargos se hará constar la «posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano». Por lo demás, el RP no contempla otras especialidades respecto de extranjeros, que en consecuencia tendrán derecho de asesorarse, derecho a formular descargo y a proponer pruebas de descargo, a que si se le deniegan lo sea razonando su improcedencia o impertinencia, a que se materialicen las pruebas propuestas admitidas, así como a que una vez practicada se realice el trámite de puesta de manifiesto, y formular alegaciones, así como a conocer la propuesta de resolución del instructor, y a solicitar la audiencia personal de la Comisión Disciplinaria –artículo 244 RP–. Claro que es evidente que la disponibilidad del intérprete se debe extender a todos estos trámites para asegurar el derecho de defensa del interno extranjero que desconoce el castellano, que no puede verse limitado a la mera traducción del pliego de cargos. En la resolución del expediente, que se lleva a cabo por la Comisión Disciplinaria previa audiencia del interno expedientado. Aunque no se mencionan especialidades, debe entenderse que el interno extranjero que desconoce el castellano tendrá derecho a la asistencia de intérprete, tanto en su audiencia por la Comisión Disciplinaria, como en la notificación del acuerdo adoptado por la Comisión Disciplinaria.

E) El régimen de recompensas y la extranjería

En sentido penitenciario las recompensas constituyen premios que se conceden por las Instituciones Penitenciarias a los internos como reconocimiento a su buena conducta. Las recompensas se regulan por la LOGP en el artículo 46; a su vez, el RP lo contempla en sus artículos 263 y 264. El artículo 46 LOGP no sólo vincula su concesión a la buena conducta, sino también al espíritu de trabajo, al sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, y la determinación del catálogo de recompensas la lleva a cabo el artículo 263 RP, que señala como tales las siguientes recompensas: «a) Comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales. b) Becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del Centro. c) Prioridad en la participación en salidas programadas para la realización de actividades culturales. d) Reducciones de las sanciones impuestas. e) Premios en metálico. f) Notas meritorias. g) Cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios.» Del enunciado de dicho catálogo se concluye que no asisti-

mos a un sistema de *numerus clausus*, sino de *numerus apertus*, puesto que el apartado g) del artículo 263 RP expresamente deja abierta la posibilidad de otros premios diferentes que pueda considerar la Comisión Disciplinaria, con tal de que guarden analogía con los contemplados en los apartados precedentes.

Aunque así examinados los preceptos, no se aprecian especialidades para las personas extranjeras privadas de libertad, las recompensas pueden cobrar importancia en varios ámbitos de manera especialmente significativa para este sector de población reclusa extranjera, particularmente en lo que atañe a comunicaciones extraordinarias, sean orales, telefónicas o especiales; y los premios en metálico para caso de personas extranjeras sin recursos.

VIII. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y LA INTERVENCIÓN REEDUCADORA

A) Concepto de tratamiento y concepciones clínica y moderna del tratamiento penitenciario

La LOGP define el tratamiento como aquella parcela de la actividad penitenciaria encaminada a obtener la reeducación y la reinserción social de los internos, y así lo proclama explícitamente en su artículo 59.1 LOGP:

«El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados».

Ahora bien, la concepción penitenciaria del tratamiento ha atravesado dos fases: en una primera etapa clásica se encarna en la llamada concepción clínica o terapéutico social del tratamiento; desde finales de los años 80 se ha pasado a una concepción moderna y amplia del tratamiento, reflejada en el artículo 110 RP.

B) La intervención educativa y formativa

Atendido que la actividad reeducadora persigue reforzar las potencialidades positivas de los internos, y compensar sus déficits, carencias y problemáticas personales, un primer problema que suscita un importante segmento de la población reclusa extranjera es su desconocimiento del español sin perjuicio de otras problemáticas comunes a la del colectivo de reclusos españoles.

Nuestro RP contempla las necesidades específicas de la población reclusa extranjera en dos aspectos: en el acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española, así como disponibilidad en lo posible de material bibliográfico en su propia lengua. Pero no debe olvidarse que aunque la programación del tratamiento compete a las Instituciones Penitenciarias a través de sus órganos especializados, y específicamente la Junta de Tratamiento, su ejecución es tarea de dichos órganos especializados, de otros auxiliares de los mismos –los equipos técnicos– y con la colaboración no solamente del resto del personal penitenciario, sino además de la propia sociedad. A este respecto el artículo 69.2 LOGP ya señalaba que:

«A los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos».

Derecho penitenciario y extranjería

Ello va a tener importancia capital, y el propio RP hace un recordatorio de que las Instituciones Penitenciarias facilitarán toda la colaboración que resulte factible de parte de otras Administraciones, Instituciones e incluso ONGs.

a) El acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española

A este primer aspecto se refiere el artículo 118.2 RP, conforme al cual:

«Los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario».

b) La disponibilidad en lo posible de material bibliográfico en su propia lengua

Al segundo aspecto se refiere el artículo 127.3 RP, que señala que:

«En función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas».

c) Colaboración en la resocialización de reclusos extranjeros de instituciones y asociaciones

Señala el artículo 62.4 RP que:

«La Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes».

d) El programa de intervención sobre internos extranjeros

La Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria de la DGIP aprobó en el año 2005 un programa de intervención específico sobre el colectivo de reclusos extranjeros. A finales del año 2007 estaba implantado en 14 centros penitenciarios, con participación de 257 internos participantes, con cuatro cursos específicos de formación profesional, y que al margen de lo anterior moviliza a 183 profesionales formados en 55 centros penitenciarios. En cuanto a sus contenidos integra la intervención educativa, la intervención multicultural, la formación multicultural y la educación en valores y habilidades cognitivas.

C) El trabajo penitenciario

a) Las dos acepciones, amplia y estricta, del trabajo penitenciario

El trabajo puede ser contemplado desde diversos puntos de vista; de una parte, en un sentido muy amplio, como cualquier esfuerzo o actividad humana; de otra, en un sentido restrictivo, como aquella ocupación productiva retribuida por cuenta ajena.

El RP ha regulado el trabajo en el Título V, relativo al tratamiento, y lo hace además dinamitando la concepción amplia del trabajo formulada en el artículo 27 LOGP, como se concluye de la diferenciación en capítulos separados de la formación, abordada en su capítulo III –conjuntamente con cultura y deporte–, de la relación especial laboral penitenciaria, abordada en su capítulo IV, y de los trabajos ocupacionales no productivos, abordados en su capítulo V, con lo que el trabajo viene a configurarse en su versión estricta de modalidad ocupacional productiva y retribuida por cuenta ajena, circunscrita a la relación laboral especial penitenciaria, aunque con posterioridad los preceptos del capítulo IV han venido a quedar en gran medida derogados, sustituyéndose su regulación por la contenida en el RD 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

b) El acceso al trabajo productivo en los talleres penitenciarios de los reclusos extranjeros

El artículo 36.1 LOE establece la obligatoriedad, por parte de los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar. Tras la entrada en vigor del vigente RLOE el acceso a los talleres productivos de las Instituciones Penitenciarias de los internos extranjeros quedó de entrada restringido a los reclusos extranjeros en situación administrativa de residencia permanente⁸ y a los de residencia temporal con autorización para trabajar⁹. Ello suscitaba un problema en orden al acceso a los talleres productivos de las Instituciones Penitenciarias de los internos extranjeros que no reunieran una de esas dos condiciones, cuando el artículo 5.1.a) RD 782/2001, de 6 de julio, recogía entre los derechos laborales de los internos trabajadores, el de no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de nacionalidad.

Para resolver este problema, y en aplicación de la DA 1ª.4 RLOE, el Consejo de Ministros adoptó el 1 de julio de 2005 un Acuerdo por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros en los talleres productivos de los centros penitenciarios, y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional. Concretamente se aborda esta cuestión en su Instrucción Primera, conforme a la cual se establecen entre otras dos previsiones básicas:

En primer lugar, que la orden judicial de internamiento en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo.

(8) Conforme al artículo 70 RLOE, «se halla en situación de residencia permanente el extranjero que haya sido autorizado a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles».

(9) Conforme al artículo 48 RLOE «se halla en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena».

Derecho penitenciario y extranjería

Y en segundo lugar, que la validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, sin que ello pueda erigirse en obstáculo para una eventual posterior medida de expulsión.

Esta regulación se ha extendido a la Administración Penitenciaria Catalana, a la que en principio no se refiere textualmente el acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 en virtud de instrucciones y órdenes de servicio, extendiéndola igualmente a los menores extranjeros mayores de 16 años no tutelados por la Entidad Pública en el ámbito del sistema de reforma juvenil.

c) El acceso al trabajo productivo de los penados extranjeros clasificados en tercer grado y liberados condicionales

A esta situación se refiere la Instrucción Segunda del ACM de 1 de julio de 2005, que establece las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que la Subdelegación del Gobierno, o Delegación del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, podrá conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la DFGIP de clasificación en tercer grado o al auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, siempre que el penado extranjero reúna una de las siguientes condiciones:

- a) Encontrarse en la situación de residencia o en la de estancia por estudios, en el momento de producirse la condena, teniendo en cuenta la posibilidad que establece el artículo 31.4 LOE.
- b) Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la DGIP de clasificación en tercer grado o auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 45 RLOE, para la obtención de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.
- c) Encontrarse, en el momento de la condena o en el de la resolución de la DGIP de clasificación en tercer grado o auto del Juez de Vigilancia por el que acuerda dicha clasificación o la concesión de libertad condicional, en uno de los supuestos del artículo 72 RLOE, para la obtención de una autorización de residencia permanente.

En segundo lugar, la DGIP dará traslado de su resolución, o del auto del Juez de Vigilancia, a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente a efectos de concesión de validez de autorización de trabajo, y a la Dirección General de Inmigración, cuya concesión de validez de autorización de trabajo tendrá plenos efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, pero que no otorgará la condición de residente extranjero, y tendrá una duración máxima de seis meses.

En tercer lugar, que hasta la fecha de cumplimiento de la condena el interesado deberá solicitar su renovación sucesiva a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente, sin que pueda erigirse en obstáculo impeditivo a su consideración como causa de expulsión, salvo cancelación de los antecedentes penales o concurrencia de las circunstancias del artículo 57.5 LOE.

IX. EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO Y LAS ACTIVIDADES DE REINSERCIÓN SOCIAL

Las actividades de reinserción social se encaminan a minimizar los efectos desocializadores de la prisión, partiendo del principio proclamado de que el interno no abandona la sociedad, sino que continúa formando parte de ella. Ello se proyecta en el derecho a la comunicación de su ingreso, el acceso a los medios de prensa escrita, radiofónicos y televisivos, en el derecho a recibir paquetes y realizar encargos, en el derecho a mantener comunicaciones y a recibir visitas, en el eventual acceso a un proceso de salidas progresivas del establecimiento penitenciario, que culmina en sus más altas cotas de expresión en el acceso al régimen abierto y a la libertad condicional, estas dos últimas figuras ya examinadas.

A) El derecho de comunicación del ingreso a familiares, abogado y además a autoridades consulares

Con independencia de su nacionalidad el artículo 51.3 LOGP establece que:

«Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y Abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo».

Pero, además, los ciudadanos extranjeros tienen derecho a comunicar el ingreso a las autoridades consulares, en los términos del artículo 15.2 RP, examinado en el apartado VI. A).b) de este trabajo.

B) El acceso a los medios de prensa escrita, radiofónicos y televisivos

Conforme al artículo 128.1 RP:

«Asimismo, los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada de la Junta de Tratamiento del Establecimiento. Contra dicha resolución, que deberá ser notificada al interno, éste podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia. También estarán informados a través de audiciones radiofónicas y televisivas».

Respecto a la prensa escrita del Estado de origen o en su lengua, puede servir lo establecido en cuanto a la colaboración en la resocialización de reclusos extranjeros de instituciones y asociaciones aludida en el artículo 62.4 RP, reseñado en el apartado VIII. B).c) de este trabajo.

C) El derecho a recibir paquetes y realizar encargos

El derecho a recibir paquetes y encargos se regula en los artículos 50 y 51 RP, y no tiene especialidades.

D) Derecho a mantener comunicaciones orales y escritas en su propia lengua con sus familiares y amigos

Los reclusos, nacionales o extranjeros, tienen ante todo el derecho a mantener sus comunicaciones en su propia lengua, ya que como señala el artículo 51.1 LOGP:

Derecho penitenciario y extranjería

«Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial».

E) Derecho a que las necesidades especiales de comunicación derivadas de su extranjería se contemplen y respeten en la organización del establecimiento penitenciario

Además, las necesidades especiales de los internos extranjeros deben ser específicamente contempladas en la organización de comunicaciones y visitas, ya que establece el artículo 42.7 RP que:

«Las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán, en igualdad de condiciones con los nacionales, las reglas generales establecidas en este artículo».

La proyección biológica del precepto se podría concretar, por ejemplo, en admitir horarios especiales diferenciados para las llamadas telefónicas de ciudadanos extranjeros en función de las diferencias horarias correspondientes a su país de origen, caso de que la llamada se efectúe a su país.

F) Derecho a comunicar en locales adecuados con sus representantes diplomáticos y consulares

Los apartados 3 y 4 del artículo 49 RP se refieren a los contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, que tendrán lugar en locales adecuados, conforme a reglas generales en cuanto a número y requisitos, previa autorización del Director.

Así, el artículo 49.3 RP señala que:

«Los internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el artículo 41».

Y por su parte el artículo 49.4 RP indica que:

«A los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como a los refugiados y a los apátridas, les serán concedidas comunicaciones en las mismas condiciones con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la Autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerlos, o con las personas en quienes aquéllos deleguen».

G) Consideración especial de los permisos de salida a reclusos ordinarios de salida a extranjeros

Aunque en principio la regulación vigente no ha previsto especialidades para los permisos de ciudadanos extranjeros, y las recomendaciones internacionales inciden en que se posibilite su

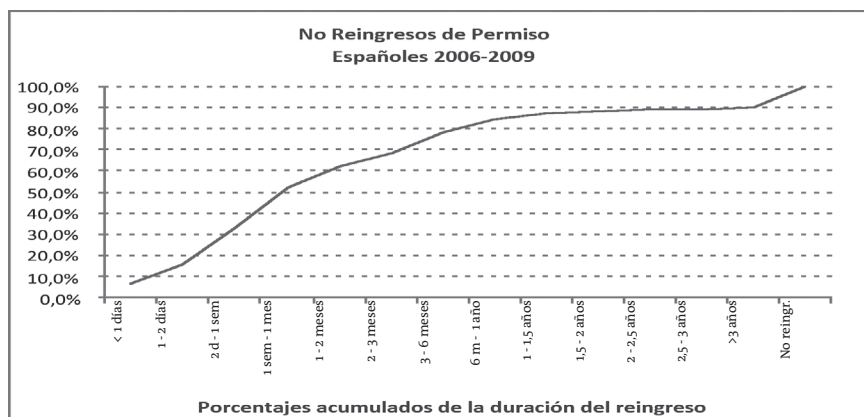
acceso sin discriminaciones, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el artículo 156.2 RP –que establece como motivos denegatorios de los permisos jurídicamente relevantes la probabilidad de comisión de nuevos delitos, de no reincorporación, y de repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social–, y aun cuando la extranjería en sí misma no puede considerarse como causa de denegación de permisos, sí lo permitirá en casos tales como inexistencia de vínculos sociales, familiares, ni institucionales, así como en los casos de vinculación a grupos de crimen organizado. En el primer caso pueden concluirse razonablemente probabilidades de no reincorporación muy superiores a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizable; en el segundo caso por las mismas razones, y por existir probabilidades de comisión de nuevos delitos. Ello se refleja en las estadísticas de penados que disfrutaban de permiso en los Centros Penitenciarios dependientes de la Administración Penitenciaria de Cataluña en septiembre de 2008, que se cifraban en un 19,6% de penados extranjeros, frente a un 31,5% de penados españoles.

Las probabilidades de no reincorporación suelen aceptarse como razonables en los supuestos de extradición pendiente. Fuera de estos casos, la existencia de acogida social, familiar o institucional, en su caso, pueden permitir entender conjuradas las probabilidades de no reincorporación, en atención a la fase de cumplimiento y demás circunstancias concurrentes en cada caso.

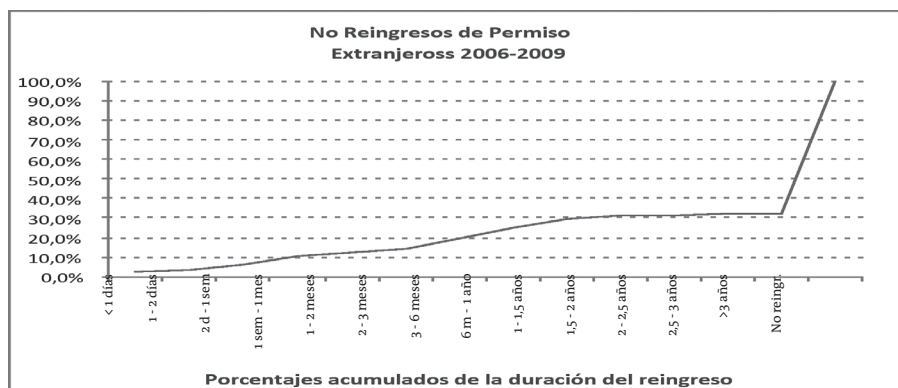
En este sentido debe entenderse corregida la alusión de la extranjería como variable de riesgo manejada para la concesión de permisos, aunque el mantenimiento del empleo de este término es censurable, y debería contemplarse la sustitución del término extranjería por el de déficit de acogida u otro análogo en futuras Instrucciones de la DGIP, para evitar las proyecciones subconscientes que el empleo del término extranjería puede llegar a provocar.

Ello no obsta a que las estadísticas de la Administración Penitenciaria de Cataluña reflejen una tasa porcentual de quebrantamiento superior en el caso de penados extranjeros –5'7%– que disfrutaban de permisos respecto de los españoles –2'5%–.

Junto a lo anterior, los estudios de la SGIP evidencian un mayor número de fugas consolidadas entre los extranjeros: adjuntamos cuadros.



Derecho penitenciario y extranjería



Al año y medio el 90% de los internos de origen español que han quebrantado permiso, han reingresado en el sistema. En el mismo periodo lo han hecho tan sólo el 30%.

X. LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES

A las prestaciones asistenciales se refiere el párrafo segundo artículo 1 LOGP cuando, tras indicar que las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados, agrega que «igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados». La labor asistencial de las instituciones penitenciarias respecto de internos y liberados viene a aparecer no propiamente como una finalidad autónoma de la actividad penitenciaria, pero sí como un deber de la Administración Penitenciaria respecto de internos y liberados, derivada de su posición de garante.

A) Asistencia alimentaria

La prestación alimentaria se proyecta en el deber de la Administración Penitenciaria de suministrar al interno lo necesario para su alimentación, vestuario, y material de higiene personal. Como consecuencia de la posición de garante asumida por la Administración respecto del interno a partir del momento mismo de su ingreso, la Administración viene obligada a asegurar su vida y salud. Para ello es imprescindible el suministro de una alimentación adecuada, y por ello el artículo 21.2 LOGP dice que:

«La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el Médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas. Los internos dispondrán, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas».

Tal disposición se completa con otras dos disposiciones: en primer lugar, la previsión de la participación de los internos en la confección de los racionados: conforme al inciso final del apartado 1 del artículo 24 LOGP:

«En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos».

Y en segundo lugar, el derecho de los internos a adquirir alimentos así como otros productos dentro de un circuito de economatos gestionado directamente por la Administración, o por concesionarios por adjudicación administrativa –artículo 24.2 LOGP–. A este respecto, debe recordarse que conforme al artículo 230.3 RP:

«La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos».

Paralelamente, la Administración debe suministrar en su caso a los internos vestuario adecuado, si estos carecieran del mismo, y la adecuación del vestuario facilitado debe partir de no hacer ostensible la condición de recluso del interno, como señala el artículo 20.1 LOGP, que dispone que:

«El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno.» A renglón seguido el artículo 20.2 LOGP establece que «en los supuestos de salida al exterior deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si carecieran de las adecuadas, se les procurará las necesarias».

Proyectando la regulación anterior a la cuestión de la extranjería, particularmente musulmana y judía –lo que es válido igualmente para españoles que observen estas religiones– la Administración Penitenciaria española viene facilitando alimentación correspondiente a dieta musulmana y llegado el caso adaptada a los judíos, sin perjuicio del derecho de los internos interesados en la adquisición de productos que ajustándose a las reglas anteriores se acomoden a sus creencias religiosas. Lo propio cabe predicar de indumentaria de vestuario, en que los internos no tienen limitaciones en el uso de las prendas que elijan y empleen –por ejemplo, chilabas y velo–.

B) Asistencia sanitaria

También a consecuencia de la posición de garante asumida por la Administración respecto del interno a partir del momento mismo de su ingreso, la Administración viene para velar por su vida y por su salud física y mental –artículo 3.4 LOGP–. La regulación de la asistencia sanitaria se encuentra en el artículo 36 y siguientes de la LOGP, y en los artículos 207 y siguientes del RP. En consecuencia, no suscita problemas la asistencia sanitaria de los reclusos extranjeros, garantizada integralmente por la Administración Penitenciaria española en concierto con las Administraciones sanitarias territorialmente competentes.

C) Acción social penitenciaria

Establece el artículo 227 RP que:

«La acción social se dirigirá a la solución de los problemas surgidos a los internos y a sus familias como consecuencia del ingreso en prisión y contribuirá al desarrollo integral de los mismos».

Derecho penitenciario y extranjería

Con arreglo a este precepto, podemos definir la acción social penitenciaria como aquella parcela de la actividad penitenciaria, integrada en el área de las prestaciones asistenciales que se imponen a la Administración Penitenciaria y que se derivan de su posición de garante respecto de los reclusos, que tiene por objeto contribuir a resolver los problemas surgidos a los internos y a sus familias por razón del hecho del internamiento.

Organizativamente esta materia es competencia de la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas, y para el diálogo institucional de los Servicios Centrales con las Comunidades Autónomas existe la llamada Comisión de Asistencia Social. En el plano de los servicios periféricos, en cada Centro Penitenciario existen unas Unidades de Trabajo Social, que atienden la demanda interna, y junto a ellas, en cada provincia, unos Servicios Sociales Penitenciarios Externos que se les encomienda atender la demanda externa.

A las funciones de la acción social penitenciaria se refiere en concreto el artículo 229 RP:

a) Asistencia al ingreso y elaboración de la ficha social

Conforme al artículo 229.1 RP, dispone que:

«Los servicios sociales penitenciarios asistirán a las personas que ingresen en prisión y elaborarán una ficha social para cada interno, que formará parte de su protocolo personal».

Ya hemos examinado su proyección en la extranjería.

b) Atención durante el internamiento de las solicitudes formuladas por los internos y sus familiares

Durante el internamiento, se prevén ayudas asistenciales puntuales hasta 300 € en favor de los internos y familiares que carezcan de medios económicos, así como de falta de cobertura por parte de servicios sociales comunitarios, ante situaciones de urgencias; ayuda de gastos funerarios, o para ayudar al traslado de cadáver, ayuda para gastos de documentación mediante abono de gastos de tramitación del DNI, pasaporte, cuando carecieren de dichos documentos; ayudas para inserción laboral con inclusión de gastos de curso, becas y transportes; y ayudas para gastos académicos y de matrícula de estudios, sea de enseñanza reglada o no.

c) Atención especial a determinadas categorías de internos, como son las madres con hijos y en régimen abierto

No presenta especialidades.

d) Conservación de la Seguridad Social y adquisición del derecho a la asistencia sanitaria gratuita

No presenta especialidades.

e) Seguimiento y control del liberado condicional

No presenta especialidades, fuera de su imposibilidad de realización en los casos de traslado a otro país, por aplicación del principio de territorialidad en ausencia de mecanismos internacionales suscritos por España.

f) Colaboración en la planificación de la ejecución de las penas alternativas

Encontramos obstáculos legales, obviamente, para el acceso al trabajo en beneficio de la comunidad del extranjero no residente legalmente, que examinamos en el siguiente punto de la unidad didáctica.

g) Ayudas para la excarcelación

Su concreción normativa radica en el artículo 17.4 LOGP, cobrando importancia las Instrucciones de la DGIP, que vienen a definir la ayuda y prestaciones a internos, liberados y sus familiares, destacándose ayudas para la excarcelación para que el liberado que carezca de recursos pueda llegar hasta el lugar de su residencia con abono de gastos de transporte, de pernocta y de bolsillo, durante los primeros días; un capítulo importante será la coordinación de ayudas que el liberado puede recibir por parte de los servicios sociales comunitarios, que debe ser considerada por los servicios sociales penitenciarios, dentro del objetivo del artículo 229.3 RP de que el interno adquiera y, en su caso, conserven las prestaciones públicas a las que tiene derecho.

Entre estas prestaciones públicas que no son prestaciones penitenciarias, por ejemplo: las prestaciones por desempleo del artículo 35 LOGP, cuyos requisitos son: a) inscripción en oficina de empleo en 15 días siguientes a la excarcelación; b) que no haya recibido el liberado una oferta de trabajo adecuada; c) que el interno haya estado privado de libertad durante un tiempo superior a los 6 meses. Estas prestaciones son independientes de las que correspondería al interno trabajador como consecuencia de los derechos que correspondan por la relación laboral especial penitenciaria.

D) Asistencia religiosa

Asegurado constitucionalmente el derecho a la libertad religiosa, en cuanto a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas; a su vez, la Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del centro y los derechos fundamentales de los restantes internos.

XI. LAS MEDIDAS PENALES ALTERNATIVAS

El Derecho Penitenciario ha ampliado sus fronteras más allá del ámbito prisional tradicional a través de la irrupción de las Instituciones Penitenciarias españolas en el ámbito de las llamadas medidas penales alternativas, que se concentra básicamente en la planificación y control y seguimiento de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de la localización permanente, así como de las reglas de conducta en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena,

Derecho penitenciario y extranjería

y de determinadas medidas de seguridad. Dicha intervención se regula de manera específica en el RD 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Estas nuevas figuras constituyen un elemento de capital importancia en relación con las medidas alternativas de la prisión que han pasado a ser gestionadas en los Servicios Centrales de la DGIP por la Subdirección General de Medio Abierto y Medidas Alternativas.

Un posible problema de la especialidad de la extranjería se proyecta en la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Suscita problemas su imposición a ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España, o para ser más exactos, de extranjeros que no tengan autorización para trabajar –que en principio la ostentan los titulares de la residencia permanente, de la autorización temporal con autorización para trabajar por cuenta ajena, y los propios penados en los términos contemplados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, ya que no tratándose de internos condenados a penas de prisión quedan extramuros del Acuerdo precitado, que sólo permite trabajar a los reclusos para el Organismo Autónomo Trabajo y Formación para el Empleo u órganos autonómicos equivalentes, y en el exterior, para terceros diferentes del Organismo Autónomo precitado, partiendo de la clasificación administrativa o judicial en tercer grado juntamente con otros requisitos ya examinados. Nos inclinamos por considerar que no existe tal especialidad, y que los sentenciados extranjeros sin autorización de trabajo pueden ser condenados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por las razones siguientes. En primer lugar, no se trata de un extranjero que pretenda desempeñar un trabajo, lo que es un derecho cuyo ejercicio requiere una previa autorización administrativa, sino de un extranjero condenado por una infracción penal al que la ley asigna como castigo la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, al tratarse de un pronunciamiento judicial contenido en sentencia, rige lo dispuesto en el artículo 118 CE, que establece que:

«Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

En tercer lugar, la regla 4 del artículo 49 CP establece que:

«Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social»¹⁰,

lo que nos reconduce a los artículos 19 a 21 del RD 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. De este modo, incluso sosteniendo la necesidad de autorización de trabajo para cumplir la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, entra en juego la Instrucción 1.^a

(10) Este precepto se superpone al artículo 11.1 RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, precepto que establece que «la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa que resulte de aplicación.» Así, la protección de Seguridad Social no queda supeditada al cumplimiento de los requisitos de la normativa general de la Seguridad Social, sino que nace *ope legis* de la propia resolución judicial.

del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, que otorga a la resolución judicial de internamiento –en este caso, la sentencia o en su caso el auto de aprobación del plan de ejecución del trabajo en beneficio de la comunidad– validez como autorización de trabajo para el desarrollo de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios –en este caso y por extensión al penado a trabajo en beneficio de la comunidad–.

En lo concerniente a la pena de localización permanente, no se advierten problemas como tampoco en la ejecución de medidas de seguridad, ni en las reglas de conducta impuestas en suspensión de la ejecución de la pena de prisión.

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

ASIER URRUELA MORA

Profesor Contratado Doctor en Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

ARANTZA LIBANO BERISTAIN

Profesora de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

HAZEL JASMÍN BOLAÑOS VÁSQUEZ

Becaria Programa Fullbright
Universidad de Zaragoza

JOSÉ MARÍA FARJAS BALLESTER

Abogado del Real e Ilustre Colegio de Abogados
de Zaragoza

Trata de seres humanos, en especial menores (*)

RESUMEN

TRATA DE SERES HUMANOS, EN ESPECIAL MENORES

Este trabajo aborda los aspectos jurídicos relacionados con la trata de seres humanos, con especial referencia a los menores de edad y, en particular su conformación como figura delictiva autónoma e independiente de los delitos en los que se concreta la explotación de las personas, así como del delito de tráfico de inmigrantes. A tal efecto se analiza la evolución histórica de la trata de personas como fenómeno criminal en el plano de la legislación internacional, con especial atención a los textos normativos más recientes y vinculantes para España. Se efectúa asimismo un estudio de Derecho Comparado con relación a la penalización de la trata como delito, para finalizar con el análisis de la situación en el marco jurídico español y las propuestas *de lege ferenda* a la luz de la normativa internacional.

(*) Este trabajo constituye un amplio resumen actualizado del informe entregado en diciembre de 2008 sobre «Trata de menores. Aspectos jurídicos, perspectivas de Derecho comparado y propuestas *de lege ferenda* en relación con el marco normativo español», encuadrado en uno de los proyectos de investigación de la «Cátedra Concepción Arenal», financiado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

ABSTRACT

HUMAN BEINGS TRAFFICKING, ESPECIALLY UNDERAGE

This paper focuses on the legal aspects related to human trafficking, with special reference to minors. Particular relevance has been devoted to the formation of the offence of human trafficking as autonomous. This implies the independence of the offence from the crimes in which the exploitation of specific individuals becomes a reality and also from the crime of migrant smuggling. To this purpose we analyze the historical evolution of human trafficking as a criminal phenomenon in terms of international law, paying particular attention to the most recent legislative texts which are legally binding in Spain. We also conduct research on the current Spanish legal framework and make *de lege ferenda* proposals based on international standards.

SUMARIO

I. Introducción: el marco supranacional de referencia. A) Perspectiva histórica. B) Naciones Unidas. a) Primeras iniciativas en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores. b) Iniciativas recientes en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores. Especial consideración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo). a') Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. b') Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo) y Protocolos a ella. c') Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con la trata de mujeres y niñas. d') Otros organismos supranacionales vinculados o dependientes de Naciones Unidas. C) Consejo de Europa. a) Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con la trata de seres humanos. b) Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mayo 2005. c) Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales (Lanzarote, 25 de octubre de 2007). D) Unión Europea. a) Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. b) Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos. c) Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 13/44, de 20 de enero de 2004). d) Otros textos relevantes en la esfera de la Unión Europea.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

II. Derecho comparado. A) Europa. a) Gran Bretaña. b) Alemania. c) Suiza. d) Austria. e) Francia. f) Rumania. g) Portugal. h) Italia. B) América. a) Estados Unidos de América. b) México. c) Colombia.

III. Derecho español. A) Situación legislativa actual en la esfera penal. B) Propuestas de reforma legislativa. a) El anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008. b) El proyecto de reforma del Código Penal de 2009.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL MARCO SUPRANACIONAL DE REFERENCIA

La trata de personas como realidad sociológica es conocida desde antiguo en la esfera internacional. Inicialmente legitimada en el marco de la concepción histórica que asumía la esclavitud o la servidumbre como un fenómeno éticamente aceptable (Antigua Grecia, Imperio Romano, Edad Media y en gran parte de la Edad Moderna), su configuración como una práctica ilícita atentatoria contra la dignidad del ser humano y, por lo tanto, contra la esencia misma de la persona se ha producido fundamentalmente a lo largo del siglo XX. Ya desde inicios de dicha centuria diversos textos a nivel supranacional venían subrayando la profunda inmoralidad de dicha práctica y exigían a los Estados esfuerzos concertados en aras a poner fin a toda forma de esclavitud, servidumbre, explotación sexual o laboral y análogas, así como, en general, a acabar con todos aquellos fenómenos asociados con el moderno concepto de trata de personas. Al hilo de dicho movimiento en la esfera internacional los legisladores internos han ido incorporando progresivamente diferentes prescripciones normativas dirigidas a hacer frente a dichos fenómenos a través de las distintas regulaciones (con especial incidencia en la esfera penal).

Por lo tanto, la trata de personas constituye un fenómeno muy antiguo que ha acompañado a la humanidad desde tiempos remotos; sin embargo, su visualización, y su consideración como violación de los derechos humanos y como delito únicamente ha cobrado relevancia en el ámbito jurídico en las últimas décadas. Ya en la Edad Media el término «trata» se empleaba en el contexto de la lucha entre los reinos cristianos y musulmanes, cuando las personas adquirían la categoría de mercancía y bajo estas condiciones eran llevadas de un lugar a otro para su compra-venta.

Posteriormente, en el siglo XIX e inicios del XX se hacía alusión a la *Trata de Blancas*, para definir al comercio de mujeres blancas europeas y americanas que eran raptadas para su posterior traslado a países árabes, africanos o asiáticos con la intención de someterlas a la prostitución o emplearlas como concubinas. A partir del reconocimiento internacional de los derechos humanos como valor universal y de la abolición de la esclavitud, se estableció que eran víctimas hipotéticas de trata las mujeres con independencia de su raza y continente de origen, abandonándose el término «trata de blancas» y acuñándose el concepto que conocemos actualmente «trata de personas».

No obstante, el referido reconocimiento expreso a nivel internacional no ha conseguido erradicar este horrible fenómeno, que se ha visto intensificado a través de la proliferación de las

nuevas tecnologías de la información y la comunicación y el proceso de globalización. Este último proceso ha influido decisivamente en ámbitos como el de los movimientos migratorios a nivel mundial, al ahondar en las marcadas diferencias entre países ricos y pobres, generando como consecuencia una de las más comunes formas de migración, la propiciada por motivos económicos, ya que muchas personas emigran buscando en otro país mayores ingresos o un mejor nivel de vida. A esta situación se añade la configuración de redes de criminalidad a nivel internacional que, aprovechándose del fenómeno de la globalización y de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas que habitan en los países menos desarrollados, se dedican a captar, reclutar o intermediar de alguna forma, mediante la amenaza, la coacción, el engaño u otros medios ilegítimos a personas necesitadas con el fin de explotarlas en diferentes lugares del mundo.

El nuevo negocio de redes de tratantes genera enormes ingresos a bajo coste con base en una mercancía barata y abundante: las personas que viven en situaciones de extrema pobreza. Así, miles de seres humanos¹ provenientes de América Latina, El Caribe, África, Asia y Europa del Este son desplazados de un lugar a otro bajo engaño, violencia o amenaza para luego ser sometidos a la esclavitud o trabajo forzado, lo que ha convertido a la trata de personas en la actividad global más lucrativa después del tráfico de drogas y de armas.

El presente trabajo pretende abordar el fenómeno de la trata de personas desde una perspectiva jurídica al objeto de determinar la situación concurrente en España en relación con el particular. Con dicho objeto, se comienza por llevar a cabo un estudio de naturaleza histórica a fin de concretar los distintos textos jurídicos aprobados en la esfera supranacional. Nuestro país, una democracia consolidada y que constituye un referente en muchos aspectos a nivel internacional, ha firmado y ratificado buena parte de dichas Convenciones y Tratados, asumiendo obligaciones (así, por ejemplo, de incriminación de determinadas conductas) al hilo de ellas. Un análisis en profundidad de los instrumentos concurrentes en el ámbito supranacional (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea) permitirá concretar las conductas que necesariamente deben ser objeto de tipificación penal a nivel interno en España en relación con la trata de menores.

Por otro lado, y con el fin de ilustrar adecuadamente las posibles formas de incriminación de dichas conductas, se procede a analizar los modelos de Derecho comparado existentes en materia de trata de personas (y especialmente, de menores), utilizando una serie de Estados de referencia tanto del contexto europeo (Francia, Rumania, Italia, Portugal, Reino Unido, Alemania, Austria y Suiza) como americano (Estados Unidos, México y Colombia). Consideramos que la heterogeneidad de las realidades políticas y, en consecuencia, legislativas de los distintos Estados analizados permite una perspectiva lo suficientemente rica y plural como para formular las oportunas propuestas de *lege ferenda* en el contexto legislativo español.

A) Perspectiva histórica

A principios del siglo pasado, el discurso de los Derechos Humanos que se fue asentando progresivamente a nivel mundial provocó que los Estados europeos proscribiesen la práctica del

(1) Según la Organización Internacional para las Migraciones se estima que hoy día existen en todo el mundo entre 600.000 y 800.000 víctimas de esta forma moderna de esclavitud, en su mayoría mujeres, niños y niñas. Véase Juan Artola: *El caso de la Trata de Personas*, OIM, México, 2005.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

comercio con seres humanos, sobre todo desde la perspectiva de proteger a sus poblaciones. Surge así, el 18 de mayo de 1904, el primer «Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas»²; una legislación inicial teñida de los valores moralizantes de la época que buscaba prohibir el tránsito de mujeres europeas entre fronteras para su empleo en la prostitución.

A dicho Acuerdo se le criticaba que realmente no pretendía proteger los Derechos Humanos de todas las personas objeto de comercio y explotación, sino proteger el concepto de «moral pública» desde una perspectiva europea.

Particular importancia en el marco de dicho proceso procede reconocer a la elaboración de la «Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas», suscrita el 4 de mayo de 1910, fruto de sendas conferencias celebradas en París por parte de diversos plenipotenciarios europeos; la primera del 15 al 25 de julio de 1902, que estableció un proyecto, y la segunda del 18 de abril al 4 de mayo de 1910, que concluyó en la referida Convención. Entre los aspectos relevantes se encontraba el reconocimiento de que la trata podía darse tanto en el interior de los países (carácter interno) como –y esto era lo verdaderamente relevante– hacia el exterior de éstos (carácter transnacional), definiéndose la trata como el tráfico de mujeres acompañado de fuerza, amenaza, fraude o alguna clase de abuso. Sin embargo, la explotación para el ejercicio de la prostitución no formaba parte de la definición de trata porque constituía una práctica reglamentada y, por lo tanto, legal mientras se mantuviera dentro de los márgenes del control policial y sanitario a que la sometía el Estado³.

A esta Convención le siguen otras, como la «Convención Internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños», hecha en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, desembocando finalmente en la «Convención sobre la Esclavitud», hecha en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, en la cual se establecía que «la trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de cualquier individuo para venderlo o cambiarlo y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos»⁴.

El 11 de octubre de 1933 la Sociedad de Naciones adoptó en Ginebra (Suiza) la «Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de mujeres mayores de edad», con el que se pretendía completar el Convenio del 18 de mayo de 1904 y las Convenciones del 4 de mayo de 1910 y del 30 de septiembre de 1921, relativos a la represión de la trata de mujeres y niños.

(2) Acuerdo firmado en París el 18 de mayo de 1904 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949. Disponible en Internet: <http://proteo2.sre.gob.mx/tratados/archivos/TRATA%20DE%20BLANCAS-ACUERDO.pdf>.

(3) El texto de esta convención puede consultarse en Internet con distintas versiones castellanas. Reproducimos a continuación la que parece más acertada:

«Artículo 1: Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, haya reclutado, secuestrado o seducido, aun con su consentimiento, a una mujer o joven menor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción se hayan cometido en países diferentes.

Artículo 2: Debe ser castigado cualquiera que, para satisfacer las pasiones de otro, mediante engaño o con ayuda de violencias, amenazas, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de coacción, haya reclutado, secuestrado o seducido a una mujer o joven mayor de edad, con propósitos licenciosos, aun cuando los diversos actos constitutivos de la infracción hayan sido cometidos en países diferentes».

(4) Artículo 1.2 Convención sobre la Esclavitud. Sociedad de Naciones, 1926.

Fue el «Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena», adoptado 2 de diciembre de 1949, el que representó el cambio de la política reglamentista de la prostitución a la política de tipo abolicionista, unificando en un mismo concepto prostitución y trata, dado que una y otra recibían una valoración penal negativa: la trata, porque implicaba coacción y abuso en la captación y traslado de personas; la prostitución, en tanto que su explotación, consentida o no, resultaba prohibida⁵. El Preámbulo de la Convención declaraba que «la prostitución y el mal que le acompaña, es decir, la trata de seres humanos con fines de prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad».

B) Naciones Unidas

En esta esfera debemos destacar la incidencia de una serie de textos aprobados por parte de la Comunidad Internacional en su conjunto y dirigidos bien directamente a la protección de los derechos del niño, bien a la lucha contra determinadas formas de criminalidad, particularmente la conocida como criminalidad organizada y, de manera especial, la trata de personas.

Cabe poner de manifiesto la relevancia de dichos Convenios y Protocolos con base fundamentalmente en los siguientes argumentos:

- 1) Valor normativo de las Convenciones y Protocolos adoptados en estas esferas una vez han sido firmados y ratificados por un determinado Estado.
- 2) La propia consolidación de determinados derechos en la esfera supranacional a través de su inclusión en textos aprobados por organismos de referencia a nivel internacional-universal aumenta la legitimidad y el reconocimiento social de lo allí dispuesto, con independencia de que un determinado Estado no se haya adherido a él.
- 3) En relación con materias respecto de las cuales existe un importante consenso en la esfera internacional, el desarrollo del proceso legislativo interno sobre la base de lo aprobado previamente en las esferas mencionadas facilita la adhesión y el desarrollo de las iniciativas legislativas coherentes con los criterios asentados en el ámbito supranacional.

A efectos de nuestro análisis procede destacar la importancia de una serie de textos de referencia que servirán para perfilar la protección del menor de edad –en particular en relación con la trata de personas– en nuestro país.

a) Primeras iniciativas en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores

Con el fin de establecer una legislación internacional más específica en materia de trata de personas que se ajustara a las nuevas concepciones y modalidades surgidas en estas esferas y en cumplimiento del proyecto de Convenio de la Sociedad de Naciones de 1937, con el objeto de extender el alcance de los instrumentos internacionales existentes en materia de trata de per-

(5) Véase María Luisa Maqueda Abreu: «Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual», *Diario La Ley*, 2006, p. 1502.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

sonas, las Naciones Unidas desde su conformación hasta el día de hoy han elaborado diferentes documentos, siendo las primeras iniciativas en relación con el particular las siguientes:

- Protocolo de modificación del Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas; del Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas⁶.
- Protocolo de modificación de la Convención para la represión de la trata de mujeres y niños, concluida en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, concluida en Ginebra el 11 de octubre de 1933⁷.

Tras el bloque de protocolos de modificación de los primeros textos internacionales para la represión de la trata, cabe destacar los siguientes textos normativos internacionales emanados directamente de Naciones Unidas que aluden también a la materia:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸, texto de enorme trascendencia en la esfera supranacional que surgió con la pretensión de constituir el ideal común de todos los pueblos. Así su artículo 1 establece que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», siendo aún más específico respecto al tema que nos ocupa el artículo 4 que manifiesta: «nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». Asimismo, el artículo 16 de la Declaración también contempla como derecho fundamental el contraer matrimonio «sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos».
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena⁹, mediante el cual los Estados Partes se comprometían a castigar a todo aquel que, para satisfacer las pasiones de otro, concertare la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de tal persona o explotare la prostitución de una persona, aun con el consentimiento de ésta¹⁰. El artículo 2 del mencionado Convenio dispone que los Estados Parte castigarán a toda persona que mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

Esta Convención también establece que los Estados Parte perseguirán toda tentativa, participación intencional o acto preparatorio para la trata de personas o la prostitución ajena¹¹. En el caso de que un nacional cometiera las infracciones en el extranjero y regresase al país del que era nacional, éste debía ser juzgado por los tribunales nacionales. Aspecto criticable de ésta es que no regulaba todas las manifestaciones de la explotación sexual ni otros tipos de explotación. Sin embargo, en el lado positivo este Convenio no se limitaba solamente a las

(6) Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

(7) Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947.

(8) Aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas. Resolución 217 A (III).

(9) Aprobado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. El Convenio entró en vigor el 25 de julio de 1951.

(10) Artículo 1 Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

(11) Artículos 3 y 4 Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.

víctimas mujeres y niños, sino que reconocía que la trata podía afectar a personas de uno u otro sexo, independientemente de su edad.

- **Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud¹²**, la cual define los diferentes tipos de servidumbre, distinguiendo así:
 - a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.
 - b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición¹³.

Esta Convención también enumera otras instituciones o prácticas análogas a la esclavitud entre las cuales menciona¹⁴:

- a) La situación en que una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas.
- b) Cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera.
- c) Cuando la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

Por último, en dicha Convención se considera también que debe ser abolida o abandonada toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote a la persona o el trabajo del niño o del joven¹⁵.

- **Declaración de los Derechos del Niño¹⁶**, promulgada a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian.

(12) Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social. Resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.

(13) Artículo 1.a) y b).

(14) Artículo 1.c).

(15) Artículo 1.d).

(16) Declaración proclamada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959. Resolución 1386 (XIV).

Trata de seres humanos, en especial menores

II

En cuanto a la trata de niños y niñas la Declaración establece en su principio 9 que «el niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata».

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷**, el cual respecto al tema de la trata de personas establece en su artículo 8 que «nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas». Igual énfasis hace al establecer que nadie estará sometido a servidumbre ni será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

Este Pacto, además de prohibir la esclavitud y la trata de esclavos, así como la servidumbre de las personas, incorpora a este elenco de prohibiciones el trabajo forzoso u obligatorio. No obstante, establece una serie de supuestos que no habrán de considerarse trabajo forzoso u obligatorio, tales como: el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados, se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; el servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia; el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸**, el cual reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, estableciendo una serie de indicaciones y garantías con el fin de evitar la trata de personas para su explotación laboral, tales como:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

(17) 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. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

(18) Pacto adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, esto es, en la misma fecha que el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos». Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos¹⁹.

- Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer²⁰. Particular importancia ostenta su artículo 6, que en su apartado 2.a) dispone que la mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio sólo mediante su pleno y libre consentimiento. Por otro lado, el artículo 6.3 impone la prohibición del matrimonio de niños y los esponsales de jóvenes antes de haber alcanzado la pubertad. Las previsiones anteriores resultan relevantes, pues no resulta extraño en algunos Estados que un número importante de personas (especialmente mujeres y en muchos casos menores de edad) sean objeto de trata con fines matrimoniales.

b) Iniciativas recientes en la esfera de Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos, en particular menores. Especial consideración del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)

a') Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía

Como primer documento de obligada alusión cabe citar la Convención sobre los Derechos del Niño²¹ de las Naciones Unidas, verdadero texto de referencia en la esfera de la protección del menor.

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación procede destacar la declaración del artículo 1, en virtud del cual «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Ello implica que, en el marco del citado texto, la alusión al concepto de «niño» coincide con la definición aquí manejada de «menor».

A efectos de nuestro trabajo, particular incidencia ostentan los artículos 11, 19, 32, 34, 35, 36 y 39. En virtud del artículo 11 los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, cuestiones fundamentales, pues una parte importante de la trata de menores se materializa en desplazamientos internacionales forzados de niños con fines de explotación laboral, sexual, de tráfico de órganos, etc.

Una ulterior obligación a la que se comprometen los Estados Parte en el marco de dicha Convención consiste en la adopción de todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra

(19) Artículo 7, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(20) Proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

(21) Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

persona que lo tenga a su cargo (artículo 19.1). Asimismo, en virtud del artículo 32 se reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Específicamente en la esfera de la trata de menores particular relevancia ostentan los artículos 34 y siguientes de la Convención. En virtud del artículo 34 los Estados Parte se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Por otro lado, el artículo 35 se refiere expresamente al concepto de trata de menores cuando dispone la obligación de las partes de adoptar las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma, protección que se extiende a través del artículo 36 frente a todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto del bienestar del menor. Finalmente, el artículo 39 subraya el compromiso de adoptar todas las medidas apropiadas con el fin de promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o conflictos armados.

En definitiva, la Convención sobre los Derechos del niño pretende establecer un marco integral de protección del menor que precisa, no obstante, de la adecuada implementación por vía legislativa y de adopción de las acciones oportunas (de policía, administrativas, de prestación de servicios, etc.) por parte de las distintas Administraciones implicadas.

Junto con la Convención sobre los Derechos del Niño procede citar el «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía»²², cuyo objetivo consiste en ampliar las medidas que deben adoptar los Estados Parte a fin de garantizar la protección de los menores contra la venta, la prostitución y la utilización de los mismos en la pornografía²³.

De acuerdo con el artículo 3 del referido Protocolo todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños:

- i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a) Explotación sexual del niño;
 - b) Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c) Trabajo forzoso del niño;
- ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

(22) Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000. Resolución A/RES/54/263. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

(23) Preámbulo del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

- b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución;
- c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil.

Los conceptos de venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil se definen en el artículo 2: «a los efectos del presente Protocolo:

- a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

Asimismo, se prevé la aplicación de estas disposiciones en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en ellos, debiendo establecerse igualmente la oportuna responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos previamente enunciados.

b') Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo) y Protocolos a ella

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional²⁴ persigue promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la referida delincuencia organizada transnacional. La Convención se abrió a la firma en Palermo (Italia) y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, de conformidad con el artículo 38. Hasta el momento 147 países la han firmado.

El artículo 2.a) de la Convención define «grupo delictivo organizado» como *un grupo estructurado de tres o más personas* que exista durante un cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Con la Convención y sus Protocolos los Estados se obligan a incorporar como delitos a nivel interno las figuras contempladas en dichos instrumentos²⁵. También se prevé la obligación de cada Estado Parte de adoptar las medidas que sean necesarias con el fin de establecer la respon-

(24) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25. Entrada en vigor para España el 29 de septiembre de 2003 (BOE 233, de 29 de septiembre de 2003).

(25) La Convención incorpora cinco grupos de figuras criminales, sean cometidas por individuos o por entidades corporativas: 1. Participación en un grupo delictivo organizado; 2. Blanqueo del producto del delito; 3. Corrupción; 4. Obstrucción a la justicia; 5. Delitos graves (se entenderá por delito grave la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave) cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

sabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que estén involucrados un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados en los artículos 5 (participación en un grupo delictivo organizado), 6 (blanqueo del producto del delito), 8 (corrupción) y 23 (obstrucción de la justicia) de la Convención. La responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. Ésta existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos (artículo 10).

Esta regulación dentro de la Convención es muy importante, ya que no todos los elementos implicados en el circuito de la trata son personas físicas, funcionando en muchos casos las redes de trata en el marco de una empresa o sociedad.

A efectos de nuestro trabajo particular interés ostenta el «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños», de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo)²⁶. Dicho Protocolo contiene en su artículo 3 letra a) una definición de «trata de personas», de suma importancia pues puede servir como criterio configurador del correspondiente tipo penal en España.

De acuerdo con su artículo 4 el Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo a su artículo 5, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos. Es importante anotar que ello no cubre la trata realizada por una o dos personas o la trata interna que no tenga ninguna vinculación internacional. Por lo tanto, la legislación interna debería ir más lejos que el Protocolo contra la Trata de Personas e incluir toda forma de trata interna y transfronteriza y, en su caso, prever la punición de los supuestos en que no se cuente con un grupo delictivo organizado para la realización de los hechos.

De acuerdo con el artículo 3.a) del Protocolo por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados²⁷, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud²⁸, la servidumbre o la extracción de órganos. El artículo 3.b) del Protocolo dispone

(26) Entrada en vigor para España el 25 de noviembre de 2003, BOE 296 de 11 de diciembre de 2003.

(27) De acuerdo con el artículo 2.1 del Convenio (N. 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Asamblea General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cabría definir el concepto «trabajo forzoso u obligatorio» como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

(28) De acuerdo con la Convención sobre la esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos (artículo 1.1).

En virtud de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956 y hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, se pueden incluir en el ámbito de las «instituciones y prácticas análogas a la esclavitud» (artículo 1):

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si

que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del mismo artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. Finalmente, de acuerdo con la letra c) del mencionado artículo 3 la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

La *acción típica* consiste en captar, transportar, trasladar, acoger y recibir personas. Un aspecto relevante de esta definición es que se contempla la posibilidad de que la trata sea interna o internacional, ya que no expresa concretamente la necesidad de cruce de fronteras, basta con que se lleven a cabo las actividades citadas, lo cual puede realizarse tanto dentro de un mismo país como a nivel transfronterizo. No obstante, si bien la definición de trata expuesta no exige el carácter internacional de la actividad, sí lo establece con carácter general, a efectos de determinación del ámbito de aplicación del propio Protocolo, su artículo 4.

Los *medios comisivos* deben ser coercitivos, recurriendo a la amenaza, el uso de la fuerza, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Así, los responsables de la trata pueden realizar acciones como la retención de documentos, la imposición de determinados «trabajos» sin que la víctima pueda abandonarlos o cambiarlos, el engaño sobre condiciones laborales, el sometimiento a abuso físico, sexual o psicológico, el ejercicio de poderes traducidos en relaciones de dominio/propiedad y la trasgresión de los derechos fundamentales de las víctimas²⁹. La utilización de medios coercitivos no es necesaria cuando la víctima sea menor de 18 años, por considerarse que dichos sujetos no tienen capacidad legal para brindar el consentimiento.

La acción debe realizarse con *fines* de explotación entre los que se incluye la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos. Es importante aclarar que esta lista no es taxativa, sino que establece el mínimo que debe ser

los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

- b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:
 - i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
 - ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
 - iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

(29) Todos estos abusos se ven potenciados por la condición de inmigrante ilegal, la ausencia de mecanismos de apoyo y la desprotección jurídica que sufren la víctimas, que les imposibilita buscar ayuda ante las autoridades competentes.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

regulado en las diferentes legislaciones, dejando a la libertad de cada Estado ampliarla a otras formas de explotación en concordancia con la realidad de un determinado país.

Desde el punto de vista típico, el sujeto activo de la trata puede serlo cualquier persona, (delito común). Sin embargo, por las características inherentes a dicha actividad, en la mayor parte de los casos el sujeto activo no realiza la conducta de manera aislada, al hallarnos ante un hecho delictivo que precisa al menos de dos sujetos o coautores con quienes ha acordado previamente una división en el trabajo. El Protocolo fija también con carácter general en su artículo 4 que los casos de trata entrañen la participación de un grupo delictivo organizado (de tres o más personas), aun cuando este requisito en el ámbito de aplicación del Protocolo es prescindible por los Estados.

c') Resoluciones aprobadas por la Asamblea General y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con la trata de mujeres y niñas

En relación con el particular procede destacar las siguientes Resoluciones:

1) Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1994/166. Trata de mujeres y niñas

La Asamblea General de Naciones Unidas ha aprobado diversas resoluciones en materia de trata de mujeres y niñas. En este sentido, la Resolución 1994/166³⁰ dedicada a dicha problemática ya alentaba a los gobiernos, órganos competentes y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a reunir y compartir información acerca de todos los aspectos de la trata de mujeres y niñas para facilitar la formulación de medidas al respecto, a la vez que instaba a todos los gobiernos a que adoptasen medidas apropiadas para hacer frente al problema de la trata de mujeres y niñas y para que se proporcionase a las víctimas la asistencia, el apoyo, el asesoramiento jurídico, la protección, el tratamiento y la rehabilitación necesarios, e instaba a los gobiernos a que cooperasen en esta cuestión, realizando un llamamiento a todos los gobiernos para que adoptasen medidas apropiadas con el fin de evitar que los tratantes explotasen y utilizasen indebidamente determinadas actividades económicas, como el desarrollo del turismo y la exportación de mano de obra.

2) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 51/66, de 31 enero de 1997. Trata de mujeres y niñas³¹

En su punto 7 se hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen como delito la trata de mujeres y niñas en sus diversas manifestaciones y condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al mismo tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y para que impongan penas a las personas en cargos de autoridad a las que se declare culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia.

(30) A/RES/49/166, publicada el 24 de febrero de 1995.

(31) A/RES/51/66, publicada el 31 de enero de 1997.

3) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19. Trata de mujeres y niñas

En su punto 3 b) la citada Resolución insta a los gobiernos de los países de origen, de tránsito y de destino y a las organizaciones regionales e internacionales a que tomen medidas adecuadas para abordar las causas fundamentales, incluidos los factores externos, que promueven la trata de mujeres y niñas con fines de prostitución y otras formas de comercio sexual, matrimonios forzados y trabajos forzados, con el objeto de eliminar la trata de mujeres, entre ellas, medidas encaminadas a fortalecer las leyes vigentes con el fin de proteger mejor los derechos de las mujeres y las niñas y castigar a los autores por la vía civil y penal.

4) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/30. Trata de mujeres y niñas

En su punto 3 hace un llamamiento a los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al propio tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia (reiterando lo ya dispuesto en el punto 7 de la Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 51/66, de 31 enero de 1997). Por otro lado, el punto 4 c) de la presente resolución reitera el apartado c) del artículo 3 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 citada *supra*.

5) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 52/98, de 6 de febrero. Trata de mujeres y niñas

Repite en su punto 3 b) la fórmula del punto 3 b) de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19, y en su punto 3 e) insta a los gobiernos a que consideren la posibilidad de promulgar leyes encaminadas a prevenir el turismo sexual y la trata de personas, haciendo especial hincapié en la protección de las mujeres jóvenes y los niños.

6) Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas 53/116, de 1 de febrero de 1999. Trata de mujeres y niñas

Continúa en la línea de las resoluciones previas en el plano de la incriminación de estas conductas y de esta forma en su punto 8 hace un llamamiento a los gobiernos para que tipifiquen como delito la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya sea que hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al mismo tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia.

7) Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/40. Trata de mujeres y niñas

En la misma línea, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/40³² hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al propio tiempo

(32) A/RES/55/67, publicada el 31 de enero de 2001.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas de la trata de personas confiadas a su custodia (punto 6). Conviene aclarar que esta Resolución alude en distintos lugares a la prohibición y prevención de la trata de niños en general, pero se refiere específicamente o de manera muy particular a las niñas tal y como acabamos de poner de manifiesto.

8) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 55/67, de 31 de enero de 2001. Trata de mujeres y niñas

Repite en su punto 3 la fórmula del punto 3.c) de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19 y en su punto 6 el punto 3 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1998/30.

9) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 57/176, de 18 de diciembre de 2002. Trata de mujeres y niñas

La Resolución de la Asamblea General 57/176³³ insta a los gobiernos a que consideren la posibilidad de firmar y ratificar los instrumentos jurídicos pertinentes de las Naciones Unidas, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los protocolos que la complementan, en particular el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como el Convenio núm. 111 sobre la discriminación respecto del empleo y la ocupación, de 1958, y el Convenio núm. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de 1999, de la Organización Internacional del Trabajo (punto 6).

La Resolución hace un llamamiento a todos los gobiernos para que tipifiquen la trata de mujeres y niños, especialmente niñas, en todas sus formas, para que las autoridades nacionales competentes condenen y castiguen con las debidas garantías procesales, a quienes estén involucrados en ella, incluidos los intermediarios, sean nacionales o extranjeros, en el país de origen del delincuente o en el país en que tenga lugar el acto, cerciorándose al mismo tiempo de no castigar a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de atentados sexuales contra víctimas de la trata de personas que les hayan sido confiadas (punto 8).

10) Resolución aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas 58/137, de 4 de febrero de 2004. Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas

De acuerdo con su punto 4 se insta a los Estados Miembros a que adopten medidas para ratificar los instrumentos siguientes, o adherirse a ellos: la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la

(33) A/RES/57/176, adoptada el 18 de diciembre de 2002.

trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a aplicar esos instrumentos, entre otros mediante:

- a) La penalización de la trata de personas;
- b) El fomento de la cooperación en la lucha contra la trata de personas entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley;
- c) La tipificación de la trata de personas como delito determinante del delito de blanqueo de dinero.

11) Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos al Consejo Económico y Social de 20 de mayo de 2002. Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas

Dentro de los Principios recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas en el ámbito de la «Protección y asistencia» el principio 7 dispone que las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas, ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.

Por otro lado, en el ámbito de la «Penalización, sanción y reparación» destaca la importancia a efectos de nuestro estudio de los principios 12 a 15. En virtud del principio 12 los Estados adoptarán las debidas medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delitos penales la trata de personas, los actos que la constituyen y las conductas afines. Según el principio 14 los Estados se asegurarán de que la trata de personas, sus actos constitutivos y los delitos conexos constituyan delitos que den lugar a extradición en virtud del derecho interno y los tratados en la materia. Los Estados cooperarán para cerciorarse de que se apliquen los procedimientos debidos de extradición de conformidad con el derecho internacional. Finalmente, el principio 15 impone la aplicación de penas efectivas y proporcionadas a las personas naturales o jurídicas que sean declaradas culpables de trata de personas o de sus delitos constitutivos o conexos.

De acuerdo con la Directriz 2 (Identificación de las víctimas de la trata de personas y de los tratantes), la trata significa mucho más que el desplazamiento organizado de personas con un fin de lucro. El factor adicional crítico que distingue la trata del contrabando de migrantes es la presencia de fuerza, coacción o engaño en todo el proceso o en alguna etapa de él y con fines de explotación. Si bien los elementos adicionales que distinguen la trata del contrabando de migrantes pueden ser a veces evidentes, en muchos casos es difícil probarlos sin una investigación activa.

De acuerdo con la Directriz 4 (Establecer un marco jurídico adecuado), se ha determinado que la falta de legislación específica o adecuada acerca de la trata de personas a nivel nacional constituye uno de los principales obstáculos en la lucha contra esa trata. Es imperiosa la necesidad de armonizar las definiciones legales, los procedimientos jurídicos y la cooperación judicial en los planos nacional y regional de conformidad con las normas internacionales. El establecimiento de un marco jurídico adecuado que sea compatible con las normas y los instrumentos internacionales en la materia tendrá también un papel importante en la prevención de la trata de personas y la explotación conexas.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

Finalmente, la Directriz 8 (Medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata de personas) establece que el daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hacen necesario un tratamiento separado del previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas, los programas y la acción. Los mejores intereses del niño deben constituir una consideración primordial en todas las medidas relativas a las víctimas de trata de niños, sean adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos. Los niños víctimas de la trata deben recibir asistencia y protección adecuadas y hay que tener plenamente en cuenta sus derechos y necesidades especiales. Los Estados, cuando proceda, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar, entre otras medidas, la de cerciorarse que las definiciones de trata de niños que se adopten tanto en la legislación como en la política tengan en cuenta su necesidad de salvaguardias y atención especiales, con inclusión de una protección legal adecuada. En particular, y de conformidad con el Protocolo de Palermo, los elementos de engaño, fuerza u otras formas de coacción, etc., no deben formar parte de la definición de la trata cuando la víctima sea un niño.

d') Otros organismos supranacionales vinculados o dependientes de Naciones Unidas

1) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas (A/Conf. 183/9)

Esta normativa de la justicia penal internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002 conforme a su artículo 126, y que España ratificó el 24 de octubre de 2000 (conforme a la autorización para dicha ratificación dada por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre), incorpora en la definición de los delitos de lesa humanidad, entre otras formas, la esclavitud cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque [artículo 7.1.c)]. El apartado 2 del artículo 7 establece que por esclavitud se entenderá «el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños».

2) Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, hecho en Ginebra el 17 de junio de 1999

Un ámbito particularmente problemático para el menor es el laboral, ante el frecuente recurso a personas de edad inferior a la legalmente permitida por la legislación de referencia (en nuestro país, 16 años) en dicha esfera, dando lugar en muchos casos y con claro prevalimiento de la situación de desamparo en la que se encuentran muchos menores, a prácticas de esclavitud, explotación sexual, utilización para la mendicidad o tráfico de estupefacientes. Los ejemplos de explotación laboral a nivel interno y comparado son abundantes y con el fin de atajar las peores formas de trabajo infantil la OIT aprobó la Convención citada.

De acuerdo con su artículo 3 se define el concepto de «peores formas de trabajo infantil», que como tal abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;

- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

C) Consejo de Europa

a) Recomendaciones del Consejo de Europa en relación con la trata de seres humanos

- a) Recomendación 1065 (1987) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la trata de niños y otras formas de explotación infantil.
- b) Recomendación núm. R (91) 11 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, de 9 de septiembre de 1991, relativa a la explotación sexual, la pornografía, la prostitución y la trata de menores y jóvenes mayores de edad.
- c) Recomendación 1325 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre tráfico de mujeres y prostitución forzada en Estados miembros del Consejo de Europa.
- d) Recomendación núm. R (2000) 11 adoptada por el Comité de Ministros sobre las Medidas contra el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual del Consejo de Europa, de 19 de mayo de 2000.
 Incluye un apéndice en cuyo apartado VI, dedicado a la legislación penal y cooperación judicial, se recomienda la promulgación o fortalecimiento de la legislación sobre el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual, introduciendo, si es preciso, un delito específico (punto 42). Asimismo, se considera necesario el establecimiento de normas que regulen la responsabilidad de las personas jurídicas, estableciendo sanciones específicas (punto 46).
- e) Recomendación Rec (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual.
- f) Recomendación 1545 (2002). Campaña contra la Trata de Mujeres de 21 de enero de 2002 (Asamblea Parlamentaria).
- g) Recomendación 1610 (2003) sobre Migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución, de 25 de junio de 2003 (Asamblea Parlamentaria).

b) Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mayo 2005³⁴

El artículo 4.a) define el concepto de «trata de seres humanos» como el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra

(34) Firmado por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 (publicación del Instrumento de Ratificación en BOE de 10 de septiembre de 2009).

Trata de seres humanos, en especial menores

II

situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos³⁵.

Asimismo, en el artículo 4.b) se pone de manifiesto que el consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» a la explotación pretendida se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados previamente. Por otro lado, a tenor del artículo 4.c), el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de un menor a efectos de su explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos» aunque no se recurra a ninguno de los medios enunciados previamente.

El capítulo IV del Convenio se dedica al Derecho Penal material, estableciendo la necesaria tipificación penal de una serie de conductas relacionadas con la trata de seres humanos. En este sentido, el artículo 18 impone la previsión como infracción penal de las conductas contempladas en el artículo 4 siempre que sean realizadas intencionalmente (*Tipificación de la trata de seres humanos*).

De acuerdo con el artículo 20 del Convenio, titulado *Tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad*, cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente con el fin de facilitar la trata de seres humanos:

- a) Falsificar un documento de viaje o de identidad;
- b) Proporcionar o suministrar dicho documento;
- c) Retener, sustraer, ocultar, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

El Convenio exige igualmente la tipificación penal de la complicidad y la inducción intencionales para la comisión de cualquiera de las infracciones establecidas de conformidad con los artículos 18 y 20 del presente Convenio, debiendo castigarse asimismo la tentativa intencional de cometer una de las infracciones establecidas en aplicación de los artículos 18 y 20, letra a), del presente Convenio (artículo 21).

La misma calificación como figura delictiva podría merecer, aunque a diferencia de las tipificaciones anteriores no es obligado puesto que el Convenio lo deja a criterio de los Estados («cada Parte estudiará la posibilidad... de tipificar como infracción penal»), la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del Convenio,

(35) Se ha utilizado la versión de este Convenio publicada en el BOE. Sin embargo, existe otra traducción no oficial, pero quizás más estricta en términos jurídico-penales, a tenor de la cual, la expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptó, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Disponible en Internet: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6020.pdf>.

a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos (artículo 19, *Tipificación de la utilización de los servicios de una víctima*).

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas –que podrá ser de naturaleza penal, civil o administrativa con sujeción a los principios jurídicos de la Parte– la Convención exige su configuración con respecto a este ámbito de delitos, siempre que concurren una serie de requisitos determinados en el artículo 22 de la Convención.

En materia de circunstancias agravantes el artículo 24 del Convenio impone la previsión en relación con los delitos configurados en aplicación del artículo 18 del Convenio de las siguientes:

- a) Que la infracción ponga en peligro deliberadamente o por negligencia grave la vida de la víctima;
- b) Que la infracción se cometa contra un menor;
- c) Que la infracción se cometa por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones;
- d) Que la infracción se cometa en el marco de una organización criminal.

Un aspecto relevante en el marco del Convenio del Consejo de Europa relativo a la lucha contra la trata de seres humanos es el asociado a la reincidencia internacional, pues se exige la adopción de medidas legislativas por los distintos países con el fin de que las condenas firmes impuestas en otro Estado Parte por infracciones cometidas con arreglo a él sean tenidas en cuenta a nivel interno, dentro del marco de la apreciación de la pena (artículo 25).

Finalmente, el artículo 26 configura la necesidad de que se prevea la posibilidad de no imponer penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a tomar parte en ellas.

c) Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y los abusos sexuales (Lanzarote, 25 de octubre de 2007)

A efectos de trata de niños particular importancia ostentan las ofensas consagradas en los artículos 19 y 21 del referido Convenio. De acuerdo con su artículo 3 (Definiciones), el término «niño» designa a toda persona de edad inferior a 18 años. Igualmente relevante resulta el artículo 19 (infracciones relativas a la prostitución infantil), donde se establece que cada Parte tomará las medidas legislativas u otras necesarias para convertir en infracción penal los comportamientos intencionales siguientes:

- a) El hecho de reclutar a un niño (menor) para que se dedique a la prostitución o favorecer la participación de un niño en la prostitución.
- b) El hecho de coaccionar a un niño para que se dedique a la prostitución u obtener provecho o explotar a un niño de cualquier manera con tales fines.
- c) El hecho de recurrir a la prostitución de un niño.

De acuerdo con el artículo 21 (infracciones relativas a la participación de un niño en espectáculos pornográficos), cada Parte tomará las medidas legislativas u otras necesarias para convertir en infracción penal los comportamientos siguientes:

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- a) El hecho de reclutar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos o de favorecer la participación de un niño en tales espectáculos.
- b) El hecho de coaccionar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos u obtener provecho o explotar a un niño de cualquier manera con tales fines.
- c) El hecho de asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos que impliquen la participación de niños.

No obstante, cada Parte puede reservarse el derecho a limitar la aplicación del párrafo 1.c) del artículo 21 a las situaciones en las que los niños han sido reclutados con arreglo a las letras a) o b) del párrafo 1 del mismo artículo.

Finalmente, el artículo 26 se refiere a la responsabilidad de las personas morales, debiendo cada Parte adoptar las medidas legislativas u otras necesarias para que las personas morales puedan ser tenidas como responsables de las infracciones establecidas conforme a la presente Convención, cuando sean cometidas por su cuenta por cualquier persona física, bien actuando individualmente, bien en tanto que miembro de un órgano de la persona moral, que ejerce un poder de dirección en su seno, sobre las bases siguientes:

- a) un poder de representación de la persona moral,
- b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona moral,
- c) una autoridad para ejercer un control en el seno de la persona moral.

Además de los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 26, cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras necesarias para asegurarse que una persona moral pueda ser tenida por responsable cuando la ausencia de vigilancia o de control por parte de la persona física mencionada anteriormente (párrafo 1, artículo 26) haya hecho posible la comisión de una infracción establecida de conformidad con la presente Convención en beneficio de la referida persona moral por parte de una persona física actuando bajo su autoridad. En todo caso, y de conformidad con los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona moral podrá ser de naturaleza penal, civil o administrativa, estableciéndose dicha responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido la infracción.

D) Unión Europea

En este ámbito destacan una serie de documentos que ponen de manifiesto la intensa preocupación existente por el problema de la trata de seres humanos y la firme voluntad de adoptar medidas de diferente naturaleza (entre otras, legislativas) para hacerle frente.

a) Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos

Dicha Decisión Marco recoge en su artículo 1 el conjunto de infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, estableciendo el apartado 1 que cada Estado Miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los

siguientes actos: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando:

- se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o
- se recurra al engaño o fraude, o
- haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o
- se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

En este sentido, se dispone que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios arriba mencionados. Además, y siguiendo el criterio sentado en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, se establece que cuando la conducta afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aunque no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1 del artículo 1.

De acuerdo con la Decisión Marco cada Estado Miembro deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones referidas.

Finalmente, de interés resulta la previsión del artículo 3 de la Decisión Marco en el sentido de que cada Estado se compromete a asegurar la punibilidad de las infracciones indicadas en el artículo 1 con penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan en cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima.
- Que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o de ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.
- Que se cometan mediante violencia grave o hayan causado a la víctima daños particularmente graves.
- Que se cometan en el marco de una organización delictiva como se define en la Acción común 998/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en ella se contempla.

b) Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos

La Conferencia Europea sobre Prevención y Combate de la Trata de seres humanos («Desafío Global para el siglo XXI») congregó, entre el 18 y el 20 de septiembre de 2002, a los Estados

Trata de seres humanos, en especial menores

II

Miembro de la Unión Europea, países candidatos, países vecinos tales como Rusia, Ucrania, los Estados Recién Independizados (*Newly Independent States*, NIS) y los países del proceso de Estabilización y Asociación, así como los Estados Unidos, Canadá y China, regiones, organismos internacionales, organismos intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y las instituciones de la Unión Europea. Más de 1.000 representantes de los sectores antes mencionados participaron en el encuentro.

En dicha declaración se define la trata de personas como un fenómeno detestable y preocupante que involucra la explotación sexual coercitiva, explotación laboral en condiciones similares a la esclavitud, la explotación mediante la mendicidad y la delincuencia juvenil, así como la servidumbre doméstica. Por otro lado, se pone de manifiesto que tales prácticas constituyen violaciones graves de los derechos humanos de las víctimas, como lo consagran el Derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas sobre los Derechos Fundamentales. La trata de seres humanos ha sido identificada como una actividad criminal crecientemente infiltrada por el crimen transnacional organizado, la cual genera ingresos substanciales de manera ilícita que con frecuencia fluyen hacia los mercados lícitos para ser lavados, con un riesgo casi inexistente de enjuiciamiento y confiscación.

Para hacer frente a dicha problemática se considera necesario que la política integral europea contra la trata de personas aborde toda la cadena, incluyendo países de origen, tránsito y destino. Asimismo, debe estar dirigida a los reclutadores, encargados del transporte de las víctimas, explotadores, otros intermediarios, clientes y beneficiarios.

La declaración contiene un anexo en el que se prevén una serie de recomendaciones legislativas. Se explicita que la trata de seres humanos constituye una práctica inadmisibles que no debe verse facilitada por ninguna deficiencia ni falla legislativa. La legislación nacional debe incorporar un régimen adecuado de sanciones para los delitos específicamente relacionados con la trata de personas y delitos asociados, incluyendo las infracciones relacionadas con el hecho de lucrarse de las ganancias producidas por la prostitución ajena. Cuando la infracción involucre a un menor, ésta debe considerarse como un delito agravado y servir de base para una sanción más severa.

c) Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (*Diario Oficial de la Unión Europea* L 13/44, de 20 de enero de 2004)

A efectos de trata de menores y de acuerdo con su artículo 2 (infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños), cada Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes [recoge un catálogo de tres modalidades de conducta de las cuales, a efectos del presente trabajo, nos interesa fundamentalmente la letra b)]: b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos. El artículo 4 prescribe, por otro lado, la punibilidad de la inducción, la complicidad y la tentativa en relación con dicha conducta. Finalmente, el artículo 6 dispone la responsabilización de las personas jurídicas con respecto a las conductas objeto de incriminación en virtud de la referida Decisión Marco (artículos 2, 3 y 4) siempre que concurren los requisitos establecidos en dicho precepto.

d) Otros textos relevantes en la esfera de la Unión Europea

- a) Decisión del Consejo de la Unión Europea de 3 de diciembre de 1998 por la que se completa la definición de la forma de delincuencia «Trata de seres humanos» incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05).

De acuerdo con el artículo 1 la definición de la forma de delincuencia «trata de seres humanos» incluida en el anexo del Convenio Europol se modificará de la manera indicada a continuación: «trata de seres humanos» es el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular con objeto de entregarla a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencias sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños. Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil.

- b) Decisión 2003/209/CE de la Comisión de la Unión Europea, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado «grupo de expertos en la trata de seres humanos».
- c) Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular mujeres (2003/C 260/03).
- d) Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades.
- e) Decisión del Consejo de la Unión Europea 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la Parte III, Título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

II. DERECHO COMPARADO

A) Europa

a) Gran Bretaña

La *Sexual Offences Act* (2003)³⁶ establece en sus secciones 57 a 60 una regulación relativa al tráfico de personas³⁷. De acuerdo con la sección 57 (Tráfico hacia Gran Bretaña para explotación

(36) Disponible en Internet: http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2003/ukpga_20030042_en_1.

(37) Normalmente, en inglés se distingue los términos *human trafficking* para referirse a la trata de personas, y *migrant smuggling* en relación con el tráfico ilegal de seres humanos. No obstante, en la traducción al castellano de numerosos textos internacionales con frecuencia se ha traducido por tráfico la expresión *trafficking*, cuando en realidad ésta designa

Trata de seres humanos, en especial menores

II

sexual), una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita la llegada a Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, después de la llegada de B pero en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, después de la llegada de B pero en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

En virtud de la sección 58 (Tráfico dentro de Gran Bretaña para explotación sexual), una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita el desplazamiento dentro de Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, durante o después del viaje y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, durante o después del viaje y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

Finalmente, la sección 59 se refiere al tráfico de salida de Gran Bretaña para la explotación sexual y establece que una persona comete un delito si, de manera intencional arregla o facilita la salida desde Gran Bretaña de otra persona (B) y o bien pretende hacer algo a o con respecto a B, después de la salida y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante (en este contexto, delitos de naturaleza sexual fundamentalmente), o cree que es probable que otra persona realice algo a o con respecto a B, después de la salida y en cualquier parte del mundo, que si se lleva a cabo implicará la comisión de una ofensa relevante.

Asimismo ostenta relevancia en este punto la *Asylum and Immigration (Treatment of claimants, etc.) Act (2004)* –Ley de Asilo e Inmigración– que en su artículo 4 *Trafficking people for exploitation* dispone que:

- (1) Una persona comete un delito si arregla o facilita la llegada al Reino Unido de un individuo (el «pasajero») en relación con el cual cree que se ha cometido un delito incluido en la subsección 1 y:
 - (a) pretende explotar al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar, o
 - (b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar.
- (2) Una persona comete un delito si arregla o facilita el desplazamiento dentro del Reino Unido de un individuo (el «pasajero») y:
 - (a) pretende explotar al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar, o
 - (b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero en el Reino Unido o en cualquier otro lugar.

la trata en sentido estricto, y ello ha conducido a asimilar y confundir la trata (de seres humanos) y el tráfico (ilegal de personas).

- (3) Una persona comete un delito si arregla o facilita la salida desde el Reino Unido de un individuo (el «pasajero») y:
- (a) pretende explotar al pasajero fuera del Reino Unido, o
 - (b) cree que es probable que otra persona explote al pasajero fuera del Reino Unido.
- (4) A los efectos de esta sección una persona es explotada si (y sólo si):
- (a) es víctima de un comportamiento que contraviene el artículo 4 del Convenio de Derechos Humanos (esclavitud y trabajos forzados).
 - (b) es animada, se le solicita o espera de ella que haga algo a resultas de lo cual ella u otra persona van a cometer una ofensa contra la *Human Organ Transplants Act* de 1989 o contra la *Human Organ Trasplants Order* de 1989 (Irlanda del Norte) –Ley de Trasplantes–.
 - (c) está sometido a fuerza, amenaza o engaño dirigidos a inducirle:
 - (i) a prestar servicios de cualquier tipo,
 - (ii) a suministrar a cualquier otra persona beneficios de cualquier tipo, o
 - (iii) a permitir a cualquier otra persona que adquiera beneficios de cualquier tipo, o
 - (d) se le solicita o induce para llevar a cabo cualquier actividad, habiendo sido escogido como sujeto de solicitud o inducción fundado en:
 - (i) que es un enfermo mental o físico o impedido, es joven o tiene una relación familiar con otra persona, y
 - (ii) una persona que no padece la enfermedad o incapacidad, no es joven o carece de la relación familiar probablemente rechazaría la solicitud o se resistiría a la inducción.

b) Alemania

De acuerdo con la Sección 18 de la Parte Especial del StGB (Código Penal alemán)³⁸ «Delitos contra la libertad personal»³⁹, se recogen una serie de figuras delictivas de enorme interés a efectos de nuestro trabajo.

§ 232 Trata de personas con finalidad de explotación sexual

- (1) El que aproveche una situación de coerción o de desamparo de otra persona, vinculada con su estancia en un país extranjero, con el fin de que comience o continúe ejerciendo la prostitución o lleve a cabo conductas de naturaleza sexual, a través de las cuales aquélla resulte explotada, ante o sobre el autor o un tercero, o para que se deje realizar conductas de natu-

(38) Disponible en Internet: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

(39) Acerca de la evolución legislativa en estas esferas en Alemania, véase Katja S. ZIEGLER, «The legal framework of trafficking and smuggling in Germany: victim protection emerging from witness protection?», en Elspeth GUILD/Paul MINDERHOUD (ed.): *Immigration and Criminal Law in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 89 y ss.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

raleza sexual por parte del autor o de un tercero, será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años. Igualmente será castigado quien lleve a una persona menor de 21 años a comenzar o continuar ejerciendo la prostitución o a la realización de las conductas de naturaleza sexual citadas en la frase 1.

- (2) La tentativa es punible.
- (3) Se aplicará pena de prisión de uno a diez años, cuando
 1. la víctima del hecho sea un niño (§ 176 Sección 1),
 2. el autor a través del hecho cause lesiones graves a la víctima o la ponga en peligro de muerte o
 3. el autor del hecho actúe con profesionalidad o como miembro de una organización, dedicada a la perpetración continuada de dichos delitos.
- (4) En virtud de la Sección 3 se castigará igualmente al que:
 1. mediante violencia, amenaza de un mal relevante o a través de engaño lleve a otro a comenzar o continuar ejerciendo la prostitución o la realización de las conductas de naturaleza sexual citadas en la Sección 1. Frase 1.^a o
 2. se adueñe de otra persona mediante violencia, amenaza de un mal relevante o a través de engaño para que comience o continúe ejerciendo la prostitución o lleve a cabo las conductas de naturaleza sexual citadas en la Sección 1. Frase 1.^a.
- (5) En casos de menor gravedad de la Sección 1.^a se aplicará una pena de prisión de tres meses a cinco años, y en casos de menor gravedad de las Secciones 3.^a y 4.^a una pena de prisión de seis meses a cinco años.

§ 233. Trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral

- (1) El que someta a otra persona, en virtud de la utilización de una situación de coacción o de desamparo vinculada con su estancia en país extranjero, a esclavitud, servidumbre o servidumbre por deudas, o al comienzo o continuación de un empleo para él o un tercero en condiciones de trabajo en las que se produce una evidente desproporción con las condiciones de trabajo de otras empleadas o empleados que llevan a cabo la misma o similares actividades, será castigado con pena de prisión de seis meses a diez años. Igualmente será castigado quien lleve a una persona menor de 21 años a una situación de esclavitud, servidumbre o sometimiento por herencia o al comienzo o continuación de unas de las actividades citadas en la Frase 1.^a.
- (2) La tentativa es punible.
- (3) § 232 Sección 3 a 5 resultan de aplicación.

§ 233a. Fomento de la trata de persona

- (1) El que favorezca la trata de personas del § 232 o § 233, en virtud de lo cual capte, transporte, transmita, aloje o acoja a otra persona, será castigado con pena de prisión de tres meses a cinco años.

(2) Será castigado a pena de prisión de seis meses a diez años cuando:

1. La víctima del hecho sea un niño (§ 176 Sección 1),
2. el autor a través del hecho causa lesiones graves a la víctima o la pone en peligro de muerte o
3. el autor del hecho actúa con violencia o mediante amenaza de un mal grave o con profesionalidad o como miembro de una organización, dedicada a la perpetración continuada de dichos delitos.

(3) La tentativa es punible.

Finalmente, de acuerdo con el § 236 StGB (Trata de niños):

(1) Todo aquel que, con negligencia grave de sus deberes de cuidado y educación, deje a un hijo, su pupilo o acogido menor de 18 años con otra persona de manera indefinida a cambio de una compensación, o con la intención de enriquecerse él mismo o a una tercera persona, será castigado con la pena de prisión no superior a cinco años o con multa. Será igualmente castigado todo aquel que, en los casos de la frase 1.^a acoja al niño, pupilo o acogido indefinidamente y entregue una compensación a cambio.

(2) Todo aquel que, sin autorización:

1. procure la adopción de una persona de edad inferior a 18 años, o
2. desarrolle una actividad de intermediación que tenga como objetivo que una tercera persona acoja a una persona menor de 18 años indefinidamente, y para ello actúe bajo compensación o con la intención de enriquecerse él mismo o a una tercera persona, será castigado con pena de prisión no superior a tres años o con multa. Si el autor en los casos de la frase 1.^a hace que la persona entregada sea introducida en Alemania o en el extranjero, entonces el castigo será de prisión no superior a cinco años o multa.

(3) La tentativa es punible.

(4) Puede ser castigado con prisión de seis meses a diez años el autor cuando:

1. actúe por afán de lucro, profesionalmente o como miembro de una organización, constituida para la comisión continuada de trata de niños; o
2. a través del hecho ponga al niño o a la persona entregada en peligro de perjudicar sustancialmente su desarrollo físico o emocional.

(5) El tribunal podrá atenuar la pena a su prudente arbitrio (Sección 49 subsección 2) o dispensar del castigo en virtud de las subsecciones (1) a (3) a los inductores en los casos bajo las subsecciones (1) y (3), y de los cómplices en los casos de las subsecciones (2) y (3), cuya culpabilidad sea escasa tomando en consideración el bienestar físico o emocional del niño o de la persona entregada.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

c) Suiza

El Código Penal suizo tipifica en su artículo 182 (*Libro II. Disposiciones especiales; Título IV. Crímenes y delitos contra la libertad*) la trata de seres humanos bajo el tenor siguiente:

- (1) Aquel que, en calidad de oferente, de intermediario o de adquirente, lleve a cabo la trata de un ser humano con fines de explotación sexual, de explotación de su trabajo o para la extracción de un órgano corporal, será castigado con una pena privativa de libertad o con una pena pecuniaria. El hecho de reclutar a una persona con estos fines se asimila a la trata.
- (2) Si la víctima es menor o si el autor hace de la trata de seres humanos su profesión, la pena será privativa de libertad de un año al menos.
- (3) En todos los casos, el autor es igualmente castigado con una pena pecuniaria.
- (4) También es punible aquel que comete la infracción en el extranjero. Los artículos 5 y 6 resultan aplicables.

d) Austria

En el marco de la Parte especial del StGB austriaco (Código Penal austriaco), en concreto en la Sección Tercera (*Comportamientos punibles contra la libertad*) se regula la Trata de esclavos bajo el siguiente tenor.

§ 104.

- (1) El que lleve a cabo trata de esclavos será castigado con pena privativa de libertad de diez a veinte años.
- (2) Igualmente será castigado quien provoque que otro sea esclavizado o reducido a una situación análoga a la esclavitud o que otro se encuentre en situación de esclavitud o similar.

En cuanto a la regulación de la trata de seres humanos se lleva a cabo bajo el siguiente tenor:

§ 104a.

(1) Quien

1. a un menor o
2. a una persona mayor de edad mediante la utilización de los medios citados (Sección 2) contra la persona con la intención (dolo) de que sea explotado sexualmente, a través de la extracción de órganos o como fuerza de trabajo, capte, hospede o acoja, transporte u ofrezca o entregue a otro será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años.
- (2) Medios ilícitos son el engaño sobre hechos, el aprovechamiento de una posición de autoridad, de una situación de coerción, de una enfermedad psíquica o de un estado que cause que la persona se encuentre indefensa, la intimidación y la concesión o la aceptación de una ventaja por la entrega del dominio sobre una persona.

- (3) Con la pena de prisión de seis meses hasta cinco años será castigado quien realice el acto mediante utilización de violencia o de amenaza peligrosa.
- (4) Quien realice el acto contra una persona menor de edad, en el marco de una asociación criminal, mediando violencia grave o actúe de tal forma que a través del acto ponga en peligro dolosa o imprudentemente (con imprudencia grave) la vida de la persona o el hecho tenga como consecuencia un perjuicio especialmente grave para la persona, será castigado con pena de prisión de uno a diez años.

e) Francia

El Código Penal francés⁴⁰ en su libro II (*De los crímenes y los delitos contra las personas*), Título II (*De las agresiones a la persona humana*), capítulo V (*De las agresiones a la dignidad de la persona*), regula en su sección 1 bis la trata de seres humanos. La regulación procede de la ley núm. 2003-239, de 18 de marzo de 2003⁴¹.

Artículo 225.4.1. La trata de seres humanos es el hecho, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, de reclutar a una persona, transportarla, trasfórlala, acogerla o recibirla, para ponerla a su disposición (inciso introducido por la ley núm. 2007/1631, de 20 de noviembre de 2007) o a la disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin de permitir la comisión contra dicha persona de infracciones de proxenetismo, de agresión o de atentados sexuales, de explotación de mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, o de obligar a dicha persona a cometer cualquier crimen o delito.

La trata de seres humanos es castigada con pena de siete de años de prisión y multa de 150.000 euros.

Artículo 225.4.2. La infracción prevista en el artículo 225.4.1 será castigada con diez años de prisión y 1.500.000 euros de multa si es cometida:

- 1.º En relación con un menor;
- 2.º En relación con una persona cuya particular vulnerabilidad, debido a su edad, a una enfermedad, a una invalidez, a una deficiencia física o psíquica o a un estado de embarazo, sea aparente o conocida por su autor;
- 3.º En relación con varias personas;
- 4.º En relación con una persona que se encuentre fuera del territorio de la República o con ocasión de su llegada al territorio de la República;

(40) Disponible en Internet: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20081204>.

(41) Acerca del proceso legislativo de configuración de los tipos de trata de seres humanos en Francia, véase Johanne VERNIER, «French criminal and administrative law concerning smuggling of migrants and trafficking in human beings: punishing trafficked people for their protection?», en Elspeth GUILD/Paul MINDERHOUD (ed.): *Immigration and Criminal Law in the European Union*, cit., pp. 15 y ss.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- 5.º Cuando la persona haya sido puesta en contacto con el autor de los hechos mediante la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público indeterminado;
- 6.º En circunstancias que expongan directamente a la persona en relación con la que se comete la infracción a un riesgo inmediato de muerte o de lesiones susceptibles de provocar una mutilación o una invalidez permanente;
- 7.º Con el empleo de amenazas, de coacciones, de violencias o de maniobras dolosas que afecten al interesado, a su familia o a una persona relacionada habitualmente con él;
- 8.º Por parte de un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la persona víctima de la infracción prevista en el artículo 225.4.1 o por una persona que tenga autoridad sobre ella o que abuse de la autoridad que le confieren sus funciones;
- 9.º Por parte de una persona llamada a participar, por sus funciones, en la lucha contra la trata o el mantenimiento del orden público.

Artículo 225.4.3. La infracción prevista en el artículo 225.4.1 será castigada con veinte años de reclusión criminal y con 3.000.000 euros de multa si es cometida por banda organizada.

Artículo 225.4.4. La infracción prevista en el artículo 225.4.1 cometida recurriendo a torturas o a actos de barbarie será castigada con la reclusión criminal a perpetuidad y con 4.500.000 euros de multa.

Artículo 225.4.5. Cuando el crimen o el delito que haya sido cometido o que debería haberse cometido contra la persona víctima de la infracción de trata de seres humanos esté castigado con una pena privativa de libertad de una duración superior a la de la prisión derivada de la aplicación de los artículos 225.4.1 a 225.4.3, la infracción de trata de seres humanos será castigada con las penas previstas para los crímenes o delitos de los que el autor haya tenido conocimiento y, si el crimen o delito estuviera acompañado de circunstancias agravantes, con las penas previstas sólo para las circunstancias agravantes de las que haya tenido conocimiento.

Artículo 225.4.6 (modificado por Ley núm. 2009-526, de 12 de mayo de 2009). Las personas jurídicas declaradas responsables penalmente, en las condiciones previstas por el artículo 121.2, de las infracciones definidas en la presente sección son objeto, además de la multa según las modalidades previstas por el artículo 131.38, de las penas previstas por el artículo 131.39.

Artículo 225.4.7. La tentativa de los delitos previstos en la presente sección será castigada con las mismas penas.

Artículo 225.4.8. Derogado por Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004.

Artículo 225.4.9 (creado por Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo de 2004). Toda persona que haya intentado cometer las infracciones previstas por la presente sección quedará exenta de pena si, habiendo advertido a la autoridad administrativa o judicial, haya permitido evitar la realización de la infracción e identificar, en caso contrario, a los demás autores o cómplices.

La pena privativa de libertad aplicable al autor o al cómplice de una infracción prevista en la presente sección será reducida a la mitad si, habiendo advertido a la autoridad administrativa o judicial, ha permitido el cese de la infracción o ha evitado que la infracción implique la muerte de un hombre o su invalidez permanente e identificar, en caso contrario, a los demás autores o

a los cómplices. Cuando la pena prevista sea la reclusión criminal perpetua, ésta será reducida a veinte años de reclusión criminal.

f) Rumania⁴²

En virtud de la Ley núm. 678 de 2001 –sobre la trata de personas–, quedan definidas el conjunto de dichas conductas desde la perspectiva penal en el marco de la legislación rumana.

Artículo 12. (Trata personas).

- (1) Constituye delito de trata de personas la captación, el transporte, transferencia, alojamiento o recepción de una persona mediante la amenaza, la violencia u otras formas de coacción, el rapto, fraude o engaño, abuso de autoridad o el aprovechamiento de personas incapaces de defenderse o expresar su voluntad, o mediante el ofrecimiento, entrega, aceptación o recepción de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento de la persona que tiene autoridad sobre otra persona, con la finalidad de explotación de esta persona, y es punible con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.
- (2) La trata de personas cometida en una de las siguientes circunstancias:
 - a) de dos o más personas;
 - b) si se causan a la víctima lesiones graves a la integridad corporal o la salud;
 - c) por un funcionario público en ejercicio de sus atribuciones del servicio, es punible con penas de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de determinados derechos.
- (3) Si el hecho ha sido seguido de la muerte o el suicidio de la víctima, la pena es de prisión de 15 a 25 años y la prohibición de ciertos derechos.

Artículo 13 (Trata de menores de edad).

- (1) El reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción de una persona de edades comprendidas entre los 15 y los 18 años para su explotación, constituye el delito de la trata de menores y se castiga con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.
- (2) Si el hecho al que se refiere el apartado (1) se ha cometido contra una persona que no ha alcanzado la edad de 15 años, la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos.
- (3) Si los hechos mencionados en los apartados (1) y (2) se han cometido mediante la amenaza, la violencia u otras formas de coacción, el rapto, fraude o engaño, abuso de autoridad o el aprovechamiento de personas incapaces de defender o expresar su voluntad, o mediante el ofrecimiento, entrega, aceptación o recepción de dinero u otros beneficios para obtener el consentimiento de la persona que tiene autoridad sobre otra persona, la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (1), y penas de prisión de 7 a 18 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (2).

(42) Respecto a la legislación de este país hay que mencionar que recientemente se ha aprobado la Ley núm. 286, de 17 de julio de 2009, en virtud de la cual se establece un nuevo Código penal, que contiene en sus artículos 209 a 217 una nueva regulación de los delitos de «trata y explotación de personas vulnerables». Dicho Código penal no entrará en vigor hasta la fecha que se fije en la ley que se tendrá que aprobar para su aplicación (artículo 446.1).

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- (4) Si los hechos mencionados en los apartados (1), (2) y (3) se han cometido en las condiciones previstas en el artículo 12, párrafo (2), la pena es de prisión de 5 a 15 años y la prohibición de ciertos derechos, en el caso del apartado (1), penas de prisión de 5 a 17 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (2), penas de prisión de 5 a 18 años y la prohibición de ciertos derechos en el caso del apartado (3) en su primera parte, y penas de prisión de 7 a 20 años y la prohibición de ciertos derechos, en el caso del apartado (3) en su segunda parte.
- (5) Si los hechos previstos en este artículo han sido seguidos de la muerte o el suicidio de la víctima, la pena es de prisión de 15 a 25 años y la prohibición de determinados derechos o reclusión perpetua.

Artículo 15. (Tentativa). (1) La tentativa de los delitos a que se refieren los artículos 12-14 es punible.

Artículo 17. (Facilitar la estancia en Rumania de un extranjero víctima de la trata de personas).

- (1) El hecho de determinar o de permitir a conciencia, ya sea directamente o a través de intermediarios, entrar o permanecer en el país a una persona que no es un ciudadano rumano, que haya sido sometida a la trata de personas en el sentido de la presente ley:
 - a) utilizando contra aquélla medios fraudulentos, la violencia o las amenazas u otra forma de coacción;
 - b) abusando de la situación especial en que se encuentra esa persona, debido a la situación ilegal o precaria de su entrada ilegal o estancia en el país, debido al embarazo, enfermedad o discapacidad o una deficiencia física o mental, es un delito y se castiga con la pena establecida por el delito de trata de personas.

Por otro lado, merece ponerse de manifiesto la incidencia en este punto de la ley núm. 196 de 2003 sobre la pornografía.

Artículo 9. El reclutamiento, obligación, determinación o utilización de menores o personas con deficiencias psicofísicas en actos de carácter obsceno se castiga con penas de prisión de 3 a 12 años y la prohibición de ciertos derechos.

g) Portugal

El CP portugués regula en el capítulo IV (*Delitos contra la libertad personal*) del Título I (*De los delitos contra las personas*) del Libro II (*Parte especial*) conductas relevantes a efectos de nuestro estudio.

Artículo 160. Trata de personas.

- (1) El que ofreciere, entregare, atrajere con engaños, aceptare, transportare, alojare o acogiere a una persona con fines de explotación sexual, explotación laboral o para la extracción de órganos:
 - a) Por medio de violencia, rapto o amenaza grave;
 - b) Por medio de ardid o maniobra fraudulenta;

- c) Con abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, de trabajo o familiar;
 - d) Aprovechándose de la incapacidad psíquica o de la situación de especial vulnerabilidad de la víctima; o
 - e) Mediante la obtención del consentimiento de la persona que tenga el control sobre la víctima; será castigado con la pena de prisión de tres a diez años.
- (2) La misma pena será aplicada a quien, por cualquier medio, atrajere con engaño, transportare, procediere al alojamiento o recepción de menor, o lo entregare, ofreciere o atrajere con engaño, con fines de explotación sexual, explotación laboral o extracción de órganos.
 - (3) En el caso previsto en el número anterior, si el autor utilizare cualquiera de los medios previstos en las letras del apartado primero o actuare profesionalmente o con ánimo de lucro, será castigado con pena de prisión de tres a doce años.
 - (4) El que, mediante pago u otra contraprestación, ofreciere, entregare, solicitare o aceptare a un menor u obtuviere o prestare consentimiento para su adopción será castigado con pena de prisión de uno a cinco años.
 - (5) El que, teniendo conocimiento de la comisión del delito previsto en los números 1 y 2, utilizare los servicios u órganos de la víctima será castigado con pena de prisión de uno a cinco años, salvo que le correspondiere pena más grave en aplicación de otra disposición legal.
 - (6) El que retuviere, ocultase, dañase o destruyese documentos de identificación o de viaje de persona víctima de delito previsto en los números 1 y 2 será castigado con pena de prisión de hasta tres años, salvo que le correspondiese una pena más grave en aplicación de otra disposición legal.

h) Italia

La Sección I (*Delitos contra la personalidad individual*) del capítulo III (*De los delitos contra la libertad individual*) del Título XIII (*Delitos contra la persona*) del Libro II (*De los delitos en particular*) del CP italiano regula las siguientes conductas⁴³:

Artículo 600. Reducción a la esclavitud.

El que ejerza sobre una persona poderes correspondientes a los del derecho de propiedad o bien el que reduzca o mantenga a una persona en estado de sometimiento continuo, obligándola a prestaciones laborales o sexuales o bien a la mendicidad o bien a prestaciones que impliquen la explotación, será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años. La reducción o el mantenimiento en el estado de sometimiento tiene lugar cuando la conducta es realizada mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o la entrega de dinero o de otros beneficios a quien tiene autoridad sobre la persona.

(43) Acerca de la situación legislativa en Italia en materia de trata de seres humanos, véase Matilde VENTRELLA MCCREIGHT: «Crimes of assisting illegal immigration and trafficking in human beings in Italian Law: immigration between administrative infringement and criminal offence», en Elspeth GUILD/Paul MINDERHOUD (ed.): *Immigration and Criminal Law in the European Union*, cit., pp. 150 y ss.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si los hechos a que se refiere el párrafo anterior son cometidos en perjuicio de menores de dieciocho años o están dirigidos a la explotación de la prostitución o con la finalidad de someter a la víctima a la extracción de órganos.

Artículo 601. Trata de personas.

El que realice trata de personas en las condiciones del artículo 600 o bien, con el fin de cometer los delitos del párrafo primero del mismo artículo, la induzca mediante engaño o la constriña mediante violencia, amenaza, abuso de autoridad o aprovechando una situación de inferioridad física o psíquica o una situación de necesidad, o mediante promesa o entrega de cantidades de dinero o de otros beneficios a la persona que sobre aquélla tenga autoridad, a entrar, permanecer o a salir del territorio del Estado o a trasladarse dentro, será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años.

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si los delitos del presente artículo son cometidos en perjuicio de menores de dieciocho años o están dirigidos a la explotación de la prostitución o con el fin de someter a la persona ofendida a la extracción de órganos.

Artículo 602. Compra y venta de esclavos.

El que, fuera de los casos previstos en el artículo 601, compre, venda o ceda una persona que se encuentre en alguna de las situaciones del artículo 600 será castigado con la pena de reclusión de ocho a veinte años.

La pena será aumentada de un tercio a la mitad si la persona ofendida es menor de dieciocho años o bien si los hechos del primer párrafo están dirigidos a la explotación de la prostitución o con el fin de someter a la persona ofendida a la extracción de órganos.

B) América

a) Estados Unidos de América

De acuerdo con *humantrafficking.org* los Estados Unidos constituyen país de tránsito y destino en la esfera del tráfico o trata de personas. A nivel legislativo ostenta importancia la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act* –Ley de Protección de las Víctimas de la Trata y la Violencia– del año 2000 (complementada por *Acts* posteriores de los años 2003 y 2005) que incrementa la penalidad de delitos ya existentes con anterioridad, establece nuevas formas de protección para las víctimas del tráfico y otorga ciertos beneficios y servicios a las víctimas de las formas severas de tráfico (entendiéndose por tal, en todo caso y entre otras, aquellas que afectan a menores de 18 años). La ley del 2000 establecía igualmente un grupo de trabajo interagencias a nivel federal y configuraba un programa federal para suministrar servicios a las víctimas del tráfico⁴⁴.

El *United States Code* (Código de los Estados Unidos) en su Título 18 (*Delitos y Procesos Penales*), Primera Parte (*Delitos*), Capítulo 77 (*Peonage, Slavery and Trafficking in Persons*; Servidumbre

(44) Actualmente se encuentra en trámite legislativo la *Child Protection Compact Act de 2009* que autoriza a la Secretaría de Estado, a través del correspondiente embajador, para que provea asistencia (ayudas, acuerdos en materia de cooperación, contratos) para un determinado país con una significativa prevalencia de trata en niños que acepta un Acuerdo de Protección de la infancia con los Estados Unidos para desarrollar políticas y programas con el fin de erradicar la trata de niños.

por deudas, esclavitud y trata de personas) configura una serie de tipos delictivos cuya redacción actual es el resultado de las modificaciones legislativas referidas. Especial interés ostentan las secciones 1590 (*Trafficking with respect to peonage, slavery, involuntary servitude, or forced labor*; Trata con fines de servidumbres por deudas, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajos forzados) y 1591 (*Sex trafficking of children or by force, fraud, or coercion*; Trata de niños con fines de explotación sexual o por la fuerza, bajo fraude o coacción).

De acuerdo con la *sección 1590* toda persona que, a sabiendas, reclute (capte), acoja, transporte, suministre u obtenga por cualquier medio a cualquier persona para trabajar o prestar servicios en violación del presente capítulo será castigada con multa bajo este título o condenada a prisión no superior a 20 años, o a ambos. Si se produce la muerte a resultas de la vulneración de esta sección o si la violación incluye el rapto o la tentativa, abuso sexual agravado o la tentativa de comisión de un abuso sexual agravado o una tentativa de homicidio, el acusado debe ser condenado a multa bajo este título o a prisión por cualquier lapso temporal o perpetua, o a ambos. Asimismo, cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o evite la aplicación de esta sección, será sujeto a las penalidades anteriores.

En virtud de la *sección 1591* todo el que,

a) a sabiendas,

- (1) a través del comercio interestatal o extranjero o de manera que lo afecte, o dentro de la jurisdicción marítima y territorial especial de los Estados Unidos, capte, atraiga, acoja, transporte, suministre, obtenga o mantenga por cualquier medio a una persona, o
- (2) se beneficie, financieramente o recibiendo cualquier cosa de valor, de la participación en una operación que haya supuesto realizar un acto en infracción del párrafo 1, actuando con imprudencia temeraria o sabiendo que la fuerza, amenaza de uso de fuerza, fraude o coerción descritos en la subsección (e) (2), o una combinación de dichos medios serán usados para lograr que la persona realice un acto sexual comercial, o que la persona no ha alcanzado los 18 años y se la obligará a realizar un acto sexual comercial, será castigado de acuerdo con lo previsto en la subsección b).

b) El castigo de un delito bajo la sección a) se produce,

- (1) si el delito se realizó bajo fuerza, amenaza de fuerza, fraude o coerción descritos en la subsección (e) (2) o mediante una combinación de dichos medios o si la persona captada, atraída, acogida, transportada, suministrada u obtenida no ha alcanzado la edad de 14 años en el momento del mencionado delito, con una multa bajo este título y prisión por cualquier plazo temporal no inferior a 15 años o a cadena perpetua, o
- (2) si el delito no se llevó a cabo bajo dichas condiciones, y la persona captada, atraída, acogida, transportada, suministrada u obtenida ha alcanzado la edad de 14 años pero no los 18 años en el momento del mencionado delito, con una multa bajo este título y prisión por cualquier plazo temporal no inferior a 10 años o a cadena perpetua.

c) En un encausamiento bajo la subsección (a) (1) en la cual el imputado hubiera tenido la oportunidad razonable de observar a la persona así captada (reclutada), atraída, acogida, transportada, suministrada, obtenida o mantenida, el Gobierno no necesita probar que el imputado conocía que la persona no había alcanzado la edad de 18 años.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- d) Cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o intente evitar el encausamiento bajo esta sección, será castigado con multa bajo este título, castigado a prisión por un plazo no superior a 20 años, o a ambos.
- e) En esta sección,
- (1) El término «abuso o amenaza de abuso legal o de proceso legal» significa el uso o la amenaza de uso de la ley o de un proceso legal, tanto administrativo, civil o criminal, de cualquier forma o con cualquier objeto para el cual no fue legalmente configurado, en orden a ejercer presión en otra persona para hacer que esa persona realice una acción o se abstenga de realizar alguna acción.
 - (2) El término «coerción» significa:
 - a) amenazas de serio daño o de constricción física hacia una persona;
 - b) cualquier esquema, plan o pauta dirigido a hacer creer a una persona que la falta de realización de un acto resultará en un serio daño o constricción física hacia una persona, o
 - c) el abuso o la amenaza de abuso legal o de proceso legal.
 - (3) El término «acto sexual comercial» implica cualquier acto sexual, a cambio del cual se entrega o debe ser recibido algo de valor por alguna persona.
 - (4) El término «daño grave» incluye cualquier daño, tanto físico como no físico, incluyendo el psicológico, financiero o reputacional, que es lo suficientemente serio, bajo el conjunto de circunstancias concurrentes, para compeler a una persona razonable del mismo contexto y en las mismas circunstancias a llevar a cabo o a continuar llevando a cabo actividades sexuales comerciales en orden a evitar incurrir en ese daño.
 - (5) El término «operación» implica todo grupo de dos o más individuos asociados de hecho, constituyan o no una entidad legalmente reconocida.

Finalmente, la *Sección 1592* titulada conducta ilegal con respecto a documentos para el apoyo al tráfico, servidumbre por deudas, esclavitud, servidumbre involuntaria o trabajos forzados tipifica

- a) la conducta de aquel que, a sabiendas, destruye, oculta, elimina, confisca o posee cualquier pasaporte real o simulado u otro documento de inmigración, o cualquier otro documento identificativo gubernamental real o simulado de otra persona,
- (1) en el curso de una violación de las secciones 1581, 1583, 1584, 1589, 1590, 1591 ó 1594 a;
 - (2) con la intención de violar la sección 1581, 1583, 1584, 1589, 1590 ó 1591 ó
 - (3) para evitar o restringir o intentar evitar o restringir, sin autoridad legal, la libertad personal de movimiento o desplazamiento, en orden a mantener el trabajo o los servicios de esa persona, cuando la persona es o ha sido víctima de una forma severa de trata, tal como se define en la sección 103 del Acta de Protección de las Víctimas de Trata de 2000, debe ser condenada a multa bajo este título o a prisión por no más de 5 años, o a ambos.

- b) La subsección (a) no se aplica a la conducta de una persona que es o ha sido víctima de una forma severa de trata, tal como se define en la sección 103 del Acta de Protección de las Víctimas de Trata de 2000, si esa conducta ha sido causada por la trata o sea inherente a dicha trata.
- c) Cualquiera que obstruya, intente obstruir o de cualquier manera interfiera o intente evitar el encausamiento bajo esta sección, será sometido a las penalidades descritas en la subsección (a).

b) México

México es una república federal en la cual cada Estado tiene su propia Constitución y sistema judicial que se encarga de los casos de trata de personas. La trata de personas cae bajo la jurisdicción federal solamente en los casos en que estén involucrados tres o más individuos, cuando es un acto criminal repetitivo o cuando tiene naturaleza internacional.

En noviembre de 2007 fue aprobada la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas⁴⁵. La ley es de aplicación en todo el territorio nacional en materia del fuero federal y penaliza todos los aspectos regulados en el artículo 3 del Protocolo contra la Trata de Personas de Naciones Unidas.

El capítulo II, artículo 5, de esta ley tipifica el delito de trata de personas:

«Comete el delito de trata de personas quien promueva, solicite, ofrezca, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes.

Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos».

El artículo 6 castiga este delito con pena de entre seis a doce años de prisión y de quinientos a mil quinientos días-multa. La pena se elevará de nueve a dieciocho años de prisión y de seiscientos cincuenta a dos mil doscientos cincuenta días multa, cuando el delito sea cometido en contra de menores de dieciocho años o persona que no tenga capacidad para comprender o resistir el hecho.

La pena también se agravará hasta en una mitad cuando el autor:

- a) Fuese un agente que se valiese de la función pública que tuviere o hubiese ostentado sin tener la calidad de servidor público. Además, se impondrá al servidor público la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación para desempeñar otro hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta; o cuando la víctima sea persona mayor de sesenta años de edad; o se trate de persona indígena.

(45) Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2007. Disponible en Internet: http://www.normateca.gob.mx///Archivos/34_D_1427_30-11-2007.pdf.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- b) Tenga parentesco por consanguinidad, afinidad o civil o habite en el mismo domicilio con la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, o sea tutor o curador de la víctima; además, según las circunstancias del hecho, podrá perder la patria potestad, el derecho a alimentos que le correspondiera por su relación con la víctima y el derecho que pudiese tener respecto a los bienes de ésta.

Cuando el delito sea cometido por un miembro o representante de una persona moral y siempre que el delito se cometa bajo el amparo o en beneficio de la persona moral, también se impondrá como sanción jurídica accesoria alguna de las siguientes:

1. La suspensión de la actividad de la persona moral durante el tiempo que determine el juez en la sentencia, la cual no podrá exceder de cinco años;
2. La disolución, es decir, la conclusión definitiva de toda actividad social de la persona moral, que no podrá volverse a constituir por las mismas personas en forma real o encubierta;
3. La prohibición de realizar determinados negocios u operaciones, que podrá ser hasta por cinco años, se referirá exclusivamente a las que determine el juzgador y deberán tener relación directa con el delito cometido;
4. La remoción, que consistirá en la sustitución de los administradores por uno designado por el juez durante un período máximo de tres años;
5. La intervención, que consistirá en la vigilancia de las funciones que realizan los órganos de representación de la persona moral y se ejercerá hasta por tres años.

En cuanto a la penalidad de la tentativa del delito de trata de personas, la mencionada ley establece en su artículo 7 que se sancionará con pena de prisión no menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

En virtud del artículo 3 de la mencionada ley este delito sólo se perseguirá, investigará y sancionará en tres supuestos:

1. Cuando las actividades se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio nacional;
2. Cuando se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el extranjero;
3. Cuando se cometan en el territorio nacional y se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 50, fracción I, incisos b) a j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación⁴⁶.

Asimismo en el año 2005 se aprobó la reforma integral del Título Octavo del Código Penal Federal en materia de «*Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad*», que contiene los delitos de corrupción, pornografía, turismo sexual y lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de

(46) Disponible en Internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172.pdf>.

personas que no tienen capacidad para resistirlo. También se regula el lenocinio cuyas víctimas sean personas mayores de edad⁴⁷.

Al mismo tiempo se aprobó una reforma del artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, para sancionar cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar la trata de personas⁴⁸. También se reformó el artículo 164 del Código Penal que tipifica el delito de asociaciones delictuosas, el cual impone pena de prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir.

Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público de alguna corporación policial, la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además, la destitución del empleo, cargo o comisión públicos e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. Si el miembro de la asociación pertenece a las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, de igual forma la pena se aumentará en una mitad y se le impondrá, además la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos.

A pesar de las bondades de la Ley contra la Trata del 2007 persisten debilidades legislativas en varios códigos penales de los diferentes estados del país siendo urgente la necesidad de reformulación de los tipos penales. Así, a mayo de 2008, cinco Estados (Chihuahua, Guerrero, Zacatecas, Sonora y el Estado de México) tienen leyes que penalizan la trata de personas en línea con lo establecido en el Protocolo contra la trata de Naciones Unidas, mientras que 14 Estados han adoptado leyes contra la trata de personas relacionadas solamente con la prostitución, o no están completamente en armonía con el Protocolo de Naciones Unidas. Cuatro Estados tienen reformas pendientes en sus Códigos penales relacionadas con la trata de personas y ocho Estados no tienen ningún delito que sancione alguna modalidad de trata de personas. En resumen para el año 2008, 19 de los 31 Estados de México adoptaron disposiciones contra este delito como parte de sus Códigos penales.

c) Colombia

La trata de personas se tipifica expresamente desde el año 2002 cuando se aprobó la Ley 747 que acogió los planteamientos de la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado y fortaleció el aspecto punitivo de la trata de personas. En efecto, mientras que la anterior ley (Ley 599) se refería únicamente a la trata externa con fines de explotación sexual, la Ley 747 incluyó siete verbos rectores, estableció específicamente los medios de captación o reclutamiento y adicionó otros tipos de trata de personas diferentes a la prostitución. Mediante esta

(47) Código Penal Federal Artículo 206 bis.- Comete el delito de lenocinio:

I.- Toda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera;

II.- El que induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución, y

III.- El que regente, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio con sus productos.

(48) Disponible en Internet: http://www.normateca.gob.mx///Archivos/50_D_1968_.pdf.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

ley la explotación en prostitución, la pornografía, la servidumbre por deudas, la mendicidad, el trabajo forzado, el matrimonio servil y la esclavitud fueron también reconocidas como trata de personas.

La mencionada ley estableció circunstancias de agravación punitiva, como es el caso de funcionarios públicos involucrados en la trata de personas, y modificó las penas imponiendo una privación de libertad de diez a quince años.

Igualmente, a través de la Ley 800 de 2003, se incorporaron dos instrumentos fundamentales contra la trata, a saber, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata, especialmente de Mujeres y Niños.

En diciembre de 2004 el presidente de la República sancionó la Ley 919, que tipifica como delito el tráfico de órganos y de tejidos humanos. La donación de tejidos humanos sólo debe hacerse gratuitamente y por razones humanitarias, y establece una pena de privación de libertad de 3 a 6 años para los infractores y para quien «sustraiga un componente anatómico de un cadáver o de una persona sin la correspondiente autorización, quien participe en calidad de intermediario en la compra, venta o comercialización del componente o quien realice publicidad sobre la necesidad de un órgano o tejido, sobre su disponibilidad, ofreciendo o buscando algún tipo de gratificación o remuneración»⁴⁹.

En el año 2005 se promulgó la Ley 985⁵⁰ por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de ésta. Constituye el objeto de esta ley adoptar medidas de prevención, protección y asistencia necesarias para garantizar el respeto de los derechos humanos de las víctimas y posibles víctimas de la trata de personas, tanto las residentes o trasladadas a territorio colombiano, como colombianas en el exterior. Mediante esta ley se reforma el artículo 188 A del Código penal⁵¹, ubicado en el Título III («Delitos contra la libertad individual y otras garantías»), en el capítulo V («De los delitos contra la autonomía personal»), el cual queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 188A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causa de exoneración de la responsabilidad penal».

(49) Actualmente hay una doble protección, ya que dentro de la Ley 985 de 2005 se incluye la extracción de órganos como una de las modalidades de la trata de personas.

(50) http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0985_2005.html.

(51) http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html.

El artículo 188.B) regula las *circunstancias de agravación de delito*⁵², estableciendo que la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad:

- «1 Cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años.
- 2. Como consecuencia, la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la salud de forma permanente.
- 3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.
- 4. El autor o partícipe sea servidor público.

Cuando las conductas descritas se realicen sobre menor de doce años se aumentará en la mitad de la misma pena».

III. DERECHO ESPAÑOL

A) Situación legislativa actual en la esfera penal

En España no existe aún una legislación penal que aborde la cuestión de la trata de personas en general, ni de los menores en particular con esa denominación. Sin embargo, el Código Penal castiga el tráfico de personas o la inmigración clandestina de seres humanos, así como los delitos que se derivan de la trata de personas (prostitución, pornografía infantil, explotación laboral, etc.), pero no regula como delito hasta ahora la trata misma, consistente esencialmente en la captación de un ser humano con fines de explotación, es decir, un acto preparatorio de los delitos en los que se concreta la explotación de la persona. Nuestro país está obligado a ello en virtud de compromisos internacionales. Fundamentalmente, por un lado, en el ámbito internacional, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE de 11 de diciembre de 2003). Por otro lado, en el ámbito europeo, la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), y el Convenio núm. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 10 de septiembre de 2009).

Por lo que se acaba de mencionar la legislación penal española ofrece una respuesta imperfecta y susceptible de mejora al fenómeno de la trata. Recordemos que históricamente la trata ha constituido en mayor medida un concepto de naturaleza sociológica (trata de blancas, trata de esclavos) que estrictamente jurídico, y particularmente nuestra legislación carece de un concepto jurídico-penal de trata en el sentido de un tipo de lo injusto o de una figura delictiva perfectamente delimitada. Por eso asumimos el carácter parcial de la respuesta penal actual, sin perjuicio de que el moderno concepto del delito de trata manejado internacionalmente exija adaptaciones en nuestra realidad normativa.

(52) Adicionado por artículo 3 de la Ley 747 de 2002.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

A continuación vamos a relacionar qué delitos de la legislación penal española vigente pueden ser entendidos en clave de trata. A tales efectos distinguiremos dos grupos de delitos, uno constituido por aquellos que ostentan una incidencia específica y más directa en relación con el fenómeno de la trata, y otro constituido por aquellas figuras delictivas que si bien presentan una vinculación cierta con la realidad criminológica de la trata tienen una relación más lejana o difusa con ella.

Por una parte, pertenecen al grupo de delitos que guardan una mayor relación con la trata tanto la figura del artículo 318 bis, apartado primero y segundo, como el delito del artículo 313.1 del Código Penal.

El delito del artículo 318 bis, apartados 1 y 2, incluido en el Título XV bis CP (*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*) dispone expresamente: «1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión».

El delito del artículo 313.1 se encuentra incardinado en el Título XV CP (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*), en virtud del cual: «el que promoviére o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior (*prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses*)».

Por otra parte, existe un segundo grupo de figuras delictivas relacionadas mediatamente con la finalidad para la que se lleva a cabo la trata. Es decir, estaríamos ante delitos en los que se concreta de forma específica la explotación que persigue la trata de personas. Entre ellos podemos destacar las siguientes figuras delictivas del Código Penal:

- a) Determinación a la prostitución (artículos 187-188). Se encuentran encuadrados en el capítulo V (*De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*) del Título VIII (*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*). Por un lado, el artículo 187 castiga con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que determine a la prostitución a un menor de edad o incapaz. Por otro lado, el artículo 188 castiga con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses la determinación a la prostitución de persona mayor de edad empleando determinados medios comisivos para conseguir dicho propósito (violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima).
- b) Determinación a la pornografía de menores de edad o incapaces (artículo 189.1). Dentro del capítulo V antes mencionado el artículo 189.1 castiga con pena de prisión de uno a cuatro años al que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.
- c) Delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311-312), ubicados dentro del Título XV (*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*). El artículo 311 castiga con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses la imposición o manteni-

miento a los trabajadores de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos. Por su parte, el artículo 312 castiga con pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses el tráfico ilegal de mano de obra (apartado primero), así como la recluta o la determinación a abandonar el puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos (apartado segundo).

- d) Extracción de órganos (artículos 147 y ss.). Debemos partir del hecho de que en nuestra legislación positiva no existe una regulación específica incriminatoria de la extracción de órganos, por lo que dichas conductas deben ser subsumidas en la esfera de los delitos de lesiones (Título III, *De las lesiones*). En puridad la extracción de órganos se encontraría en los tipos de lesiones de los artículos 149 y 150, según se trate de órgano-miembro principal o no principal respectivamente.
- e) Adopciones ilegales (artículos 221 y ss.). Se encuentran ubicadas en el capítulo II (*De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*) del Título XII (*Delitos contra las relaciones familiares*). En virtud del artículo 221 se castiga con la pena de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Con la misma pena se castiga a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiera realizado en país extranjero. A tenor del artículo 222 el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su profesión o cargo realice las conductas mencionadas incurrirá en la pena señalada anteriormente y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a seis años.
- f) Utilización de menores para la mendicidad (artículo 232). Dentro de la sección 3.^a (*Del abandono de familia, menores o incapaces*), del capítulo III (*De los delitos contra los derechos y deberes familiares*) del Título XII (*Delitos contra las relaciones familiares*), el artículo 232.1 castiga con pena de prisión de seis meses a un año a los que utilicen o presten a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad. En virtud del apartado segundo, si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

B) Propuestas de reforma legislativa

A la vista de los compromisos internacionales contraídos por España para la tipificación como delito independiente de la trata de seres humanos, últimamente asistimos a algunos intentos de introducir en la legislación penal la necesaria reforma mediante ley orgánica que plasme por fin dicho objetivo. Primeramente, el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 y, últimamente, el Proyecto de reforma del Código Penal de 2009 que se encuentra en tramitación parlamentaria.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

a) El anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008

En el Consejo de Ministros del 15 de noviembre de 2008 se presentó el Anteproyecto de reforma del Código Penal vigente. En él se incluía un nuevo delito de trata de seres humanos que en términos generales podía satisfacer los compromisos internacionales que tiene pendientes España.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se indicaba con respecto a la nueva incriminación lo siguiente:

«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis denominado *De la Trata de seres humanos*. Así, el artículo 177 bis tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados (*sic*) o no con la delincuencia organizada.

De forma contraria, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis.2.»

En el artículo 313.1 CP se castiga actualmente el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea, delito también contemplado en el artículo 318 bis 1, con el que interfiere (a pesar de que la redacción de ambos procede de la LO 13/2007, de 19 de noviembre), circunstancia que pretende solventar la reforma manteniendo sólo este último delito. Pero a su vez se quiere suprimir el artículo 318 bis 2, que castiga con una pena superior cuando el propósito del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas sea su explotación sexual. Este delito no es en rigor un delito de trata, sino de tráfico de personas con fines de trata sexual, es decir, un delito de tráfico de personas cualificado. La introducción de un nuevo delito de trata de personas independiente de aquél conduce a la desaparición del delito mencionado, si bien tampoco es obligado entender que necesariamente se interfieren, pues una cosa es la trata de personas y otra el tráfico de personas con fines de trata.

Sea como fuere se introducía un nuevo Título VII bis, titulado *De la trata de seres humanos*, que contenía el artículo 177 bis, según el cual:

«1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad

de la víctima nacional o extranjera, la captare, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.
 - b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
 - c) Extraer sus órganos corporales.
2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.
 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.
 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;
 - b) la víctima sea menor de edad;
 5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.
 Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
 7. Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.
 8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
 9. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.
 En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.
 10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español».

Trata de seres humanos, en especial menores

II

b) El proyecto de reforma del Código Penal de 2009

Con fecha 27 de noviembre de 2009 se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 52.1) el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, Proyecto de reforma de 2009). Dicho Proyecto es heredero del anterior Anteproyecto de 2008, hasta el punto de que la mayor parte de su articulado constituye una mera adaptación del referido Anteproyecto⁵³, una vez analizadas fundamentalmente las consideraciones críticas formuladas en su informe por el Consejo General del Poder Judicial. De ahí, por ejemplo, que el contenido de la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma de 2009 en relación con la fundamentación del proyectado artículo 177 bis del Código Penal coincida de manera prácticamente mimética con la formulada por el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008⁵⁴.

Por lo que respecta al tipo de la trata el Proyecto de reforma de 2009 introduce el Título VII bis, bajo la rúbrica *De la trata de seres humanos*, que contiene exclusivamente el artículo 177 bis, a cuyo tenor:

- «1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de las finalidades siguientes:
 - a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.
 - b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
 - c) Extraer sus órganos corporales.
2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.
3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.
4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
 - b) la víctima sea menor de edad;
 - c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado.

(53) No obstante, entre ambos textos media un nuevo Anteproyecto de reforma del Código Penal, que lleva fecha de 23 de julio de 2009, el cual sustituye al anterior y propiamente constituye el antecedente prelegislativo inmediato del actual Proyecto.

(54) Por lo tanto, nos remitimos a las indicaciones y comentarios realizados sobre dicha Exposición de Motivos en el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicasen a la realización de tales actividades.
Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.
7. Cuando de los delitos comprendidos en este artículo fuera responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.
8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos.
10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español».

El apartado primero incorpora casi fielmente la *definición del delito de trata* de personas que se contiene en el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Por un lado, recoge todas las *conductas* de trata previstas en el Protocolo: la captación, el transporte, el traslado, la acogida y la recepción de personas. Es más se incluye también el «alojamiento» de personas (modalidad prevista asimismo en el Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, al igual que también se recoge en él la modalidad de «reclutamiento», aunque ésta quedaría abarcada por la captación o la recepción entendidas en sentido amplio). Sin embargo, partiendo del texto del Anteproyecto de 2008 y sobre la base de las indicaciones del Consejo General de Poder Judicial se ha incorporado como verbo típico nuclear el de «traficare» con personas, resultando la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción y el alojamiento modalidades de ese tráfico. En nuestra opinión este añadido desvirtúa el delito de trata y tiende a confundirlo con el de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Por ello sería preferible que se sustituyera por la expresión verbal «realizarse trata de personas, mediante...», de modo que la esfera típica de la trata de personas y del tráfico de personas quede perfectamente delimitada. Precisamente es ésta la voluntad del prelegislador cuando en el apartado noveno del artículo 177 bis impone expresamente, de darse las circunstancias típicas de la trata y del tráfico, el concurso entre ambos delitos.

Por otro lado, en cuanto a los *medios* para realizar la conducta se contemplan la mayor parte de los previstos en el Protocolo de Palermo, que en el artículo 177 bis se concretan en: la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Pero se omite el medio consistente en la concesión o recepción de

Trata de seres humanos, en especial menores

II

pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, que no sólo aparece previsto en el citado Protocolo, sino también en la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005. Igualmente en estos instrumentos normativos internacionales se contempla el secuestro o el rapto de la persona como medio comisivo, pero no así en el Proyecto español, quizás al entender que todas las modalidades de secuestro podrán subsumirse en la violencia o en la intimidación.

Por lo que respecta a las *finalidades* con las que se realizan las acciones típicas figuran también todas las contempladas en el Protocolo de Palermo y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005: a) Imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre⁵⁵; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) Extraer sus órganos corporales.

Además, para la punibilidad del delito de trata de personas no se establecen como requisitos ni el carácter transnacional del delito ni que éste entrañe la participación de un grupo delictivo organizado, condiciones previstas como generales por el Protocolo de Naciones Unidas, que sin embargo, permite disposición en contrario por parte de los Estados.

La pena con la que se castiga la trata de personas es de 5 a 8 años de prisión, es decir, una pena grave a tenor del Código Penal [artículo 33.3.a), excepto la de prisión de 5 años exactos], lo que lo convierte en un delito grave (artículo 13.4).

Hasta el momento la trata de personas es impune en nuestro Derecho como tal delito, salvo en los supuestos en los que se emplee la violencia o la intimidación para obtener el control sobre la persona a la que se pretende explotar, puesto que dicha violencia o intimidación es punible por sí sola (maltrato, lesiones, amenazas, etc.). Por otro lado, al margen de ello únicamente son punibles en nuestra legislación los delitos que se empleen para asegurar la ejecución de la trata (como por ejemplo, detenciones) y aquellos en los que se concrete la explotación de la persona (como por ejemplo, la prostitución o los delitos contra los derechos de los trabajadores). Incluso esta afirmación resulta discutible en algunos casos, como en el supuesto de la esclavitud, dado que como tal delito no aparece recogido en nuestro Código Penal (sería punible a través de otras figuras delictivas, pero no de forma integral sino parcial)⁵⁶. En suma, la trata de personas se concibe penalmente en la actualidad como un acto preparatorio de la explotación de los seres humanos y, dada la impunidad general de los actos preparatorios, por sí sola y conforme al principio de legalidad, es impune en nuestro Derecho. Así pues, la reforma penal anunciada vendría a cubrir una importante laguna de punibilidad en relación con la protección penal de los seres humanos ante la trata de personas.

El apartado segundo se refiere a los *menores de edad* con el objeto de excluir la necesidad de que concurran los medios previstos en el apartado anterior para que la conducta sea considerada trata de personas. Esta previsión se corresponde con la que se contiene en el Protocolo de Palermo, en la Decisión Marco de 2002 y en el Convenio del Consejo de Europa de 2005. Sin ser ésta una regulación específica de la trata de menores, por cuanto el precepto se refiere a la trata de personas en general, lo cierto es que supone un *tipo alternativo* de la trata de personas,

(55) Cabe resaltar que en lugar del verbo «explotar», utilizado en los textos normativos internacionales y en el Anteproyecto de 2008, en el Proyecto de 2009 se emplea el verbo «imponer».

(56) La esclavitud sólo se castiga como delito por el Código Penal español cuando constituye una modalidad de realización de los delitos de lesa humanidad (artículo 607 bis.2.10.º).

por cuanto sólo requiere que se realice la acción típica unido a la finalidad de explotación de la persona, sin necesidad de la concurrencia de medio específico alguno para lograr la captación o control sobre la persona, que en este caso debe ser menor de edad (y puesto que la ley no distingue, hay que entender menor de 18 años de edad).

En el apartado tercero se contempla la *irrelevancia del consentimiento* de la víctima cuando se recurra a los medios –algunos de por sí delictivos (la violencia y la intimidación)– previstos en el apartado primero para realizar la conducta típica, dado que éstos vician la libertad del sujeto para otorgar su consentimiento válidamente.

El apartado cuarto contiene un tipo agravado que incluye tres circunstancias alternativas.

- a) La primera consiste en la *puesta en grave peligro de la víctima*. Anteriormente el Anteproyecto de 2008 preveía en este punto la existencia de tal circunstancia agravante cuando con ocasión de la trata se pusiera en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima. Ahora, en el Proyecto de 2009, la puesta en peligro habrá de ser grave, no tendrá por qué afectar exclusivamente a la vida (así por ejemplo, podrá afectar a la integridad corporal o a la libertad o indemnidad sexuales), y en cualquier caso la puesta en grave peligro habrá de derivar de una conducta dolosa, ya que ha dejado de hacerse mención a la imprudencia grave. En la Decisión Marco de 2002 se contempla la puesta en peligro de forma deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima. También el Convenio del Consejo de Europa prevé en relación con el particular que la infracción haya puesto en peligro la vida de la víctima deliberadamente o por negligencia grave. Destaca en consecuencia la omisión en el actual Proyecto de reforma de 2009 de toda referencia a la grave imprudencia o negligencia grave en la puesta en peligro de la víctima.
- b) La segunda circunstancia de este subtipo agravado es la *condición de menor de la víctima*. Cabe resaltar que esta regulación supone el castigo especialmente agravado de la *trata de menores de edad*, por cuanto la pena de prisión será superior a 8 años y podrá llegar a ser como máximo de hasta 12 años, con lo cual se cumple la exigencia contenida en la Decisión Marco de que las penas máximas privativas de libertad no sean en estos casos inferiores a ocho años. Por lo que respecta al ámbito posible de esta trata de menores de edad se va incluso más lejos en la protección del menor, porque no se limita la agravación a los casos en los que la víctima se encuentre por debajo de la edad de mayoría sexual contenida en nuestra legislación (que es ser menor de 13 años), sino que abarca toda la minoría de edad (menor de 18 años), ni tampoco se limita esta protección especial a que la trata se haya realizado con fines de explotación sexual.
- c) La tercera circunstancia agravante es *que la víctima sea especialmente vulnerable* por razón de enfermedad o situación. Dicha circunstancia agravante no se contenía en el Anteproyecto de 2008 y podemos encontrar su antecedente en el artículo 3 de la Decisión Marco de 2002, que exige una pena máxima privativa de libertad no inferior a ocho años cuando se cometan los hechos contra una víctima particularmente vulnerable. No obstante, la propia Decisión Marco dispone que la condición de particular vulnerabilidad de la víctima se dará al menos cuando aquella se encuentre por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o para ejercer otras formas de explotación sexual incluida la pornografía. Es evidente que esta interpretación no es aplicable a este supuesto, puesto que la minoría

Trata de seres humanos, en especial menores

II

de edad ya constituye *per se* una circunstancia agravante en la letra anterior. Por otro lado, la presente circunstancia podría suponer una infracción del principio *ne bis in idem* por cuanto la vulnerabilidad de la víctima constituye una circunstancia ya tenida en cuenta en la configuración de los medios comisivos del tipo básico de la trata.

Asimismo, cabe resaltar que no se ha recogido la circunstancia contenida en el artículo 3.2.c) de la Decisión Marco, consistente en que la infracción se cometa mediante violencia grave o haya causado a la víctima daños particularmente graves.

Por último el Proyecto de reforma de 2009 ha añadido con respecto al Anteproyecto de 2008 que «si concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado». Se trata de una hiperagravación de difícil explicación, pues conlleva una escalada punitiva ciertamente considerable (prisión de 12 años y un día a 18 años).

El apartado quinto constituye un subtipo agravado del tipo básico cuando los hechos sean cometidos prevaliéndose el sujeto de su *condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*, y para los que está prevista, además de la pena superior en grado a la del tipo básico, como pena adicional la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. La referencia al prevalimiento del carácter público del culpable está contemplada en el Protocolo de Palermo y en la Decisión Marco de 2002 tan sólo como un medio comisivo más de la trata de personas: el abuso de poder o el abuso de autoridad (esto es, los equivalentes a nuestro abuso de superioridad), pero sin vincular una consecuencia jurídica ulterior a tal situación. En resumen, se aprecian diferencias técnicas entre el Proyecto de 2009 y los distintos textos normativos internacionales, pero en cualquier caso la regulación española sería más rigurosa, al prever una pena adicional y además agravada para estos supuestos. En este punto sería coincidente con el Convenio del Consejo de Europa de 2005, cuyo artículo 24.c) recoge como agravante «que la infracción se cometa por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones». No queda claro en cambio si esta agravación (pena superior en grado a la prevista en el apartado primero) es compatible y acumulable con la del apartado cuarto (pena superior en grado a la prevista en el apartado primero) y si, en su caso, puede entrar en juego la regla contenida en el inciso final del apartado cuarto (si concurre más de una circunstancia se impondrá la pena superior en grado).

El apartado sexto contempla una específica agravación de la responsabilidad penal por la *pertenencia del culpable a una organización o asociación* de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. En este caso a la pena de prisión agravada (de 8 años y un día a 12 años) se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio durante el tiempo de la condena. A su vez, el párrafo segundo de este apartado establece una pena de prisión, que puede ser como mínimo de 10 años y un día y como máximo de 18 años, cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones. Con esta previsión se cumple sobradamente con la sanción agravada que prevé la Decisión Marco de 2002 cuando la trata se cometa en el marco de una organización delictiva, así como también la del artículo 24.d) del Convenio del Consejo de Europa de 2005 («que la infracción se cometa en el marco de una organización criminal»).

En el apartado séptimo se incorpora la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*. La previsión de responsabilidad para las personas jurídicas constituye una demanda a los Estados que se contiene el artículo 4 en la Decisión Marco de 2002 y en el artículo 22 del Convenio de Europa, aunque en ellos no se especifica si dicha responsabilidad tiene que ser civil, penal o administra-

tiva, dejándolo al criterio de los Estados. Hoy por hoy existen mecanismos para hacer responder a las personas jurídicas, mediante las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, con consecuencias propias de ellas, como, por ejemplo, la disolución de la sociedad o la intervención de la empresa. No obstante, el Proyecto de reforma del Código Penal de 2009 en el nuevo artículo 31 bis introduce por primera vez en la legislación penal española el criterio general de «reconocer responsabilidad *penal* a las personas jurídicas», y lo que ello supone, la imposición de genuinas penas (carácter punitivo), frente a las consecuencias accesorias del artículo 129 que poseen naturaleza administrativa (carácter preventivo). Dicho criterio resulta de aplicación entre otros en el delito de trata de personas en los casos en los que fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis del Código Penal. Las consecuencias jurídicas se concretan en la preceptiva clausura temporal de los locales y establecimientos de dos a cinco años, multa igual que la de las personas físicas y comiso de las ganancias y beneficios. Sin embargo, la multa es inefectiva, porque no se prevé ninguna para las personas físicas, y aquí se señala que se impondrá la misma que a éstas. Por otro lado, no se comprende bien que no se hayan previsto otras consecuencias posibles, aunque fuera con carácter facultativo, como son la clausura «definitiva» de los locales y establecimientos, por un lado, y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, por otro lado (precisamente al estar contempladas como tales en el artículo 23.4 de la Convención del Consejo de Europa de 2005), o cualquiera del resto de las consecuencias que, como penas, están contenidas en el Proyecto de reforma de 2009 para las personas jurídicas (disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores).

El apartado octavo extiende la responsabilidad penal por la trata de personas y por tanto la *punibilidad* a los *actos preparatorios* que consistan en conspiración, proposición y provocación para cometer estos delitos. Con ello se aumenta el grado de intervención penal a límites extremos, dado que la trata misma de personas constituye a su vez un acto preparatorio de los delitos en los que se concreta la explotación final a la que se somete a la víctima de estos delitos. La Decisión Marco de 2002 contempla tan sólo la punibilidad de la tentativa, de la inducción y de la complicidad, al igual que el Consejo del Convenio de Europa de 2005, mientras que el Protocolo de Naciones Unidas menciona tan sólo el castigo de la complicidad y de la tentativa. Pero en el caso español, siendo punible la inducción, la complicidad y la tentativa de delito con carácter general, la punibilidad se extendería además a los actos preparatorios del delito de trata de personas consistentes en la conspiración, proposición y provocación (definidas en los artículos 17 y 18 CP) de cuajar lo que el Proyecto de 2009 contiene en este apartado del artículo 177 bis.

El apartado noveno contiene una regla concursal cuando los hechos pueden realizar otro tipo penal. En efecto, se contempla una regla sobre el concurso de delitos cuando la trata de personas desencadena la producción de otros delitos, es decir, aquellos en los que se concreta la explotación de la persona, pero es aplicable también para otros delitos que se puedan producir coetáneamente a las acciones de trata, como, por ejemplo, lesiones o detenciones ilegales. En dicho caso se castigan los delitos conjuntamente. Este precepto contiene una alusión específica al delito del artículo 318 bis, esto es, al tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, que es precisamente aquel con el que tiende a confundirse, para dejar completamente claro que la relación entre ambos delitos es la de un concurso de delitos (y no de leyes). Puesto que ninguno

Trata de seres humanos, en especial menores

II

de ellos agota el contenido de injusto del otro deberán valorarse penalmente de forma acumulativa o por separado.

Por último, el apartado décimo introduce la reincidencia internacional en relación con la trata de personas, lo que supone tener en cuenta las sentencias extranjeras condenatorias por delitos de la misma naturaleza a los efectos de aplicar en España la agravante de reincidencia (así también en el artículo 25 de la Convención del Consejo de Europa de 2005).

En resumen, estamos ante un proyecto de regulación con el que se cumple en términos generales con los compromisos internacionales de España en relación con la punición de la trata de personas. El grado de convergencia con los textos internacionales que le sirven de base es alto y las especificaciones introducidas completan un elevado e intenso grado de coerción penal de los delitos de trata de personas, y en particular de la trata que afecta como víctimas a los menores de edad.

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la trata de menores desde una perspectiva jurídico-penal plantea una serie de cuestiones que a modo de conclusiones del presente trabajo proceden ser pormenorizadas. Partiremos para ello de la situación legal actualmente concurrente en España analizada a la luz de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, complementada por el texto proyectado del artículo 177 bis CP en virtud del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009.

Con base en lo anterior estableceremos una serie de conclusiones a modo de observaciones críticas en el marco de la trata de menores:

- 1) Una primera cuestión que debemos abordar es la relativa a la *distinción entre los actos de tráfico y los de trata de personas*. Dichos conceptos tienden a ser confundidos debido a que suelen producirse en situaciones análogas, los sujetos pasivos son habitualmente migrantes, los autores y partícipes suelen actuar en el marco de la criminalidad organizada y ambos implican comercio con seres humanos.

El *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (15 de noviembre de 2000) define al tráfico de migrantes como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un país, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. La entrada ilegal se define como el paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (artículo 3).

Así, aunque en ambos casos se toma ventaja de la situación de necesidad de la persona que se ve en la obligación de migrar para mejorar su calidad de vida, y del dato de que en numerosas ocasiones el hecho se inicia como tráfico de migrantes y finaliza como trata de personas, se pueden apuntar las siguientes diferencias:

- En el tráfico de personas siempre se da el cruce de frontera o fronteras, mientras que la trata de personas puede darse dentro (interna) o fuera de un país (transnacional), es decir, sin que se produzca necesariamente un cruce de fronteras.

- En el tráfico de personas se presta un servicio con la voluntad del migrante, mientras que en la trata de personas concurre violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (medios comisivos que no se exigen en relación con un menor) y siempre con fines de explotación.
 - En el tráfico de personas los migrantes generalmente viajan indocumentados o con documentos falsos, en la trata de personas la salida y el ingreso puede ser legal, con la debida documentación.
 - El tráfico de personas finaliza después de haber llegado al destino, mientras que en la trata de personas habitualmente la explotación se prolonga en el tiempo, dado que la víctima es tomada como una mercancía que debe rendir beneficios durante un largo período.
 - Mientras que en el tráfico de personas hay un mayor número de hombres que solicitan el «servicio», en el caso de la trata de personas la mayoría de las víctimas son mujeres, niños y niñas, aunque también existen víctimas masculinas.
 - El tráfico de personas es fundamentalmente un delito contra los intereses del Estado, mientras que la trata de personas atenta principalmente contra la dignidad y los derechos de la persona.
 - En el tráfico de personas el negocio deriva del movimiento de personas a través del cruce de fronteras, mientras que en la trata la mercancía es la persona misma.
 - La finalidad del tráfico de personas es la entrada ilegal de migrantes en un Estado, mientras que el objetivo de la trata es la explotación.
- 2) Al hilo del estudio de la normativa internacional (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea) que establece la necesidad de que los Estados procedan a la tipificación de la trata de seres humanos cabe poner de manifiesto la *laguna de punibilidad* que, en este sentido, concurre actualmente a la vista de la legislación penal española vigente.

El propio Proyecto de reforma del Código Penal de 2009 dispone textualmente que «el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos».

De acuerdo con lo establecido a lo largo de este trabajo no resulta correcto considerar que la trata de personas sea objeto *de lege lata* de incriminación en nuestro CP vigente como delito autónomo, sin perjuicio de que sean delictivas y punibles en España la mayor parte de las concretas formas en que se manifiesta la explotación de la persona objeto de trata. Ello implica hacer caso omiso de los compromisos asumidos en virtud de los siguientes instrumentos internacionales:

- «Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños», de 15 de noviembre de 2000 (Protocolo de Palermo).
- Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (mayo 2005), objeto de firma por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 (publicación del Instrumento de Ratificación en BOE de 10 de septiembre de 2009).

En la totalidad de los textos internacionales anteriores se establece la necesaria tipificación de la trata de seres humanos, lo cual pone de manifiesto el flagrante incumplimiento que la inexistencia de una figura delictiva de las características referidas en España supone desde el punto de vista de los compromisos asumidos por nuestro país, máxime cuando la mayor parte de los países en la esfera comparada castigan desde hace años autónomamente (de otros delitos conexos) el delito de trata de personas.

- 3) A cubrir la laguna referida se dirige la *previsión en el artículo 177 bis CP en virtud del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009*. Ya hemos destacado *supra* las características típicas de dicha figura y lo acertado de la tipificación expresa de tales conductas desde un punto de vista político-criminal.

Partiendo del dato anterior procede, no obstante, realizar una serie de *consideraciones críticas* en relación con dicho precepto:

- a) En cuanto a los medios comisivos el artículo 177 bis CP proyectado incluye la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, pero se omite el medio consistente en *la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*, que no sólo aparece previsto en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, sino también en la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 y en la Convención del Consejo de Europa de 2005. Dado que el medio económico para captar voluntades resulta muy factible en el ámbito de la trata, consideramos esta laguna especialmente significativa, lo que sin embargo no afecta a los menores, porque para éstos no existe necesidad de que concurra medio comisivo alguno para hablar de trata punible. Igualmente en todos los instrumentos normativos internacionales mencionados se contempla *el secuestro o el rapto de la persona* como medio comisivo, pero no así en el Proyecto español, quizás por estimar que todas las modalidades de secuestro o rapto podrán subsumirse en la violencia o en la intimidación.
- b) En relación con las finalidades el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños establece que «esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos». Como queda de manifiesto, la enumeración del Protocolo se configura como un mínimo, susceptible de ampliación por parte de los distintos Estados. No obstante, el nuevo precepto proyectado en el artículo 177 bis CP se ha limitado a consignar las finalidades citadas y no ha incluido otras, que a nuestro juicio, deberían ser al menos tomadas en consideración. Así, por ejemplo, entre otras:
 - b.1) La vinculada con la explotación de personas (particularmente menores) en actividades de *mendicidad*, pues no resulta absolutamente claro que en todos los supuestos imaginables ello pueda integrarse en la imposición de trabajo o de servicios forza-

dos o de prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre a las que se refiere el artículo 177 bis.1.a) Proyecto CP 2009. No obstante, el CP vigente recoge en el artículo 232 la conducta de aquellos que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, así como la de las personas que para la realización de los fines citados traficaren con menores de edad o incapaces. Si esta conducta se encajara en el artículo 177 bis tendría una pena de prisión de 8 años y un día a 12 años, mientras que actualmente la primera de las conductas citadas se castiga con prisión de seis meses a un año (artículo 232.1), y la segunda (propia es la conducta de trata) con pena de prisión de 1 a 4 años (artículo 232.2).

- b.2) *Utilización de menores de 14 años para delinquir aprovechando la irresponsabilidad penal de éstos.* En realidad en tales casos el adulto puede ser considerado autor mediato de los delitos que los menores realizan por él como instrumentos, pero esta responsabilidad penal no capta valorativamente la explotación a la que es sometido el menor, quien, lejos de ser considerado una víctima de estas prácticas, puede ser tomado como co-responsable de los delitos. De ahí la postura que pretende prevenir esta manifestación delictiva rebajando la edad penal de los menores de 14 a 12 años. Sin embargo, parecería más adecuado dedicarse a reprimir mejor la conducta del adulto que instrumentaliza a los menores para delinquir en su favor, quien además, si utiliza a varios de ellos, estaría dirigiendo un grupo organizado, lo que implica un nuevo plus de injusto de la conducta de trata de menores. Ésta constituye una circunstancia análoga a los trabajos o servicios forzados, pero con perfiles propios, razón por la que habría que individualizarla de las conductas de trata genéricas.
- b.3) *La concertación de matrimonios ilegales o forzados.* En el Derecho comparado existen modelos que incluyen esta finalidad de forma explícita en sus tipificaciones de la trata de seres humanos (así, por ejemplo, El Salvador o Colombia). Con los matrimonios ilegales o forzados estaríamos ante un caso equivalente a los de explotación de la persona por constituir una *práctica análoga a la esclavitud*, por lo que en principio habría que considerarla típica conforme a la formulación del artículo 177 bis.1a). En efecto, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud define los diferentes tipos de servidumbre, y enumera las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud, entre las cuales menciona «la situación en que una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas». También la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/19, sobre trata de mujeres y niñas incluye entre los fines de la trata de mujeres y niñas los matrimonios forzados. Sin embargo, la falta de una alusión expresa en el artículo 177 bis podría hacer surgir la duda sobre si puede subsumirse como un supuesto más de trata, particularmente porque no se han consignado entre las modalidades de comisión típica la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Por otro lado, el problema para considerar esta modalidad de explotación como trata son los casos en los que se produce únicamente la entrega de una persona para el matrimonio forzado, y no de una pluralidad de víctimas

Trata de seres humanos, en especial menores

II

potenciales y, por tanto, tampoco por parte de una organización destinada a tales fines, sino tan sólo por parte de alguno de sus progenitores o tutores.

- b.4) Los supuestos de *adopciones ilegales*. Recogidos por alguna legislación extranjera como trata de personas, en nuestro Código Penal pueden tener encaje en el artículo 221, donde se castiga con pena de prisión de 1 a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, así como a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. Cabe resaltar únicamente la notoria diferencia de penalidad si esta conducta fuera considerada trata, en cuyo caso la pena de prisión sería de 8 años y un día a 12 años. El problema que plantea esta modalidad, sin embargo, es que no está claro que pueda decirse que la adopción ilegal constituya un caso de explotación del menor. Pero sin embargo es evidente que sociológicamente tales supuestos de trata de menores con fines de adopción ilegal existen, como lo demuestran las recientes denuncias de secuestros de niños huérfanos o separados de sus familias tras el terremoto de Haití de enero de 2010 por parte de grupos de personas organizadas para su posterior entrega/venta a padres adoptivos.
- c) Para una mejor contextualización del delito de trata en el Código Penal español, a la vista de la importante o extraordinaria penalidad prevista, habría que estudiar la posibilidad de limitar el radio de acción de la figura delictiva a aquellos supuestos en los que concurra un *sujeto activo* plural (esto es, una organización delictiva dedicada a estas actividades) y un *sujeto pasivo* potencialmente indeterminado, esto es, que el referente no lo constituya un solo sujeto pasivo. A tal efecto en la configuración típica podría exigirse la realización por parte de los sujetos activos de «trata de personas» (personas en plural). En parecido sentido sobre el sujeto pasivo se ha pronunciado el Informe al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008 del Consejo General del Poder Judicial, que prefiere la expresión «tráfico de personas», que nosotros descartamos por lo que respecta a la acepción «tráfico» para evitar confusiones conceptuales con el delito de inmigración clandestina de personas.
- d) Un aspecto interesante en la configuración del delito de trata de personas si pretendemos su ajuste pleno a los criterios asentados en la esfera internacional consiste en la toma en consideración del artículo 19 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (mayo 2005).

«Artículo 19 – Tipificación de la utilización de los servicios de una víctima

Cada Parte estudiará la posibilidad de adoptar las medidas legales y otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal, de conformidad con su derecho interno, la utilización de los servicios que son objeto de la explotación a que se refiere la letra a) del artículo 4 del presente Convenio, a sabiendas de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos».

En definitiva, se está exigiendo tomar en consideración la posibilidad de tipificar penalmente la conducta relacionada con la utilización de servicios de personas sometidas a la trata, a sabiendas de la condición de la víctima. Dicha incriminación no se ha previsto en la reforma del CP proyectada y, al menos, cabe analizar la procedencia de la misma, toda vez que la citada Convención ha sido ya firmada y ratificada por España. Además, esta incriminación resultaría coherente con el castigo previsto en la reforma del CP para el cliente de la prostitución de un menor de edad.

A este respecto cabe resaltar que el tipo delictivo de trata previsto en el Proyecto de reforma del CP tampoco castiga la conducta de «entrega dolosa de la víctima de trata al tratante», como sí se hace en otras legislaciones. Sin embargo, esa conducta normalmente realizará un tipo delictivo previsto en el Código penal (en concreto y en relación con los menores, la venta o entrega de menores, artículo 221 CP).

En el mismo sentido, el artículo 20 del Convenio establece:

«Artículo 20 – Tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad

Cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas que sean necesarias para tipificar como infracciones penales los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente con el fin de facilitar la trata de seres humanos:

- a) Falsificar un documento de viaje o de identidad;
- b) Proporcionar o suministrar dicho documento;
- c) Retener, sustraer, ocultar, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona».

En relación con el particular resulta claro que desde la perspectiva del Derecho penal español falsificar un documento de viaje o de identidad es punible *de lege lata*, pero la conducta subsumible en el apartado c) en la modalidad de «retención» (supuesto muy común con fines de explotación) no resulta en principio típica y exige un análisis acerca de la adecuación de la incriminación de la misma. Otro tanto cabe decir de las conductas del apartado b), dado que proporcionar o suministrar un documento no implica la participación en la falsificación y puede resultar dudoso que en todos los casos imaginables constituya el delito de uso del documento falso o falsificado (artículo 393 CP). En todo caso, la tipificación de las conductas del artículo 20 del Convenio es preceptiva, a diferencia de la conducta del artículo 19 anteriormente reseñada.

- 4) Por otro lado, cabe resaltar que en el Proyecto de reforma de 2009 se acoge un nuevo tipo delictivo en el artículo 156 bis consistente en la tipificación del tráfico de órganos, que se castiga como un delito de lesiones específico. El tráfico de órganos constituye una de las finalidades perseguidas a través de las actividades de trata de seres humanos, como hemos puesto de manifiesto anteriormente. Conforme al nuevo artículo 156 bis del Proyecto:

«1. Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el transplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal.

Trata de seres humanos, en especial menores

II

2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

3. Cuando proceda la responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos del delito».

Cabe tener en cuenta el presente precepto, puesto que de prosperar la reforma del CP proyectada y dada la cláusula concursal prevista en el artículo 177 bis.9, en los supuestos en los que las actividades de trata se lleven a cabo con la finalidad de obtención de órganos para trasplante y efectivamente se obtengan, los referidos artículos 156 bis y 177 bis CP entrarían en la correspondiente relación de concurso de delitos.

- 5) Una última cuestión que se plantea en el marco del delito de trata de personas, particularmente menores, es la relativa a la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos delictivos que pueden haber sido cometidos en el extranjero y por parte de ciudadanos extranjeros.

Como es sabido dicha competencia viene determinada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) que, en su artículo 23, establece los criterios de competencia. Partiendo del principio básico de territorialidad, es decir, de la competencia de la jurisdicción penal española para conocer de los hechos delictivos ocurridos en territorio español, debemos analizar los distintos supuestos hipotéticamente concurrentes.

Así, si la trata se produce en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles ninguna duda existirá sobre la competencia de nuestros tribunales para el conocimiento de dichos hechos (artículo 23.1 LOPJ, principio de territorialidad).

Por otro lado, en caso de comisión del hecho delictivo en el extranjero por parte de españoles o de extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española después de la comisión del hecho delictivo, conocerán de él los tribunales penales españoles siempre que (artículo 23.2 LOPJ, principio de personalidad):

- a) El hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) El agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c) El delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

No obstante, pueden plantearse supuestos problemáticos: así, por ejemplo, el de realización de conductas de trata en el extranjero y por parte de extranjeros con la intención de desplazar a las víctimas a España, pero sin que dicho desplazamiento se haya producido efectivamente aún. En este caso existiría una conducta delictiva en la que concurre un vínculo de conexión con España y respecto de la cual actualmente, los tribunales penales españoles carecen de competencia.

A dichos efectos debería plantearse una reforma de la LOPJ en la que se incluyese en el ámbito del principio de justicia mundial (artículo 23.4) los supuestos de trata de personas, al igual que ya sucede con el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, logrando una protección efectiva y la posibilidad de persecución de dichos supuestos, con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de los sujetos implicados. Dicha reforma resulta absolutamente necesaria al hilo del artículo 177 bis CP proyectado por el Proyecto de reforma de 2009, pues establece en su apartado 1.º que «será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en *territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España* (...)». Por otro lado, queda claro dada la configuración del propio artículo 177 bis CP que la competencia de los tribunales españoles se vincularía a la existencia en el marco del delito de trata de algún punto de conexión con España (realización en territorio español o bien desde, en tránsito o con destino a España). Por último, cabe resaltar que la fórmula empleada en el Proyecto es reiterativa por lo que respecta a la producción de la conducta en España, dado que dice: «ya en territorio español ya desde ... España».

ANA CARINA FREIRE CORREIA DE GUSMÃO

Abogada, Experta Jurídica en Migraciones
Internacionales y Extranjería
(anacarinagusmao@hotmail.com)

III

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

RESUMEN

EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMUNITARIO

El presente trabajo trata del estudio de la reagrupación familiar de los extranjeros en España, analizando previamente el concepto de familia dentro del ámbito interno y externo para llegar a la conclusión del modelo de familia que ha utilizado el legislador español para regular la reagrupación familiar y su procedimiento. Se realiza, asimismo, un análisis detallado sobre el ámbito de aplicación personal y su procedimiento en la actual legislación de extranjería tanto en el régimen general como en el comunitario, recientemente modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en vigor desde 14 de diciembre de 2009.

ABSTRACT

THE RIGHT TO FAMILY REGROUPING WITHIN THE SPANISH AND COMMUNITY LAW

This work is the study of family reunification of foreigners in Spain, previously analyzing the concept of the family within the internal and external to arrive at the conclusion of the family has used the Spanish legislature to regulate family reunification model and its procedure. Also performs a detailed analysis on the scope personal and its procedure in the current legislation on immigration in the community, both the general regime recently amended by law 2/2009 of 11 December, reform of Act No. 4/2000, of 11 January, on rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, in force since December 14, 2009.

SUMARIO

I. Introducción.

II. El derecho a la reagrupación familiar. A) Concepto de familia. B) Contenido y límites del Derecho a la reagrupación familiar.

III. Derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español. A) Alcance y articulación del derecho. B) Ejercicio del derecho. C) Ámbito de aplicación; a) Familiares susceptibles de ser reagrupados por un extranjero residente en España; a') El cónyuge: 1. Especial mención a las parejas no casadas. 2. Matrimonios poligámicos. 3. Extranjero residente (reagrupante) que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias. b') Los hijos. 1. Personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. 2. Hijos adoptivos. 3. Hijos de uno solo de los cónyuges. c') Los menores de dieciocho años o los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español. d') Los ascendientes.

IV. El derecho de reagrupación familiar en el ámbito comunitario. A) Beneficiarios del régimen comunitario. a) El cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o de aclaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal; b) La pareja registrada; c) Descendientes; d) Ascendientes directos del ciudadano comunitario y de su cónyuge o pareja que vivan a su cargo.

V. Especial mención a la condición del familiar extranjero del ciudadano español.

VI. Procedimiento para la reagrupación familiar en el Derecho español. A) Régimen Jurídico General. a) Los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales y regulación de la posibilidad de reagrupación en cadena. B) Régimen Jurídico Comunitario.

VII. Modificaciones introducidas en el ámbito de la reagrupación familiar por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

VIII. Conclusiones.

IX. Bibliografía.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

I. INTRODUCCIÓN

La inmigración con el propósito de reagrupación familiar se ha convertido en el enfoque principal de las políticas de inmigración que predominó en la Europa más desarrollada entre 1960 y 1973, año que marcó un paro oficial para la inmigración de carácter laboral. Como consecuencia del fenómeno migratorio el derecho de la familia, el derecho a la intimidad familiar y el derecho a la reagrupación familiar, se han convertido en piezas claves para la integración de los extranjeros en los países de asentamiento, siendo, por ello, necesaria la colaboración de los Estados en lo que se refiere a la facilitación de dicha reagrupación familiar.

El único instrumento jurídico, a nivel universal, que menciona la protección general de la familia es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando en su artículo 16, párrafo 3 indica que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado», lo que significa que la familia tiene el derecho a la protección, no sólo de la sociedad sino también del Estado. Y ello obliga genéricamente a los Estados a arbitrar fórmulas de protección social que van más allá de la propia política interna de fomento o restricción de la natalidad o de la regulación de la convivencia o de cualquier otra circunstancia contenida en el propio Derecho de Familia.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tampoco ha concretado esta previsión genérica de protección de la familia limitándose prácticamente a copiar en el artículo 23, lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Al margen de otros Convenios Internacionales que, indirectamente, también protegen a la familia, sea en el marco de la protección de la mujer o de la infancia, la realidad es que hay una ausencia casi total de previsiones jurídicas respecto a la unidad familiar. Consecuentemente, donde no se generan obligaciones, los Estados disponen de un margen de apreciación que pueden llevar, incluso, de la apreciación a la propia negación del derecho. Y cuando, además, se trata de extranjeros, los límites son aún mucho mayores. Por un lado, se insta a los Gobiernos al reconocimiento de este derecho, pero, por otro, reconoce también que éste sigue siendo un dominio reservado de los Estados. Por tanto, salvo los llamados derechos fundamentales, la regulación jurídica de la extranjería sigue siendo un dominio reservado para el Derecho nacional.

El razonamiento jurídico respecto al derecho del extranjero al reagrupamiento familiar como derecho fundamental se sostiene solamente con la lectura simple de los artículos referidos a los derechos fundamentales en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4) donde no se recoge ni siquiera como derecho inderogable el derecho de un extranjero que resida legalmente en un país, a seguir residiendo en él.

En cuanto a la consideración del derecho del extranjero al reagrupamiento familiar como derecho fundamental, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional determina la posición jurídica de los extranjeros en España a partir del artículo 10.1 CE (dignidad de la persona) y artículo 13 CE, estableciendo una doctrina consistente en una triple clasificación de los derechos basada en último término en la distinción de titularidad de los derechos y su ejercicio, por su conexión con la garantía de la dignidad humana. De este modo, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 7 de noviembre de 2007 establece, en relación con el derecho a la reagrupación familiar reconocido en el artículo 16 LOEx, que el indicado derecho no forma parte del contenido del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 CE y, por tanto, no se le

puede catalogar como un derecho fundamental. Ahora bien, esto no quiere decir que no sea un derecho protegible a nivel internacional.

Por ello, los extranjeros tienen derecho a que los Estados respeten su derecho a la vida familiar, tal como reconoce internacionalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y diversos tratados internacionales que han sido ratificados por España como Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, además de reiterada jurisprudencia comunitaria sobre este respecto, y ello pese a la existencia de una dicotomía entre la Soberanía de los Estados y su derecho a controlar la migración en su país y los derechos e intereses legítimos de los extranjeros.

Sobre el régimen aplicable a los familiares de los extranjeros, hay que destacar la existencia de una clara diferenciación entre el régimen aplicable a los familiares de los reagrupantes de los terceros países extracomunitarios (incluidos los españoles que no entran dentro del ámbito de aplicación personal del régimen comunitario y, por ende, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de régimen general de extranjería) y el régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios pertenecientes a la Unión Europea o que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, además de los suizos, siendo este último régimen más beneficioso que el primero, como más adelante se indicará.

Así, la actual legislación de extranjería, en cuanto a la materia de reagrupación familiar se refiere, puede en algunas ocasiones considerarse discriminatoria e, incluso, injusta para los familiares de los extranjeros reagrupantes extracomunitarios cuando se compara con la normativa aplicable a los familiares de los ciudadanos comunitarios¹, y ello porque la ley de extranjería² y su reglamento de ejecución³, hacen una distinción en cuanto, por ejemplo, a la edad que ha de tenerse en cuenta para la mayoría de edad de los hijos descendientes del extranjero reagrupante –18 años para los familiares del extranjero reagrupante nacionales de terceros países en contraposición a los 21 años para los hijos de los ciudadanos comunitarios y españoles–.

II. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

(1) Regulado en el ordenamiento español por 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.

(2) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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 y, posteriormente, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

(3) Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba 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.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

Antes de entrar a analizar detenidamente la configuración legal de la reagrupación familiar en el derecho español y comunitario, es necesario determinar el concepto de familia, puesto que ésta es el germen fundamental de este derecho y sobre la que se erige la regulación tanto del legislador español como del comunitario a la hora de efectuar su configuración.

A) Concepto de familia

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del Estado, según manifiesta el apartado 3 del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁴ (DUDH), siendo desde siempre una institución fundamental y tutelada en el ámbito del Derecho. De ello se deriva que los esposos han de estar autorizados, en principio, a vivir juntos en todos los países. Esta concepción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad se recoge, igualmente, en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), donde se proclama el derecho al matrimonio y a la vida privada y familiar; en el artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961; el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP), y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 10 de diciembre de 1966 (PIDSEC). Por su parte, el Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando éstos no convivan juntos y residan en países diferentes (artículos 9 y 10). Pese a todo, ninguno de estos instrumentos jurídicos internacionales nos aporta una definición concreta acerca de qué es la familia⁵, dada las enormes diferencias sociales y culturales existentes entre los diferentes Estados. Por ello, la creación de una familia como derecho de todos los individuos no fue preterida en los acuerdos internacionales de derechos ratificados después de la Segunda Guerra Mundial, que han de informar, a través del artículo 10.2 CE.

La base y el presupuesto de determinados derechos en la ordenación jurídica de la extranjería son los vínculos familiares, en particular en lo que se refiere al derecho de reagrupación familiar. Dicha vinculación afecta específicamente al derecho a la vida familiar entendido como el derecho de cualquier persona a convivir con sus familiares, lo que exige permitir y facilitar la reagrupación cuando existen desplazamientos transfronterizos de las personas que componen la familia. De ahí, la necesaria articulación del derecho del extranjero a la reagrupación familiar⁶.

(4) Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948:

«1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

(5) GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 50.

(6) *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, julio de 2008, p. 47 y ss.

El derecho a la vida familiar goza de reconocimiento internacional, como derecho de la persona. Pero la concepción de la familia, su articulación a través del modelo matrimonial u otros modelos (parejas de hecho, parejas registradas), el propio concepto de matrimonio (monogámico, poligámico, homosexual, heterosexual), así como la condición de miembros de la familia, varían de unos ordenamientos a otros⁷, siendo, por tanto, a éstos a los que, en principio, corresponden definirla, tal como reconoce expresamente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando, en su artículo 9, garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

En el ámbito europeo, el modelo de familia que tiene en cuenta el legislador es la nuclear monogámica; sin embargo, no existe un modelo único de familia, sino que existen múltiples formas que corresponden a una sociedad plural e impiden interpretar el concepto restrictivamente.

En relación con el ámbito interno español, hay que decir que si bien el artículo 39 CE se configura como el eje alrededor del cual gira el tratamiento constitucional de la familia, la Constitución Española no manifiesta expresamente en ninguno de los preceptos de su articulado qué debe entenderse por «familia». No obstante, es interesante destacar que la Carta Magna no ha identificado a la familia con origen en el matrimonio⁸, conclusión que se impone no sólo por la regulación diferenciada de ambas instituciones (artículos 32 y 39), sino también porque el amparo que la Norma fundamental le otorga a esta institución responde a imperativos ligados al carácter social de España (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención que, por consiguiente, debe otorgarse a la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Según la conclusión que realiza GARCÍA VÁZQUEZ, junto a la familia de origen matrimonial, por relevante que ésta sea en nuestra cultura, existen otras, como corresponde a una sociedad plural. En este sentido, opina ÁLVAREZ VÉLEZ que, la fórmula empleada en la Constitución es congruente con la evolución que en la sociedad española podría experimentar la realidad familiar⁹. Por ello, se puede inferir que el concepto de la familia nace de la familia originada del matrimonio, que es, a su vez, la que toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los demás Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España.

No obstante lo anterior y en cuanto a la inclusión de las uniones de hecho en el concepto de familia, la jurisprudencia constitucional ha considerado que se parte de que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial son realidades jurídicamente disímiles, por lo que, en principio, su tratamiento es diferenciado. La unión de carácter matrimonial es una institución social garantizada por la Constitución Española, que proporciona frente a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata. En cambio, en cuanto a la convivencia *more uxorio* no existe un derecho expreso a su establecimiento reconocido constitucionalmente.

(7) ZABALO ESCUDERO, E.: «Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea», *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Aequalitas, núm. 16, 2005, pp. 28 y ss.

(8) STC 222/1992, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 5.º. Véase el análisis de JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Comentarios a la CE. La jurisprudencia del TC*, Editorial Areces, Madrid, 1993. GARCÍA MORILLO, J.: «La protección de la familia», en DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, J.: *El régimen constitucional español*, Labor, Madrid, 1980, p. 319.

(9) ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 150.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 CEDH, ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estados el respeto efectivo de la vida familiar. Su acervo jurisprudencial, cuyo objeto radica principalmente en las relaciones familiares paterno-filiales y las medidas en relación con los extranjeros, despliega una eficacia preventiva y correctiva contribuyendo a ampliar enormemente el contenido del derecho a la vida familiar. Así, hay que destacar que la consideración de «cónyuges», que incluye sólo a los que lo son legalmente, puede resultar contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 13 de junio de 1979, caso *Marckx*, consideró que la vida familiar comprende también la que se deriva de relaciones que resulten de una unión no matrimonial, y declaró que el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no distingue entre «familia legítima e ilegítima»¹⁰. A posteriori, en una sentencia de 18 de diciembre de 1986, caso *Johnston*¹¹, se insiste en esta línea jurisprudencial al destacar que dicho precepto protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural.

B) Contenido y límites del derecho a la reagrupación familiar

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reconoce los derechos de toda persona, manifestándose que nadie puede sufrir determinadas violaciones a los derechos reconocidos, lo que significa que los derechos reconocidos en el Título I del Convenio afectan por igual a todas las personas dependientes de la jurisdicción de los Estados Partes (artículo 1 Convenio de Roma), con independencia de que tengan o no la nacionalidad del mismo. Sin embargo, no se puede deducir que toda diferencia de trato a que pueda ser sometido un extranjero sea incompatible con el Convenio, ni con la interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo. Como consecuencia, el derecho a la reagrupación familiar constituye cierto límite a los Estados en orden a permitir la entrada de determinados familiares del extranjero residente o, incluso, en orden a dictar una orden de expulsión de un extranjero que pueda ver limitado su derecho a la vida familiar. No obstante, no se trata de un derecho absoluto, sino que su ejercicio puede estar sometido a determinadas limitaciones.

El objetivo fundamental del artículo 8.1 CEDH es proteger al individuo contra una acción arbitraria que perjudique a su vida familiar por parte de las autoridades públicas (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs. Países Bajos*), existiendo, en todo caso, obligaciones positivas y negativas inherentes al «respeto» efectivo a la vida familiar. De este modo, el contenido del derecho a la reagrupación familiar viene marcado por el respeto al derecho a la vida familiar, y este respeto impone dos tipos de obligaciones para los Estados¹²: de un lado «la obligación positiva para los Estados de adoptar las medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos de los demandantes» (STEDH, de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra vs. Italia*), obligación positiva que puede incluso implicar la modificación de la legislación (STEDH, de 26 de marzo de 1995, caso *X y Y vs. Países Bajos*) y, de otro, «la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas

(10) STEDH Caso *Marckx*, de 13 de junio de 1979.

(11) STEDH Caso *Johnston*, de 18 de diciembre de 1986.

(12) GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Inmigración y derechos fundamentales, jurisprudencia, legislación y política migratoria en España*, Universitas Internacional, SL, 2008, pp. 196-197.

que causen la ruptura de los vínculos familiares» (STEDH, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs. Países Bajos*).

En cualquier enfoque analítico que se adopte –la obligación positiva o la injerencia– los principios aplicables sobre la justificación según el artículo 8.2 son en general similares (STEDH de 21 de febrero de 1990, caso *Powel y Rayner vs. Reino Unido*). En ambos contextos «se debe de tener en cuenta el equilibrio equitativo entre los intereses en conflicto de las personas y de la comunidad en su conjunto. En ambos casos, el Estado goza de apreciación al decidir las medidas a tomar para garantizar la conformidad con el Convenio» (STEDH, de 17 de octubre de 1986, caso *Rees vs. Reino Unido*), pero «deben exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la manera menos onerosa para los derechos humanos. Para lograr esto, deben llevar a cabo una investigación y un estudio adecuado y completo con objeto de encontrar la mejor solución posible que realmente lleve a un equilibrio entre los intereses en conflicto» (STEDH de 2 de octubre de 2001, caso *Hatton y otros vs. Reino Unido*).

Así, para determinar el alcance de las obligaciones del Estado, el Tribunal debe examinar los hechos del caso basándose en los principios aplicables, que ya fueron enunciados en la STEDH de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut vs. Países Bajos* o en la STEDH de 19 de febrero de 1996, caso *Güll vs. Suiza*, de la siguiente manera:

- a) El alcance de una obligación por parte de un Estado de admitir en su territorio a los familiares depende de la situación de los interesados y del interés general.
- b) Según el principio de derecho internacional, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de los compromisos que se derivan para ellos de los Tratados, de controlar la entrada de no nacionales en su territorio.
- c) En materia de inmigración, el artículo 8 no podría interpretarse como una imposición a un Estado de la obligación general de respetar una libre elección de los inmigrantes en virtud de diversas consideraciones y que éstas predominen sobre el interés general.

Partiendo de la idea de que los Estados Partes del Convenio tienen la prerrogativa de controlar, en virtud de un principio de Derecho Internacional establecido, y sin perjuicio de los compromisos que se derivan de los Tratados, la entrada y estancia de los nacionales (entre otras STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif vs. Suiza*), el Tribunal¹³ deberá determinar si las decisiones y medidas de ejecución de los poderes públicos del Estado constituyen una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar en el sentido del artículo 1 del Convenio¹⁴. Así, una vez deducida la injerencia, el Tribunal deberá analizar si ésta está justificada desde el punto de vista del apartado segundo del artículo 8, es decir, la actuación del Tribunal deberá determinar, si estaba prevista por la ley, perseguía a unos fines legítimos y «era necesario en una sociedad democrática», para alcanzar dichos fines.

En relación a la «necesidad» de la injerencia en una sociedad democrática, el TEDH en reiteradas ocasiones ha manifestado que «Una injerencia es considerada necesaria para una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo, si responde a una necesidad imperiosa y, en particular,

(13) Sobre la función del TEDH vid. Sentencia de 18 de enero de 2001, caso *Coster vs. Reino Unido*.

(14) GOIG MARTÍNEZ, J.M.: *Inmigración y derechos fundamentales, jurisprudencia, legislación y política migratoria en España*, Universitas Internacional, S.L., 2008., p. 198.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

es proporcionada al fin legítimo perseguido» (SSTEDH de 19 de febrero de 1998, caso *Dalia vs. Francia*, de 26 de septiembre de 1997, caso *Mehemi vs. Francia*, entre otras).

III. DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

La Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración Social (LOEx) ha otorgado un tratamiento a la reagrupación familiar como derecho, lo que conllevó al término de la situación de ignorancia que se vivió durante la vigencia de la ley anterior (LO 7/1985), toda vez que en ésta se obviaba de manera concluyente el tema, pese a la existencia de numerosos pronunciamientos al respecto del TEDH.

A) Alcance y articulación del derecho

La reforma del régimen de reagrupación familiar constituye una de las novedades más relevantes, por su trascendencia práctica, de la legislación de extranjería, ya que se le reconoce como un verdadero derecho, sustituyendo, por tanto, la concepción de que se trataba simplemente de una habilitación destinada a la tramitación de la solicitud de un tipo especial de visado.

El capítulo II del Título I de la actual LOEx denominado Derechos y Libertades de los Extranjeros (modificada por la LO 8/2000, posteriormente por la LO 14/2003 y más recientemente por la LO 2/2009) está dedicado íntegramente al derecho a la reagrupación familiar, dividiéndose en cinco artículos que analizan desde el reconocimiento del derecho a la intimidad familiar, pasando por los familiares susceptibles de ser reagrupados, hasta el procedimiento para efectuar esa reagrupación familiar, poniendo especial interés en los efectos de la reagrupación en circunstancias especiales.

En este sentido, el artículo 16. 1 LOEx establece que «los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España». No obstante, el contenido del indicado artículo supedita un derecho reconocido «a toda persona» en el artículo 18 CE, a la situación de residencia legal en España¹⁵, lo que, desde luego, da lugar a razonadas críticas, toda vez que todo extranjero que viva con su familia en España, independientemente de la regularidad o irregularidad de su residencia, tiene derecho a la intimidad familiar¹⁶ en las mismas condiciones que los españoles. De este modo, habría que entender que lo que no se les reconoce a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa es el derecho a solicitar la venida de su familia a España si no se cumplen unos requisitos mínimos estipulados por la legislación de extranjería.

(15) En este sentido, y por todos, véase MOYA ESCUDERO, M.: «Derecho a la reagrupación familiar», en M. Moya Escudero (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001, pp. 673-674.

(16) Y eso es así ya que, en primer lugar, los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son auténticos derechos fundamentales, estrictamente vinculados a la personalidad y derivados de la dignidad de la persona, implicando la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás. El juez americano Goly, en 1873, identificó privacidad con el derecho a ser dejado tranquilo, de estar solo (*the right to be alone*). Cit. por AFONSO DA SILVA, J.: «Curso de Direito constitucional positivo», 6.ª ed., *Revista de los Tribunales*, Sao Paulo, Brasil, 1990, p. 49.

Aunque en el ámbito de la extranjería se generan tensiones entre los intereses de los Estados y la defensa de los derechos humanos, particularmente intensas en el ámbito de la reagrupación familiar, los inmigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos (y deberes), entre los que se encuentra el derecho a vivir en familia. La reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero y reducir así el problema de la xenofobia y el racismo. Así, la familia no es tan sólo un grupo humano, sino que cumple unos fines esenciales en la sociedad, que de no existir debería asumir el Estado, lo que la hace merecedora de la protección del ordenamiento jurídico, tal como lo reconoce el artículo 16.3 DUDH¹⁷. Desde esta perspectiva, parece importante que los Estados permitan en sus políticas migratorias la entrada de extranjeros dirigida a la consecución de la reagrupación familiar, al tiempo que reconozcan este derecho en las leyes de extranjería¹⁸.

El concepto de reagrupación familiar, entendida como la facultad del extranjero residente para solicitar la entrada de sus familiares en España con el fin de convivir con ellos en nuestro país, abarca tanto el supuesto en el que se intenta traer a los miembros de una familia que estaba constituida con anterioridad, como el supuesto en el que el reagrupante, después de su entrada en el Estado miembro, decide fundar una familia con un nacional de un tercer país que no vive en ese Estado miembro¹⁹. Sin embargo, la actual legislación de extranjería (artículo 16.2 LOEx) atribuye la titularidad del derecho a la reagrupación familiar solamente al extranjero residente, es decir, al que posea una autorización de residencia (condicionando, además, su ejercicio a la concurrencia de ciertos requisitos), y no a los familiares susceptibles de ser reagrupados (como se reconocía en la original LO 4/2000), al disponer que «los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.» De esta forma, la exigencia de una autorización de residencia temporal o permanente excluye del derecho a la reagrupación familiar a los trabajadores de temporada o fronterizos y a los que obtengan una oferta de empleo por tiempo limitado, medida que afecta especialmente a los nacionales de países terceros firmantes de acuerdos migratorios con España²⁰.

Así, pues, el derecho a la reagrupación familiar se considera como un derecho atribuido a los extranjeros residentes en España (reagrupantes) y no a sus familiares no residentes (reagrupables), tal como determina el artículo 16.2 LOEx, de modo que tales familiares serán, en su caso, beneficiarios del derecho, pero no titulares del mismo, lo que implica, además, que no caben solicitudes unilaterales por parte de los familiares. En ello coincide con la Directiva comunita-

(17) GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España «derecho a la reagrupación familiar en España»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 69.

(18) RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones laborales*, núm. 20, 2000, pp. 1-14.

(19) GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España «derecho a la reagrupación familiar en España»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 71.

(20) Vid. los Acuerdos suscritos por España con Marruecos, Ecuador o Colombia. Sin embargo, tal limitación sólo operará en los trabajos temporales, y el artículo 6 de los Acuerdos con Ecuador y Colombia se encarga de aclarar que los trabajadores inmigrantes gozarán del derecho de reagrupación familiar, de acuerdo con la legislación española. En Alemania se excluye, en cualquier caso, de la posibilidad de iniciar los trámites de reagrupación familiar a los solicitantes de asilo y a aquellos extranjeros cuya orden de expulsión ha sido suspendida.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

ria 2003/86/CE sobre reagrupación familiar²¹, cuyo artículo 1 dispone que su objetivo es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho de reagrupación familiar «de que disponen los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de los Estados miembros».

Por otro lado, cabría considerar al mencionado artículo 16.2 LOEx como una manifestación concreta de la obligación constitucional de proteger a la familia (39.1 CE), con fundamento en el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar, que reconoce a los propios extranjeros residentes el propio artículo 16 en su apartado 1. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no considera en sí mismo el derecho de reagrupación un derecho fundamental, pues no forma parte del contenido del derecho a la intimidad consagrado por el artículo 18 CE, tal como lo manifiesta en su Sentencia de 7 de noviembre de 2007²² que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra. El Tribunal Constitucional afirma en su sentencia que «este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia». Añade, además, que tampoco en la normativa internacional de derechos humanos se ha reconocido explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar, ni derivado del artículo 8 CEDH, ni tampoco a entenderlo comprendido en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que concluye que los preceptos impugnados (relativos al derecho de reagrupación familiar), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar no están sometidos ni a la reserva de Ley Orgánica, ni a la reserva de ley establecida para los «derechos y libertades reconocidos en el capítulo II²³».

B) Ejercicio del derecho

En cuanto al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, la LOEx exige la concurrencia de determinadas condiciones establecidas en su artículo 18, recientemente modificado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aunque sigue siendo de aplicación para su desarrollo su Reglamento de Ejecución, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, (RELOEx) en sus artículos 38 a 44. Concretamente, el artículo 42.1 RELOEx exige que el reagrupante haya residido en España durante al menos un año y tenga autorización para residir otro año más, que acredite disponer de un alojamiento o vivienda adecuada para él y la familia que quiera reagrupar, lo que tendrá que demostrar a través de un informe

(21) Es decir, el requerimiento de que se trate de un extranjero residente se recogía, también, en la propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea de 2 de mayo de 2002 y, finalmente, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, aplicable en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea nacional de un país tercero, resida legalmente en un Estado miembro, y sea titular de una autorización o permiso de residencia expedido por dicho Estado, por un período de validez superior o igual a un año.

(22) BOE 295, Suplemento, de 10 de diciembre de 2007. El TC desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra frente a algunos preceptos de la ley de reforma de la LOEX, entre ellos, los relativos al derecho de reagrupación familiar (16.2, 17.2 y 18.4), por reputarse inconstitucional la remisión en blanco a su desarrollo reglamentario, ya que los preceptos reformados tienen rango de Ley Orgánica y, sin embargo, las condiciones del ejercicio del derecho que regulan se remiten a la vía reglamentaria, vulnerando la reserva de Ley Orgánica establecida en la misma Constitución.

(23) Fundamentos Jurídicos 10 y 11 de la citada sentencia de 7 de noviembre de 2007.

de la Corporación Local, o subsidiariamente acta notarial [artículo 42.2.e) RELOEx] y medios económicos suficientes para la subsistencia [artículo 42.2.d) RELOEx]. Además, la escasez de medios económicos, dificultades para el arrendamiento de viviendas y demás condicionamientos sociales que rodean en muchos casos la vida del inmigrante, constituyen obstáculos o inconvenientes, difícilmente superables, para la reunificación pretendida²⁴.

No obstante lo anterior, la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 a los artículos 17 y 18 de la LOEX, concretamente al apartado 1.d) del artículo 17 y al apartado 1.º del artículo 18 de la LOEX, establece una diferenciación respecto a los ascendientes reagrupantes, imponiéndoles, además, como requisitos para la reagrupación familiar un límite mínimo de edad para que sean reagrupado –65 años– así como la previa obtención de residencia larga duración, es decir, cinco años de residencia legal para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Excepcionalmente, se prevé que cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

Este trato diferenciado o, como quiera, discriminatorio a los ascendientes reagrupantes nacionales extracomunitarios vulnera, en mi opinión, en cuanto al límite temporal de residencia legal del reagrupante, lo estipulado en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, normativa comunitaria rectora del derecho a la reagrupación familiar y de obligada observancia por parte de España dada su condición de Estado miembro de la UE. Y ello porque del propio tenor literal del artículo 8 de la Directiva²⁵ se infiere expresa e inequívocamente que los Estados miembros podrán requerir un período máximo de residencia legal previa de dos años para el extranjero reagrupante residente como condición anterior para el ejercicio de su derecho de reagrupación familiar, pero en ningún caso, la citada directiva autoriza elevar este plazo a los Estados Miembros, concretamente a cinco años, tal como actualmente se recoge en la LOEX. Ello, por tanto, iría en detrimento de los derechos a vivir en familia y a la intimidad familiar que se reconocen a todos los extranjeros, a la vez que se podría considerar como una injerencia ilegítima en dichos derechos. De este modo, cabe concluir que el excesivo plazo de cinco años que en la actualidad contempla la LOEX como consecuencia de la modificación efectuada por la Ley Orgánica 2/2009, es contrario a la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, además de incumplir con una de sus finalidades previstas en su considerando 6, cual es la protección de la familia²⁶.

Asimismo, la Ley Orgánica 2/2009 introduce un nuevo párrafo al artículo 18, apartado 1.º, disponiendo expresamente sobre la reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen

(24) ZABALO ESCUDERO, E.: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, núm. 18, julio de 2008, pág. 52.

(25) En este sentido, literalmente se establece en el artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE que «Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, *que no podrá superar dos años*, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él». En su párrafo segundo, no obstante, se contempla que «excepcionalmente, cuando en materia de reagrupación familiar la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida, este Estado miembro podrá establecer un período de espera de tres años como máximo entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición de un permiso de residencia a los miembros de la familia».

(26) Considerando (6) de la Directiva 2003/86/CE: «Con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar, es importante fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar».

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

especial de investigadores, según la cual podrán solicitarse y concederse tales reagrupaciones, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante.

También se prevé en el artículo 17.2 LOEx que los extranjeros que han sido previamente reagrupados y que residen en España como residentes reagrupados, sólo podrán ejercitar este derecho cuando accedan a una autorización de residencia y trabajo independiente del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos en la referida Ley Orgánica (LOEx). Tales extranjeros reagrupados ahora reagrupantes, son: los cónyuges, hijos que hayan alcanzado la mayoría de edad, ascendiente (previa obtención del estatuto de residente de larga duración) y las personas que mantengan una relación de afectividad análoga a la conyugal, ya que el artículo 17.4 LOEx con la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, les equipara al cónyuge, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

Además, con la anterior reforma de la LOEx efectuada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, se limitó el concepto de reagrupante, excluyendo a los residentes reagrupados, a fin de evitar, como señala su Exposición de Motivos «fraudes» en la reagrupación en cadena, ya que la redacción anterior de la Ley no establecía límites en este caso y los introducidos en el artículo 38.5 del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, quedaron anulados por la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2422).

C) Ámbito de aplicación

No entran dentro del ámbito de aplicación del régimen general de la legislación española de extranjería los familiares de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como tampoco los de los suizos, por ser de aplicación el régimen comunitario previsto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero. Asimismo, los nacionales de terceros Estados que tengan vínculos familiares con españoles o ciudadanos comunitarios, serán reagrupados en España conforme a la citada normativa, Real Decreto 240/2007, considerándose los obstáculos a la reagrupación familiar como una restricción al ejercicio del derecho. Al margen de esta distinción, no se establece diferencia alguna por razón de nacionalidad, puesto que también los apátridas tienen reconocido este derecho, según dispone el artículo 14 del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del estatuto de apátrida.

Con relación a la reagrupación familiar de los refugiados se aplicará la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria recientemente aprobada (y que deroga la Ley 5/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, reformada por la Ley 9/1994, y su Reglamento aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero). Concretamente es de aplicación su Título III, ostentando los refugiados un derecho de reagrupación familiar privilegiado pudiéndose reagrupar a todos los miembros de su familia²⁷, incluso a los inicialmente

(27) Es decir, los ascendientes y descendientes en primer grado, salvo los supuestos de independencia económica, o mayoría de edad; su cónyuge o persona ligada análoga relación de efectividad y convivencia, salvo los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho o concesión del estatuto de refugiado por razón de género, cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido fundados temores de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente; y otros miembros de la familia de la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria, siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen.

excluidos para los demás extranjeros²⁸. Pero esto no es óbice para que el asilado pueda pedir la reagrupación familiar, sin extensión del asilo a través de la normativa general de extranjería.

En el caso específico de un refugiado menor no acompañado, la facultad de autorizar la reagrupación de sus ascendientes o, en su defecto, de su tutor legal o cualquier otro miembro de su familia, se ha transformado en obligación para los Estados miembros, de conformidad con lo prescrito por el Convenio internacional sobre los derechos del niño.

Respecto a los familiares de los estudiantes, de los residentes de larga duración y los titulares de la tarjeta azul de la UE, el artículo 18.1.º, párrafo 2, de la LOEx, según la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, estipula que la reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, podrá solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante. Cuando tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse en España o desde el Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél. Asimismo, el artículo 89 del Real Decreto 2393/2004 (RELOEx) reconoce a aquellos extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios la posibilidad de pedir los correspondientes visados de estancia para que sus familiares (es decir, el cónyuge e hijos menores de edad) entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de dichos estudios o investigación, sin que se exija un período previo de estancia al estudiante o investigador extranjero.²⁹⁻³⁰

a) Familiares susceptibles de ser reagrupados por un extranjero residente en España

De conformidad con el actual artículo 17.1 de la LOEx, según la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el derecho a la reagrupación familiar del extranjero residente en España alcanza a los familiares encuadrados dentro del concepto estricto de familia monogámica, tal como se establece en el Preámbulo VII de dicha Ley Orgánica 2/2009 y se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear³¹, es decir, en el ordenamiento español se incluyen dentro del ámbito personal de aplicación de la LOEx a los familiares directos, descendientes, ascendientes y solamente a un cón-

(28) Vid. artículos 39, 40 y 41 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho al asilo y protección subsidiaria.

(29) Dichos visados podrán solicitarse de manera simultánea con la petición del visado de estudios por el estudiante o investigador, o en cualquier momento posterior, durante el período de vigencia de la autorización de estancia. Si su estancia fuera superior a seis meses, deberán solicitar la correspondiente tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde su entrada en territorio español. En el supuesto de concesión del visado para los familiares, éstos tendrán idéntico estatuto que el del estudiante o investigador. La permanencia de los mismos en España quedará, en todo caso, vinculada a dicho estatuto principal. Finalmente, cabe decir que los familiares del estudiante o investigador no tendrán derecho a la autorización para la realización de algunas actividades lucrativas laborales que aparecen reguladas en la actual regulación reglamentaria.

(30) GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España «derecho a la reagrupación familiar en España»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 73-74.

(31) Según la Directiva 2003/86/CE, se trata de la familia nuclear definida, en este contexto, como la constituida exclusivamente por «el cónyuge y los hijos menores de edad», dejando en manos de las legislaciones estatales la posibilidad de ampliar el círculo a familiares tales como los ascendientes en línea directa, hijos mayores solteros o la pareja no casada.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

yuge, novedosamente se incluye también a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque, sin embargo, se excluye a los colaterales.

Por ello, al tratarse de la familia monogámica, tal como expresa la Directiva 2003/86/CE y refleja la LOEx «el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto de los valores y principios reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y de los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas». En esta línea, admitiendo sólo la reagrupación de un cónyuge, deja a los Estados la decisión de autorizar o de limitar la reagrupación de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante³².

Analizando concretamente los familiares reagrupables, hay que señalar como posibles beneficiarios de la reagrupación familiar a los siguientes familiares:

a') El cónyuge

Según el artículo 17.1.a) LOEx tras la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares: El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

A este respecto hay que matizar que tras la modificación del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, el término cónyuge incluye también la condición derivada del matrimonio entre personas del mismo sexo, al establecer el artículo 44 del Código que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo. Por ello, se podrá reagrupar al cónyuge del mismo sexo de un extranjero residente en España, si dicho matrimonio se ha celebrado válidamente de acuerdo con las normas de Derecho Internacional privado español. Dicho vínculo deberá ser acreditado documentalmente en la solicitud de reagrupación [artículo 42.2.a) del Reglamento] y será objeto de control por la autoridad consular encargada de la tramitación del visado [artículo 43.2.d) y 43.3 del Reglamento].

Otro requisito que establece la LOEx es que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley, lo que excluye de este modo a los denominados matrimonios por conveniencia³³. Con ello, se tratar de evitar que el matrimonio se convierta en un expediente de regularización de ex-

(32) Considerandos 9, 10 y 11, artículo 4, Directiva 2003.

(33) Sobre la nueva Instrucción de la DGRN: CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Los matrimonios de complacencia y la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *La ley* 4 de enero de 2007, núm. 6622. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia: lectura crítica de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006», *Diario La Ley*, núm. 6542 de 2006.

tranjeros que pueda generar, incluso, beneficios económicos al concertarse, como si de una mercancía o servicio se tratara, a cambio del pago de una cantidad de dinero. Así, la utilización del matrimonio de conveniencia para eludir las normas relativas a la entrada y residencia, eje principal de las políticas migratorias estatales, ha constituido una constante preocupación de los Estados, lo que explica que el artículo 17.1.a) LOEx exija como condición para ejercer el derecho de reagrupación familiar del cónyuge, que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley.³⁴

1. Especial mención a las parejas no casadas

Dada la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, el artículo 17.4 y 5 LOEx incluye acertadamente como familiares reagrupables a las parejas de hecho que tengan una relación análoga a la conyugal, al disponer que la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en dicha norma, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. Asimismo, el párrafo 2.º establece que en todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí. Además, se prevé, tal como se contempla para los matrimonios, que no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la Ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

Finalmente, el apartado 5.º afirma que, reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

La introducción de las uniones paramatrimoniales de los extranjeros extracomunitarios como los beneficiarios de la reagrupación ha venido a poner fin a la injustificada exclusión del ámbito de aplicación de la LOEx, reconociendo una concepción de familia acorde con los tiempos modernos, al equiparar los matrimonios y las uniones *more uxorio*. Además, en el régimen comunitario ya era de aplicación a dichas uniones así como para los familiares de los españoles. Tal cambio fundamental se justifica en el apartado VII del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que dispone que en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, los beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo.

Asimismo, en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, ya permitía la reagrupación de las parejas de hecho, pero sólo respecto de aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimilara a la situación de las uniones de hecho a la del matrimonio (artículo 4.3)³⁵, su-

(34) La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 estipula que “se entenderá por matrimonio fraudulento el matrimonio de un nacional de un Estado miembro de la Unión o de un extranjero que resida regularmente en un Estado miembro, con un nacional de un tercer país, con el propósito exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia”.

(35) Así, la Directiva (2003) sobre reagrupación familiar deja la decisión a los Estados miembros, y en concreto establece el artículo 4.3 que estos «podrán por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y residencia ... del compañero no casado nacional de un país tercero que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada.»

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

peditando, para ello, a los medios de prueba que corroboraran su existencia³⁶. En este sentido, el TJCE ya había reconocido que un Estado miembro que permitiera a sus propios nacionales que su pareja de hecho, nacional de otro Estado miembro, residiera en su territorio, no podía rechazar estas ventajas a los inmigrantes nacionales de otros Estados miembros, siendo, igualmente, irrelevante que fuera de igual o diferente sexo³⁷.

La ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria recientemente aprobada así como la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo, reformada por la Ley 9/1994) también incluyó a la pareja de hecho, registrada o no, entre los familiares reagrupables de los residentes extranjeros, en su artículo 40.1, párrafo 3.º, designando entre los beneficiarios del asilo a «su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad y convivencia».

2. Matrimonios poligámicos

Respecto a los matrimonios poligámicos y en consonancia con lo estipulado en el referido precepto 17.1.a) LOEx, se tutela, tal como antes se ha indicado, la concepción de familia monogámica, excluyendo de este modo, por razón de orden público, a los matrimonios poligámicos que, en cambio, pueden haberse constituido y ser válidos según las leyes nacionales de los contrayentes. En este sentido, la LOEx no permite reagrupar en ningún caso a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. Y en correlación con ello, el artículo 42.2.f) RELOEx exige, en la tramitación del expediente de reagrupación, la declaración jurada del reagrupante de que no reside con él en España otro cónyuge. Es decir, de este modo, se está teniendo en cuenta la realidad de los matrimonios poligámicos, que pueden ser perfectamente válidos en el país de origen de los inmigrantes, pero a los que se opone en España la acción del orden público internacional establecida en el artículo 12.3 del CC.

Entre los efectos de distinto tipo que el matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero que puede llegar a producir, hay que destacar que la ley permite reagrupar a cualquiera de las esposas, estableciendo, sin embargo, la limitación en número de una, cuando según el derecho interno nunca se reconoce la validez, a efectos civiles, de los sucesivos matrimonios por la acción del orden público. Por lo que no necesariamente se reconoce la condición de «cónyuge» a la primera esposa, sino a cualquiera de ellas, produciendo, de este modo, una atenuación del orden público. La consecuencia, entonces, es que el cónyuge que se beneficia del derecho de reagrupación queda a la elección del reagrupante.

(36) Constancia en el Registro de parejas de hecho, hijos comunes, convivencia estable, notoriedad de la vida en pareja, certificado del Padrón municipal conjunto, estabilidad de la pareja, etc.

(37) Eso significaría que un extranjero de un tercer Estado que contrae matrimonio en un país en el que se admite el matrimonio entre homosexuales, como es el caso de Holanda, si luego se traslada a España, podría solicitar la reagrupación familiar de su cónyuge del mismo sexo. En efecto, no parece que exista inconveniente alguno, teniendo en cuenta que el matrimonio se ha contraído legalmente. Pero mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deja abierta la posibilidad de respuesta a los Estados, afirmando que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma, y que al garantizar el derecho a casarse se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo. LÓPEZ BARBA, E.: «Extranjería. Reagrupación familiar», en VVAA, *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*, Ediciones Laborum, Murcia, 2001, p. 171, afirma que esta reagrupación no sería admisible en nuestro país, porque debe hacerse una lectura constitucional de la Ley Orgánica 14/2003, y el artículo 32 de la Constitución española se refiere al matrimonio entre hombre y mujer.

3. Extranjero residente (reagrupante) que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias

Otra exigencia que estipula la LOEx es la relativa al extranjero residente (reagrupante) que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

De este modo, la LOEx rechaza formas de disolución matrimonial propias del Derecho de otros países, con el propósito de no dar cabida a procesos como el repudio u otros análogos que generen indefensión. De este modo, cuando un extranjero residente se encuentre divorciado de un cónyuge, para reagrupar al siguiente –y consecuentemente, para que el nuevo cónyuge pueda beneficiarse del derecho de reagrupación– tendrá que acreditar que la separación del anterior ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación de éste y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión y los alimentos para los menores dependientes, y tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 2/2009, se añade a los mayores en situación de dependencia. Además, dicha Ley Orgánica 2/2009 añade como efectos de la disolución por nulidad, que deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

Por ello, la referencia a procedimiento jurídico permite incluir tanto la disolución judicial del matrimonio, como otros procedimientos previstos según algún ordenamiento extranjero que sea de aplicación al caso y que no requieran la intervención del Juez, como, por ejemplo, el divorcio ante notario en Cuba, ante los alcaldes en Japón, o incluso en algunos países como Tailandia, se basa en el acuerdo privado entre los cónyuges. Sin embargo, este tema no está muy claro en relación al repudio, causa, según el derecho islámico, de disolución del matrimonio. Si es conforme a la ley extranjera aplicable, como cauce de disolución del matrimonio, podría admitirse que se trata de un procedimiento jurídico, que deberá acreditarse documentalmente (normalmente consta en acta notarial o documento público), lo que ya es más difícil en tales casos es que se reúna el resto de las condiciones exigidas por la Ley para poder reagrupar al nuevo cónyuge, en lo que se refiere a vivienda del cónyuge anterior y sus familiares, y pensión y alimentos para los menores dependientes³⁸ o mayores en situación de dependencia. En conclusión, lo que se pretende con la citada previsión de la LOEx es que se encuentre asegurada la situación familiar anterior ya extinguida, antes de permitir la reagrupación del nuevo cónyuge.

b') Los hijos

En virtud de la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 al artículo 17.1.b), son beneficiarios de la reagrupación los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente

(38) Concretamente, a los efectos de conseguir la eficacia de un acta de repudio marroquí a través del *exequátur*. Vid. Auto de la AP de Toledo de 1 de marzo de 2006, en el que se deniega el *exequátur* de la repudiación consensual retribuida marroquí por no quedar establecida la situación de los hijos menores.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España. Debido a la equiparación que realiza el apartado 4 del artículo 17 LOEX, también habrá de incluir como beneficiarios a los hijos de las parejas de hechos.

En consecuencia, por lo que respecta a los descendientes, el apartado b) del artículo 17 permite la reagrupación familiar de los hijos del residente, de su cónyuge o de persona que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal –siempre que esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España– incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud estén incapacitados.

Curiosamente se ha suprimido el requisito de la soltería de los hijos reagrupados «que no se encuentren casados», lo que anteriormente en la práctica, excluía la posibilidad de reagrupar a hijos menores de edad que fueran miembros de países o tradiciones culturales en las que fuera común que los menores contrajeran matrimonio, sin que ello significara que se encontraban emancipados de sus progenitores.

En cuanto a los hijos mayores de 18 años, el Tribunal Supremo español ha admitido su reagrupación (SSTS de 3 y 4 de febrero y 9 y 10 de junio de 1998).

En el ámbito del estado civil, dentro del ordenamiento jurídico español, las condiciones relativas a la capacidad se determinan en virtud del artículo 9.1 del CC por la ley personal, pero la LOEX se aparta de esta solución, pues al referirse al menor, fija directamente una edad inferior a los dieciocho años, tomando como referencia la mayoría de edad del Derecho español en general, pudiendo darse el caso de que la LOEX fijara una edad superior para alcanzar esa mayoría de edad, y por tanto al amparo de su ley personal, el hijo aún sería menor civilmente y, por ende, se encontraría bajo la responsabilidad parental de sus progenitores, sin embargo no se beneficiaría del derecho de reagrupación. Por otra parte, la mencionada edad impuesta a la reagrupación de los hijos de los extranjeros residentes contrasta con la que se toma como referencia para permitir la reunificación de los hijos de los ciudadanos comunitarios estipulada en veintiún años (RD 240/2007) e, incluso, respecto a los citados nacionales de la UE, se admite la reagrupación a hijos mayores de dicha edad, con tal de que vivan a sus expensas.

1. Personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud:

La nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 al artículo 17.1.b) sustituye el término «estén incapacitados» por «personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud», lo que desde mi punto de vista, constituye una modificación positiva, toda vez que con la anterior regulación se excluía a una persona que realmente fuera incapaz, conforme a su ley personal, pero que no estuviera judicialmente incapacitada. Y ello porque la incapacidad, en sentido estricto, en el Derecho español presupone una decisión judicial en la que se declara dicha condición (artículo 199 CC). Dicha decisión judicial, al referirse generalmente a extranjeros que no residen en España, procederá,

salvo excepciones, de autoridad extranjera³⁹, con la consiguiente problemática de su eficacia probatoria en España, y deberá ser acreditada documentalmente en el expediente de reagrupación. La conformidad de esta medida con la ley personal o la ley española, se aparta de las soluciones de Derecho Internacional Privado español que ordena aplicar la ley nacional a la capacidad (artículo 9.1 CC) y a los mecanismos de protección de incapaces, salvo para las medidas provisionales o urgentes que se rigen por la ley de residencia habitual o para las medidas de carácter protector y educativo respecto de menores o incapaces abandonados que se encontraren en territorio español, que se adoptarán de acuerdo con la ley española (artículo 9.6 CC)⁴⁰.

2. Hijos adoptivos

Asimismo, por el principio de igualdad de los hijos, se incluyen como beneficiarios de la reagrupación a los hijos adoptivos, siempre que se acredite que la resolución por la que se acordó la adopción reúna los elementos necesarios para producir efectos en España, lo que significa que la adopción extranjera sea sustancialmente equivalente a la adopción española y, por tanto, susceptible de ser reconocida como tal, dadas las diferencias existentes en el Derecho comparado sobre la configuración jurídica del instituto jurídico adoptivo. Por ello, la eficacia de la adopción constituida por Autoridad extranjera en España se regula en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (LAI) que exige una serie de requisitos para su validez⁴¹.

3. Hijos de uno solo de los cónyuges

Si se tratara de hijos de uno solo de los cónyuges, se requiere que aquél ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo, como condición previa a la reagrupación. A través de la reagrupación se producirá un desplazamiento internacional del niño y se pretende evitar que dicho desplazamiento se efectúe vulnerando un derecho de custodia, lo que podría incluso tipificarse como un supuesto de sustracción internacional de menores, de ahí la exigencia de que el cónyuge residente reagrupante ejerza la patria potestad en solitario o tenga atribuida exclusivamente la custodia.

c') Los menores de dieciocho años o los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español

Se encuentra regulado en el artículo 17.c) LOEx. Al tratarse de extranjeros, la minoría de edad e incapacidad se rige por la ley personal extranjera aplicable (artículo 9.1 CC), y también determinará esta ley a quiénes corresponde su representación legal. Por ello, además de los menores o incapaces sometidos a tutela u otras instituciones de protección, cuando la ley extranjera aplicable atribuya al reagrupante la representación legal del reagrupado, entrarían en este apartado algunos supuestos que no resultan subsumibles en el apartado relativo a los hijos, tales como

(39) La competencia judicial internacional de las autoridades españolas en materia de protección de incapaces mayores se fundamenta en el foro de la residencia habitual del incapacitado, como foro especial del artículo 22.3 LOPJ.

(40) ZABALO ESCUDERO, E.: «Relaciones Internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* julio de 2008, p. 61.

(41) Vid, artículo 26 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

los adoptados en forma simple en virtud de resolución extranjera. Así, la Ley Orgánica 2/2009 proporciona una nueva redacción al apartado c) del artículo 17 LOEx incluyendo un requisito respecto de los representantes legales cual es que el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

Consecuentemente, sería posible incluir a aquellos menores cuya adopción en el extranjero se considera que «no reúne los requisitos necesarios para producir efectos en España» (como en el caso de la adopción simple según dispone ahora el artículo 15.4 LAI) cuando la ley nacional del adoptando, siguiendo lo dispuesto en el artículo 30.2 de la misma Ley, en concordancia con el artículo 9.4 CC, atribuya *ex lege* la representación legal al adoptante, puesto que, aunque la adopción simple no rompe los vínculos con la familia biológica, sí crea una relación de patria potestad o equivalente, derivada del vínculo de filiación que origina.

d') Los ascendientes

El reformado apartado d) del reiterado artículo 17.1 LOEx recoge también la posibilidad de reagrupar a los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge (así como a los de la pareja que mantenga con el extranjero una relación análoga de afectividad) cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente, se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

La modificación efectuada por la Ley Orgánica 2/2009 introduce una novedad en la reagrupación de los ascendientes al establecer un límite de edad para el ascendiente reagrupado de 65 años y, excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, se podría permitir reagrupar al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

Asimismo, tal y como se indicó en el apartado correspondiente, se requiere, al contrario de lo que se prevé para los demás beneficiarios de la reagrupación que simplemente se exige que el reagrupante haya obtenido la renovación de la autorización inicial, que el extranjero residente reagrupante haya adquirido previamente el estatuto de residente de larga duración (actual artículo 18.1 LOEx), es decir, que tenga 5 años de residencia legal y continuada en España, lo que desde mi perspectiva, es claramente desacorde con la Directiva 2003/83/CE sobre reagrupación familiar.

La condición de «estar a cargo» se interpreta en la normativa española como un dependencia, exclusivamente económica, lo que excluye del derecho de reagrupación a los ascendientes, con medios económicos propios y autosuficientes en este sentido, aunque demuestren que en el país de origen vienen conviviendo con el reagrupante y su cónyuge, conformando un solo núcleo familiar, lo que es usual en algunas culturas. Jurisprudencialmente, el criterio al que se atiende principalmente para autorizar o denegar la reagrupación es precisamente la dependencia económica, lo que suele conllevar también una dependencia personal o afectiva que justifica la reagrupación, pero a la que no se le da relevancia por sí sola. Así, el RELOEx establece en el apartado e) del artículo 39 que se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido

fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva.

Tal como estipula el citado precepto, además de ser económicamente dependientes, han de justificarse «razones» para residir en España, lo que implica que al no estar concretadas en la normativa, dichas razones pertenecen al ámbito de la discrecionalidad administrativa.

IV. EL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

La libertad de circulación de personas en la Unión Europea es la base de la movilidad intracomunitaria de los nacionales de los Estados miembros⁴² y de sus familiares, integrando, así, el contenido de la ciudadanía europea. El derecho del ciudadano comunitario a la libre circulación de personas se reconoce en el artículo 18 TCE que dispone que: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.»

Este derecho, enunciado en el Tratado, ha sido objeto de un desarrollo global, que pone fin a una regulación parcial y sectorial, en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento 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.

Asimismo, en el TCE se afirma que: «para que el derecho a circular y residir libremente pueda ejercerse en condiciones objetivas de libertad y dignidad debe serle reconocido también a los miembros de la familia del ciudadano europeo, y ello cualquiera que sea su nacionalidad», lo que conlleva a una extensión del régimen comunitario a nacionales de terceros Estados que presenten determinados vínculos familiares con el nacional comunitario, y siempre que le acompañen o se reúnan con él⁴³.

Por ello, los beneficiarios de ese derecho a la libre circulación y residencia como miembro de la familia del nacional comunitario son: el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; los descendientes directos menores de 21 años o mayores de edad a cargo y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja registrada antes referida⁴⁴.

Además, con base en el principio de unidad de la familia, en sentido amplio, se insta a los Estados miembros para que, sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación, faciliten, conforme a la legislación nacional, la entrada de otros familiares distintos, que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión, o que por motivos graves de salud se

(42) La nacionalidad de un Estado miembro es el presupuesto de la condición de ciudadano, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 TCE. Vid. CRESPO NAVARRO, E.: «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 883-912.

(43) Artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE.

(44) Artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE «miembros de la familia»

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

encuentren al cuidado personal del ciudadano comunitario, así como a la pareja que mantenga con él una relación estable debidamente probada⁴⁵.

Como consecuencia de la obligada incorporación de la citada Directiva en el ordenamiento español, su transposición se realizó mediante 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 partes en el Espacio Económico Europeo, que se extiende también a los nacionales suizos en virtud del Acuerdo entre la CE y Suiza sobre libre circulación de personas.

En el Preámbulo del referido Real Decreto se reconoce que el derecho a la reagrupación familiar «es inherente al ciudadano de un Estado miembro asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de otros Estados miembros», por tanto, los beneficiarios del Real Decreto son los ciudadanos, titulares del derecho de libre circulación en razón de su nacionalidad, que se desplazan a España, y los miembros de su familia, “cuando le acompañen o se reúnan con él”, con independencia de su nacionalidad, a los que se extiende el mismo derecho. Asimismo, entienden AGUELO NAVARRO P. y CHUECA SANCHO, A.G. que la ciudadanía de la Unión europea es una condición derivada de la nacionalidad de un Estado miembro como expresa el TCE en su artículo 17.1, por eso no es correcta la expresión de ciudadanos de los Estados miembros que se utiliza en el Real Decreto.

Ello ha llevado, como novedad en este Real Decreto 240/2007 respecto al Real Decreto 178/2003 que deroga, a diferenciar el régimen aplicable a los familiares de los propios ciudadanos españoles, al no residir estos en España en el ejercicio del referido derecho de libre circulación.

A) Beneficiarios del régimen comunitario

El artículo 3.1 del Real Decreto 240/2007 establece que: «las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto (contenidas en el artículo 2) tienen derecho a entrar, salir, circular y residir libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en el mismo». Así, en virtud de lo estipulado en el artículo 2 del citado Real Decreto, los familiares nacionales de terceros países no pertenecientes a la UE ni al AEEE ni Suiza, que se incluyen en el Real Decreto, como beneficiarios del régimen comunitario son:

a) El cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal

A los efectos de la delimitación del ámbito personal del citado Real Decreto 240/2007, si ha recaído declaración de nulidad o divorcio, obviamente ya no se ostenta la condición de cónyuge y, por tanto, no se le puede considerar al interesado incluido en tal concepto. Por otra parte, en cuanto a la condición relativa a la separación legal (no contemplada tampoco en la Directiva) que no establece limitaciones añadidas al estatus de cónyuge, éste existe mientras el matrimonio no haya sido disuelto.

(45) Art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE

No obstante, en el artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007 se reconoce la conservación del derecho de residencia del reagrupado (a) en los supuestos de nulidad, divorcio o separación legal.

En las Instrucciones sobre la aplicación práctica del Real Decreto dictadas por la Dirección General de Inmigración, se indica que el término cónyuge será interpretado, indiscutiblemente, referido a un único cónyuge y sin diferenciar entre matrimonios entre personas de diferente o del mismo sexo. En dichas Instrucciones se considera que el matrimonio homosexual es válido en España y otros Estados miembros como Bélgica y Holanda, y que para apreciar la validez de su celebración se hace excepción de la regla de la aplicación de la ley personal extranjera que no lo permite o conoce, con cita expresa de la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la DGRN.

Con relación a la validez del vínculo matrimonial, las mismas Instrucciones establecen la exigencia de aportar un documento acreditativo de la validez del vínculo matrimonial, que posibilita que el vínculo conyugal alegado produzca plenos efectos civiles de conformidad con la legislación española. Y eso es así ya que en el Derecho español la plena eficacia civil se produce a partir de la inscripción en el Registro Civil español, que procederá en el caso de que el matrimonio entre extranjeros se hubiera celebrado en España (artículo 15 LRC), pero, en muchos casos, el matrimonio de extranjeros (celebrado entre el cónyuge comunitario y el cónyuge extracomunitario que le acompaña), se habrá celebrado también en el extranjero y, por lo tanto, no accederá al Registro Civil. Por ello, su validez y eficacia, dependerá de la ley extranjera aplicable, en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado español.

b) La pareja registrada

De conformidad con la Directiva 2004/38/CE y su trasposición mediante el vigente Real Decreto 240/2007 en su artículo 2.b) se incluye en su ámbito de aplicación personal a la pareja con la que el ciudadano comunitario mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

La indicada Directiva comunitaria en su artículo 3.2 b) establece que los Estados miembros deben facilitar la entrada y residencia de la pareja estable no inscrita, y en este mismo sentido dispone la Disposición Final Tercera del Real Decreto 240/2007 que introduce en el Reglamento 2393/2004 de la LOEx una Disposición Adicional Decimonovena en la que se ordena facilitar a la pareja de hecho no registrada con la que el ciudadano de la Unión Europea mantenga una relación estable debidamente probada la obtención del visado de residencia o, en su caso, de una autorización de residencia por razones excepcionales, de acuerdo con el régimen general, «facilitación» que, muchas veces en la práctica, es obviada por la Administración.

c) Descendientes

El apartado c) del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 contempla la posibilidad de reagrupación de descendientes directos de los ciudadanos de otro Estado miembro de la UE o de otro

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

Estado parte en el AEEE, a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

Por ello, el ámbito de régimen comunitario presenta diferencias significativas respecto al régimen general de extranjería en cuanto a la edad límite establecida para los menores que es de veintiún años, mientras que en el régimen general dicha edad es de dieciocho años así como con respecto de la inclusión (además de los incapaces) de los mayores que se encuentren a su cargo. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado señala que es la situación de dependencia financiera, e incluso en ocasiones física, lo que justifica la inclusión de estos descendientes mayores de edad.

Así las cosas, la condición de «vivir a cargo» no ha de interpretarse en los términos de la calificación que de este concepto hace el artículo 39.e) LOEx, como ya se ha indicado anteriormente en relación con el régimen general. La DGI, en las Instrucciones relativas al Real Decreto, alude a la jurisprudencia comunitaria, de la que se deriva que «la calidad de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho, tratándose de un miembro de la familia cuyo mantenimiento viene asegurado por el ciudadano comunitario, sin que sea necesario determinar las razones del recurso a ese mantenimiento ni preguntarse si el familiar está en condiciones o no de asumir por sí mismo sus sostenimiento». Por ello, se concluye que la prueba debe tener carácter abierto y que cabe cualquier medio de prueba admitido en derecho de que los medios de vida del solicitante proceden, principal o exclusivamente, de su familiar, si bien deben arrojar resultados de carácter objetivable, dándose preferencia a medios de prueba documentales y, si es posible, emitidos por Autoridades Públicas.

No obstante lo anterior, no se encuentran incluidos, entre los miembros de la familia, otros menores o incapacitados sujetos a la representación legal o tutela de ciudadano comunitario, si bien el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de Real Decreto sugirió que se incluyera, bien en el articulado o en una disposición adicional del proyecto, alguna previsión relativa a los incapacitados, como lo hacía el derogado Real Decreto 178/2003 anterior, en aras del principio de unidad de la familia e interés superior del menor o en su caso del incapaz. Por ello, el Real Decreto 240/2007 no da cobertura adecuada a este supuesto; sin embargo, su Disposición Final Tercera, que modifica el RELOEx introduciendo una Disposición Adicional Decimonovena, a efectos de facilitar la entrada y permanencia en España a otros miembros de la familia no incluidos en el ámbito personal del Real Decreto 240/2007, como se ha indicado anteriormente, se refiere sólo a familiares con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad ... cuando por motivos graves de salud o discapacidad sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal. De este modo, sólo queda aplicar en este caso el régimen general de extranjería, en particular la previsión al respecto de la letra c) del artículo 17.1 LOEX para conseguir la reagrupación.

d) Ascendientes directos del ciudadano comunitario y de su cónyuge o pareja que vivan a su cargo

De acuerdo con el apartado d) del reiterado artículo 2 del Real Decreto 240/2007 se reconoce la posibilidad de reagrupación por parte del extranjero comunitario residente a sus ascendientes

directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Con ello se establece una condición determinante para reagrupar a los referidos ascendientes directos cual es que éstos vivan a cargo del reagrupante, siendo, por ello, aplicable la interpretación que se acaba de exponer en relación con los descendientes mayores de veintiún años a cargo del ciudadano comunitario, cónyuge o pareja. Ello, además, implica otra divergencia con el régimen general, aparte, claro está, de que no hay necesidad de justificar las razones de autorizar su residencia en España así como que en el régimen comunitario no se exige como requisitos para la reagrupación que los ascendientes sean mayores de 65 años y que el reagrupante haya adquirido previamente la condición de residente de larga duración, lo que de por sí supone un importante obstáculo a la reagrupación de los ascendientes en el régimen general, como se ha puesto de relieve en el apartado correspondiente.

El referido precepto sólo permite contemplar el supuesto del ascendiente que se encuentra a cargo del ciudadano comunitario cónyuge o pareja, sin que dé respuesta al supuesto inverso, esto es, que quien ejerce la libertad de circulación (ciudadano comunitario) se encuentre a cargo de su ascendiente extracomunitario. No obstante, es necesario manifestar a este respecto las implicaciones que se derivan de la ciudadanía europea y en particular del propio artículo 18 TCE, que permitieron al TJCE, en su Sentencia de fecha de 19 de octubre de 2004 en el asunto C-200/02⁴⁶ en la que se dictamina que «En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida».

Sin embargo, lo que sí está previsto, tanto en la Directiva [artículo 3.2.a)] como el Real Decreto 240/2007 (DF 3.^a) es facilitar la entrada y residencia de familiares, no contemplados en las categorías ya citadas, y que en el país de procedencia estén a cargo o vivan con el ciudadano comunitario. Pero dicha Disposición Final 3.^a lleva la situación de estas personas al régimen general, a través de la introducción de la Disposición Adicional Decimonovena RELOEx, cuando el propio TJCE ha reconocido que se trata de un derecho que tiene su base en el propio artículo 18 TCE.

V. ESPECIAL MENCIÓN A LA CONDICIÓN DEL FAMILIAR EXTRANJERO DEL CIUDADANO ESPAÑOL

(46) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno) de 19 de octubre de 2004 en el asunto C-200/02 (petición de decisión prejudicial planteada por la Immigration Appellate Authority): Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen contra Secretary of State for the Home Dep) (referente al Derecho de residencia — Menor de edad nacional de un Estado miembro pero que reside en otro Estado miembro — Progenitores nacionales de un Estado tercero — Derecho de residencia de la madre en el segundo Estado miembro), As. C- 200/02.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

El Real Decreto 240/2007, a través de su Disposición Final Tercera que ha introducido una Disposición Adicional Vigésima RELOEx, ha supuesto una novedad en el régimen aplicable a la entrada y residencia en España de los familiares extranjeros de los nacionales españoles, que a su vez son ciudadanos de la Unión Europea. Y ello porque, cuando el familiar del español es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o de Suiza es ya de por sí titular del derecho a residir en España (en virtud de su artículo 18 TCE) y se encuentra incluido en el ámbito de aplicación personal del régimen comunitario regulado en el Real Decreto 240/2007, aunque éste no es el caso cuando se trata de nacionales de terceros Estados que son familiares de españoles.

Por ello, frente a la anterior regulación (RD 178/2003), el vigente Real Decreto 240/2007 regula la condición de extranjería de los familiares de españoles como un estatus diferenciado, situado entre el régimen comunitario y el general, perjudicando la situación anterior, en la que quedaban incluidos en su ámbito de aplicación los familiares de los «ciudadanos de la Unión Europea y de los españoles». El motivo por el que son excluidos del ámbito personal del vigente RD, es que el derecho de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados se encuentra asociado al ejercicio del derecho a la libertad de circulación, tal como reconoce el propio Preámbulo del Real Decreto 240/2007, y por tanto va dirigido a quienes residen en España en el ejercicio de tal derecho, lo que de por sí excluye a los nacionales españoles que quieren reagrupar a sus familiares para que vivan con ellos en España. Así, el nacional español es titular del derecho de libre circulación, como ciudadano comunitario, pero si reside en España no se encuentra en el ejercicio de tal derecho.

Como consecuencia de lo anterior, se desprende que con referencia al actual régimen jurídico de los familiares extracomunitarios de los españoles, éstos no se encuentran incluidos expresamente en el ámbito de aplicación personal comunitario del citado Real Decreto 240/2007 (artículo 2), sino que su situación jurídica ha quedado establecida en el régimen general de extranjería, a través de la modificación que en el mismo ha operado la citada Disposición Final tercera del Real Decreto 240/2007, que añade al RELOEx una Disposición Adicional Vigésima.

Sin embargo, no hay diferencias significativas de tratamiento jurídico del régimen de los familiares de españoles y el de los demás ciudadanos comunitario, salvo en lo que respecta a los ascendientes de los españoles como a continuación se indicará. De este modo, se incluye como miembro de la familia al cónyuge, siempre que el matrimonio no hubiera sido disuelto o separado legalmente. Para la Administración, la condición de cónyuge de español se acredita con la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, pues es cuando se produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio, aunque éstos tengan lugar desde su celebración (artículo 61 CC). Precisamente por esto último, en algunas decisiones judiciales se ha sostenido que la condición de cónyuge, en cuanto derivada de la validez del matrimonio, no puede ser negada, a los efectos pretendidos, siempre que el matrimonio haya sido celebrado válidamente, aunque no haya sido inscrito⁴⁷. Afirma, no obstante, la DGI, en sus Instrucciones sobre la aplicación del Real Decreto 240/2007, que mientras dicha inscripción no se produzca no es posible para el cónyuge de ciudadano español acogerse al citado Real Decreto 240/2007 y que si el matrimonio de español no ha sido aún reconocido por las Autoridades españolas competentes y no se ha producido su oportuna inscripción en el Registro Civil, no podrán atribuirse a dicho vínculo efectos en el ámbito civil español, no pudiendo dicho cónyuge acogerse

(47) Vid. la Sentencia del TSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso) de 17 de junio de 2005.

al Real Decreto 240/2007. Por ello, la necesaria inscripción en el Registro Civil es la vía para el reconocimiento de los matrimonios de españoles o de español y extranjero, celebrados ante autoridad extranjera.

También se considera, a los efectos pretendidos, miembro de la familia del español a la pareja registrada, con las mismas condiciones en cuanto al Registro ya comentadas en relación con los ciudadanos comunitarios incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, esto es, que se trate de una relación análoga a la conyugal y que se encuentre inscrita en un registro público establecido a estos efectos en un Estado miembro que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado.

Se incluyen, asimismo, los descendientes directos del ciudadano español, cónyuge o pareja registrada, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo o incapaces, con lo que se da el mismo tratamiento a los descendientes de españoles que a los de los demás ciudadanos comunitarios, mejorando su situación respecto a los extranjeros sometidos al régimen general de la reagrupación familiar. Sin embargo, la no inclusión en el Real Decreto 240/2007 de otros menores o incapacitados de los que se ostenta la representación legal vuelve a plantear la misma falta de respuesta en relación con los sometidos a la representación legal de españoles, que tendrá que derivarse del régimen general.

De conformidad con lo anterior, y aunque el régimen jurídico de los familiares extracomunitarios se deriva del “régimen general del RELOEx, lo cierto es que la Disposición Adicional Vigésima RELOEx declara aplicable a los familiares de españoles el régimen comunitario del RD 240/2007, utilizando las mismas categorías en la consideración de los miembros de la familia, con la salvedad de los ascendientes respecto a los que establece un régimen diferenciado, desde mi parecer, discriminatorio y de dudosa constitucionalidad (calificado según IGLESIAS SÁNCHEZ: como discriminación inversa) que, de acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado, se considera carente de justificación en el sentido de que «Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para éstos respecto de los comunitarios y nacionales en otros estados parte en Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que carece de justificación» y sobre el que, desde la práctica, se ha cuestionado su legalidad.

Así, en virtud del apartado 2.º de la Disposición Adicional Vigésima RELOEx sólo se extiende el régimen aplicable a los ascendientes de los demás ciudadanos comunitarios, a los ascendientes de nacional español y su cónyuge (no se incluye curiosamente en este apartado la pareja registrada) que vivan a su cargo, si fueran ya titulares de una tarjeta de familiar comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del anterior Real Decreto (178/2003), antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo Real Decreto (2 de abril de 2007). Por lo que a los ascendientes que no estuvieren en dicha situación se les aplicará el régimen general de la reagrupación familiar, quedando los ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge, en peor situación que el ascendiente del nacional comunitario que ejerce la libre circulación en España. Y ello porque los ascendientes extracomunitarios no tienen reconocido el derecho de entrada y residencia en España, siendo tratados normativamente como un supuesto de reagrupación familiar del régimen general, en el que la condición de estar a cargo del español tendrá que acreditarse de acuerdo con las previsiones del RELOEx, así como las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia. Además, habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha introducido nuevos requisitos para el reagrupamiento familiar de los ascendientes, cual es que éstos sean mayores de 65 años.

Esta injustificada situación afecta a la vida familiar de los españoles, y en particular de los españoles naturalizados con padres extranjeros, lo que, desde luego, aconseja su revisión y modificación normativa.

No obstante lo anterior, la práctica judicial española viene aplicando en beneficio de los ascendientes de menores de nacionalidad española en situación de irregularidad administrativa, a los que se viene autorizando su residencia en España en virtud de la citada jurisprudencia del TJCE sentada en el caso *Chen*, antes expuesto en relación con los ciudadanos comunitarios. A estos efectos la Sentencia del TSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006 reproduce la fundamentación de la sentencia del TJCE para reconocer la tarjeta de familiar de residente comunitario a la madre, nacional rumana, de un hijo menor de edad que ostenta la nacionalidad española. Con base en dicha fundamentación considera el supuesto de hecho subsumible en el apartado (c) del artículo 2 del entonces en vigor Real Decreto 178/2003, que incluía a los ascendientes de los españoles. Tal solución también ha sido aplicada por otros juzgados como la Sentencia 130/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante de 4 de abril de 2007; Sentencia 197/2007 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Alicante de 3 de mayo de 2007. El mismo TSJ del País Vasco se ocupa de un supuesto de características similares, aunque no idéntico en cuanto a su planteamiento, en su Sentencia de 19 de abril de 2007, respecto a la solicitud de residencia de una nacional ecuatoriana, madre de una niña española, en la que se vuelve a reproducir como argumento la jurisprudencia *Chen* del TJCE, para conceder la autorización de residencia, aunque por razones excepcionales conforme al régimen general, dando así respuesta a la pretensión de la actora.

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL

A) Régimen Jurídico General

El procedimiento que ha de seguirse para tramitar en el régimen general la reagrupación familiar viene regulado en los artículos 18 (requisitos para la reagrupación familiar –modificado por la LO 2/2009–) y 18 bis LOEx (procedimiento para la reagrupación familiar –introducido por la LO 2/2009–) en conexión con los artículos 42 (Procedimiento) y 43 (Tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar) del RELOEx. Por ello, será el reagrupante, como único titular del derecho, el que ha de instar de las autoridades correspondientes en España la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. Sin embargo, esto no implica que cualquier extranjero residente pueda convertirse en reagrupante de manera automática, sino que sólo podrá hacerlo si estuviese habilitado para ejercitar el derecho a la reagrupación familiar, es decir, si ha residido legalmente en España durante un año y tiene autorización para residir, al menos, por otro año más⁴⁸ –pu-

(48) Según, GARCÍA VÁZQUEZ, como consecuencia de una política migratoria errónea que se desarrolla de espaldas a la realidad, este requisito es, en la práctica, un escollo casi insalvable para muchos extranjeros. Y ello es así porque aunque se cumplan los presupuestos que habilitarían al inmigrante para obtener su primer autorización de residencia y trabajo en España, esa autorización se deniega, en muchas ocasiones, sistemáticamente, amparándose en motivaciones imprecisas

diendo conforme a la Ley Orgánica 2/2009, solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar– y además, se encuentra en disposición de aportar pruebas que demuestren que dispone de un alojamiento adecuado y de medios de vida suficientes para atender a las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de que no esté cubierta por la Seguridad Social, todo ello teniendo en cuenta la excepción de los ascendientes a los que se pretende la reagrupación, para los cuales se exige, además de los requisitos anteriores, que los extranjeros reagrupantes tengan la residencia de larga duración y que los ascendientes a los que se pretendan reagrupar sean mayores de sesenta y cinco años.

Igualmente, mediante la Ley Orgánica 2/2009 se ha introducido un nuevo apartado en el artículo 18 de la LOEx, disponiendo que la reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, podrá solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante. Cuando tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse en España o desde el Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

El procedimiento de reagrupación familiar implica, de este modo, una compleja tramitación que obstaculiza, en algunos casos, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, debiendo el reagrupante solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de cada uno de los miembros de su familia que desee reagrupar. Esta solicitud se dirigirá por triplicado a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, a la Comisaría de Policía del lugar de residencia, adjuntando una copia de su pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor; copia de la autorización de residencia o autorización de trabajo y residencia ya renovado o solicitud de la dicha renovación; acreditación de empleo y/o recursos económicos suficientes⁴⁹ para atender a las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Asimismo, también debe acreditar que dispone de una vivienda suficiente para él/ella y su familia⁵⁰; y en los supuestos de reagrupación de cónyuge, se requiere una declaración firmada del reagrupante en la que manifieste que no reside con él/ella otro cónyuge. Este requisito tiene como finalidad evitar supuestos de reagrupación múltiple en matrimonios poligámicos, no permitido por la LOEx conforme a su artículo 17.a).

En la práctica, uno de los requisitos más relevantes para que prospere el proceso de reagrupación familiar es obtener un informe favorable de la autoridad administrativa competente sobre la situación del extranjero residente en España. La citada acreditación de vivienda se ha de expedir por la Corporación Local del lugar de residencia del reagrupante en el plazo máxi-

que parecen responder, únicamente, a un giro en la ordenación de los flujos migratorios, encrucijada decisiva cuyo desenlace es imposible de prever.

(49) Mediante Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante.

(50) La ley indica que el reagrupante debe aportar la prueba de que dispone de alojamiento adecuado y medios de vida suficientes. Este requisito es exigido por la legislación del resto de países europeos, excepto en Bélgica, en la que sólo se exige justificación a los estudiantes y a los menores discapacitados.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

mo de quince días desde la solicitud. La Corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación. En su defecto, es decir, en el supuesto de que la Corporación Local no hubiera procedido a emitir el informe de disponibilidad de vivienda en el plazo indicado, lo que será acreditado con la copia de la solicitud realizada, este trámite se llevará a cabo mediando la intervención de un notario, a través de un acta notarial mixta de presencia y manifestaciones. El informe o el acta notarial⁵¹ se incorporará al expediente de solicitud de visado y tendrá carácter vinculante.

Por otro lado, los Estados tienen interés en la situación económica del reagrupante, concretamente en España no existe alusión alguna en relación con las cantidades que serían exigibles con el propósito de reagrupar; sin embargo, se prevé que se podrá determinar la cuantía, como se ha indicado, mediante Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministros de Interior, y de Trabajo y Asuntos Sociales, teniendo en cuenta el número de personas a cargo del solicitante, las que pretende reagrupar y la evolución de los índices generales de precios. La Ley Orgánica 2/2009 ha incluido un nuevo criterio en cuanto a la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación, según el cual no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con el reagrupante.

Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda, previo informe policial sobre la existencia de razones que, en su caso, lo impidan. Si la resolución es denegatoria, se le notificará al interesado y se motivará la causa de la denegación. En el supuesto de que el extranjero cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. Dicha resolución se comunicará al reagrupante y, por medios telemáticos, de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida el extranjero. En la comunicación al interesado se hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular, salvo en los supuestos en que pueda quedar exento de esta obligación por ser aplicable una circunstancia excepcional prevista legal o reglamentariamente.

Posteriormente, en el plazo de dos meses (con la anterior regulación era sólo un mes) desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación resida, conforme regulado en el artículo 43 RELOEx.

El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar una misión diplomática u oficina consular diferente a la anterior en la que corresponda presentar la solicitud de visado. Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la LOEx, la misión diplo-

(51) El informe o acta notarial deberá hacer referencia a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones o dependencias en que se distribuye, el uso al que se destina, número de personas que la habitan, condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma, en particular las relativas a la disponibilidad de agua corriente, electricidad, sistema de obtención de agua caliente y red de desagües.

mática u oficina consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad. En el caso de tratarse de un menor, podrá solicitarlo un representante o tutor debidamente acreditado.

La solicitud de visado deberá ir acompañada de pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses; certificado de antecedentes penales, pasado judicial o documento equivalente, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español; copia de la autorización de residencia notificada al reagrupante; documentación original que acredite los vínculos familiares y, en su caso, la edad y la dependencia legal o económica; y certificado médico con el fin de acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional.

Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada. La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de 15 días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento. Cuando se determine la celebración de la entrevista, en ella deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española y el representante del interesado, en caso de que éste sea menor, además de un intérprete, si fuese necesario. Quedará constancia de su contenido mediante un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada y, en caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá copia del acta al organismo que hubiera concedido inicialmente la autorización. Por lo que respecta a la posible denegación de visado, la Disposición Adicional Sexta del RELOEx, en su apartado 6, indica que la denegación de un visado de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena deberá ser motivada, e informará al interesado de los hechos y circunstancias constatadas y, en su caso, de los testimonios recibidos y de los documentos e informes, preceptivos o no, incorporados, que, conforme a las normas aplicables, hayan conducido a la resolución denegatoria.

La misión diplomática u oficina consular, en atención al cumplimiento de los requisitos exigidos, notificará la concesión del visado, en su caso, en el plazo máximo de dos meses que deberá ser recogido por el solicitante, personalmente, salvo en el supuesto de menores, en que podrá ser recogido por su representante. Asimismo, la Disposición Adicional Undécima del RELOEx dispone que las solicitudes de visados y autorizaciones de residencia por motivos de reagrupación familiar tendrán tratamiento preferente, para lo cual podrá exceptuarse el orden de incoación de expedientes previsto en el artículo 74.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Se considerará causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado y, en su caso, de denegación, el hecho de que el extranjero se hallase en España en situación irregular. De no efectuarse

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

en el plazo mencionado la recogida del documento, se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento. Recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español durante el plazo de vigencia de éste, que en ningún caso será superior a tres meses. En el plazo de un mes desde la entrada en España⁵², el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero (TIE).

Asimismo, por vía de la Ley Orgánica 2/2009 se ha introducido el artículo 18 bis denominado «Procedimiento para la reagrupación familiar», según el cual el extranjero que desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberá solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, pudiendo solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar. En el apartado 2 dispone que en caso de que el derecho a la reagrupación se ejerza por residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que residan en España, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro.

a) Los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales y regulación de la posibilidad de reagrupación en cadena

En este sentido, la legislación indica que cuando el reagrupante tenga autorización de residencia temporal, la vigencia de la autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la misma fecha que la del reagrupante. En los supuestos en que el reagrupante tenga autorización de residencia permanente, la vigencia de la primera autorización de residencia de los familiares reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante (artículo 42.7 RELOEx).

Efectivamente, lo normal es que la duración de la autorización de residencia que se conceda a los familiares sea la misma que la de la autorización del reagrupante, dependiendo su vigencia del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento. Sin embargo, existe la posibilidad de que los familiares reagrupados puedan disfrutar de una autorización de residencia independiente de la del reagrupante.

Contempla el artículo 19 LOEx tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2009 en su apartado 1.º que la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Asimismo, el artículo 19 de la nueva LOEx en consonancia con el artículo 41 RELOEx confiere a algunos familiares, concretamente al cónyuge (y la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal), a los hijos y ascendientes la posibilidad de obtener un estatuto administrativo autónomo. No obstante lo anterior, la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009 al artículo 19 de la LOEx curiosamente ha suprimido a los ascendientes como familiares reagrupados susceptibles

(52) Supuesto especial sería el de los hijos de los extranjeros residentes que nazcan en España, puesto que en estos casos, el menor adquiere automáticamente la residencia en las mismas condiciones que cualquiera de sus progenitores, sin necesidad de obtener, siquiera, la exención de visado.

de obtener una autorización de residencia independiente del extranjero reagrupante, aunque dicho supuesto sigue siendo contemplado por el artículo 41.5 del RELOEx.

En el caso del cónyuge reagrupado (o persona con quien mantenga una relación análoga a la conyugal) y de acuerdo con el nuevo apartado 2 del artículo 19 LOEx, éste podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. No obstante lo anterior, la anterior redacción de la LOEx, según su artículo 19.2, solamente otorgaba la posibilidad al cónyuge reagrupado de obtener una autorización de residencia independiente cuando obtuviera una autorización para trabajar. Con la reforma de la Ley Orgánica 2/2009 la autorización de residencia por reagrupación familiar del cónyuge (pareja con análoga relación de afectividad a la matrimonial) e hijos cuando alcancen la edad laboral habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo, por lo que la autorización de residencia independiente del familiar reagrupado dependerá de que obtenga medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.

Asimismo, el reformado artículo 19 del LOEx por la Ley Orgánica 2/2009 prevé una solución para evitar situaciones de maltrato doméstico, explotación o abusos por parte de los reagrupante, en cuanto que en caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. La anterior redacción de la LOEx también contemplaba este supuesto de violencia de género, estableciendo que en caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica podría obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor.

En cuanto a los hijos reagrupados y conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del nuevo artículo 19 LOEx, éstos podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. Con relación a los ascendientes y tal como se ha indicado, el nuevo artículo 19 LOEx omite a los ascendientes reagrupados como familiares susceptibles de obtener una autorización de residencia autónoma, aunque el artículo 41.5 RELOEx continúa contemplando dicha posibilidad, al disponer que los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia temporal independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar, sin perjuicio de que los efectos de dicha autorización de residencia temporal independiente, para el ejercicio de la reagrupación familiar, queden supeditados a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Con respecto a los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización independiente, el apartado 4 del reformado artículo 19 dispone que reglamentariamente se determinará la forma y la cuantía de los dichos medios económicos.

También prevé la LOEX que en caso de muerte del reagrupante, los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen (artículo 19.5 LOEx).

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

Por otra parte, en virtud del artículo 17.2, 3 y 4 LOEx en conexión con el artículo 40 RELOEx, se incluye la posibilidad de que aquellas personas que hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación tengan la posibilidad, a su vez, de reagrupar a sus familiares.

Esta posibilidad estaba prevista en el artículo 19 de la anterior LOEx y fue desarrollado en el artículo 41.5 del antiguo RELOEx, aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que hacía necesario, con el propósito de evitar las reagrupaciones en cadena, que el extranjero residente en virtud de reagrupación familiar hubiese obtenido ya una autorización de residencia independiente, y que además cumpliera los requisitos que establece la legislación de extranjería para poder reagrupar. Ante la declaración de nulidad, por falta de rango, de este extremo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, se han introducido una serie de preceptos destinados a endurecer los requisitos para evitar las «reagrupaciones en cadena». De este modo, los extranjeros que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares; si bien, el artículo 17.2 LOEx, tras la reforma de 2003, establece que el reagrupado sólo podrá a su vez reagrupar a sus familiares si cuenta con una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante. En última instancia, los ascendientes previamente reagrupados sólo podrán ejercer el derecho a la reagrupación, según el artículo 17.3, cuando anteriormente hubieran obtenido la condición de residentes de larga duración, que se otorga después de cinco años de residencia legal en el país, y demostrar solvencia económica, aunque se facilitará la reagrupación en los supuestos de hijos menores de edad o con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

B) Régimen Jurídico Comunitario

El procedimiento previsto para la reagrupación en España de los beneficiarios del Real Decreto 240/2007 contemplados en su artículo 2, es decir, los miembros de la familia del ciudadano comunitario «que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él», está regulado en el artículo 8 del Real Decreto 240/2007. En el citado precepto se articula el procedimiento para solicitar la residencia de los beneficiarios del régimen comunitario cuando la duración de su residencia en España sea superior a tres meses, estableciendo la obligación de solicitar y obtener una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Dicha solicitud de la tarjeta deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde el interesado pretenda permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente. En todo caso, se entregará de forma inmediata un resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de la tarjeta, que será suficiente para acreditar su situación de estancia legal hasta la entrega de la tarjeta. La tenencia del resguardo no podrá constituir condición previa para el ejercicio de otros derechos o la realización de trámites administrativos, siempre que el beneficiario de los derechos pueda acreditar su situación por cualquier otro medio de prueba. Junto con el impreso de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, cumplimentado en el modelo oficial establecido al efecto, deberá presentarse pasaporte válido y en vigor del solicitante, pero si el documento esté caducado, deberá aportarse copia de éste y de la solicitud de renovación; documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registra-

da que otorga derecho a la tarjeta; certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse; documentación acreditativa, en los supuestos en los que así se exija en el artículo 2 del citado Real Decreto, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar; tres fotografías recientes en color, en fondo blanco, tamaño carné.

La expedición de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión deberá realizarse en el plazo de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud. La resolución favorable tendrá efectos retroactivos, entendiéndose acreditada la situación de residencia desde el momento de su solicitud. La tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión tendrá una validez de cinco años a partir de la fecha de su expedición, o por el período previsto de residencia del ciudadano de la Unión o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, si dicho periodo fuera inferior a cinco años.

Sin embargo, si la duración de su estancia fuera inferior a tres meses, el apartado 2.º del artículo 6 del Real Decreto 240/2007 establece que será suficiente que estén en posesión de un pasaporte válido y en vigor, y que hayan cumplido los requisitos de entrada establecidos en el artículo 4 del citado Real Decreto. Además, no se computa dicha permanencia a los efectos derivados de la situación de residencia.

El Real Decreto 240/2007 regula, asimismo, en su artículo 9.º el mantenimiento a título personal del derecho de residencia de los miembros de la familia, en caso de fallecimiento, salida de España, nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, separación legal o cancelación de la inscripción como pareja registrada, en relación con el titular del derecho de residencia, cuyo procedimiento está estipulado en el mismo⁵³.

VII. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL ÁMBITO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵⁴ en vigor desde el 14 de diciembre de 2009, introduce una serie de modificaciones la Ley Orgánica 4/2000 y, concretamente, respecto del derecho de reagrupación familiar, el apartado VII de su Preámbulo, destaca el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, que se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear. Como se ha indicado, la novedad de la nueva regulación consiste en que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal, y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagru-

(53) Vid, artículo 9 RD 240/2007.

(54) BOE 299, de 12 de diciembre de 2009.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

pación de los ascendientes se limite, como norma general, a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

Entrando concretamente en las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 2/2009 mediante sus artículos 18, 19, 20 y 21, se reforma a los actuales artículos 17, 18 y 19 de la LOEx, incluyendo, además, un nuevo artículo 18 bis, en los que destaca:

– En cuanto a los familiares reagrupables:

- No ha habido modificaciones significativas en cuanto a los cónyuges y descendientes menores e incapacitados; en el caso de los cónyuges, se especifica la necesidad de la disolución de todos los anteriores matrimonios, además de concretar los efectos que ha de tener la disolución, estableciendo que el extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes, concretando, además, otros aspectos de la ruptura de relación conyugal y paterno-filial, tales como el uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso. En cuanto a los incapaces, se ha producido un cambio nominal de incapacitados a personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, lo que se puede valorar de forma positiva, ya que con referencia al derecho interno español, para una persona ser considerada incapacitada es necesario una declaración judicial en este sentido, y por ello, con la anterior ley podría excluirse al incapaz considerado como tal en su país de origen por otros mecanismos legales, pero que al no tener una sentencia judicial que lo incapacitara, podría darse el caso que en España a dicha persona no se le podría considerar incapacitada y, por lo tanto, no podría beneficiarse del derecho a la reagrupación si fuera mayor de edad. Asimismo, se ha suprimido el requisito de que los hijos menores de edad no se encontraran casados para poder beneficiarse de la reagrupación, lo que se valora de forma positiva, ya que es habitual en algunas culturas que un hijo menor de edad contraiga matrimonio, pero que, según su ley personal, continúe considerándose como menor de edad, y por ello, con la anterior regulación, se impediría a este hijo beneficiarse del dicho derecho a la reagrupación familiar al estar casado. Respecto de los menores de dieciocho años y los mayores de esta edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud cuando el residente extranjero sea su representante legal, establece, además, que el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

- Con referencia a los ascendientes, la reforma producida ha sido más restrictiva sobre estos familiares, ya que dispone expresamente como familiares reagrupables a los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge (también extensible a los de la pareja que mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal) elevando la edad de los mismos para ser reagrupados en mayores de sesenta y cinco años. Permanecen los requisitos de que estén a cargo del familiar reagrupante y que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. No obstante, y de forma excepcional, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

Se añade que reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.

Asimismo, la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEx mantiene la restricción del ejercicio del derecho a la reagrupación de los ascendientes reagrupados al establecer que sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica aunque, excepcionalmente, permite al ascendiente reagrupado poder reagrupar a hijos menores de edad o con discapacidad que estén a su cargo, en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

- Se introduce en el apartado 4, como familiares reagrupables, la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. Añade que, en todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí y tal como se prevé para los cónyuges, no podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

En apartado 5 dispone que reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar, a estos efectos, la relación de afectividad análoga a la conyugal.

La ajustada adecuación de la LOEx a la Directiva 2003/86/CE de reagrupación familiar en cuanto a la introducción de las parejas que mantuviera una relación de afectividad análoga a la conyugal como miembro de la familia reagrupables ha de considerarse positiva, aunque tardía, pues desde el artículo 4.3 de la mencionada Directiva ya se recomendaba a los Estados miembros que, por vía legislativa o reglamentaria, pudieran autorizar la entrada y la residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantuviera con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituyera con el reagrupante una pareja registrada y de sus hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Por ello, con la introducción de las uniones de hecho dentro del ámbito de aplicación personal de la LOEx como beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar, se ha puesto fin a una regulación anterior injusta y discriminatoria respecto del tratamiento otorgado a los familiares de los ciudadanos comunitarios y españoles, adaptándose, de este modo, a la configuración socio-cultural española que se refleja en los nuevos modelos de familia (matrimoniales, parejas de hecho, formada por heterosexuales u homosexuales, familias monoparentales, etc.), que cada vez más integra el panorama de una sociedad española diversificada.

– Con relación a los requisitos para la reagrupación familiar:

La Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEx establece como requisito para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar que el extranjero reagrupante haya obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, pudiendo además solicitarse de forma simultánea la

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar. Sin embargo, se establece una excepción a la regla anterior referente a la reagrupación de los familiares ascendientes del extranjero reagrupante o los de su cónyuge, en cuanto que estipula que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.

La referida «residencia de larga duración» es similar a la antes denominada en la LOEx «residencia permanente», pues implica que el reagrupante ha de residir previa y legalmente en España por un período mínimo de cinco años. De este modo, si analizamos el artículo 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (la cual ha armonizado el ordenamiento interno en cuanto al régimen de la reagrupación familiar de nacionales no comunitarios residentes en un Estado miembro), que establece expresa e irrefutablemente que los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo máximo que no podrá superar dos años antes de reagrupar a los miembros de su familia con él, podemos concluir que la Ley Orgánica 2/2009 ha vulnerado la citada normativa comunitaria, apartándose injustificadamente de lo explícitamente regulado en la normativa comunitaria al extrapolar con creces el tiempo máximo de residencia del extranjero reagrupante estipulado en la misma en apenas dos años.

Se mantiene, asimismo, la posibilidad de que los ascendientes reagrupados pueden ejercitar el derecho a la reagrupación familiar, previa obtención del estatuto de larga duración y acreditar solvencia económica.

Se añade también que la reagrupación de los familiares de residentes de larga duración, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la UE y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores, podrá solicitarse y concederse, simultáneamente, con la solicitud de residencia del reagrupante. Cuando tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la solicitud podrá presentarse en España o desde el Estado de la Unión Europea donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

Se regula igualmente como novedad en el apartado 2 que en la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación, no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con el reagrupante. Las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar. También dispone que las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico.

Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes.

– Se introduce un nuevo artículo 18 bis:

Que regula el procedimiento para la reagrupación familiar en el que establece que el extranjero que desee ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberá solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar, pudiendo solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la

solicitud de reagrupación familiar. En caso de que el derecho a la reagrupación se ejerza por residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que residan en España, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro.

– En cuanto a los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales regulados en el artículo 19:

Se contempla una novedad en el apartado 1 del artículo 19 LOEx en cuanto a la directa incorporación al mercado laboral de los cónyuges, parejas de hecho e hijos que alcancen la mayoría de edad de los extranjeros reagrupantes al estipular que la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

Asimismo, la Ley Orgánica 2/2009 estipula que el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. En caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.

También se contempla que los hijos reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades. Reglamentariamente se determinará la forma y la cuantía de los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización independiente. En caso de muerte del reagrupante, los familiares reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente en las condiciones que se determinen.

Curiosamente, la Ley Orgánica 2/2009 excluye a los ascendientes como familiares reagrupados que pudieran obtener una autorización de residencia independiente de la del reagrupante, aunque tal supuesto se sigue contemplando en el RELOEx.

– Se regula en la Disposición Adicional Segunda la reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países.

Estableciendo que reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales más favorables, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles.

Por lo tanto y desde mi perspectiva, la reforma efectuada por la Ley Orgánica 2/2009 en la LOEx 4/2000, en cuanto al derecho de reagrupación se refiere, ha sido en general positiva, aunque con bastantes aspectos negativos. Entre los aspectos positivos se pueden destacar la extensión a las parejas de hecho de los extranjeros reagrupantes que mantengan con él una relación de afectividad análoga a la matrimonial como miembros de la familia beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar y la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral que habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

En cambio, con relación a los aspectos negativos se debe incidir en que la regulación dada a los ascendientes de los extranjeros residentes reagrupantes (los de su cónyuge o pareja de hecho) ha sido muy restrictiva al elevar la edad de aquéllos a 65 y requerir al familiar reagrupante la previa obtención del estatuto de residente de larga duración (cinco años de residencia legal y continuada), vulnerando, en este sentido, lo regulado en la Directiva comunitaria 2003/86/CE de reagrupación familiar que fija el periodo máximo previo de residencia legal previa del extranjero reagrupante en dos años. Además, cabe indicar que la reforma tampoco ha sido acorde con el derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8.1 CEDH ni con la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del TEDH, al no considerar el derecho a la reagrupación familiar como derecho fundamental pese a que se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la vida familiar y con el derecho fundamental a la intimidad familiar contemplado en el artículo 18.1 CE. Por ello y dado que no se considera que existe en esta materia una reserva de Ley Orgánica, correspondiendo a la ley establecer las condiciones y requisitos de su ejercicio por los extranjeros, podrán establecerse las restricciones o condicionamientos que considere adecuados a los principios y criterios generales de la política migratoria.

VIII. CONCLUSIONES

En el Derecho Internacional no existe un derecho humano a la reagrupación familiar, propiamente dicho. Por ello, se permite que la admisión, estancia y expulsión de los extranjeros en el territorio de un Estado sean reguladas por el Derecho nacional siempre que se salvaguarden los derechos humanos y las libertades fundamentales. Sin embargo, los Estados disponen de un margen de apreciación que permita garantizar (pero no de manera absoluta) el respeto a la vida de familia y los legítimos intereses de los Estados, de modo que dicho margen de apreciación no pueda ser considerado ni discriminatorio ni arbitrario.

Como consecuencia de lo anterior, cuando se invoque la reagrupación familiar para entrar en un territorio estatal, el Estado solamente puede negarlo cuando no se violen otros derechos fundamentales o cuando las razones que alegue sean razones de orden público estatal entendido como mecanismo protector de los derechos y valores fundamentales que imperan en el ordenamiento español y que se consideran estructurales en la multicultural sociedad española de nuestros días, por lo que en la denegación del referido derecho no cabe la arbitrariedad por parte del Estado.

Aunque en el ámbito de la extranjería y particularmente en el ámbito de la reagrupación familiar se generan tensiones entre los intereses de los Estados y la defensa de los derechos humanos, los inmigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino que, y como no podía ser de otro modo, hay que valorarles como personas titulares de derechos (y deberes) entre los que se encuentra el derecho a vivir en familia. Pero es más, la reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, pues para el inmigrante su familia representa un importantísimo pilar dentro de una sociedad ajena a su cultura y tradiciones, al proporcionarle estabilidad, fuerza y receptividad para afrontar las dificultades u obstáculos de la nueva sociedad. Igualmente, la reagrupación familiar contribuye a la reducción del problema de la xenofobia y el racismo.

En este sentido, la familia no es tan sólo un grupo humano, sino que es el cimiento, el elemento natural y fundamental de la sociedad, que cumple unos fines esenciales en la sociedad, que de no existir debería asumir el Estado, y ello la hace merecedora de la protección del ordenamiento jurídico, tal como lo reconoce el artículo 16.3 DUDH. Desde esta perspectiva, parece importante que los Estados respeten este derecho de los extranjeros a vivir en familiar, tal como proclama el artículo 8.1 CEDH, y permitan en sus políticas migratorias la entrada de extranjeros dirigida a la consecución de la reagrupación familiar, a la vez que reconozcan este derecho en las leyes de extranjería como una manera de garantizar la protección de la familia y el mantenimiento o la creación de la vida familiar en el Estado.

Así, los vínculos familiares son el fundamento del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros, de modo que para que se pueda ejercitar este derecho de reagrupación o el derecho a la vida familiar –este último reconocido en los Tratados internacionales y en la Constitución Española– ha de existir una relación familiar válida y reconocida para el Derecho español. Además, el ejercicio de dicho derecho concretado en que los miembros de la familia puedan reunirse en el país de acogida del extranjero residente, puede verse mermado por las políticas del propio Gobierno de control del flujo migratorio y que algunas veces puede constituir una injerencia ilegítima en el ámbito familiar del extranjero, tal como reconoce el artículo 8 de la Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CEDH).

Asimismo, el ejercicio del derecho a la reagrupación dependerá en gran medida de su nacionalidad y la de su familiar que pretende vivir con él, puesto que el ordenamiento jurídico español establece regímenes jurídicos diferenciados de entrada y residencia en función de que se trate de un nacional comunitario (perteneciente a algún Estado Miembro de la Unión Europea [UE], del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [AEEE] o los nacionales suizos a los que el régimen comunitario se extiende) o extracomunitario (nacional de un tercer país que no pertenece a los Estados miembros de la UE ni al AEEE ni sea Suiza). Esta diferenciación de los regímenes jurídicos de los extranjeros, a saber, el comunitario previsto en el Real Decreto 240/2007 y el general previsto en la LOEx y RELOEx, es claramente más beneficiosa para los ciudadanos comunitarios que para los extracomunitarios, toda vez que el fundamento del ejercicio del derecho a la vida familiar y la posible extensión a sus familiares extranjeros extracomunitarios por vía de la reagrupación familiar variará en un caso u otro. De este modo, si el extranjero residente es extracomunitario, el referido ejercicio del derecho se deriva del derecho de reagrupación familiar que reconoce y otorga la LOEx a los extranjeros residentes en España (reagrupantes), en virtud de su artículo 16, salvo, desde luego, que el miembro de la familia al que se pretenda reagrupar sea ciudadano de la UE, en cuyo caso él mismo sería titular del derecho de residencia en España y, por tanto, se le aplicaría el régimen comunitario estipulado en el Real Decreto 240/2007.

La actual LOEx regula en su Capítulo II del Título I el derecho a la reagrupación familiar, en cuyo artículo 16.1 reconoce el derecho a la intimidad familiar de los extranjeros, pero lo restringe a los extranjeros residentes. Ello implica que el contenido del citado precepto diverge patentemente de la regulación del artículo 18 CE que consagra el derecho a la intimidad familiar «a toda persona». Por ello, la LOEx al supeditar dicho derecho a la intimidad familiar de los extranjeros a su situación administrativa de regularidad –la posesión de una residencia legal en España– vulnera, además del artículo 18 de la CE, reiterada jurisprudencia del TEDH sobre este respecto, puesto que todo extranjero que viva con su familia en España, independientemente de la regularidad o irregularidad de su residencia, tiene derecho a la intimidad familiar en las mismas

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

condiciones que los españoles. Como consecuencia, el citado artículo 16.1 LOEx habría interpretarse en el sentido de que lo que no se les reconoce a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa es el derecho a solicitar la venida de su familia a España si no se cumplen unos requisitos mínimos estipulados por la LOEx y su Reglamento de ejecución (RELOEx).

Sin embargo, si se trata de extranjeros residentes nacionales comunitarios, en cuanto al tratamiento jurídico que se les otorgada, éstos disfrutan, sobre todo, de los derechos reconocidos en el Tratado de la Comunidad Europea –ahora en el Tratado de Lisboa– por ello, disfrutan del derecho de libre circulación, como atributo de su propia ciudadanía europea. Así, entre sus derechos, los ciudadanos de la UE tienen derecho a la libertad de circulación y de residencia, plasmado en el derecho derivado principalmente en 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.

La citada Directiva 2004/38/CE ha sido incorporada en el ordenamiento español mediante el RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que reconoce y articula ese derecho a entrar y residir en España, extendiéndose, asimismo, su ámbito de aplicación personal a los miembros de la familia, con independencia de la nacionalidad que ostenten, esto es, aunque tengan la nacionalidad de un tercer Estado. Además, tal como establece el Preámbulo del referido Real Decreto 240/2007 se reconoce que el derecho a la reagrupación familiar «es inherente al ciudadano de un Estado miembro asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de otros Estados miembros». Y ello es así ya que, en caso contrario, el derecho de libre circulación se vería seriamente obstaculizado al dificultar el ejercicio del derecho a la vida familiar.

En virtud de las normativas comunitaria y española antes citadas, la titularidad del derecho a la reagrupación pertenece a los ciudadanos de la UE, y los miembros de sus familias ostentan solamente la categoría de beneficiarios «cuando le acompañen o se reúnan con él» (y que estén contemplados en el artículo 2 Real Decreto 240/2007), con independencia de su nacionalidad, a los que se extiende el mismo derecho. De este modo, los familiares de los ciudadanos comunitarios poseen un trato privilegiado respecto de los familiares de los ciudadanos de terceros países no miembros de la UE cuyo régimen previsto para estos últimos es el general de extranjería- claramente más restricto y formal que el régimen comunitario.

La situación es distinta cuando se trata de familiares extranjeros de nacionales españoles, que además ha resultado modificada por el citado Real Decreto 240/2007 (en virtud de su DF 3.^º), al haber quedado situada en el régimen general, desde el que se declara aplicable el régimen del citado Real Decreto a determinados familiares (DA 20.^ª RELOEx) utilizando las mismas categorías en la consideración de los miembros de la familia, pero del que se excluyen, de manera injustificada, los ascendientes a los que se aplica el régimen de la reagrupación diferenciado, es decir, se les aplica el régimen general de extranjería, salvo que a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 240/2007 fueran titulares de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada, obtenida al amparo del Real Decreto 178/2003, en cuyo caso les será de aplicación el referido Real Decreto.

Asimismo, en cuanto a los familiares reagrupables en ambos regímenes general y comunitario, el cónyuge está tratado de forma similar, que no se encuentre separado de hecho o de derecho

(y en el ámbito general que no se haya celebrado en fraude de ley). Sin embargo, solamente con la aprobación de 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, se ha incluido como miembros de la familia de los extranjeros residentes extracomunitarios beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar las uniones de hecho (relaciones de afectividad análoga a la conyugal) sean o no de distinto sexo, equiparándose así su tratamiento jurídico con los familiares reagrupables dentro del ámbito personal del régimen comunitario así como las parejas de hecho registradas de los españoles en virtud de la Disposición Final Tercera del Real Decreto 240/2007 que introduce la Disposición Adicional Vigésima de la RELO-Ex. De este modo, se ha puesto fin a una regulación anterior injusta e, incluso, discriminatoria respecto del tratamiento otorgado a los familiares de los ciudadanos comunitarios y españoles, adaptándose, de este modo, a la configuración socio-cultural española que se refleja en los nuevos modelos de familia (matrimoniales, parejas de hecho, formada por heterosexuales u homosexuales, familias monoparentales, etc.), que cada vez más integra el panorama de una sociedad española diversificada. Tampoco se permite, ni en el régimen general ni en el comunitario, la reagrupación de los cónyuges polígamos.

Con relación a los descendientes, los hijos reagrupables del extranjero residente (reagrupante) o los de su cónyuge (o persona con quien mantenga una relación de afectividad análoga a la matrimonial), la LOEx fija la minoría de edad en los dieciocho años, por lo que la mencionada edad impuesta a la reagrupación de los hijos de los extranjeros residentes contrasta con la que se toma como referencia para permitir la reunificación de los hijos de los ciudadanos comunitarios, o los de su cónyuge o pareja registrada (y los de los españoles, o los de su cónyuge o pareja registrada) estipulada en veintiún años (Real Decreto 240/2007). Incluso, respecto a los citados nacionales de la UE (y de los españoles), se admite la reagrupación a hijos mayores de dicha edad, con tal de que vivan a sus expensas, lo que en el régimen general esta situación no está siquiera prevista. De ello se infiere que el tratamiento conferido a dichos descendientes de los extranjeros comunitarios y de los españoles sometidos al régimen comunitario de la reagrupación es más beneficioso si comparamos con el régimen previsto para los descendientes de los extranjeros residentes sometidos al régimen general de extranjería.

Sin embargo, no se encuentran incluidos entre los miembros de la familia en el régimen comunitario regulado en el Real Decreto 240/2007, otros menores o incapacitados sujetos a la representación legal o tutela de ciudadano comunitario, por lo que el Real Decreto 240/2007 no da cobertura adecuada a este supuesto, en cuanto que la Disposición Final Tercera que modifica el RELOEx, introduciendo una Disposición Adicional Decimonovena, a efectos de facilitar la entrada y permanencia en España a otros miembros de la familia no incluidos en el ámbito personal del Real Decreto, se refiere sólo a familiares con parentesco hasta segundo grado, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, cuando por motivos graves de salud o discapacidad sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal. Por ello, sólo queda aplicar en este caso el régimen general de extranjería, en particular la previsión al respecto de la letra c) del artículo 17.1 LOEX para conseguir la reagrupación.

En cuanto a los ascendientes directos del extranjero residente o los de su cónyuge, entiendo que el régimen previsto en la nueva LOEx para los extranjeros residentes reagrupantes extracomunitarios es mayoritariamente entorpecedor para la práctica del ejercicio de derecho de reagrupación familiar, puesto que los requisitos de «que estén a cargo» y, sobre todo, «que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar» su reagrupación son, muchas veces,

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

de difícil cumplimiento, al contener el segundo requisito un gran margen de discrecionalidad por parte de la Administración a la hora de valorar tales razones, y eso, consecuentemente, puede generar inseguridad jurídica para el extranjero. Ello, además, puede, incluso, conllevar a que se dicten por parte de la Administración actos arbitrarios, obligando al extranjero a acudir a los Tribunales, en la defensa de sus derechos e intereses legítimos, al objeto de efectuar el pertinente control de jurisdiccional de legalidad de los actos de la Administración. Asimismo, la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEx ha restringido aún más el ejercicio del derecho a la reagrupación de estos familiares, ya que eleva a 65 años la edad mínima de los ascendientes susceptibles de ser reagrupados, así como requiere que el reagrupante haya adquirido la residencia de larga duración, es decir, haber residido previamente de forma legal durante 5 años –cuando en la Directiva comunitaria 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar se establecía expresamente el plazo máximo de dos años de residencia legal previa de extranjero reagrupante– todo ello conlleva a concluir la efectiva vulneración de la indicada normativa comunitaria por la Ley Orgánica 2/2009.

En el caso de los ascendientes directos de los ciudadanos reagrupantes comunitarios (o los de su cónyuge o pareja registrada), el régimen es más beneficioso, pues solamente se requiere que “vivan a sus expensas”, por lo que no se exige que existan razones para justificar la necesidad de reagrupación, como impera en el caso del régimen general.

No obstante lo anterior, con respecto a los ascendientes directos de los ciudadanos españoles o los de su cónyuge, el tratamiento jurídico aplicable en virtud de la Disposición Final Tercera del Real Decreto 240/2007 que añade la Disposición Adicional Vigésima del RELOEx, es, injustificadamente, el régimen general de extranjería, lo que desde mi parecer, es de dudosa legalidad, al hacer una clara diferenciación infundada entre los demás miembros de la familia del reagrupante cuyo régimen aplicable es el comunitario, diferenciación también existente con los ascendientes de los demás ciudadanos comunitarios, lo que implica una situación menos favorable para los familiares ascendientes de los españoles respecto a dichos familiares de los nacionales comunitarios.

Ello, además, implica una discriminación respecto de los ascendientes de los menores españoles que no se puede acoger a este régimen por no vivir, obviamente, a expensas del hijo menor, lo que puede generar, y de hecho se generan en la práctica respecto de los progenitores que están en situación de irregularidad, problemas para la reagrupación, teniendo que acudir al régimen general de residencia previsto para los inmigrantes (o, en su caso, residencia por circunstancias excepcionales del artículo 31.1 LOEx), pero que en diversas ocasiones dicho procedimiento culmina con la denegación del derecho a la reagrupación familiar del extranjero y, por consiguiente, desde mi opinión en una injerencia ilegítima en el derecho a vivir en familia ampliamente reconocido en los textos internacionales. No obstante lo anterior, y a fin de atemperar dicha situación, la práctica judicial española viene aplicando en beneficio de los ascendientes de menores de nacionalidad española, a los que se viene autorizando su residencia en España en virtud de la citada jurisprudencia del TJCE sentada en el caso *Chen*, en relación con los ciudadanos comunitarios.

Eso además es así ya que, en virtud del apartado 2.º de la Disposición Adicional Vigésima del RELOEx sólo se extiende el régimen aplicable a los ascendientes de los demás ciudadanos comunitarios, a los ascendientes de nacional español y su cónyuge que vivan a su cargo, si fueran ya titulares de una tarjeta de familiar comunitario en vigor o susceptible de ser renovada,

obtenida al amparo del anterior Real Decreto (178/2003), antes de la fecha de entrada en vigor del nuevo Real Decreto (2 de abril de 2007). Por lo que, a los ascendientes que no estuvieren en dicha situación se les aplicará el régimen general de la reagrupación familiar, quedando los ascendientes directos de ciudadano español o de su cónyuge en peor situación que el ascendiente del nacional comunitario que ejerce la libre circulación en España. Y ello porque los ascendientes extracomunitarios no tienen reconocido el derecho de entrada y residencia en España, siendo tratados normativamente como un supuesto de reagrupación familiar del régimen general, en el que la condición de estar a cargo del español tendrá que acreditarse de acuerdo con las previsiones del Reglamento LOEx, así como las razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia. Como consecuencia de lo anterior, esta injustificada situación afecta a la vida familiar de los españoles así como a los españoles naturalizados con padres extranjeros.

El procedimiento de reagrupación familiar implica una compleja tramitación que obstaculiza, en muchos casos, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, prueba de ello es que el reagrupante debe solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de cada uno de los miembros de su familia que desee reagrupar y cumplir, claro está, con todos y cada uno de los requisitos que la legislación de extranjería exige para ello, como, por ejemplo, se exige que el extranjero reagrupante haya residido en España durante un año al menos y tenga autorización para residir otro año más, que acredite disponer de un alojamiento o vivienda adecuada para él y la familia que quiera reagrupar, lo que tendrá que demostrar a través de un informe de la Corporación Local, o subsidiariamente acta notarial, [artículo 42.2.e) RELOEx] y medios económicos suficientes para la subsistencia [artículo 42.2.d) RELOEx]. Tales exigencias constituyen obstáculos o inconvenientes, difícilmente superables, para la reunificación pretendida, dada la escasez de medios económicos, dificultades para el arrendamiento de viviendas y demás condicionamientos sociales que rodean en muchos casos la vida del inmigrante.

Con relación a las reagrupaciones por los reagrupados, se ha mantenido la rigidez de los requisitos para evitar las «reagrupaciones en cadena», exigiendo a los extranjeros que hubieren adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, una autorización de residencia y trabajo obtenidas independientemente de la autorización del reagrupante para poder, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares y, si se trata de los ascendientes reagrupados-reagrupantes, se les exige, además, antes de poder ejercer este derecho, haber obtenido un permiso de residencia permanente (con la LO 2/2009, residencia de larga duración), que se otorga después de cinco años de residencia legal en el país, y demostrar solvencia económica, aunque se facilitará la reagrupación en los supuestos de hijos menores de edad o incapacitados.

Asimismo, cabe indicar que la reciente Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la LOEx, aunque ha tenido bastantes aspectos negativos, se puede valorar en general de forma positiva. Entre dichos aspectos positivos podemos destacar la extensión a las parejas de hecho de los extranjeros reagrupantes que mantengan con él una relación análoga a la matrimonial como miembros de la familia beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar y la autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral que habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Sin embargo, la Ley Orgánica 2/2009 no ha sido del todo acorde con las disposiciones de la Directiva 2003/86/CE en cuanto a la reagrupación familiar de los ascendientes se refiere, sino que más bien se ha excedido injustificadamente en los límites temporales de residencia del extranjero reagrupante (estipulando el máximo de dos años de residencia del reagrupante

El derecho a la reagrupación familiar en el Derecho español y comunitario

III

en la directiva y extrapolado, en cambio, en cinco años la residencia del reagrupante en la Ley Orgánica) y, por lo tanto, ha menoscabado la jerarquía normativa entre leyes internas y comunitarias, en la que estas últimas prevalecen sobre las primeras.

En conclusión, la actual reglamentación de extranjería en relación con el derecho de reagrupación familiar de los extranjeros en España se puede calificar, en algunas ocasiones, de discriminatoria e injusta para los familiares de los extranjeros reagrupantes extracomunitarios, inclusive los de los españoles cuando se compara con la normativa aplicable a los familiares de los ciudadanos comunitarios. Asimismo, dicha reglamentación es bastante rigurosa en cuanto a los requisitos formales exigidos, al requerir, muchas veces, el cumplimiento de unos requisitos prácticamente insalvables para muchos extranjeros. Ello conlleva a la imposibilidad de ejercicio de dicho derecho a la reagrupación familiar y, consecuentemente, a la propia negación del referido derecho, vulnerando, además, de forma patente el derecho a vivir en familia y el derecho a la intimidad familiar del extranjero reconocido por la Constitución Española —«a todas las personas»— así como por los diversos Tratados Internacionales suscritos por España, entre los que se encuentran, el PIDCP, PIDESC, con especial referencia al artículo 8 CEDH. Igualmente, en alguno de los requisitos requeridos por la legislación de extranjería para efectuar la reagrupación de los familiares del extranjero se aprecia un amplio margen de discrecionalidad por parte de la Administración a la hora de valorar la concurrencia de algunos requisitos, conllevando, en diversas ocasiones, a que se dicten actos de arbitrariedad por parte de la misma, lo que consecuentemente genera inseguridad jurídica y obliga al extranjero, en caso de denegación de su derecho a la reagrupación familiar, a acudir a los Tribunales a fin de que se realice el correspondiente control jurisdiccional de la legalidad los actos de la Administración.

Además, si se tuvieran que exigir los mismos requisitos a los españoles para poder casarse o tener hijos, considero que sería muy difícil que proliferaran los matrimonios en España.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

ARRIAGA IRABURU, I.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la Jurisprudencia de Estrasburgo*. Pamplona, 2003.

CARDENAL CARRO, M.: *Tratado de Extranjería, Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, (coordinador: Alberto Palomar Olmeda), Editorial Thomson Aranzadi, edición: 3.^a, julio de 2007.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ P.A.: «El Derecho de Reagrupación Familiar de los Extranjeros». en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva.

GARCÍA MORILLO, J.: «La protección de la familia», en J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, E. Labor, Madrid, 1980.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARRIDO GÓMEZ, M.I.: *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 141.

GOIG MARTÍNEZ, J.M.: «Inmigración y Derechos Fundamentales, Jurisprudencia, Legislación y Políticas Migratorias en España», Universitas Internacional, S.L., 2008.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: «El valor de la Directiva 86/ 2003 sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03», en *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 26, 2007.

JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Comentarios a la CE. La jurisprudencia del TC*, Areces, Madrid, 1993.

MOYA ESCUDERO, M.: Derecho a la reagrupación familiar, en *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Granada, 2001.

QUIRÓS FONS, A.: *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Tesis presentada por Antonio Quirós Fons para la obtención del grado de doctor, bajo la dirección de la Profesora Doctora M.^a Ángeles Sánchez Jiménez, Murcia, mayo de 2006.

RELAÑO PASTOR, E.: «Los continuos cambios de la política de inmigración en España» en *Migraciones Internacionales*, vol. 2, núm. 3, enero-junio de 2004.

RODRÍGUEZ, A.: *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», en *Relaciones laborales*, núm. 20, 2000.

SAIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional del derecho internacional europeo de los derechos humanos*, CGPJ, Madrid, 1999.

SANTOLAYA MACHETTI, P.: *El Derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ZABALO ESCUDERO, E.: «Derecho comunitario, vida familiar y desplazamientos de personas en la Unión Europea», en *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, Aequalitas*, núm. 16, 2005.

– «Relaciones Internacionales de familia y derecho de los extranjeros a vivir en familia», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjerí*, núm. 28, Lex Nova, julio de 2008.

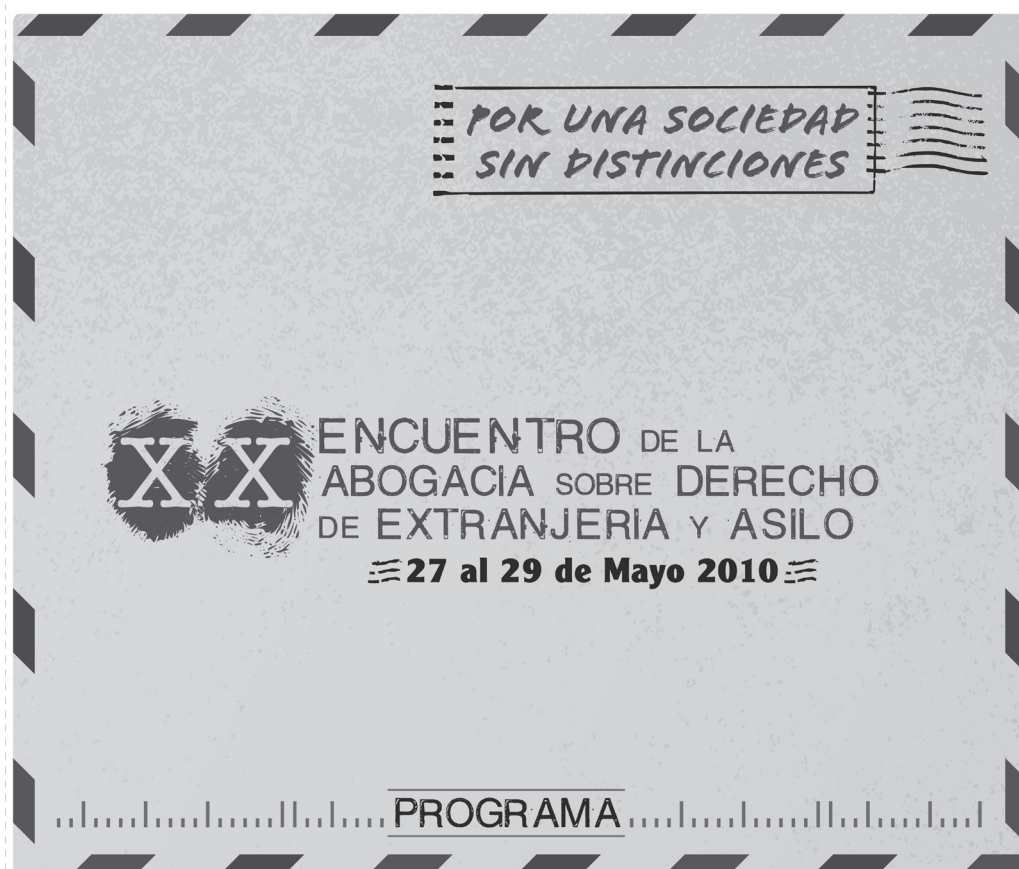
ZIMMERMAN, S.L.: *Understanding Family Policy: Theoretical Approaches*, Newsbury Park, Sage, 1988.

Dossier

*XX Encuentro de la Abogacía sobre
Derecho de Extranjería y Asilo*

XX Encuentro de la Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

27 al 29 de Mayo de 2010. Barcelona



XX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

I

09:30h Entrega de documentos.

10:00h **Acto de inauguración.**

- Excmo. Sr. D. Pedro L. Yúfera Sales. Degà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona.
- Ilma. Sra. D^a Montserrat García Llovera. Subdelegada del Gobierno en Barcelona.
- Excmo. Sr. D. Luis Nieto Guzmán de Lázaro. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca.
- Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del CGAE.
- Sra. D^a Anna Terrón i Cusi. Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración.
- Sr. D. Oriol Amorós March. Secretari per a la Immigració de la Generalitat de Catalunya.

11:00h Pausa café.

CONFERENCIA MARCO**EL AMPARO DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.**

PONENTES:

- Excmo. Sr. D. Eugeni Gay i Montalvo. Magistrado del Tribunal Constitucional.
- Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez. Presidente de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid.

MODERADOR:

- Sr. D. Pascual Aguelo Navarro. Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

14:00h Almuerzo.

MESAS DE TRABAJO**EL NUEVO MARCO LEGAL EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS.**

CONFERENCIANTES:

- Sr. D. José Alarcón Hernández. Ex-Asesor de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.
- Sra. D^a María Helena Bedoya Muriel. Vocal de la Comisión d'Estrangeria de l'ICAB.
- PRESIDENTA DE MESA: Sra. D^a Antonia Moyano Mata. Abogada tramitadora del SAIER.
- SECRETARIA DE MESA: Sra. D^a Isabel Gómez Reyes. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
- Presidenta de la Sección de Extranjería del ICA de Alicante.

16:00h **LA LEY 12/2009, DE 30 DE OCTUBRE, REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA.**

CONFERENCIANTES:

- Sr. D. Mauricio Valiente Ots. Responsable del Servicio Jurídico de CEAR.
- Sr. D. Juan Carlos Arnaiz Guijas. Oficial de Protección de ACNUR.
- PRESIDENTE DE MESA: Sr. D. José Antonio Cabanillas Delgado. Director de la Fundación ACSAR.
- SECRETARIO DE MESA: Sr. D. Marcelo Belgrano Ledesma. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
- Coordinador del SOJE del ICA de Madrid.

16:00h **LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LOS DIVERSOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. POSIBLES SOLUCIONES.**

CONFERENCIANTES:

- Ilmo. Sr. D. Héctor García Morago. Magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona.
- Sr. D. José Luis Rodríguez Candelá. Abogado. Coordinador del Equipo Jurídico de Andalucía Acoge.
- PRESIDENTE DE MESA: Sr. D. Antonio Segura García-Consuegra. Vocal de la Comisión d'Estrangeria de l'ICAB.
- SECRETARIO DE MESA: Sr. D. Francisco Solans Puyuelo. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
- Responsable de Extranjería del ICA de Valencia.

20:30h Recepción en el Ayuntamiento de Barcelona a los asistentes del Encuentro.

CONFERENCIA MARCO**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EUROPA.****ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y A LA VIDA FAMILIAR.**

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis López Guerra. Magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

MODERADORA: Ilma. Sra. D^a. Adriana Auset Domper. Diputada de la Comisión d'Estrangeria de l'ICAB.

11:00h Pausa café.

MESAS DE TRABAJO11:30h **CÓDIGO COMUNITARIO DE NORMAS PARA EL CRUCE DE PERSONAS EN FRONTERA (CÓDIGO DE****FRONTERAS SCHENGEN), APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.**

CONFERENCIANTES:

- Sr. D. Francisco Javier Donaire Villa. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.
- Sr. D. Carlos Alberto Alonso. Inspector Jefe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Jefe de la Sección del Servicio Jurídico.
- PRESIDENTE DE MESA: Sr. D. Juan Fortuny de Pedro. Comisario Jefe de la UCRIF y BPEF Barcelona.
- SECRETARIO DE MESA: Ilmo. Sr. D. Joan Ramon Puig Pellicer. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
- Vicedegà de l'ICA de Figueres.

11:30h **DIRECTIVA DE RETORNO. MEDIDAS LIMITADORAS DE LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO DE EXTRANJERÍA.**

CONFERENCIANTES:

- Ilmo. Sr. D. Fernando Rodríguez Rey. Fiscal Delegado de Extranjería en Barcelona.
- Sr. D. José Miguel Sánchez Tomás. Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos.
- PRESIDENTA DE MESA: Sra. D^a. Jordina Viñas Boladeras. Técnica de la Secretaría per a la Immigració de la Generalitat de Catalunya.
- SECRETARIO DE MESA: Sr. D. Antonio S. Zapata Navarro. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE en representación del ICA de Melilla.

11:30h **MESA DE TRABAJO EN COLABORACIÓN CON EL CIDOB (Centro de estudios y documentación internacionales de Barcelona)****LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA UE: RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN Y TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS.**

CONFERENCIANTES:

- Dr. Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y S.S. de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- Sr. D. Paolo Martino Cossu. Administrador Principal de la Secretaría General del Consejo de la UE.
- PRESIDENTA DE MESA: Sra. D^a. Gemma Pinyol Jiménez. Gabinete de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.
- SECRETARIO DE MESA: Sr. D. José María Pey González. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE en representación del Consejo Vasco de la Abogacía.

14:00h Almuerzo.

MESA DE TRABAJO EN COLABORACIÓN CON EL OGIM (Osservatorio Giuridico Internazionale sulla Migrazione)16:00h **NUEVO MODELO SOCIAL: CONVIVENCIA VERSUS IRREGULARIDAD.**

CONFERENCIANTES:

- Sr. D. Domenico Insanguine. Presidente del OGIM.
- Abogado de Francia. Por confirmar.
- Abogado de Marruecos. Por confirmar.
- Sr. D. Xavier Alonso Calderón. Jefe de l'Àrea d'Estrangeria i Relacions Laborals. Secretaria per a la Immigració de la Generalitat de Catalunya.



XX Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

SECRETARIA DE MESA: Sra. D^a Sonia Martínez Albiñana. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
Representante del CGAE en el grupo de trabajo CCBE.

16:00h INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS CONSULARES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. CONFERENCIANTES:

- Sr. D. Bartolomé José Martínez. Asesor Responsable del Área de Inmigración y Asuntos Exteriores del Defensor del Pueblo.
- Dra. Aurelia Álvarez Rodríguez. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.

PRESIDENTA DE MESA: Sra. D^a Ana María Manuel Hidalgo. Vocal de la Comissió d'Estrangeria de l'ICAB.

SECRETARIA DE MESA: Sra. D^a Margarita Palos Nadal. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
Responsable de Extranjería del ICA de Palma de Mallorca.

16:00h EL EXTRANJERO COMO VÍCTIMA. CONFERENCIANTES:

- Ilmo. Sr. D. Joaquín Antonio Sánchez-Covisa Villa. Fiscal de Sala del Tribunal Supremo, Delegado de Extranjería.
- Dra. M^a Luisa Maqueda Abreu. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

PRESIDENTE DE MESA: Ilmo. Sr. D. Jordi de Tienda García. Diputat de la Comissió d'Estrangeria de l'ICAB.

SECRETARIA DE MESA: Sra. D^a Ana María Uría Pelayo. Vocal de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.
Miembro de la Comisión de Extranjería del ICA de Cantabria.

18:45h CLAUSURA DEL ENCUENTRO.

- Ilmo. Sr. D. Eudald Vendrell Ferrer. Vicedegà de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona.
- Sr. D. Pascual Aguero. Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.

22:00h CENA DE CLAUSURA.

10:30h EXPOSICIÓN Y DEBATE DE LAS CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO.





Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de septiembre de 2009.

Recurso de Apelación: 105/2009.

Ponente: Doña Ana Isabel Martín Valero.

Voz: Suspensión de la ejecución de la medida cautelar de expulsión de nacional de Costa de Marfil. Inadmisión a trámite de petición de asilo.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente respecto a la petición cautelar por la que se acuerda la suspensión de la ejecución de la orden de salida obligatoria.

«El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo número 10, (...) dictó Auto de fecha 7 de abril de 2009, por el que denegaba la medida cautelar de suspensión que había solicitado la parte recurrente, en relación a la resolución del Ministro del Interior de 19 de febrero de 2009, dictada por delegación por la Directora General de Asilo, por la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2008 en la que se inadmitía a trámite la petición de asilo de José Manuel, nacional de Costa de Marfil, (...).

El acuerdo administrativo expresa que concurría dicho supuesto legal, dado que “los hechos supuestamente constitutivos de la persecución alegada por el solicitante están tan alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos constituyen una persecución que justifique una necesidad de protección”. Y añadía que “la evolución del conflicto en Costa de Marfil ha dado paso a una situación de estabilidad que, según información disponible y de las circunstancias concretas del interesado, no fundamentaría una necesidad actual de protección”.

(...) El auto que es objeto del presente recurso de apelación denegó la medida cautelar que había interesado el recurrente en la instancia, argumentando que no concurrían los presupuestos legales establecidos en el artículo 130 de la LJCA, y en particular entendía que no se acreditaban los daños y perjuicios que pudieran justificar la adopción de la cautela. Expresaba que la ejecución de la eventual sentencia estimatoria podría tener lugar sin que fuera precisa la medida cautelar, es decir, no constataba que pudiera producirse la “pérdida de la finalidad legítima del recurso”. Al mismo tiempo, ponía de relieve que no se había remitido el expediente y que no existía evidencia de que al acuerdo se hubiera aparejado el de obligación de abandono del territorio. Por último, señalaba que no se había acreditado que la resolución impugnada se hubiera dictado fuera del plazo de los 60 días en que había que dictar la resolución de inadmisión.

La parte recurrente discrepaba de la resolución apelada, por entender que a lo largo de la exposición que conforma la demanda expone la actual situación de Costa de Marfil, con fundamento en la Posición del ACNUR 2007, y en suma el riesgo que implica el regreso a dicho país por parte del demandante de asilo, por motivos de raza o pertenencia a una etnia. De otro lado, reitera que la petición de asilo se realizó el día 6 de mayo de 2008, y que siendo la resolución de 18 de agosto, el plazo máximo de resolución se habría sobrepasado.

(...)

De acuerdo con estos parámetros hemos de resolver el recurso, señalando que el interesado se remitía en su petición cautelar a la situación de Costa de Marfil, y a la apariencia de buen derecho, concreta en la vulneración del plazo de 60 días previsto en el artículo 17.1 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (...), para resolver la solicitud de asilo desde la presentación de la misma.

Asilo

En lo referente a la situación de Costa de Marfil, la Administración valoró la misma en sentido desfavorable, dado el cambio sustancial producido desde el cese de las hostilidades. Del mismo modo no valoró el *fumus boni iuris*, porque no se había aportado prueba alguna. Sin embargo, en esta segunda instancia se adjuntó copia del expediente, del que se desprende que el plazo de los 60 días, computados desde la presentación de la petición de asilo (6 de mayo de 2008) a la notificación (19 de agosto de 2008) podría haber excedido ampliamente el plazo establecido para la resolución del expediente, razón por la que en aplicación de la Doctrina antes expuesta, sería dable la suspensión, ponderando la razonabilidad y solidez de los argumentos que fundamentan el recurso.

Frente a ello, no se desprende que el interés que deriva de la ejecución demande la no suspensión e inmediata ejecución en el supuesto contemplado, una vez que hemos constatado la apariencia de buen derecho».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 9 de octubre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 833/2008.

Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Concesión del derecho de asilo: nacional de Bielorrusia.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Concesión del derecho de asilo a nacional de Bielorrusia, por ofrecer un relato veraz, y por no basar su solicitud en alegaciones genéricas de oposición al régimen bielorruso y por, finalmente, aportar elementos probatorios que no presentan contradicciones esenciales.

«a) El promovente ha formulado un relato coherente sobre su ideario político, circunstancias individuales y familiares y persecución política sufrida en su país de origen.

b) La Instrucción ha realizado una pormenorizada entrevista, en la que aquél relata su militancia y trayectoria políticas, represalias, detención y amenazas subsiguientes, los motivos por los que deja un determinado grupo político e ingresa en otro, así como una descripción general sobre la política bielorrusa reciente. Significa que en cuanto sea posible quiere volver a su país.

(...)

y d) El Informe de la Instrucción, funda su criterio desfavorable, aun reconociendo el conocimiento que el solicitante muestra sobre la política bielorrusa, en diversas contradicciones que se destacan en su relato, que a juicio de la Sala, como luego se concretará, no es dable otorgarles un valor decisivo para justificar la denegación del beneficio que se recaba.

(...) en el caso presente existen los indicios suficientes a que se refiere el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, inferidos de los extremos consignados en ordinal precedente. 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».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de octubre de 2009.

Asilo

Recurso Contencioso-Administrativo: 386/2009.

Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezedo.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo: Sierra Leona.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Inadmisión a trámite del derecho de asilo por cuanto la solicitud está basada en alegaciones carentes de vigencia actual, habida cuenta que los hechos supuestamente constitutivos de la persecución alegada por el solicitante están alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad de protección.

«La sentencia objeto de recurso de apelación confirmó la resolución administrativa, haciendo suyo informe propuesta emitido por el instructor del expediente, en el que reflejaba que los hechos que relataba el interesado como motivo de persecución se remontaban a 1999, cuando las hostilidades de la guerra civil habían cesado desde el 14 de enero de 2002, celebrándose elecciones libres en ese año, y constituyéndose un Tribunal Penal al objeto de perseguir las atrocidades cometidas con ocasión de la guerra civil. Por tanto, concluía que no era precisa la protección demandada, ni existía infracción del principio de *non refoulement*.

La apelante alega que la sentencia impugnada en apelación incurre en error en la valoración de la prueba, toda vez que los documentos obrantes en el expediente evidencian los motivos de asilo, que deben enlazarse a la convulsa situación del país.

La Abogacía del Estado se opone al recurso alegando que no se opone un motivo claro de apelación, olvidando la correcta técnica del recurso, que exige una crítica de la sentencia, lo que es suficiente para la desestimación del recurso de apelación. En todo caso, aduce, la sentencia es conforme a derecho, de acuerdo con lo que obra en el expediente; viniendo avalada por el informe del ACNUR.

El motivo articulado por el apelante no resulta adecuado para rebatir con éxito la motivación de la sen-

tencia, en la que en ningún momento se menciona la prueba documental que se trae a colación en esta segunda instancia. En efecto, en el expediente administrativo no se incorporó ninguna prueba documental al objeto de demostrar la convulsa situación de Sierra Leona, en orden a justificar la petición de asilo, y los motivos que sustentan la solicitud.

A su vez, la sentencia confirma la resolución administrativa, sobre la base de la nueva situación existente en Sierra Leona desde el 14 de enero de 2002, lo que motiva que no se aprecie una necesidad de protección, por la lejanía de los hechos, en aplicación del último inciso de la letra d) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, lo que es conforme a derecho.

Por lo demás, el recurso de apelación no contiene crítica de la sentencia, conforme hubiera sido preciso, de acuerdo con la técnica del recurso. En este sentido ha de recordarse que “El recurso de apelación tiene por objeto depurar un determinado resultado procesal obtenido con anterioridad ante la primera instancia. En virtud del recurso de apelación, el Tribunal *ad quem* conoce en su totalidad del litigio tal como se planteó ante el Tribunal *a quo*, a condición de que la parte apelante actúe una pretensión revocatoria con individualización de los motivos que le sirven de fundamento: siendo esto así, el Tribunal de apelación ha de pronunciarse dentro de los límites y términos en que sea planteada la pretensión revocatoria, por exigencia del principio de congruencia (STS de 6 de febrero de 1989), dado que el Tribunal *ad quem*, resuelve tomando conocimiento de los motivos a través de los cuales se pretende combatir la sentencia apelada.

La pretensión de apelación deducida por una de las partes –dicen las sentencias del TS de 15 de diciembre de 1988 y de 24 de noviembre de 1997– ha de justificarse a través de las oportunas alegaciones de quien la ejercita, tendentes a hacer ver los motivos por los que la decisión jurisdiccional combatida es

jurídicamente vulnerable. De no actuar así el apelante, se priva al Tribunal *ad quem* de los indispensables elementos para poder analizar los motivos de la apelación” (...).

En el caso examinado por el recurrente no se ofrecen al Tribunal elementos que permitan realizar el juicio de revisión de la sentencia, a fin de determinar si la misma ha aplicado de forma adecuada el ordenamiento jurídico, o si por el contrario merece la revocación conforme a lo postulado por el recurrente. Razón por la que procede desestimar el recurso».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 5 de noviembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 916/2008.

Ponente: Don José Alberto Fernández Rodera.

Voz: Denegación del reconocimiento del derecho de asilo a nacional de Azerbaiyán.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Denegación del reconocimiento del derecho de asilo a nacional de Azerbaiyán, por basar su solicitud en la pertenencia de un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstancias de los que derive una persecución personal, y por ofrecer un relato inverosímil e impreciso.

«Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en que su militancia política le aparejaba persecución en su país de origen, siendo así que incluso su marido murió a consecuencia de tal persecución y además su hijo teme le procuren un trato vejatorio durante la futura prestación del servicio militar, y en la alegada concurrencia de razones humanitarias que justificarían la autorización de su permanencia en nuestro territorio nacional.

Pues bien, la interesada nada ha acreditado, ni directa ni indiciariamente, sobre la realidad de una persecución personal susceptible de ser incardi-

nada en el régimen jurídico de asilo, no aportando prueba alguna de sus aseveraciones, trufadas de contradicciones e incluso aludiendo a una sospechosa pérdida de todos sus documentos, hecha exclusión del pasaporte, extremos puestos de relieve, en forma detallada, en el Informe de la Instrucción, elaborado conjuntamente respecto de ella y su hijo, cuyo tenor se compadece con las manifestaciones contenidas en el trámite administrativo:

Ambos, madre e hijo, afirman ser militantes del partido de oposición Musavat al igual que el cabeza de familia que falleció en 2006 a raíz de las torturas recibidas tres años antes, cuando fue arrestado en una manifestación. Los solicitantes afirman que son objeto de vigilancia, persecución, su domicilio es registrado con frecuencia.... El hijo, además, debe cumplir el servicio militar y teme que, como miembro de un partido de oposición, sea enviado al Nagorno-Karabaj, donde hay una guerra no declarada, y que incluso sea ajusticiado por sus superiores.

Se considera que con las alegaciones del solicitante, la información existente en el expediente, la documentación entregada y la información disponible sobre su país de origen existen suficientes elementos de juicio para emitir un criterio sobre la presente petición sin necesidad de mantener una entrevista personal con el mismo.

(...)

No se puede negar que en Azerbaiyán existe un régimen dictatorial, donde la libertad de expresión, reunión. etc. están muy seriamente limitadas, al igual que las actividades de los partidos políticos de oposición, entre los que se encuentra el Musavat, al que afirman pertenecer los solicitantes.

Pero en este contexto general se considera que los solicitantes no han establecido suficientemente la necesidad de la protección demandada, pues por el mero hecho de pertenecer a un partido de opo-

Asilo

sición no se puede considerar automáticamente objeto de persecución.

El mayor problema de esta petición es que el relato de los solicitantes es sumamente ambiguo y genérico, no responde al de unas personas seriamente comprometidas con la actualidad política de su país:

Si analizamos sus alegaciones, observamos que solo citan dos hechos concretos: el arresto ocurrido en noviembre de 2003, cuando los padres fueron arrestados y torturados (llamando la atención el que el padre muera a raíz de las torturas mucho tiempo después: tres años, sobre todo cuando lo que sufrió fue pérdida de visión y conmoción cerebral) y el registro del que afirman fueron objeto el 24 de diciembre de 2006, poco antes de salir del país.

Entre estos dos hechos median tres años, y lo único que nos relatan los solicitantes es la situación general del país ("A muchos militantes del partido Musavat los apaleaban y los llevaban a la comisaría ... los miembros del partido podían recibir palizas ... no autorizaban los mítines ... el pueblo explotaba y la policía golpeaban a todos, les amenazaban...").

Y cuando hablan de sus problemas concretos, tan solo dicen que "nos humillaban, amenazaban y perseguían ... la policía venía con frecuencia a nuestra casa..." pero como decimos, tan solo habla (aparte del arresto de los padres en 2003) de que les hacían registros, y citan dos ocurridos en aquellas fechas (noviembre y diciembre de 2003) y el de diciembre 2006.

Afirman también hechos como que el hijo tenía problemas en la universidad, pero solo le "amenazaban con expulsarme e intentaban convencerme..." o que a la madre la humillaban los vecinos y que, a ella también, la amenazaban con expulsarla del trabajo, pero parece que tantas amenazas no se

materializan en nada concreto, pues el hijo incluso se matricula en un máster post grado.

Es interesante observar que el arresto de los padres se produce en el contexto de las elecciones presidenciales de 2003 (...) pero sin embargo los solicitantes son incapaces de relatar nada de lo ocurrido durante el convulso año 2005, ya que el 6 de noviembre de 2005 hubo elecciones parlamentarias, la oposición desplegó una intensa actividad que fue duramente reprimida y finalmente el partido Musavat, que se había integrado en el bloque AZADLYQ rompió el boicot unitario que había decidido la oposición y se presentó a las elecciones parciales que se realizaron el día 13 de marzo de 2006 en 11 distritos ante el clamor nacional e internacional porque las elecciones fueron manipuladas (...).

Pues bien, los solicitantes, militantes comprometidos, no narran nada de todo esto, tan solo las genéricas alegaciones de antes: que acudían a mítines donde los opositores podrían ser golpeados y arrestados, o que en un registro domiciliario podrían ponerles drogas y así encarcelarlos.

La presente petición da la sensación de que o bien los solicitantes no son militantes activos de un partido de oposición o que se han distanciado de dicha militancia pues, repetimos, entre noviembre 2003 y diciembre 2006 son incapaces de contarnos algún hecho de persecución concreto y convincente a pesar de que fueron años muy convulsos y agitados políticamente.

Respecto a los problemas aducidos por el hijo respecto al servicio militar, se ha consultado la información suministrada por números organismos e instituciones aunque, a decir verdad, se trata de informes centrados en la modificación de la ley del servicio militar de Azerhaiyán para introducir la objeción de conciencia, ya que muchos testigos de Jehová y otras minorías religiosas están teniendo muchos problemas por ello (ver informes de Forum 18, Human Rights Watch y, sobre todo, el Consejo de

Asilo

Europa, que es el que está presionando a Azerbaiyán para que modifique su ley del servicio militar).

(...)

Así, sabemos que en Azerhaiyán todos los jóvenes de 18 a 27 años están sujetos al servicio militar, que dura 12 meses para los universitarios (18 para los demás) ... pero no hemos encontrado si es posible que un hijo único de viuda esté obligado a realizar el servicio militar, algo que resulta bastante extraño incluso en un país como Azerbaiyán.

Pero desde luego lo que no se ha hallado es ninguna noticia o informe que corrobore que los militantes de partidos de la oposición sean obligados a ir al Nagorno Karabaj y que allí pueden llegar incluso a ser ejecutados por sus superiores, como plantea el solicitante que le podría ocurrir ("allí oficiales ya bien informados sobre nosotros y nuestras familias podrían apalearnos, mutilarnos hasta la muerte e incluso fusilarnos...").

En cualquier caso, y aparte que los temores manifestados por el solicitante parecen poco fundados, su negativa a incorporarse al servicio militar no responde a ninguno de los supuestos que para tales casos establece tanto la "Posición Común de la UE...", como el "Manual del ACNUR..." como, sobre todo, el artículo 9.2.c) de la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento del estatuto de nacionales de terceros países o apartidas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Por último, la Instrucción desea mostrar su extrañeza por la frecuencia con la que les roban los pasaportes a los solicitantes de asilo nada más llegar a nuestro país pero tienen la precaución, eso sí, de fotocopiar antes la primera hoja de dicho documento, como es el caso.

Llama también la atención en este caso el que en el registro de diciembre de 2006 les requisaran "todos los documentos" incluidos los del partido, pruebas e informes (¿) acta de defunción del marido (documento que se puede volver a expedir en cualquier momento), pero sin embargo no les requisan los pasaportes de viaje.

(...)

El recurso interpuesto debe ser desestimado (...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 5 de noviembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 294/2008.

Ponente: Don José Luis Sánchez Díaz.

Voz: Denegación de asilo a solicitante de origen bereber.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, solicitante de asilo de origen bereber, al no disponer de indicios suficientes para demostrar su temor de ser perseguido. Tampoco concurren razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física del interesado o para su vida.

«Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Interior de fecha 9 de enero de 2008, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España del hoy demandante D. Víctor.

Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que basa su solicitud en su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstanciales que indiquen que haya sufrido, o tenga un temor fundado de sufrir, una persecución personal por esta causa; los principales hechos constitutivos de la persecución alegada están lo suficientemente alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad actual de protección; que los hechos no

Asilo

constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que no se desprenden razones humanitarias o de interés público que puedan justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

(...)

El actor expresa en su demanda que salió de Argelia el 1 de mayo de 2006 y que entró en España el día 4 de julio de 2006, por Ceuta, donde solicita asilo. El motivo de su salida se debió a la persecución sufrida en su país en junio de 2001. Se vio obligado a desplazarse a Túnez, desde julio de 2003 hasta abril de 2006. A partir de esa fecha por temor a sufrir persecución (dado su origen bereber) por parte de las fuerzas de seguridad del Estado, no volvió a su casa.

En este sentido destaca la instructora del expediente lo que sigue:

“El solicitante afirma ser de origen bereber, motivo por el que es perseguido en su país, ya que participó en sendas manifestaciones en los años 2001 y 2003, siendo arrestado, maltratado, insultado, etc... en el último arresto fue herido en la mano y no recibió asistencia médica inmediata pero cuando fue al hospital consiguió huir de la policía y se fue a Túnez, donde permanece hasta que en abril de 2006 se dispone a volver a Argelia porque su padre está enfermo, pero sus familiares le advierten que no vaya, que la policía sigue buscándole. Por todo ello opta por salir del país y pedir asilo.

Se considera que con las alegaciones del solicitante, la información existente en el expediente, la documentación entregada y la información disponible sobre su país de origen existen suficientes elementos de juicio para emitir un criterio sobre al presente petición sin necesidad de mantener una entrevista personal con el mismo”.

Por otra parte en materia de denegación de asilo es preciso tomar en consideración la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, entre otras Sentencias la establecida en el recurso de casación número 5091/2002 de la Sección Quinta, de fecha 28 de octubre de 2005, en cuyo fundamento quinto se expresa lo siguiente:

“Resulta preciso recordar que la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta (...). Ciertamente para la concesión de asilo bastan indicios suficientes de que el solicitante tiene fundado temor de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Bastan pues, los indicios suficientes; pero estos han de existir y es carga del recurrente aportarlos”. Y anteriormente, nuestro Tribunal Supremo ya había expresado lo siguiente en su sentencia de fecha 17 de septiembre de 2003: “... es visto cómo deviene obligada la aplicación de nuestra reiterada doctrina que por razón de su misma reiteración es ocioso citar en concreto, según la cual ciertamente no es exigible para la concesión del asilo o de la condición de refugiado el acreditamiento mediante una prueba plena o absoluta de los hechos alegados por el peticionario, pues basta con aportar meros indicios, no cabe aquel reconocimiento jurisdiccional pretendido, cuando ni siquiera son de apreciar, según sucede en el supuesto ahora enjuiciado, los aludidos indicios de los que pueda deducirse concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos prescritos por el legislador, al modo que los señala el Tribunal de instancia, y adviértase en fin que las meras declaraciones del solicitante no pueden ser consideradas como indicio suficiente de la persecución alegada, cuando carecen de todo punto de referencia o contraste, y que el informe emitido por Amnistía Internacional, sólo se refiere, en términos de generalidad, a la situación general de Angola, sin establecer particulares circunstancias relacionadas

con el recurrente susceptibles de amparar el derecho de asilo, más aún cuando ni siquiera consta la pertenencia del mismo a grupo que pudiese dar lugar a presumir posibles persecuciones”.

En este caso las consideraciones recogidas en el informe de la Instrucción son compartidas por el Tribunal, que no advierte la existencia de motivos fundados para que la policía argelina emprenda contra él una persecución. Su origen bereber no justifica por sí solo aquella y además el actor no acredita que en organización alguna ejerza actividades significativas y ocupe una posición relevante. A todo ello se añade el distanciamiento en el tiempo entre las causas que pudieran determinar una hipotética persecución (años 2001 y 2003) y la fecha en que solicitó asilo en España (julio de 2006).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 6 de noviembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 7/2009.

Ponente: Don Eduardo Ortega Martín.

Voz: Asilo: denegación. Etnia Senufó. Persecución inverosímil.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. El interesado no ha alegado ninguna causa que dé lugar a la concesión de protección internacional. Tampoco pueden bastar para obtener la condición de refugiado las meras alegaciones de haber sufrido persecución carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad.

«La resolución impugnada vino a consignar como motivo para la desestimación de la solicitud del interesado el que éste no había alegado ninguna de las causas que dan lugar a la concesión de protección internacional, circunstancia que en su momento permitió la inadmisión a trámite de su solicitud, con informe favorable de representante del ACNUR. Pero que no le fue notificada al interesado la oportuna resolución, cosa que obligó, conforme

al artículo 17.2 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Asilo, (...) su admisión a trámite. Sin embargo la persistencia de esa misma circunstancia había de dar lugar a la desestimación de la solicitud del interesado.

El recurrente en su demanda expresa que forma parte de un grupo étnico, el Senufó, pero que el gobierno está dominado por el grupo étnico Beté. Que en su país existen más de 64 etnias y además se dan continuas guerras tribales. Afirma luego que fue perseguido por las autoridades porque pensaban que era un rebelde, y que, en concreto un día, cuando regresaba a su casa en Papaduru, fue parado por un control militar en el que le registraron y le quitaron el dinero que portaba procedente una factura de un tío suyo, y luego le acusaron de ser un rebelde. Dice que además le pegaron, le ataron y le amenazaron de muerte. Por la noche logró escapar e inició el periplo geográfico que expresó en su solicitud, llegando hasta España a bordo de un cayuco.

(...)

La resolución del presente procedimiento, en el que el fundamento de la impugnación reside precisamente en la concurrencia de una efectiva situación de persecución, requiere poner de manifiesto que el propio interesado, en su solicitud formulada en vía administrativa (oportunamente asistido de intérprete), a la pregunta del motivo de su salida, expresó que quería venir a España donde había mejores condiciones de vida puesto que en África no había nada. Aunque es verdad que en otro momento expresaba que las autoridades de su país le persiguen porque piensan que es un rebelde, pero sin concreción alguna de actos singulares de persecución.

De ello deriva que la Sala no encuentre fundamento para rectificar la resolución dictada por la Administración y que es objeto del presente recurso ya que existe una evidente contradicción interna, en la solicitud del interesado, en algo tan fundamental como son las razones de la solicitud del asilo.

Asilo

Por otra parte en aquello en lo que el interesado afirmaba constituir, en efecto, persecución tampoco se expresa con la suficiente precisión y concreción una situación calificable de tal sino que más bien el suceso producido para con el mismo, caso de ser real, parece corresponderse con abusos de autoridad de determinadas fuerzas policiales o militares más que de un caso de persecución individualizada dirigida contra el interesado.

En consecuencia la Sala no aprecia la existencia de una efectiva situación de persecución, lo que nos lleva a la desestimación del recurso deducido».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 10 de noviembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 540/2008.

Ponente: Doña Ana Isabel Gómez García.

Voz: Denegación de asilo a ciudadana de Sudán. Dudas sobre la nacionalidad alegada.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. La solicitante alega una nacionalidad sobre cuya autenticidad puede razonablemente dudarse, así como del relato de la persecución alegada.

«Se razona en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que la solicitante alega una nacionalidad sobre cuya autenticidad puede razonablemente dudarse, así como del relato de la persecución alegada, pudiendo deducirse del conjunto del expediente que tal comportamiento tiene como objetivo principal dificultar la valoración de sus alegaciones o dotar de verosimilitud a unas alegaciones de persecución que no se corresponderían con auténtica nacionalidad del solicitante, sin que se desprenda del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla. Que el relato del viaje efectuado para trasladarse desde su país a España resulta inverosímil, de forma que

puede razonablemente dudarse de la veracidad del conjunto de sus alegaciones, en la medida en que el modo en que se haya realizado dicho viaje resulta relevante a la hora de valorar el relato de persecución. Se añade que el relato resulta contradictorio 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 haya acreditado suficientemente la veracidad de esta persecución y sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido, o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.

(...)

Frente a los anteriores razonamientos, en la demanda de este recurso la parte actora alega que en el año 2004 su pueblo fue atacado por hombres ataviados con turbantes, que eran musulmanes e iban armados; la recurrente y sus hermanos vieron cómo mataban a su padre; que los atacantes, conocidos por el nombre de Janjaweed, les amenazaron y les dijeron que debían convertirse al islam, a lo cual se negaron sus padres diciendo que eran cristianos y que su religión les impedía matar, siendo entonces cuando les asesinaron a ambos; que sus hermanos huyeron y a ella la hirieron con varias cuchilladas en los brazos, ayudándola a huir uno de sus hermanos. Que entró en España en el año 2005 por barco, tras pasar por Chad, Libia, Argelia y Marruecos.

(...)

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

La interesada, con fecha 11 de noviembre de 2005, presentó solicitud de asilo en España en la Oficina Única de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en Ceuta, sin presentar documentación alguna. En dicha solicitud declara, con la asistencia de traductor y de abogado, haber nacido el 25 de enero

de 1985, en Tandí, Sudán, siendo su nacionalidad de origen y la nacionalidad actual la sudanesa, su estado civil soltera, a la pregunta sobre su lengua materna responde que “no sabe”, declara hablar inglés, que no tiene ni estudios ni profesión, que su domicilio familiar se encuentra en Village de Tandí, región de Darfur Sur. Afirma haber salido de su país, a pie, el 28 de enero de 2004, siendo la fecha de entrada en España la de 16 de octubre de 2005, por Ceuta, habiendo permanecido cuatro meses en Chad, de allí fue a pie a Libia, donde estuvo cuatro meses, desde allí, y también a pie, se dirigió a Argelia, donde estuvo dos meses, también a pie se trasladó a Marruecos, donde estuvo un año aproximadamente. Entró en España, por Ceuta, a nado con salvavidas. Como motivo de la salida de su país, indica la guerra. Manifiesta no saber si pertenece a algún grupo étnico y que pertenece al grupo religioso cristiano.

En la declaración firmada manifiesta que el 28 de enero de 2004 su poblado fue atacado por los árabes, que arrasaron todo y asesinaron a muchos. Que un grupo de Janjaweed destrozaron la puerta de su casa y entraron, primero pidieron a sus padres que se unieran a su causa y se convirtieran al Islam, al negarse, diciendo que ellos eran cristianos, los asesinaron a ambos delante sus hijos; que salieron horrorizados de casa y empezaron a correr junto con otros vecinos del poblado, pero ella recibió una cuchillada en el brazo y la herida le impedía correr, siendo ayudada por uno de sus hermanos que cargó auestas con ella y llegaron a la frontera de Chad, donde se refugiaron durante algún tiempo, y después siguieron viaje hasta llegar a Ceuta, donde espera sean acogidos y puedan encontrar paz y olvidar el horror de la guerra.

(...)

A la solicitante se le realizó un cuestionario sobre Sudán, resultando que afirma haber nacido en Tandí y haber vivido allí en los últimos diez años; sin embargo, preguntada sobre algunos nombres

de las zonas en las cuales se han radicado los refugiados por el conflicto bélico de Darfur, contesta que no sabe; tampoco sabe en cuántas provincias está dividida Darfur, los nombres de las capitales de las provincias, el nombre de la capital regional, ni del río que cruza la provincia de Janub Darfur; desconoce qué ciudades de Darfur tienen aeropuerto. A la pregunta sobre entre quiénes se produjo el conflicto étnico en Darfur, contesta que Janjaweed y cristianos, que los miembros del primer grupo son árabes, pero desconoce qué significado tiene en árabe y en Sudán la palabra Janjaweed así como la étnia a la que pertenecen. Sobre su viaje afirma no recordar los días que tardó en salir del país ni las provincias que atravesó, dice que fue por los campos.

Con fecha 13 de diciembre 2007 fue sometida a una entrevista con la Instructora, la cual explica en nota aclaratoria que, como consecuencia de haberse producido sobre las mismas fechas un elevado número de solicitudes de asilo por personas que decían ser nacionales de Sudán y que se negaban a hablar en árabe, pidiendo hacerlo en inglés, había decidido que el traductor de árabe, que también lo es de inglés, se presentase a sí mismo al principio de la entrevista en árabe, antes de que la instructora lo hiciera en español, para poder evaluar el conocimiento que tiene el interesado del idioma oficial del que dice ser su país. Que al principio de la entrevista con la ahora recurrente, el traductor le dijo en árabe: “Buenos días, soy el traductor de árabe que va a intervenir en la presente entrevista, ¿habla usted árabe?”. Contestando la solicitante, en inglés, que no sabe árabe, que habla inglés. Se le repite la pregunta y no responde, insistiendo en que habla inglés, por lo que la entrevista se realiza en inglés. Cuando le pide que vaya escribiendo los nombres que pueda proporcionar a lo largo de la entrevista, contesta que no sabe escribir. A lo largo de la entrevista, a las preguntas acerca del idioma que se habla en Sudán y, más concretamente, en Tandí, explica que en Tandí unos hablan “sagaba” y otros el inglés, que el árabe se habla en la parte musulmana de

Asilo

Sudán. Sobre Darfur primero dice que es una parte de Sudán, y, cuando se le pide que concrete, dice que es una ciudad. Que hay distintos sitios que se llaman Darfur y ella es de Darfur del Sur, desconoce los nombres de otras localidades cercanas al lugar en que nació. En relación con su familia, afirma que sus padres han fallecido, no recordando la fecha exacta, pero que fue en el año 2003, por causa de la guerra que en su país. Tras relatar la forma en que fueron agredidos por un grupo musulmán, manifiesta que huyó con su hermano Joseph, el cual la ayudó después de estar tirada en el suelo y herida durante unas horas, que estuvieron tres días en el bosque y después fueron a Chad, que fueron en burro y no recuerdo cuánto tiempo tardaron en llegar. Tampoco facilita datos sobre el lugar en el que estuvieron en Libia, Argelia y Marruecos.

En el Informe de Instrucción, desfavorable a la concesión del asilo solicitado, se expone que la solicitante no se ha presentado a la entrevista el día para el que había sido citada, haciéndolo dos días después acompañada por quien dijo ser su hermano Joseph, el cual estaba citado para otro día, por lo que se realizó la entrevista a ambos por separado, pudiendo contrastar sus declaraciones, ya que se refieren a los mismos hechos, según manifiestan. Que cada uno responde una cosa diferente sobre el número de hermanos que son, sobre la fecha de salida su país (ella dice el 28 de enero de 2004 y él 1 de noviembre de 2004), sobre la muerte sus padres ella dice que tuvo lugar en el año 2003 y su supuesto hermano la sitúa en octubre de 2004. Tampoco coinciden en quién de los dos resultó herido ni en el itinerario seguido en su huida.

Razona la Instructora que la solicitante demuestra un total desconocimiento del que dice ser su país y de lo que ocurra en Darfur.

(...)

En suma, pues, cumplidos los requisitos y trámites previstos en la normativa reguladora, no aprecian-

do la Sala motivos que acrediten la existencia de persecución, o su temor fundado a padecerla (...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 23 de noviembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 668/2008.

Ponente: Doña Ana Isabel Gómez García.

Voz: Denegación de asilo a nacional de Costa de Marfil: alegaciones genéricas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente, quien basa su solicitud en alegaciones genéricas sobre su oposición a las autoridades de su país, sin que se desprenda del expediente que éstas tengan conocimiento de tal oposición o que, de tenerlo, el solicitante haya sido objeto o pueda abrigar un temor fundado de ser objeto de persecución como consecuencia de sus opiniones.

«Se razona en los fundamentos de dicha resolución, como motivos de la denegación del asilo solicitado, en síntesis, que el solicitante basa su solicitud en alegaciones genéricas sobre su oposición a las autoridades de su país, sin que se desprenda del expediente que éstas tengan conocimiento de tal oposición o que, de tenerlo, el solicitante haya sido objeto o pueda abrigar un temor fundado de ser objeto de persecución como consecuencia de sus opiniones; asimismo, invoca su pertenencia a un colectivo determinado, sin aportar elementos personales o circunstancias que indiquen que haya sufrido o tenga temor fundado de sufrir una persecución personal por esta causa, cuando, según la información disponible sobre el país de origen, la mera pertenencia a tal colectivo no determina necesariamente la existencia de persecución ni justifica un temor fundado a sufrirla; que el relato del solicitante hace referencia a hechos constitutivos de la persecución lo suficientemente alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad actual de protección, sin que conste en el expediente que los hechos relatados hayan seguido produciéndose o

hayan tenido unas consecuencias tales que pudieran considerarse, en sí mismas y en la actualidad, como persecución, o que pudieran justificar un temor fundado a sufrirla. Se añade que el relato resulta genérico e impreciso en la descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución, y contradice hechos y circunstancias suficientemente acreditados según la información disponible de su país de origen y la recogida en el expediente, por lo que puede razonablemente dudarse de la veracidad de la referida persecución, sin que se deduzcan del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla. Que el solicitante ha tenido la oportunidad de pedir asilo en un Estado donde hubiera podido recibir protección con anterioridad a la presentación de la solicitud en España, no habiéndolo hecho así ni aportado explicaciones suficientes sobre esta conducta; por otra parte, el solicitante ha contactado voluntariamente con las autoridades de su país después de producirse los hechos constitutivos de la persecución invocada.

(...)

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

El interesado, quien tenía orden de devolución a su país de origen, de fecha 18 de junio de 2007, dictada por la Delegación del Gobierno en Canarias –Dirección Insular de Lanzarote–, con fecha 29 de junio de 2007 presentó solicitud de asilo en España ante la Comisaría Local de Puerto del Rosario. En dicha solicitud declara, con la asistencia de abogado e intérprete, haber nacido el 10 de enero de 1979, en Abidjan, Costa de Marfil, siendo su nacionalidad de origen y la nacionalidad actual la de Costa de Marfil, su situación familiar “convivencia”, tiene un hijo, su lengua materna “Djoula”, su domicilio familiar se encuentra en Te Apleu, no pertenece a ningún grupo o partido político, su religión es la Islámica.

Afirma haber salido de su país el 7 de mayo de 2007, siendo la fecha de entrada en España la de 8 de mayo de 2007, habiendo entrado en patera, tras pasar por Marruecos, a donde viajó en avión. Afirma haber sufrido persecución por parte de la Gendarmería por pertenecer a los Djoula.

En la declaración que acompaña a la solicitud manifiesta que su seguridad ha sido amenazada por un grupo de la Gendarmería de su país llamado “Escuadrón de la Muerte”. En marzo de 2004 la oposición había organizado una manifestación pacífica que el Gobierno consideró como una manifestación activa y hubo muchos muertos a manos de la Gendarmería de Costa de Marfil, después hubo un periodo de calma, pero después los “Escuadrones de la Muerte” fueron por los barrios de la ciudad, incluido el suyo, casa por casa, raptando a jóvenes, y los que quedaron se vieron obligados a esconderse. Él salió de Abidján y fue a su pueblo, Te Apleu, donde permaneció cierto tiempo, después decidió abandonar el país porque los Escuadrones de la Muerte buscaban a cualquier persona de consideración en el partido RDR, él no ocupa ningún puesto en el partido pero se considera miembro del mismo. La persecución todavía continúa, ha recibido amenazas y si vuelve a su país probablemente le van a matar.

En el Informe de Instrucción, de enero de 2008, desfavorable a la concesión del asilo solicitado, se expone que las alegaciones efectuadas por el solicitante no resultan verosímiles por diversas razones, destacando que la condición de miembro del RDR por sí mismo no es causa de persecución en la zona controlada por el ejército gubernamental; que los ataques a la población djoula en la zona gubernamental han sido muy puntuales tanto en el espacio como en el tiempo, especialmente al inicio del conflicto, a finales de 2002 y principios de 2003. Desde principios de 2003 Costa de Marfil quedó dividida en dos mitades: el sur, controlado por el ejército y el gobierno gubernamentales, y el norte, controlado por las tropas rebeldes, habiendo quedado es-

Asilo

tabilizados los límites de estas dos mitades desde principios de 2003; este límite está siendo controlado por un contingente de tropas internacional en el que destacan las fuerzas militares francesas, sin que desde entonces se hayan producido hechos de armas de gran envergadura, sino puntuales incidentes entre ambos ejércitos, choques ocasionales. Desde entonces la inestabilidad que vive Costa de Marfil no deriva de grandes campañas militares, sino del vacío de poder y la grave inestabilidad institucional que degeneran en la falta de seguridad personal, grave estrangulamiento de los derechos civiles y políticos, y estallidos puntuales de conflictos interétnicos. Que Aurelio, líder del RDR, regresó a Costa de Marfil el 26 de enero de 2006, con las máximas garantías de seguridad personal y política. Desde 2003 ha habido en los diferentes gobiernos de concentración nacional ministros de dicho partido, concretamente a lo largo de 2006 ha participado en el gobierno ocupando cinco ministerios, y en el gobierno constituido en abril de 2007 seis carteras ministeriales corresponden a miembros del RDR. A lo largo del año 2007 en Costa de Marfil se han dado claros y decisivos pasos hacia una cierta normalización política del país, habiéndose firmado un acuerdo para la formación de un nuevo gobierno y el fin de la misión de las fuerzas de paz de Naciones Unidas y Francia, desplegadas en el país desde el inicio de la crisis en 2002.

Se hace referencia a las conclusiones del informe del ACNUR de julio de 2007 sobre la situación de Costa de Marfil, en la que realiza una valoración positiva en relación a la situación política resultante del acuerdo de paz de Uagadugú, de marzo de 2007. Tanto Abidján, donde residía el solicitante, como Téapleu, a donde se trasladó después, son localidades fuera de las zonas respecto de las que el ACNUR aún mantiene el criterio de que es aconsejable la no devolución de nacionales marfileños, por la situación administrativa existente.

Se añade que el solicitante ha transitado por varios países sin haber solicitado protección a las autori-

dades de dichos países, además, no tiene dificultad alguna en ponerse en contacto con las autoridades a las que dice temer, con el objeto de obtener de ellas documentación acreditativa de su identidad y nacionalidad.

Por último, concluye la Instrucción que no existen causas que pudieran dar lugar a la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Regulación del Derecho de asilo y de la Condición de Refugiado en España, pues no concurren en el solicitante razones humanitarias (...).

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 2 de diciembre de 2009.

Recurso de Apelación: 510/2009.

Ponente: Don Javier Eugenio López Candela.

Voz: Denegación de asilo: orden de expulsión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Se entiende 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, pretende obviar la normativa general en materia de extranjería.

«Partiendo de la base de que el actor reproduce literalmente en apelación lo que expresó en el escrito de demanda –y de por sí ello conllevaría la desestimación de la apelación– hemos de indicar que el informe del instructor permite dotar a la resolución impugnada de la motivación suficiente, (...), teniendo en cuenta datos fundamentales que conllevan el perecimiento de la pretensión del actor, por mucho que invoque la situación político-social de Bangla Desh, y aunque admitamos que no es motivo suficiente para inadmitir la solicitud de asilo el hecho de que no haya solicitado asilo en Marruecos. Estos datos son los siguientes:

– Ha estado el actor en situación de ilegalidad en España más de dos años desde que entró, el 16 de

Expulsión

marzo de 2006, hasta que solicita el asilo, el 21 de agosto de 2008, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.2 del RD 203/1995 de 10 de febrero, sobre la existencia de una presunción de inverosimilitud del relato, suficiente para que entre en juego la causa de inadmisión prevista en el artículo 5.6.d).

– Según ha informado la Jefatura Superior de Policía de Melilla tiene decretada la expulsión por la delegación de Gobierno en esa ciudad desde el 10 de abril de 2006, notificada el 21 de ese mes.

– Si según el relato del actor después de la persecución sufrida pudo encontrarse seguro en otro lugar de su país, no se halla justificado el asilo.

– Se halla indocumentado, sin que dé suficiente explicación de las razones por las que se encuentra en tal situación, infringiendo lo dispuesto en los artículos 8.2 y 9.1 del RD 203/1995.

Por último término debemos rechazar la consideración expuesta por el actor de que toda declaración de solicitante de asilo goza de una presunción de veracidad. Tal consideración no encuentra justificación en ningún precepto legal.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de que concurren razones humanitarias invocadas para justificar la residencia en España, conforme a lo prevenido en el artículo 17.2 de la ley de asilo, lo cierto es que hemos tenido ocasión de declarar que las citadas razones humanitarias que se invoquen han de tener entidad suficiente para su reconocimiento, y por otro lado, hallarse particularizadas en la persona del recurrente o recurrentes, justificándose por tanto en razones de solidaridad y respeto a la dignidad de la persona humana, además de estar vinculadas a motivos étnicos, políticos o religiosos, que la actora en modo alguno ha concretado, además de que el Tribunal Supremo ha venido exigiendo que el regreso al país de origen pueda originar un peligro para la vida, integridad corporal o seguridad

del recurrente, circunstancia no suficientemente justificada en autos».

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 16 de septiembre 2009.

Recurso de Apelación: 346/2009.

Ponente: Doña Ana María Sangüesa Cabezudo.

Voz: Salida obligatoria y medida cautelar.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente; denegación de la medida cautelar consistente en la suspensión de la salida del territorio nacional ya que la recurrente no alega no justifica ni siquiera de forma indiciaria grave riesgo para la vida o integridad física.

«El Juzgado de instancia deniega la medida cautelar argumentando que la recurrente no alega ni justifica siquiera de forma indiciaria grave riesgo para la vida o la integridad física o la libertad que pudiera amparar la medida, ni tampoco alega argumento alguno que permita en el presente momento valorar la evidente prosperabilidad de la demanda, limitándose a afirmar la realidad de la persecución cuando lo cierto es que la resolución impugnada se base en informe perfectamente razonado (no es verosímil que te requieran para asistir a un parto por ser asistente de dentista, que después te encomienden transporte de bolsa de explosivos cuando no tienes nada que ver con la organización, y menos que te informen de qué es lo que transportas, ni que negándote a llevarla quien la hace no tome represalia inmediata), cuyos razonamientos no se combaten de forma que pudiera apreciarse siquiera indiciariamente el peligro que se invoca.

Frente a ello, la parte apelante reproduce sustancialmente las consideraciones expuestas en la ins-

Expulsión

tancia al solicitar la medida cautelar, y que consisten en la pérdida de finalidad del recurso si se ejecuta el acto administrativo impugnado, puesto que cuando se resolviera el recurso no se encontraría en España y no podría aportar las pruebas necesarias para su defensa, impidiéndole el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, se le irrogarían perjuicios de difícil o imposible reparación, toda vez que el temor fundado de persecución en caso de vuelta a su país es real, peligrando con la ejecución su vida personal. Y que todo ello acredita la apariencia de buen derecho que justifica la suspensión solicitada en orden a asegurar la efectividad de la ulterior sentencia que recaiga teniendo por objeto preservar el resultado del proceso, de manera que una ejecución anticipada no frustre las consecuencias inherentes a la tutela judicial efectiva. Añade que de no adoptarse la medida cautelar solicitada se encontraría en situación de estancia legal en España, puesto que según la legislación de asilo solo se documentarán a los solicitantes de asilo con interposición del recurso contencioso administrativo con suspensión judicial del acto administrativo.

(...)

Pues bien, en este caso, la recurrente invoca en el recurso de apelación la pérdida de finalidad del recurso y la producción de perjuicios irreparables, así como la apariencia de buen derecho, pero no concreta las circunstancias especiales de peligro para su vida en caso de tener que regresar a su país, ni aporta indicio alguno que permita estimar que las apreciaciones fácticas del Auto recurrido (que se basan a su vez en las contenidas en la resolución administrativa impugnada), esto es, la inverosimilitud de sus alegaciones para fundamentar la petición de asilo, no se ajustan a la realidad, tal y como exige el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de enero de 2004 (recurso de casación 4633/2000), lo que, unido a la situación del país de origen, justifica que no puede apreciarse la concurrencia de *fumus boni iuris* en el caso que nos ocupa y por tanto tam-

poco que la no suspensión pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima.

Como también pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003 “la concesión de la suspensión en función exclusivamente de la obligación de salir de España supondría dejar sin efecto con carácter general las previsiones normativas en la materia, por ello la suspensión sólo procede cuando circunstancias personales específicas así lo aconsejen o cuando la situación del país de origen sea manifiestamente de tal gravedad que *per se* implique una situación de riesgo para la vida, la integridad física o la libertad del recurrente”.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 15 de abril de 2004 (recurso de casación 8684/1998) al indicar que “en casos como el que nos ocupa la simple pendencia del recurso contencioso no justifica la suspensión, otra cosa llevaría sin más a tener que suspender el acto recurrido en todos los supuestos. Únicamente procede la suspensión en aquellos casos en que la especial situación del país de origen del solicitante de asilo justifique *per se* tal acuerdo por existir un riesgo evidente y grave para la persona del recurrente”.

Pues bien, en el caso de autos no puede deducirse ese riesgo para su persona, dada la inverosimilitud de todo lo relativo a sus circunstancias personales y teniendo en cuenta la situación de su país de origen, como se ha expuesto».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 21 de octubre de 2009.

Recurso de Apelación: 25/2009.

Ponente: Don Fernando Seoane Pesqueira.

Voz: Salida del territorio español: denegación de autorización de residencia temporal solicitada por razones familiares. Falta de acreditación del arraigo.

Expulsión

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la autorización de residencia temporal solicitada, fundando su petición en la concurrencia de razones humanitarias que aconsejan su permanencia al lado de su hermano para una definitiva curación de su dolencia cardíaca.

«Pese a que la resolución administrativa es de denegación de autorización de residencia temporal, lógicamente dicha denegación conlleva la salida obligatoria de España (artículo 158.1 del Real Decreto 2393/2004), por lo que lo que en primer lugar pretende la apelante es evitar dicha salida del país que, respecto a su hermano, se ha paralizado en resolución de la misma fecha de 11 de julio de 2008, supeditada a la persistencia de que la asistencia sanitaria necesariamente tenga que recibirla en este país, lo que debería acreditar en 90 días.

(...)

En el caso presente, tal como se desprende de la documental incorporada a la pieza de medida cautelar, si bien en un principio, inmediatamente después del trasplante cardíaco realizado a su hermano el 2 de marzo de 2007, era imprescindible la permanencia a su lado de la recurrente, ya que en esa fase de recuperación don Carlos Antonio presentaba un alto grado de dependencia física, con necesidad de ayuda para desarrollar las actividades de la vida diaria y de control de la medicación inmunodepresora, y psicológica (informe de 12 de julio de 2007 del coordinador de trasplantes del Complejo Hospitalario de A Coruña), no consta que suceda lo mismo pasado ese primer período, pues, de hecho, en el informe del mismo coordinador de trasplantes de 5 de agosto de 2008 se hace constar que el señor Carlos Antonio se encuentra bajo control periódico y supervisión terapéutica de la Unidad de trasplante cardíaco, sin que se aclare nada sobre aquella necesidad de ayuda y dependencia de su hermana que era propia de aquel primer período. Por tanto, no existe base para apreciar la vinculación familiar precisa para fundar la necesidad de la

medida cautelar, máxime si se tiene en cuenta que también al hermano de la demandante se le ha denegado la autorización de residencia temporal, por lo que, al margen de que disponía de los 90 días antes mencionados para acreditar la necesidad de la persistencia de la necesidad de asistencia sanitaria en España, por lógica estaba abocado igualmente a la necesaria salida del país.

En definitiva, ni se entiende justificado el arraigo familiar o vinculación con nuestro país que se invocaba, ni se aprecia motivo alguno en que pudiera fundarse la suspensión que se postula dado, además, que en la ponderación de intereses en presencia han de prevalecer los intereses públicos derivados del deber de vigilar el acatamiento a la normativa de extranjería, impidiendo que permanezca en nuestro país quien no cumple las condiciones que la legalidad exige, ya no sólo por razones nacionales sino también internacionales emanadas del cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, sobre todo el Tratado de Schengen.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de apelación».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Fecha: 27 de octubre de 2009.

Recurso de Apelación: 268/2009.

Ponente: Doña Elena Concepción Méndez Canseco.

Voz: Expulsión del territorio nacional español con prohibición de entrada. Carencia de documentación. Permanencia ilegal en España.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se ordenó su expulsión del territorio nacional.

«(...) con fecha 7 de octubre de 2008, fue iniciado el expediente administrativo que nos ocupa por

Expulsión

motivo de que en un control de régimen de extranjería, fue sorprendida la actora por Fuerzas de la Guardia Civil, careciendo de documentación. Con base en tales hechos se dictó la Resolución que hoy se revisa, tipificándolos como infracción grave del artículo 53 apartado a) de la Ley 4/2000. Que dispone que constituye infracción grave encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente. La infracción citada puede ser sancionada, según establecen los artículos 55 y 57 de la citada LO con multa de 300,52 euros a 6.010,12 euros o, en su lugar, con la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

Suscribimos íntegramente los fundamentos del juzgador, ya que de los datos que obran en el expediente, resulta claramente que el actor cuando fue detenido estaba indocumentado, y junto con su demanda aporta una fotocopia de un pasaporte sin sello de entrada, ignorándose si efectivamente le pertenece. Pues bien, partiendo de esta base aplicaremos la doctrina del Tribunal Supremo consideró que en el expediente administrativo existían datos suficientes que justificaban la sanción de expulsión, sin necesidad de una específica y expresa motivación en la resolución administrativa (podemos citar en esta línea la sentencia de 21 de abril de 2006, en la cual a la permanencia ilegal en España del actor se unía la circunstancia de que el mismo se encontraba indocumentado, y por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, ignorándose además cuándo y por dónde entró en el territorio español; la sentencia de 31 de enero de 2006. Con base, pues, en esta tendencia jurisprudencial, la resolución de la Subdelegación del Gobierno que acuerda la expulsión justifica la sanción de expulsión en que éste está indocumentado, carece de arraigo familiar y domicilio, no se puede acreditar su filiación, y se

ignora por dónde ni cuándo entró en el país. Dicha argumentación ha de aceptarse y ser considerada como suficiente a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta en la Sentencia de Instancia, y a la que nos remitimos, por cuanto no ha resultado desacreditada por la recurrente, por lo cual, sin otras consideraciones, procede la confirmación de la sentencia recurrida».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 6 de noviembre de 2009.

Recurso de Apelación: 421/2009.

Ponente: Doña M.^a Antonia Lallana Duplá.

Voz: Expulsión: nacional de Brasil. Ausencia de arraigo y de medios económicos suficientes.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente; del expediente se deduce que no consta que haya intentado regularizar su situación y ello a pesar del largo tiempo transcurrido desde que efectuó su entrada en España; carece de domicilio conocido y no acredita la tenencia de medios económicos conocidos y suficientes para su sustento; tampoco se acredita que concurren en el caso circunstancias que evidencien algún tipo de arraigo familiar, laboral y social en nuestro territorio que pudiera justificar su permanencia en él.

«Pretende Dña. Eufrasia con la interposición del presente recurso de apelación la revocación de la sentencia de 27 de febrero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Salamanca, (...) que confirmaba la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Salamanca de 17 de octubre de 2007 que acordaba la expulsión del territorio nacional de la parte actora así como que prohibía la entrada en el mismo durante un período de tres años. La parte apelante en el recurso de apelación reconoce la existencia de la infracción y reitera sus alegaciones vertidas en la demanda, desestimadas en la sentencia apelada, en relación con la falta de motivación de la resolución sancionado-

Expulsión

ra recurrida así como la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión impuesta, alegando que ésta resulta desproporcionada por ser pertinente la imposición de una sanción de multa. Añade, que no puede subsanarse por vía de sentencia el requisito indispensable de la motivación de la sanción impuesta en la resolución sancionadora.

(...)

En esencia la parte apelante, que reconoce la existencia de la infracción y no lleva a cabo ninguna argumentación en contra de las expuestas en la sentencia recurrida, alega la falta de motivación de la resolución recurrida y la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión impuesta, argumentando que procede moderarse la sanción impuesta en el sentido de imponer una sanción económica en la cuantía mínima posible.

(...)

En el caso de autos no cabe estimar justificado el motivo del recurso concerniente a que la sentencia apelada subsana el defecto de motivación de la resolución sancionadora pues en el fundamento jurídico tercero de la sentencia apelada se recoge que: “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 General 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

podiera 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 hay 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.

En consecuencia, se encuentra debidamente motivada en la resolución impugnada, conforme a los criterios de proporcionalidad (...), la adopción frente a la apelante de la medida de expulsión, así como el grado en que se impone, que es el mínimo al impedir la entrada en el territorio Schengen por periodo de tres años, como así se indica en la sentencia apelada, y en esta instancia se reitera».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 6 de noviembre de 2009.

Recurso de Apelación: 291/2009.

Ponente: Doña M.^a Antonia Lallana Duplá.

Voz: Expulsión de caboverdiana: ausencia de pasaporte con sello de entrada. Principio de proporcionalidad.

Expulsión

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Principio de proporcionalidad en la sanción de expulsión: ausencia de arraigo. No se acredita el haber intentado regularizar su situación: prohibición de entrada en España de la actora en el territorio nacional por un periodo de tres años.

«Doña Susana argumenta en apelación que dicha parte sí ha alegado al realizar la demanda circunstancias de ilegalidad sobrevenida que conllevan la posibilidad de revocar la resolución de orden de expulsión, sin que dicha revocación sea contraria al ordenamiento jurídico, ni afecte a los principios de igualdad de trato y unidad de criterio. Expone que la ilegalidad sobrevenida alegada por dicha representación se centra en que la resolución acordando la expulsión y prohibición de entrada durante tres años es nula de pleno derecho (...) al haberse dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido, al no haberse dictado ni notificado la propuesta de resolución tras el escrito de alegaciones formalizado. Expone, que la resolución sancionadora no está suficientemente motivada en cuanto no permite conocer al recurrente las razones por las que se impuso la sanción. Indica que la sanción de expulsión impuesta a Dña. Susana es desproporcionada al existir un fuerte arraigo familiar y social en España de la apelante donde reside actualmente junto con su esposo e hijo. Además, la misma tiene familiares residentes legales en España, en concreto dos hermanas, una de ellas de nacionalidad española y la otra titular de permiso de residencia y trabajo. Expone que las circunstancias que se tomaron en cuenta al momento de iniciarse el expediente administrativo de expulsión han variado considerablemente, ya que en fecha 12 de enero de 2008 la apelante contrajo matrimonio civil en Ponferrada con Jon, residente legal en España. Dicho matrimonio lleva conviviendo juntos como marido y mujer desde hace más de 20 años teniendo tres hijos en común. Actualmente su hijo Nadilson, de 18 años también reside legalmente en España, conviviendo con sus padres. Además, la apelante lleva viviendo en España desde

el año 2005, figura inscrita en los correspondientes padrones de habitantes. En virtud de todas estas circunstancias consta acreditado el fuerte arraigo familiar, social y económico de la actora en España. Finalmente recuerda el buen comportamiento de la apelante careciendo de cualquier tipo de antecedentes penales en España. Por todas las razones expuestas interesa la revocación de la sentencia apelada y que se dicte resolución estimatoria de las pretensiones esgrimidas en la demanda y se acuerde la revocación de la orden de expulsión.

(...)

Pues bien, examinado el escrito de interposición del recurso, puede advertirse que se reiteran las alegaciones de la primera instancia, aunque formalmente se muestra oposición a la sentencia. Ante ello, la Sala ha de remitirse a los acertados razonamientos del Magistrado de instancia, que compartimos. Así, la apelación ha de correr suerte totalmente desestimatoria, ratificándose íntegramente los argumentos contenidos en la sentencia de instancia sobre ausencia de legitimación de los interesados para obligar a la Administración a que resuelva favorablemente una petición de revocación de un acto administrativo firme ex artículo 105.1 de la LRJ-PAC. También 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, estas no pueden ser que como consecuencia de la no ejecución de la misma, se haya obtenido un tiempo de residencia para justificar la existencia de una autorización de residencia por arraigo, pues el artículo 57.4 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 un ciudadano extranjero residente en España y de familiares que actualmente tengan autorización de residen-

Expulsión

cia 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.

(...)

Finalmente se indica que del estudio de la solicitud de revocación de la expulsión presentada por la actora en fecha 4 de marzo de 2008 se observa que en la misma se invocan motivos de oportunidad a favor de la revocación (el haber contraído matrimonio civil en España el 12 de enero de 2008 con Jon residente legal en España; que próximamente tendrá la posibilidad de regularizar su situación en España por la vía del arraigo social, pues en breve hará tres años que lleva residiendo de manera continuada en España; que tiene en España más familiares residentes legales en España) y como cuestión de ilegalidad se alega la necesaria proporcionalidad que debe imperar en la graduación de las sanciones. En relación a esta última cuestión ha de indicarse que sobre que no puede enjuiciarse este motivo de ilegalidad en aras del principio de congruencia pues falta el previo acto de la interesada instando la nulidad al amparo de los artículos 102 y ss. de la Ley 30/1992, en todo caso dicho motivo no concurriría en el presente caso pues consta en el expediente administrativo que la actora, que no ha cuestionado en ningún momento que ha cometido la infracción prevista en el artículo 53.a) de la LOEx, efectuó su entrada en territorio Schengen en fecha 20 de octubre de 2005 por la frontera Ámsterdam aeropuerto (Holanda), según sello obrante en su pasaporte, estampado sobre visado tipo C para Estados Schengen expedido por la representación diplomática de Holanda en Cabo Verde, con validez desde el 12 de octubre de 2005 al 11 de diciembre de 2005, autorizado para una entrada con duración de la estancia de 45 días, sin embargo, como figura en el informe de la Dirección General de la Policía de fecha 11 de junio de 2007 (...), “se ignora cuándo y

por dónde entró en España, y no consta que haya efectuado declaración de entrada”. De esta forma resulta que 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 periodo de tres años».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 6 de noviembre de 2009.

Recurso de Apelación: 186/2009.

Ponente: Doña M.^a Antonia Lallana Duplá.

Voz: Expulsión de ciudadano de Moldavia: ausencia de arraigo familiar y económico.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente, quien se encuentra de forma ilegal en España, sin domicilio conocido, y al que no le consta arraigo alguno, ni familiar, ni económico. A ello se le une que no ha declarado su entrada y que no consta que haya llevado gestión alguna tendente a su regularización.

«La sentencia objeto de apelación desestimó el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto por D. Ramón, nacional de Moldavia, frente a la Resolución de fecha 1 de octubre de 2007 dictada por el Subdelegado del Gobierno en Salamanca, por la que se acordaba imponer a la parte recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional, (...) con prohibición de entrada por espacio de tres años, prohibición extendida al espacio Schengen, declarando que la resolución impugnada era conforme y ajustada a Derecho, por entender, en esencia, que el

Expulsión

demandante, no ha efectuado la obligatoria declaración de entrada en territorio nacional, no dispone de visado de tránsito, no habiendo tratado de regularizar su situación en España en ningún momento, lo que permite concluir que se hallaba residiendo en España de forma irregular, correspondiendo al recurrente la carga de probar, lo que no ha realizado, que su estancia en España, había sido inferior a 90 días; y en relación con el alegato de falta de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión, con cita de la STS de 9 de marzo de 2007, que consta acreditado en el expediente administrativo y constituye motivación suficiente en la resolución sancionadora para estimar justificada la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa que desde su entrada en territorio Schengen el actor no ha tratado de regularizar su situación en España, lo que pone de manifiesto que no ha existido una voluntad de legalizar su situación en momento alguno, no tiene domicilio conocido, ni acredita ningún tipo de arraigo ni familiar ni sociolaboral, ni la tenencia de medios económicos conocidos y suficientes para su sustento, por lo que, con base en el criterio subjetivo de valorar la culpabilidad del infractor, la elección de la expulsión deviene proporcionada y conforme a Derecho toda vez que el hecho constitutivo de la infracción grave, estancia irregular en España sin autorización administrativa de tránsito, estancia o residencia en España, denota un plus de antijuridicidad en la conducta del recurrente. Destacando que la sanción de expulsión se ha impuesto con la prohibición de entrada en territorio Schengen por el periodo de tres años, que por otro lado es el mínimo previsto en el artículo 51.1 de la LO 4/2000.

D. Ramón alega en apelación que reside y trabaja en Portugal, que viajó a España para trabajar en Zaragoza con la empresa portuguesa para la que viene trabajando y al regresar a Portugal es cuando fue devuelto a las autoridades españolas en virtud del acuerdo de readmisión Hispano-Luso, por lo que no ha cometido la infracción tipificada en el artículo 53.a) de la LO 4/2000, y al no ser de aplicación

el mencionado artículo en el momento que se incoa el expediente resultó improcedente seguir el procedimiento por los trámites del preferente, debiendo ser transformado en ordinario. Que el 28 de julio viajó a Moldavia para regularizar su situación y poder trabajar con todos los permisos en Portugal, donde lleva tiempo residiendo resultando injusto la expulsión del territorio del actor y prohibición de entrada en territorio Schengen cuando tenía previsto regresar inmediatamente a su país para regularizar su situación y poder trabajar legalmente. Finalmente da por reproducidos sus alegatos sobre vulneración del principio de proporcionalidad y falta de motivación en la resolución de expulsión, no siendo de recibo que dicho defecto se subsane en la sentencia.

(...) Sobre la proporcionalidad de la concreta sanción impuesta expone que nada se acredita sobre la situación alegada por el apelante, y que consta claramente en el expediente que el recurrente se encontraba en situación ilegal y que son elementos que refuerzan la imposición de la sanción de expulsión, aparte de la permanencia ilegal en España, que se encuentra sin domicilio conocido, la no constancia de arraigo alguno, especialmente familiar, ni la tenencia de medios económicos conocidos y suficientes para su sustento, no habiendo declarado su entrada ni constando que haya llevado a cabo gestión alguna tendente a su regularización; todas estas circunstancias son elementos suficientes para motivar la imposición de la sanción de expulsión; y que la infracción cometida es continuada, por lo que ha de optarse por la sanción más adecuada para poner fin, hacer cesar o minimizar los efectos de la infracción, siendo por ello la más adecuada la sanción de expulsión.

(...)

Pues bien, esto último es lo que ocurre en el presente caso en que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (...) de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que

Expulsión

había incumplido su obligación de declarar su entrada en España, carecía de domicilio conocido, de arraigo y de medios de vida, debiendo significarse que el arraigo de tipo familiar, social o económico, y la tenencia o no de medios adecuados de vida, que habrán de ser suficientes, regulares y permanentes, o al menos no esporádicos, y que deberán cubrir el sustento del extranjero y, en su caso, de las personas a su cargo, deben ser probados por el extranjero, lo que aquí no ha ocurrido, recordándose que en la actualidad el concepto jurídico indeterminado de arraigo puede complementarse con el contenido en el artículo 45.2 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, (...) sobre arraigo laboral –relación laboral no inferior a un año–, familiar –vínculos familiares con otros extranjeros residentes, entendiéndose como tales los referidos exclusivamente a los cónyuges, ascendientes y descendientes en línea directa– o social –informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual, y en el que se haga constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción sociolaboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo–, sin que sea suficiente a los efectos de apreciar el arraigo el mero empadronamiento en un municipio del territorio español (STS de 27 de mayo de 2008).

En fin, la permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo y en la resolución impugnada 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; y sin que proceda la modificación de la prohibición de entrada en España y en los países firmantes del Convenio de Schengen impuesta por un periodo de

tres años, pues es la mínima que prevé el artículo 58.1 de la Ley Orgánica 4/2000».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Fecha: 11 de noviembre de 2009.

Recurso de Apelación: 437/2009.

Ponente: Doña M.^a Antonia Lallana Duplá.

Voz: Expulsión de nacional de Nigeria: ausencia de arraigo familiar, laboral y social. Inexistencia de medios económicos suficientes.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente, al carecer de cualquier tipo de documentación que ampare su estancia regular en este país sin que conste que haya intentado regularizar su situación; ha quedado acreditado que ha incumplido con su obligación de declarar la entrada en España, que carece de domicilio conocido en este país, no acredita tampoco que tenga un domicilio o residencia en Portugal, ni prueba la tenencia de medios económicos que le permitan su sustento ni ningún tipo de arraigo familiar, laboral y social que pudiera justificar su permanencia en España.

«(...), partiendo de que la parte apelante no discute la existencia de la infracción, se indica expresamente en la sentencia apelada que consta en la resolución recurrida como motivación de la imposición de la sanción de expulsión que la demandante, nacional de Nigeria, se encuentra ilegalmente en España al carecer de cualquier tipo de documentación que ampare su estancia regular en este país sin que conste que haya intentado regularizar su situación, según se deduce de la base de datos informatizada de la Dirección General de la Policía; se trata de una persona indocumentada que ha incumplido con su obligación de declarar la entrada en España, que carece de domicilio conocido en este país, no acredita tampoco que tenga un domicilio o residencia en Portugal, ni prueba la tenencia de medios económicos que le permitan su sustento ni ningún tipo de

Derecho al trabajo

arraigo familiar, laboral y social que pudiera justificar su permanencia en España.

Ha de considerarse por consiguiente proporcionada la sanción de expulsión impuesta, lo que se indica vistas las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, que revelan una especial culpabilidad de la actora, y relevancia de la infracción cometida, tal y como se especifica y se recoge en la sentencia apelada.

(...) en el presente caso en que a la permanencia ilegal de la actora en España se une la circunstancia de que no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que está indocumentada, carece de domicilio en España, no ha hecho declaración de entrada en territorio español y se desconoce cuándo y por dónde entró en el mismo, no acredita que cuente con medios de vida suficientes para su sustento, así como su falta de arraigo en España ya sea familiar o sociolaboral.

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 la Administración no ha desconocido el principio de proporcionalidad al acordar la expulsión de la actora del territorio nacional.

En consecuencia, se encuentra suficientemente motivada en la resolución impugnada, y justificado con los datos obrantes en el expediente, conforme a los criterios de proporcionalidad previstos en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, la adopción frente a la actora de la sanción de expulsión impuesta a la misma; y sin que proceda la modificación de la prohibición de entrada en España y en los países firmantes del Convenio de Schengen impuesta por un periodo de tres años, pues es la mínima que prevé el artículo 58.1 de la Ley Orgánica 4/2000.

Lo anterior conduce a la desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de instancia».

DERECHO AL TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 14 de julio de 2009.

Recurso: Recurso de suplicación 2819/2009.

Ponente: D. Ignacio M.^º Palos Peñarroya.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo.
Despido verbal: carga de la prueba.

Resumen: «CUARTO. En el siguiente motivo del recurso, encaminado al examen del derecho aplicado, denuncia la empresa la infracción del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 54 y 55 del mismo texto legal, así como la inaplicación del artículo 49.1.d), por no existir prueba alguna, no solo de la pretendida relación laboral, sino tampoco de que existiera un despido verbal por parte de Restaurante El Bierzo S.L. el 30 de diciembre de 2007.

(...)

Tampoco ha de prosperar la segunda denuncia jurídica que se basa en la inexistencia de prueba del supuesto despido verbal de 25 de junio de 2008 alegado por la actora en su demanda. La sentencia de

Derecho al trabajo

esta Sala de 24 de enero de 2007 recuerda que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de Tribunales Superiores de Justicia, han venido señalando, que incumbe a la parte demandante la carga de la prueba del hecho del despido, por ser tal hecho constitutivo de su pretensión, en aplicación del principio recogido en el artículo 1214 del Código, hoy sustituido por el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, conforme al cual, corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. La Sentencia de esta Sala de 7 de marzo de 2003, ya tuvo ocasión de recordar, con cita de una anterior de 11 de febrero del propio año que “El principio sobre carga de la prueba contenido en el artículo 1214 del Código Civil ha sido interpretado, por la más reciente doctrina, en el sentido de que cada parte ha de acreditar los presupuestos básicos de la norma cuya aplicación invoca. Sin embargo, siendo así que las normas sobre carga de la prueba tienen un carácter subsidiario para cuando hay falta de prueba y el principio de buena fe que ha de darse en la relación procesal, una doctrina jurisprudencial de antiguos, matizó el principio en el sentido de imponer la carga de probar en razón a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba, en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1983, 16 de diciembre de 1985 y 11 de noviembre de 1986, entre otras, señalaban cómo el principio del artículo 1214 del Código Civil se modera atendiendo a la posición de las partes en el proceso y a la afirmación o negación por ellas de situaciones fácticas relevantes en su desarrollo, en relación con su posición real a las fuentes de la prueba, con la mayor o menor dificultad de acreditar los hechos y con la calificación de hechos constitutivos, impeditivos o extintivos de la relación jurídica en el debate, flexibilizando así dicho principio que no puede aceptarse en términos absolutos, y aceptando, en ciertas circunstancias la inversión de la carga de la prueba. Esta doctrina, por lo demás ya consagrada, adquiere nueva fuerza con el mandato constitucional de

colaboración con la Administración de Justicia del artículo 118 de la Carta Magna y la labor impuesta a los órganos judiciales, por el artículo 75 de la Ley Procesal, en orden a rechazar las conductas contrarias a los principios constitucionales o las leyes para el equilibrio procesal y la tutela judicial.

Por lo expuesto, habrá de ponderarse en cada caso la diligencia que, en orden a la acreditación de los hechos, haya tenido cada una de las partes, sin olvidar que, en el proceso laboral, sigue imperando el principio dispositivo, y, asimismo, valorar la posibilidad real y facilidad en cuanto a la acreditación de hechos”;

Asimismo, se recordaba, también la Sentencia de esta propia Sala de 17 de enero en la que razonaba que si el despido que ha de enjuiciarse es verbal, ello implica la necesidad de suavizar las exigencias de la carga de la prueba al trabajador, pues la exigencia de una prueba plena introduciría un serio desequilibrio porque la mera negativa del empresario a aceptar el despido desbarataría toda posibilidad de amparo legal, debiendo atenderse por ello a otros actos coetáneos y posteriores de las partes.

La posterior sentencia de la Sala de 2 de julio de 2008 ante las dificultades probatorias que pueden surgir sobre el hecho del despido entiende que el despido verbal puede acreditarse, y así se viene admitiendo reiteradamente, de diversas formas, por ejemplo acudiendo el trabajador tras ser despedido al centro de trabajo acompañado de testigos, o enviando un telegrama inmediatamente después del despido para que la empresa se pronuncie sobre si mantiene la decisión del despido verbal, forzando de estas maneras la confirmación del acto del despido que tuvo lugar sin presencia de testigos y posibilitando así su demostración en juicio.

En definitiva, se precisa una reacción clara e inmediata del trabajador en contra del despido verbal, no bastando el hecho de la presentación de la papeleta de conciliación en plazo para presumir que es

Derecho al trabajo

cierta la alegación de que ha sido despedido verbalmente, pues de igual forma ha podido ocurrir que el trabajador que ha desistido de la relación laboral intente después ocultar ese hecho y presentar la situación como un despido.

En el presente caso nos encontramos con que la actora venía prestando servicios para la empresa demandada de forma irregular sin hallarse de alta en la Seguridad Social y que el mismo día que alega fue despedida remitió un telegrama a la empresa en el local donde prestaba sus servicios, solicitando su readmisión inmediata o carta de despido, sin que tal telegrama pudiera ser entregado, pese a ser la dirección correcta, porque, según el servicio de Correos, el destinatario marchó sin dejar señas, ante lo cual remitió telegrama con el mismo contenido y dirigido a D. Cecilio en el mismo domicilio de c/..., ... y entre paréntesis Restaurante La Bona Tapa, recibido el 2 de julio de 2008 y que no fue contestado. Es decir, la trabajadora reaccionó inmediatamente ante el despido que alegaba el mismo día, manifestando de esta forma su voluntad de conservar el puesto de trabajo, sin que la empresa diera respuesta alguna a la petición de la trabajadora, lo cual lleva a la Sala a concluir que no se produjo una dimisión, que es la causa de extinción de la relación laboral prevista en el artículo 49.1.d), cuya infracción denuncia la empresa, sino un despido verbal, que al no reunir los requisitos formales del artículo 55.1 del ET, ha sido calificado correctamente como improcedente».

NOTA: Una trabajadora de nacionalidad colombiana prestó servicios durante algo más de un año como camarera en un restaurante, sin haber formalizado contrato de trabajo ni haber sido dada de alta en Seguridad Social. En un momento determinado, la empresa le comunica verbalmente que prescinde de sus servicios; ésta, el mismo día, envía un telegrama a la empresa en el que le solicitaba bien la readmisión inmediata, bien la entrega de una carta de despido. Sin embargo, dicho telegrama no pudo

ser entregado porque, según el servicio de Correos, “el destinatario marchó sin dejar señas”. La trabajadora envía de nuevo otro telegrama con el mismo contenido al Administrador del restaurante, que no fue contestado.

Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona dicta Sentencia el 17 de octubre de 2008 en la que declara la improcedencia del despido y condena a la empresa a que indemnice a la trabajadora, sin posibilidad de opción por la readmisión, y al pago de los salarios de tramitación. Contra dicha sentencia, la empresa anuncia recurso de suplicación, que formalizó en plazo, dictando el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sentencia el 14 de julio de 2009, cuyo fallo ahora se comenta.

La cuestión de fondo no es otra que determinar a quién incumbe la carga de la prueba del hecho del despido, cuando éste es verbal. Tratándose de un trabajador extranjero que presta servicios por cuenta ajena sin la preceptiva autorización administrativa, lo probable es que la decisión empresarial extintiva del contrato de trabajo se lleve a cabo verbalmente, y la ausencia de comunicación escrita, o carta de despido, genera problemas acerca de la acreditación del despido. En estos casos, se trataría de determinar sobre quién recae la carga de la prueba de la decisión extintiva.

Aplicando las reglas generales de la carga probatoria, habría de corresponderle al trabajador probar los hechos constitutivos de su pretensión. La regla contenida en el 1214 del CC (hoy en el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se traduce en que la ausencia de prueba perjudica a quien correspondió probar un hecho y no lo hizo. Sin embargo, existe doctrina jurisprudencial, que el TSJ de Cataluña recuerda, que alude a los matices a que ha de someterse tal regla en función de las facilidades que tengan las partes para acreditar los hechos alegados. A ello se une alguna opinión doctrinal (MARÍN CORREA, en “La prueba de la existencia del despido verbal”,

Derecho al trabajo

Actualidad Laboral 9/2002), que sostiene que desde que el artículo 105 de la Ley de Procedimiento Laboral alteró el orden de las alegaciones, prueba y conclusiones en el proceso de despido, la carga procesal también se debe ver afectada.

Sea como fuere, la Sentencia que ahora se comenta reitera doctrina de la propia Sala, en cuya virtud, si el trabajador no logra acreditar el despido mediante la correspondiente carta o comunicación, podrá deducirse de otros hechos coetáneos o posteriores, provenientes tanto del trabajador como del empresario. En particular, en el caso del trabajador, de su actitud procesal impugnatoria de la supuesta decisión empresarial. En el presente caso, la trabajadora, el mismo día que alega fue despedida, envía un telegrama a la empresa solicitando que se le readmita o que se le remita una carta de despido. Por ello, a juicio del Tribunal, hay una reacción inmediata de la trabajadora ante el despido que alega, manifestando su voluntad de conservar el puesto de trabajo que conducen a negar la concurrencia de la voluntad dimisoria.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos.

Fecha: 7 de octubre de 2009.

Recurso: Recurso de suplicación 584/2009.

Ponente: D. Santiago Ezequiel Marqué Ferrero.

Voz: Renovación de la autorización administrativa para trabajo: suspensión de la ejecución de la resolución. Prescripción por desempleo: procedencia.

Resumen: «TERCERO. Con amparo procesal en la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se alega por la parte recurrente que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social y ello porque, sigue alegando la parte recurrente, no pueden acceder a la prestación por desempleo

quienes carecen de permiso de trabajo y residencia en España.

Siendo por lo tanto la referida causa la única alegada por la parte recurrente a ella exclusivamente debemos de responder.

El artículo 203.1 de la Ley General de la Seguridad Social señala “1. El presente título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 de la presente ley”.

Con carácter previo debemos de señalar que esta Sala de lo Social no desconoce la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo fijada entre otras en Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2008 en la que entre otros extremos se señala “El artículo 203.1 de la LGSS solo otorga el derecho al desempleo a quienes ‘pudiendo y queriendo trabajar’ pierden el empleo; y los extranjeros no residentes, aunque quieran, no pueden trabajar legalmente puesto que no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello, ya que ésta, de acuerdo con las previsiones de la LOEx solo se concede bien a extranjeros ya residentes en España, bien a quienes llegan a ella provistos del permiso de residencia y trabajo que se otorga en los países de origen a quienes integran el contingente anual.

De otra parte el artículo 207.c) de la LGSS exige como requisito inexcusable, para tener derecho a desempleo: ‘acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 231 LGSS’. Y es claro que, el actor, dada su situación de irregularidad y mientras ésta persista, no puede suscribir dicho compromiso, que es obligación que le impone el artículo 231.1.h) de la LGSS, y que comporta, según el número 2 del mismo artículo, numerosas obligaciones, y concretamente, entre ellas las requeridas

Derecho al trabajo

por el artículo 207 de búsqueda activa de empleo y de aceptación de colocación adecuada, que el extranjero irregular no puede atender puesto que no puede realizar ninguna actividad laboral”.

Ahora bien el supuesto enjuiciado no es el caso planteado en la citada sentencia puesto que la situación del trabajador recurrido no es irregular desde el momento que el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Burgos suspende la salida obligatoria del territorio español del trabajador D. Hipólito autorizándole para trabajar en España, por lo que estando en situación legal, si los demás requisitos se cumplen, lo que no se ha cuestionado, el trabajador tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo durante el tiempo que concurran los requisitos legales para disfrutarla.

Al haberlo entendido así el Magistrado de instancia procede a la desestimación del recurso y confirmar la sentencia recurrida».

NOTA: Como queda reflejado en la Sentencia que ahora se comenta, un súbdito ecuatoriano ha prestado servicios por cuenta ajena desde el año 2005 y completado 1.345 días de cotización a la contingencia de desempleo hasta el 1 de enero de 2009. Dicho trabajador solicita la renovación de la autorización administrativa para trabajo, que es denegada por resolución gubernativa de 5 de noviembre de 2007, resolución que es recurrida en vía jurisdiccional, estando pendiente de resolución. El trabajador extranjero pierde el trabajo el 31 de diciembre de 2008, por lo que solicita la prestación por desempleo, que es denegada por resolución de 16 de marzo de 2009. Desestimada la reclamación previa por resolución expresa de 31 de marzo de 2009, interpone demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, dictando sentencia con fecha 14 de julio de 2009, que estima la demanda sobre prestación por desempleo. Contra dicha Sentencia, interpuso recurso de Suplicación el INEM, siendo impugnada

do de contrario. Las STSJ Castilla-León, Burgos con fecha 7 de octubre de 2009 desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

Como se sabe, la STS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008 (recurso 800/2007) declaró que el extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo no tiene derecho a la prestación contributiva por desempleo (véase, D. CARRASCOSA BERMEJO y P. CHARRO BAENA, “El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008”, en el número 18 de esta Revista, pp. 235 y ss.). La presente Sentencia no desconoce la doctrina unificada citada, pues reproduce algún párrafo de su fundamentación jurídica. Precisamente sobre la base de dicha doctrina, considera el Tribunal Superior de Justicia que en el presente caso no le es de aplicación, ya que el trabajador extranjero no se encuentra en situación irregular, desde el momento en que el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Burgos, que conoce del recurso contra la resolución gubernativa denegatoria de la renovación de la autorización de trabajo, suspende la salida obligatoria del territorio español y le autoriza para trabajar en España. Y si el trabajador se encuentra en situación administrativa regular, de cumplirse los demás requisitos que la Ley General de Seguridad Social exige para la obtención de la prestación por desempleo (en particular, el artículo 207 de la LGSS establece que para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 de la LGSS deberán reunir, entre otros, los requisitos de estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta, tener cubierto el período mínimo de cotizaciones y acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y colocación adecuada), “tendrá derecho a percibir la prestación por desempleo durante el tiempo que concurran los requisitos legales para disfrutarla”.

Derecho al trabajo

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 13 de marzo 2009.

Recurso: Recurso de suplicación 430/2006.

Ponente: D. José Luis Escudero Alonso.

Voz: Extranjero que carece de autorización de trabajo. Acción declarativa de derecho.

Resumen: «PRIMERO. Por la empresa demandada en los presentes autos, Jordi Orra Galdeano, se interpone recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que, estimando la pretensión formulada por el demandante, Don Rodrigo, súbdito extranjero sin permiso de trabajo, declaró que había existido relación laboral entre las partes en el periodo comprendido entre los días 6 de mayo de 2005 hasta el día 18 de 2006, con la obligación de la empresa de estar y pasar por dicha declaración. El recurso de suplicación interpuesto por la empresa ha sido impugnado por el trabajador Sr. Rodrigo en solicitud de que se confirme la sentencia recurrida.

SEGUNDO: Como primer motivo de recurso, formulado al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, por la empresa recurrente se solicita la ampliación del hecho declarado probado quinto de la sentencia recurrida, para que se añada un párrafo en que se diga: “Asimismo el actor D. Rodrigo fue despedido en fecha 18 de junio de 2006, sin haber accionado ante el meritado despido y denunciando estos hechos ante los Mossos D’Esquadra de Sant Celoni, cursando éstos atestado ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Granollers con el núm. de previas 2506/2006, las cuales fueron archivadas por tratarse de un tema que debe dilucidarse ante la Autoridad Laboral”, lo que fundamenta en la prueba documental obrante en autos, siendo lo realmente importante si la existencia de relación laboral entre dos partes ha de hacer declarada por la Autoridad Administrativa Laboral o por el Juzgado de lo Social, único competente al efecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 9,5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por todo lo ante-

riormente expuesto procede la estimación de este concreto motivo de recurso, cuyo contenido ya está subyacente en autos, todo ello sin perjuicio de que pueda resultar intrascendente respecto de la sentencia que se dicta por esta Sala de lo Social.

TERCERO: Como siguiente motivo de recurso, formulado al amparo del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, por la empresa recurrente se solicita la declaración de nulidad de la sentencia recurrida y de todo el proceso, por haber incumplido lo establecido en los artículos 97.2 de la LPL, 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24 de la Constitución, y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al existir falta de acción por parte del demandante, denuncia que se vuelve a repetir al amparo del apartado c) del propio artículo 191 de la LPL, con denuncia de sus artículos 17.1, 80.1.c) y d), 24.1 de la Constitución, con cita de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999, dictada en un caso casi idéntico al de autos.

Al objeto de resolver el presente recurso de suplicación esta Sala parte del contenido de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, que se dan aquí por reproducidos íntegramente a todos los efectos, junto con el que ha sido admitido eventualmente en el anterior fundamento de derecho, de los que resultan de mayor interés los siguientes: 1) que el actor Sr. Rodrigo prestó servicios para la empresa demandada como trabajador por cuenta ajena y dependientemente en el periodo 6 de mayo 2005 hasta el 18 de junio de 2006, percibiendo un salario de 700 Euros mensuales con prorrateo de pagas extraordinarias, siendo aplicable el convenio colectivo agropecuario de Cataluña; 2) que el demandado Sr. José María era titular de la explotación agraria sita en Can Pla de Fogars de Monclús (Barcelona), habiendo causa alta como empresario en el sistema de la seguridad social en fecha 1 de mayo de 2005, habiendo solicitado ante la Oficina de Extranjeros permiso de residencia y trabajo a favor del actor, sin que consta que existiera resolución administrativa, solicitando

Derecho al trabajo

nueva petición en fecha 2 de noviembre de 2005 que fue resuelta desfavorablemente por resolución administrativa de fecha 19 de julio de 2006, habiendo cesado la prestación de servicios por despido el día 18 de junio de 2006, y no habiendo iniciado actuación la Inspección de Trabajo ante la denuncia del trabajador en fecha 19 de octubre de 2006 por carecer la empresa de trabajadores en ese momento.

De todo lo actuado y del contenido del recurso de suplicación interpuesto por la empresa se deduce que ésta en ningún momento niega que haya existido la relación laboral cuya declaración judicial se pretende durante el periodo 6 de mayo de 2005 al 18 de junio de 2006, ni tampoco que haya tenido la condición de empresario del demandante con los derechos y obligaciones que le atribuye la legislación laboral y más concretamente la Ley de Extranjería 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, cuyo artículo 36.1 establece que: “La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a las que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero”, sino que lo único que alega es que no puede dictarse una sentencia por un Juzgado de lo Social que declare la existencia de tal relación laboral por carecer el actor de acción, dado que la posible demanda por despido que pudo haber interpuesto en su momento había caducado, no teniendo el trabajador un interés actual en el asunto.

A este respecto, y conociendo la Sala el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999, cabe decir que la única jurisdicción competente para declarar si hubo o no relación laboral entre las partes es este orden social de la jurisdicción de acuerdo con lo establecido en los ya citados artículos 9.5 de la LOPJ y 2 de la LPL, por lo que la negativa a que el Sr. Rodrigo tenga acceso al proceso hubiera ido frontalmente en contra de su derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución, sin que el hecho de no haber interpuesto en su momento demanda por

despido en el plazo de los 20 días hábiles de caducidad que establece el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores tenga otra consecuencia que la no percepción de la indemnización correspondiente a cargo de la empresa aquí demandada, pero estando en plazo todavía cuando se dictó la sentencia recurrida el día 9 de mayo de 2007 de reclamar la liquidación por cese devengada el día 18 de junio de 2006 (parte proporcional de las vacaciones no disfrutadas), reclamar posibles prestaciones de desempleo a cargo exclusivo de la empresa sin la garantía del sistema público de Seguridad Social, formular nueva denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que por la empresa se le dé de alta y cotice por el periodo 6 de mayo de 2005 hasta el 18 de junio de 2006, para que la Autoridad Laboral imponga las sanciones a que haya lugar por incumplimiento de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RCL 2000, 1804, 2136) (LISOS), o a que el trabajador tenga más posibilidades de obtener futuros permisos de trabajo y residencia, de acuerdo con la legislación específica en la materia, etc., de manera que la postura de impedirle esta acción judicial, además de ir en contra de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, favorece de forma desorbitada a quien ha incumplido la legislación social hasta ponerle en una situación de impunidad, debiéndose tener en cuenta que el propio Tribunal Supremo admite la existencia de acciones meramente declarativas como señaló en su sentencia de 22 de noviembre de 2000, recaída en el RCU 1368/2000, relativa a un caso en que *a posteriori* se pide que se declare si una huelga fue o no ilegal, en que se dice: “Este motivo de recurso tampoco merece prosperar, sin que sea necesario traer aquí a colación toda la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional en relación con la admisibilidad o no de las acciones meramente declarativas o declarativas puras, respecto de las cuales constituye en la actualidad doctrina consolidada que tales acciones son admisibles en cuanto en sí mismas encierran un interés actual digno de protección, pues halla por encima de toda duda que la acción con la que lo que se pretende es la declaración como ilegal de

Derecho al trabajo

una huelga encierra en sí misma ese interés actual digno de tutela que aquella jurisprudencia exige, cual esta Sala ha tenido ya ocasión de reconocer en reiteradas ocasiones, como puede apreciarse en las SSTs de 5 de octubre de 1998 (recurso 254/1998) y 17 de diciembre de 1999 (recurso 3163/1998), dictadas ambas precisamente en relación con pretensiones de ilegalidad de sendos conflictos de huelga, pues en tales situaciones ha de admitirse, al decir de la sentencia últimamente citada ‘un interés legítimo... en deshacer la incertidumbre jurídica sobre la licitud o ilicitud de las medidas de conflicto o prácticas huelguísticas que constituyen el objeto del proceso’, teniendo en cuenta, añadiríamos aquí, no sólo los efectos directos sino los efectos colaterales que una declaración de licitud o ilicitud de la huelga produce no solo en el ámbito de las relaciones colectivas entre los Sindicatos y Patronales aquí relacionados, sino incluso en el de las relaciones individuales de trabajo, lo que indudablemente se traduce en la constatación de un interés efectivo y actual justificativo de la aceptación de tales acciones”.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial referenciada, siendo siempre la interpretación que ha de efectuarse de las leyes aquella que resulte más acorde con los derechos fundamentales de la persona, como es en el caso de autos que el señor Rodrigo, extranjero sin permiso de trabajo ni residencia, obtenga una sentencia en la que se declare por un órgano jurisdiccional del Estado que fue trabajador de una determinada empresa durante un cierto período de tiempo, procede que, previa la desestimación del presente recurso de suplicación, se confirme la sentencia recurrida».

NOTA: La admisión de las acciones declarativas, esto es, las que tienen como objeto resolver la falta de certeza sobre la «existencia, inexistencia o modo de ser de una relación o situación jurídica» en el proceso laboral siempre ha generado debate. Si bien ahora no hay duda de que este tipo de accio-

nes son admisibles, debe existir un «interés digno de tutela». Será la concurrencia, o no, de dicho interés, lo que determine si existe legitimación o, por el contrario, falta de acción.

Y esto es lo que resuelve la interesante sentencia que anteriormente se ha transcrito. El día 16 de noviembre de 2006 tuvo entrada en el Juzgado núm. 1 de Granollers sobre reclamación de derechos derivados del contrato de trabajo, en la que el actor, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando que se dictara sentencia en los términos de ésta. El mencionado Juzgado dictó Sentencia el 9 de mayo de 2007, en la que estimaba la demanda interpuesta y declaraba la existencia de relación laboral entre las partes, aun sin contar el trabajador con la preceptiva autorización administrativa de trabajo, desde el día 6 de mayo de 2005 hasta el día 18 de junio de 2006, fecha en la que fue despedido el trabajador extranjero. Queda acreditado, asimismo, que el demandando el día 6 de mayo de 2005 cursó ante la Oficina de Extranjeros una solicitud de autorización de residencia y trabajo a favor de un súbdito extranjero, ofreciéndole el puesto de trabajo de peón agrícola, aunque no consta resolución administrativa al respecto. Posteriormente, con fecha 22 de noviembre de 2005, cursó nuevamente una autorización administrativa para trabajo también a su favor, que fue resuelta desfavorablemente por resolución administrativa de 19 de julio de 2006. En fecha 19 de octubre de 2006, el actor interpuso una denuncia contra el demandado ante la Inspección de Trabajo, quien le remitió meses después un informe en el que se le manifestaba que la empresa se encontraba de baja por carecer de trabajadores desde el 1 de mayo de 2005, por lo que no procedía actuación inspectora al respecto.

El hecho de que el trabajador extranjero no interpusiera demanda por despido en el plazo de los 20 días hábiles de caducidad que establece el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, no excluye, como bien señala la Sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2009, que tenga un interés legíti-

Permiso de trabajo

mo y digno de protección de obtener una sentencia en la que un órgano jurisdiccional del Estado declare que fue trabajador de una determinada empresa y durante un cierto tiempo. Y ese interés legítimo se ejemplifica certeramente por la Sentencia comentada, señalando que el trabajador extranjero podrá reclamar la liquidación de los haberes devengados y no abonados a la extinción del contrato de trabajo, como pudiera ser la parte proporcional de vacaciones no disfrutadas, para lo que el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores dispone un plazo de prescripción de un año; también podrá reclamar las prestaciones por desempleo a cargo exclusivo de la empresa, tal y como afirmó la STS, unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008, respecto de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de residencia y trabajo; del mismo modo, denunciar de nuevo ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que la empresa le dé de alta y cotice por el período en que queda acreditado que el extranjero prestó servicios a favor de la empresa; finalmente, el trabajador de este modo podrá acreditar la existencia de una relación laboral de al menos un año, lo que le permitirá obtener, en su caso, una autorización de residencia excepcional por arraigo laboral, que como se sabe, va acompañada de autorización de trabajo [artículo 45.2.a) y 7 del vigente Reglamento de Extranjería].

PERMISO DE TRABAJO

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

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos.

Fecha: 23 de octubre de 2009.

Procedimiento: Recurso de apelación 180/2009.

Ponente: Dña. María Begoña González García.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.
Antecedentes penales: procede la renovación.

Resumen: «CUARTO. Se trata por tanto de enjuiciar, a la vista de los motivos de impugnación, si son conformes o no a derecho las resoluciones administrativas impugnadas, así como la sentencia de instancia, cuando deniegan la renovación de la autorización de trabajo por cuenta ajena y residencia temporal, por aplicación del artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004, vigente a la fecha de los hechos.

La parte apelante esgrime que la sentencia de instancia no ha valorado correctamente y aplicado el artículo 54.9 del RD 2393/2004 por cuanto se encuentra en situación de remisión condicional de la pena, por lo que procede enjuiciar si es o no ajustado a derecho denegar tal renovación en aplicación del artículo 59.4 del Reglamento de Extranjería con el argumento de que el apelante tenía antecedentes penales, al haber sido condenado por un delito contra la salud pública.

Para ello es preciso recordar lo que al respecto dispone el artículo 59.4 citado que dispone lo siguiente:

“Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en esta sección, excepto el recogido en el apartado 1.b) del artículo anterior. 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”.

Permiso de trabajo

Por otro lado, el artículo 53.1 del mismo Reglamento dispone que:

“la autoridad competente denegará las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena en los supuestos siguientes:

a) Cuando consten antecedentes penales del trabajador en España...

i) Cuando conste un informe gubernativo previo desfavorable”.

Aplicando tales previsiones legales al caso de autos y como ha precisado esta Sala en la sentencia de 7 de septiembre de 2007, núm. 386/2007, dictada en el recurso 132/2007:

“De todo lo dicho resulta que cuando nos encontramos ante un permiso o autorización inicial de residencia y trabajo la tenencia de antecedentes penales determina que se deniega la misma, mientras que en el caso de encontrarnos ante una renovación de la autorización de residencia y trabajo dicha normativa permite en el caso de existir antecedentes penales valorar dicha condena en función de las circunstancias del supuesto concreto, como exige el artículo 31.4 de la LO 4/2000 y el artículo 54.9 del RD 2393/2004.

Y en el caso de autos como quiera que nos encontramos ante una renovación del permiso de residencia temporal que con anterioridad se ha concedido de forma previa, es por lo que la Sala concluye que en el presente caso se trata de valorar si pese a la concurrencia de mencionado antecedente penal, las circunstancias que concurren en el presente supuesto habilitan para conceder la autorización solicitada. Y la Sala, en contra del criterio acogido por la sentencia de instancia y por las resoluciones administrativas recurridas, considera que en el presente caso se dan esas circunstancias que pese al citado antecedente, aconsejan conceder la renovación del permiso de trabajo y residencia solicitados.

Y si se examina la jurisprudencia de esta Sala podemos concluir que no se han establecido reglas generales, sino que ha de estarse a cada caso en concreto para apreciando todas las circunstancias que concurren en cada supuesto, determinar si la existencia de antecedentes penales determina o no la denegación de la renovación.

Y en este caso pese a ser cierto el citado antecedente penal, por los hechos, las penas y las consecuencias ya descritas, y por todos admitidas, también son ciertas y concurren las siguientes circunstancias, que dicha condena (y no se ha demostrado lo contrario) lo fue por unos hechos aislados, no consta la existencia de otros antecedentes penales que la sentencia fue de conformidad, apreciando la atenuante de drogadicción, así mismo consta en el expediente administrativo, la existencia de certificado de empadronamiento, la historia de vida laboral que aparece al folio 53 y 54 del expediente administrativo, la escritura de compraventa de la vivienda que aparece al folio 55, adquisición que se realiza junto con su compañera Doña Verónica, quien declaro en el acto del juicio, sin que proceda dudar de dicha relación por el mero hecho del lugar de trabajo o de que no apareciera la misma en las diligencias penales, del informe de la Cruz Roja Española sobre el tratamiento seguido en el Programa del Centro para la rehabilitación de la drogodependencia, todos estos datos que, concurren en el presente supuesto y en la situación y persona del apelante, llevan a la Sala, pese a la existencia del citado antecedente penal, a concluir que en la valoración a realizar en aplicación del artículo 31.4 de la LO 4/2000 y el artículo 54.9 del RD 2393/2004 sobre la legítima posibilidad de poder solicitar en tales circunstancias la renovación del permiso de trabajo y residencia, debe concluirse que en tales circunstancias asiste al apelante el derecho a la renovación solicitada. Y ello es así porque pese al demérito que implica dicha condena penal, tal demérito se considera contrarrestado de forma bastante por el resto de circunstancias descritas y que a juicio de la Sala le hacen acreedor de la concesión de los permisos por él solicitados.

Permiso de trabajo

en el expediente administrativo incorporado a los autos.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia para en su lugar dictar otra por la que estimándose el recurso contencioso-administrativo interpuesto se anulan por no ser conformes a derecho sendas resoluciones recurridas, reconociéndose el derecho al apelante a que se le conceda la renovación del permiso de trabajo por cuenta ajena solicitado.

Pero además concurre el supuesto adicional de que recurrente se encontraba percibiendo una prestación por desempleo con lo cual y por aplicación del artículo 38.3.b) de la LO 4/2000 procedería la renovación, en este mismo sentido se ha entendido recientemente por esta Sala en el recurso de apelación 182/2009 con la sentencia de 16 de octubre de 2009, en la que se indicaba respecto a una prestación por incapacidad que:

“Una interpretación generosa y favorable al extranjero trabajador de sendos apartados y todo ello puesto en relación con la expresa previsión del artículo 54.5 del Reglamento de Extranjería en relación con el artículo 38.3.b y c) de la LO 4/2000, toda vez que dicho trabajador extranjero en el momento de solicitar la renovación de su autorización y durante parte del plazo de vigencia de la misma estaba percibiendo y continuó percibiendo una prestación económica por su situación de incapacidad laboral temporal que le era abonada por la entidad Mutua Universal, de similar o análoga naturaleza a la prestación económica asistencia a la que se refiere el citado artículo 38.3.c), es lo que lleva a la Sala a concluir que en el presente caso procede legal y reglamentariamente otorgar al apelante la autorización solicitada”.

Lo que en el presente caso debe añadirse que además se contaba con una oferta de trabajo, que tanto la inicial, como la que se aporta con el recurso de alzada, folios 5 y 119 se corresponden con empresas en las que el apelante ha prestado sus servicios,

como resulta del informe de vida laboral, sin que sea obstáculo a dichas ofertas de trabajo el hecho de que se esté percibiendo la prestación de desempleo, por que o bien esta dejará de percibirse caso de formalizarse la contratación o esta última se diferirá al momento en que finalice la prestación.

Por lo que vistos los argumentos expuestos, procede concluir que la Sala no comparte los argumentos dados en las resoluciones administrativas impugnadas para denegar dicha solicitud y los fundamentos de derechos esgrimidos en la sentencia de instancia para confirmar tales resoluciones, motivo por el cual procede estimar el presente recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y anulando las resoluciones recurridas por no ser conformes a derecho, reconociéndose el derecho al apelante a que se le conceda la solicitud de renovación de la autorización de residencia y trabajo solicitada por D. Carlos».

NOTA: La presente Sentencia estima un recurso de apelación interpuesto por un ciudadano de nacionalidad colombiana contra la Sentencia de 8 de mayo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Burgos en el procedimiento abreviado núm. 497/2008, por la que se desestima el recurso Contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 16 de octubre de 2008 del Delegado del Gobierno de Castilla y León que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 8 de julio de 2008, dictada por la Subdelegada del Gobierno de Burgos, y en la que se acuerda denegar la renovación de la autorización de trabajo y residencia solicitada a favor de dicho ciudadano colombiano.

El tema de debate no es otro que el de la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando el solicitante tiene antecedentes penales. Esto es, se trataría de aplicar e interpretar lo dispuesto en el artículo 54.9 del RD 2393/2004, por el que se aprue-

Permiso de trabajo

ba el vigente 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 señala 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 el ordenamiento español”), significa que mientras que 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 concurren en cada supuesto, a fin de determinar si la existencia de antecedentes penales determina o no la denegación de la autorización administrativa.

En el supuesto que nos ocupa, el ciudadano extranjero ha sido 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 suspende la ejecución de la pena a condición de que no abandone el tratamiento de desintoxicación durante el tiempo de la suspensión. A juicio del Tribunal, las circunstancias concurrentes aconsejan conceder la renovación de la autorización administrativa: no consta la existencia de otros antecedentes penales distintos a los ya reseñados, en la determinación de la pena se apreció la atenuante de drogadicción, se aporta un certificado de empadronamiento, un certificado de vida laboral y la escritura de compraventa de una vivienda junto a su compañera sentimental, se acredita por parte de la Cruz Roja el seguimiento de un

Programa para la rehabilitación de la drogodependencia, así como el hecho de que está 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, aporta una oferta de trabajo que permite 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”.

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Fecha: 27 de julio de 2009.

Procedimiento: Recurso de apelación 10/2009.

Ponente: Dña. Nerea Juste Díez de Pinos.

Voz: Autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Antecedentes penales: procede la renovación.

Resumen: «PRIMERO. Los motivos argüidos por la parte apelante para que con revocación de la sentencia dictada en la instancia se estimen sus pretensiones consisten en considerar que a los efectos de que proceda la renovación del permiso solicitado, el único requisito exigible es la falta de antecedentes penales. De ello infiere que la existencia de una condena penal por un delito de abusos sexuales a menores no solo sería causa de denegar la renovación, sino que además podría determinar la expulsión del territorio español. Por otro lado debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 59 p. 4 del Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004 cuando señala la posibilidad de que se valoren las circunstancias concurrentes en orden a la renovación de las autorizaciones de quienes hubieran sido condenados, de tal manera que puede desprenderse que la ley está previendo la posibilidad de denegar la renovación a quien haya sido condenado con independencia de que la sentencia sea firme y con independencia de que existan o no antecedentes penales máxime cuando en el caso

Permiso de trabajo

que nos ocupa la sentencia ha sido confirmada por la Audiencia Provincial.

Sentado lo anterior se ratifican en esta instancia los argumentos que se contienen en la sentencia apelada debiendo remarcar que la situación a que se refiere el Abogado del Estado en su escrito de oposición a la apelación no corresponde con la prevista en el artículo 54.9 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre pues al decir 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 situación de remisión condicional de la pena”, el precepto se está refiriendo al hecho de que hubiera recaído sentencia firme, lo que no acaecía cuando el actor efectuó la solicitud de renovación de permiso de residencia, dado que la presentó el 7 de agosto de 2006 no recayendo sentencia del Juzgado de lo Penal número Dos de Zaragoza condenando al actor a la pena de un año de prisión y accesoria sino hasta el 14 de noviembre de 2006, siendo confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 18 de septiembre de 2007, es decir, con carácter posterior a que se dictara la resolución recurrida. De ello se infiere que al no tener el actor antecedentes penales cuando formuló la solicitud de primera renovación de autorización de residencia, le tenía que haber sido concedido. Lo expuesto es acorde con lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de mayo de 2008 en la que se pronuncia en los siguientes términos: “Al hablar de antecedentes penales, la norma está exigiendo que la condena sea firme, porque las sentencias penales solo se ejecutan cuando son firmes (artículos 794, 803, 987 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin firmeza no hay propiamente condena, ni hay, por lo tanto, antecedentes penales”. En función de lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación presentado».

NOTA: Brevemente, pues se trata de una Sentencia muy clara en cuanto a la fundamentación jurídica, diremos que desestima el recurso de apelación 10/2009 interpuesto por la Administración del Estado frente a la Sentencia de 6 de octubre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de los de Zaragoza en el Procedimiento Abreviado núm. 296/2007, por la que se estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un súbdito extranjero frente a la resolución de la autoridad competente que deniega la primera renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena al constar antecedentes penales. La citada Sentencia del Juzgado núm. 1 declara no conforme a derecho la denegación de la autorización administrativa.

Como en el supuesto anterior, se trata de aplicar e interpretar lo dispuesto en el artículo 54.9 del RD 2393/2004, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Extranjería, en cuya virtud, la tenencia de antecedentes penales no es óbice para la renovación de la autorización administrativa. Aquí, en concreto, se trataría de determinar si es posible denegar la renovación cuando conste la comisión de un delito, con independencia de que la sentencia sea o no firme.

Lo cierto es que la solicitud de la renovación se produce el 7 de agosto de 2006, y la sentencia por la que se le condena por un delito de abusos sexuales a menores es de fecha 14 de noviembre de 2006, condena que es confirmada por la Audiencia provincial de Zaragoza el 18 de septiembre de 2007. Y la resolución de la autorización gubernativa por la que se deniega la renovación es de 29 de noviembre de 2006. En esa fecha, la sentencia no era firme. El Tribunal aplica la doctrina jurisprudencial recogida en Sentencia de 14 de mayo de 2008, en la que se considera que lo que la norma está exigiendo al referirse a antecedentes penales es que la condena sea firme, porque, de conformidad a los artículos 794, 803, 987 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las sentencias penales sólo se ejecutan

cuando son firmes. Sin sentencia firme, por tanto, no hay propiamente condena ni, tampoco, antecedentes penales.

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 23 de septiembre de 2009.

Recurso de Casación: 10058/2009.

Ponente: Don Andrés Martínez Arrieta.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: favorecimiento de la inmigración ilegal a cambio de una cantidad económica.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El acusado realizó una conducta en la que animó a compatriotas suyos a viajar a España, gestionando los billetes, entregando dinero para pasar el trámite de la aduana, figurando ser turistas de visita a España, para ofrecerles vivienda y trabajo de forma irregular, cobrando una cantidad no determinada, anticipando gastos “que le serían devueltos con los ingresos percibidos en el ámbito laboral irregular”.

«En atención a las pruebas practicadas, procede declarar que el acusado Alfredo –sin antecedentes penales, nacional brasileño, sin permiso de residencia en España, y en prisión provisional por la presente causa– en fechas que no constan, empero que cabe situar en torno al año 2005, se desplazó desde Brasil hasta Formentera, donde al parecer ya residía una hermana, y donde se dedicó a efectuar labores de albañilería y jardinería en el ámbito de la contratación irregular, que le permitieron la obtención de unos ingresos muy superiores a los que hubiere tenido en su país de origen, al que regresó en el año 2006.

Una vez allí, comenzó a animar a conocidos y/o familiares de éstos para que se desplazasen a España, asegurándoles que en escaso tiempo podían ob-

tener pingües ingresos, tarea en la que después, cuando volvió a España a mediados de 2006 y se instaló de nuevo en Formentera, fue auxiliado desde Brasil por su madre y su padrastro, quienes ponían en contacto a los interesados con Alfredo, y quien, por conducto telefónico organizaba el viaje de estos desde Brasil a Formentera, tras alcanzar un pacto económico, en cuantía no cumplidamente acreditada, que oscilaba entre los 3.000 y 5.000 euros y que comprendía anticipar todos los gastos de desplazamiento desde el aeropuerto de origen hasta Formentera (ocasionalmente los billetes del trayecto eran entregados a los interesados por su propia madre); entrega, también ocasional, de una cantidad dineraria para justificar ingresos ante las autoridades aduaneras (que era después devuelta al acusado) y facilitarles vivienda; el importe pactado después debía ser devuelto a Alfredo con los ingresos percibidos en el ámbito laboral irregular, en el que, por igual, se movía el acusado, quien se encargaba de facilitarlo a sus compatriotas.

(...)

No consta cumplidamente acreditado que el acusado, con intención de atemorizar a los precedentemente citados, les recordara que sus familias seguían en Brasil y les podía pasar algo, o que les amenazara de muerte”.

(...)

La sentencia objeto de la presente censura casacional como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, perpetrado con ánimo de lucro a la pena de seis años de prisión. En síntesis el hecho probado declara que el acusado había llegado a Formentera en el año 2005 trabajando de forma irregular en dicha isla obteniendo unos ingresos muy superiores a los que hubiera adquirido en su país de origen, Brasil. En el año 2006 regresa a su país y anima a compatriotas suyos a venir a trabajar a España. Con la ayuda de sus padres, con los que terceras personas contactaban, dispuso que

Derecho penal

llegaran a España las personas que se relacionan en el hecho probado, cinco en total, a las que gestionó el viaje, vivienda y trabajos también irregulares, a cambio de una cantidad pactada, cuya cuantía no ha sido probada.

En el primer motivo denuncia, conjuntamente, la vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia y el error de hecho en la apreciación de la prueba. Ambos tienen un contenido similar, pues la impugnación por error de hecho se apoya, como documentos acreditativos del error, en las declaraciones de las personas que como testigos han depuesto en el enjuiciamiento, es decir, prueba personal sometida a la valoración del tribunal que con inmediatez la percibe.

Analizada la impugnación desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el motivo debe ser desestimado. Todo el razonamiento del recurrente se apoya en una particular valoración de la prueba testifical de quienes declararon en el juicio, destacando que, a su juicio, no son creíbles y carecen de lógica y que obedecen a móviles espurios.

(...)

El relato fáctico, como antes se señaló, relata que el acusado realizó una conducta en la que animó a compatriotas suyos a viajar a España, gestionando los billetes, entregando dinero para pasar el trámite de la aduana, figurando ser turistas de visita a España, para ofrecerles vivienda y trabajo de forma irregular, cobrando una cantidad no determinada, anticipando gastos “que le serían devueltos con los ingresos percibidos en el ámbito laboral irregular”.

Señala el recurrente que las personas relacionadas en el hecho probado entraron legalmente en España y que el hecho de que la finalidad del viaje no fuera la del turismo no convierte esa conducta en favorecimiento de la entrada de emigrantes a España.

En todo caso, concluye, los hechos serían típicos del artículo 313, no del artículo 318 bis.

El motivo debe ser desestimado. El artículo 318 bis del Código penal en su redacción vigente, tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, refiere una conducta cuyo tipo básico es el de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, o en tránsito, o con destino a España, conducta que puede ser realizada de forma directa o indirecta. La conducta típica tiene su antecedente en la Decisión Marco de la Unión Europea de 19 de julio de 2002.

(...)

El tráfico ha de ser ilegal o, lo que es lo mismo, al margen de las normas legalmente establecidas para el 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 cabe 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

Derecho penal

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».

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 9 de octubre de 2009.

Recurso de Casación por Infracción de Ley: 1024/2009.

Ponente: Don José Antonio Martín Pallín.

Voz: Delito de inmigración ilegal con explotación sexual.

Resumen: Se condena a las recurrentes como autoras de un delito de inmigración ilegal en concurso medial con otro relativo a la determinación coactiva a la prostitución.

«Leticia, nigeriana, mayor de edad y sin antecedentes penales, conocida como Esperanza, desde fecha que exactamente no consta y en cualquier caso desde el año 2004, actuando de común acuerdo con otras personas en Nigeria, y con ánimo de obtener beneficio económico ha ido introduciendo en España a diversas chicas de aquel país. Las captaban ofreciéndole falsas expectativas de empleo aquí en España, y a la vez las sometían a ceremonias de vudú para garantizar así su dependencia emocional. Una vez en España les indicaba que habían de devolver lo que se denominaba “deuda de viaje”, en una cantidad cercana a los 50.000 euros y para ello,

prevaliéndose de que se encontraban en España en situación irregular, y sin posibilidades de acceder a cualquier otro empleo, las obligaba a prostituirse como medio para obtener dinero con el que sufragar la aludida “deuda”. Para vencer la resistencia de las chicas a prostituirse, también utilizaban como elemento de presión, el anuncio de males que pudieran surgir a raíz del vudú al que se sometía a las jóvenes y el anuncio de daños a sus familiares de Nigeria.

Para realizar esta actividad Leticia se coordinaba de forma organizada y jerárquica tanto con personas en Nigeria que captaban a las jóvenes, y en su caso, desarrollaban actos de presión sobre sus familias, como con otras en España que colaboraban en su introducción en este país. Una vez aquí se distribuían en distintos pisos, encargándose directamente distintas personas, bajo la supervisión de Leticia, del alojamiento de cada una de las chicas y la recaudación del dinero que obtenían con la prostitución. Entre estas personas se encontraba Sara, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Y así, en el desarrollo de la actividad que concretamente explotaban, en fecha no determinada del año 2004, Sara, con la supervisión y control de Leticia, contactó con Lidia para que viniera a trabajar a España, sin que se planteara que dicho trabajo pudiera ser la prostitución. Lidia accedió, y con el fin de poder, en su caso, una vez aquí ejercer sobre su persona la correspondiente intimidación, se le sometió a una ceremonia de vudú. Viajó desde Nigeria vía París, y una vez que llegó a España, una persona no identificada pero miembro de la organización, la llevó al domicilio de Sara (...) de esta ciudad. Allí se le exigió por Sara como pago de la “deuda de viaje” 50.000 euros. Para sufragar esta cantidad, habida cuenta su situación irregular en España y su imposibilidad de acceder a otro empleo, Lidia fue obligada por Sara actuando siempre bajo la supervisión y control de Leticia, a ejercer la prostitución. Para vencer la voluntad contraria de Lidia, Sara la presionó valiéndose de su creencia en el

Derecho penal

vudú al que había sido sometida, indicándose que, en caso de no cumplir con la “deuda de viaje”, moriría. Con los ingresos que obtenía con esta actividad, fue efectuando pagos parciales hasta completar la citada suma, pagando además otras cantidades en concepto de manutención y alojamiento.

Lidia entró en España con una documentación falsa, que le fue retirada una vez que llegó a este país. Desde 2004 ha estado ejerciendo la prostitución en la zona de Méndez Álvaro bajo la presión ejercida por Sara en los términos ya indicados, y entregando la cantidad que percibía para sufragar la aludida “deuda de viaje” y los gastos antes indicados.

En el mismo domicilio que Sara, vivía su marido Eusebio, mayor de edad y sin antecedentes penales. No consta que éste tuviera intervención en los hechos que se han descrito, ni en relación con la introducción en España de Lidia u otras chicas nigerianas, ni en las acciones encaminadas a obligarla a que ejerciera la prostitución. Igualmente no consta que Sara y Eusebio ordenaran dar una paliza a la madre de Lidia en Nigeria tras ésta denunciar.

Aproximadamente en el año 1994, Leticia introduce en España a Marí Juana. Una vez aquí, le exigió a ésta la deuda de viaje que sufragó con el ejercicio de la prostitución durante dos años, transcurridos los cuales, la deuda que quedaba por abonar le fue condonada, al existir una buena relación entre ambas. Sin embargo, ese año 2006, a consecuencia de un desencuentro con motivo de la cercanía entre los locales comerciales que ambas regentaban, Leticia decidió exigir a Marí Juana la deuda que restaba. De tal manera sobre las 12 horas del 16 de febrero de ese año 2006, Leticia se presentó en el establecimiento comercial que regentaba Marí Juana y le pidió la devolución de los 5000 dólares que le restaban por abonar. Visto que Marí Juana se negaba a ello, Leticia le dijo que de no atender a sus pretensiones, le daría una paliza a sus familiares en Nigeria. No consta que Marí Juana llegara a pagar dicha cantidad.

Leticia vivía en Madrid en (...). En dicha vivienda se realizó un registro judicialmente autorizado en el que, entre otros efectos, se intervinieron en el salón de la vivienda, seis fotografías de mujeres de color, otras 20 en su dormitorio. En el dormitorio ocupado por su hijo, un pasaporte de la República Federal de Nigeria a nombre de Marí Juana, y dos fotografías de mujeres de color.

En otra habitación de la vivienda fue detenido quien en aquel momento se identificó como Pascual y ha resultado ser Javier.

(...)

La recurrente Leticia formaliza un motivo marco en el que invoca la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el motivo primero estima que no se ha practicado prueba alguna que acredite que la recurrente se dedica o está implicada en el tráfico ilegal de personas. Advierte que, la que se ha practicado, carece de contenido incriminatorio. Después de realizar una interesante cita jurisprudencial sobre el contenido de la presunción de inocencia cuyos contenidos compartimos, entra en matizaciones sobre el valor de las declaraciones inculpatorias del coimputado, con lo que ya se sitúa en el núcleo del recurso.

Insiste en que el material probatorio es vago, nimio e impreciso, sobre todo en cuanto a la pertenencia de la recurrente a una organización que se dedicaba a introducir mujeres nigerianas con el fin de dedicarlas a la prostitución. Argumenta que en ningún momento se han acreditado que la recurrente emplease medios coercitivos mediante la práctica ritual del vudú o con amenazas de muerte o palizas. Admite la existencia de las fotografías que se ocupan en el domicilio de su hijo pero insiste en que nada aportan en relación con estos hechos.

En relación con las conversaciones telefónicas intervenidas, sostiene que su contenido, traducido

Derecho penal

por intérprete oficial de la Embajada, arroja una realidad distinta a la que obtiene la Sala sentenciadora y que de ella se desprende su buen comportamiento con una de las mujeres traídas desde Nigeria. Tampoco se deduce la existencia de una organización o liderazgo por parte de la recurrente. Es más, se desprende de algunos pasajes de la conversación que la acusada aconsejaba a algunas chicas a no venir dado el precio que les ofrecían. Las relaciones de alojamiento con alguna de las chicas fueron temporales y siempre vivía en otros domicilios. Respecto de las manifestaciones inculpatorias de una de las chicas afirma que se deben a motivos espurios y que son extremadamente vagas e imprecisas. En consecuencia estima que existe un notable vacío probatorio.

La presunción de inocencia se extiende también en el motivo tercero al delito de determinación coactiva a la prostitución. La parte recurrente reconoce la existencia de pruebas, incluso de carácter inculpatorio pero discrepa de su valoración lo que nos sitúa en el terreno de la tutela judicial efectiva que vela por el debido análisis y razonamiento de la prueba. Introduce también una posible vulneración del principio acusatorio en cuanto que la sentencia condena a la recurrente porque supervisaba el ejercicio de la prostitución de una de las mujeres nigerianas, lo que contradice el escrito acusatorio que se refería a otra persona distinta.

La sentencia se basa en las manifestaciones testimoniales de dos de las mujeres que ejercían la prostitución. La existencia de estas declaraciones nadie la discute, si bien la Sala, en el uso de sus facultades valorativas y decisorias, realiza una exposición metódica y detallada de las razones que ha manejado para llegar a su convicción plasmada en el relato de hechos probado.

Las amenazas se desprenden de las manifestaciones testimoniales a las que se da plena credibilidad, justificando y explicando las razones de esta decantación por la existencia de la misma. El hecho

de que *a posteriori* cesasen las amenazas avala su anterior existencia. El contenido de la apreciación de las pruebas que recae sobre la responsabilidad del órgano juzgador, está ampliamente desarrollada, por lo que no existe espacio para la presunción de inocencia.

En el motivo quinto alega que se ha vulnerado la presunción de inocencia en relación con el delito de amenazas condicionales. Se estima que ha existido una prueba de cargo, pero se considera endeble y sin consistencia inculpatoria. Asimismo, no existe persistencia en la declaración inculpatoria. Como ya se ha dicho, y nos remitimos a la larga argumentación de la sentencia recurrida, se ha analizado la prueba y se exponen las razones por las que se estiman suficientes para sustentar los hechos que justifican la condena por el delito de amenazas condicionales.

Por lo expuesto los tres motivos deben ser desestimados».

Tribunal: Auto del Tribunal Supremo.

Fecha: 15 de octubre de 2009.

Recurso de Casación: 573/2009.

Ponente: Don Juan Saavedra Ruiz.

Voz: Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: tráfico ilegal de personas.

Resumen: Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente, quien estaba desarrollando una conducta que favorecía y facilitaba el tráfico ilegal de personas de forma clandestina, al ocultar a una persona que carecía de documentación en el vehículo con el que pretendía llegar a la península.

«El recurrente considera que se le ha privado de su derecho de defensa por cuanto no se procedió a la lectura de los folios 4, 8 y 14 del atestado en el juicio oral. De lo expuesto en dichos folios se extraería

Derecho penal

que la persona que ocupaba la autocaravana era un indocumentado y no un inmigrante.

La no lectura de estos concretos folios del atestado no ha generado indefensión por cuanto en el juicio oral intervinieron los agentes actuantes que confirman, aclaran y desarrollan lo expuesto en el atestado; la representación del recurrente pudo interrogar a los agentes sobre los extremos expuestos en el atestado. La lectura de tales folios no era necesaria en el presente caso en atención a las circunstancias y el resto de pruebas existentes en la causa.

(...)

Se consideran como principales pruebas e indicios incriminatorios, recogidos por la sentencia del Tribunal de instancia, los siguientes: 1) Declaración testifical de los agentes de policía que descubrieron a la persona oculta en el armario de la autocaravana cuando ésta, conducida por el recurrente, pretendía trasladarse a la península. Los agentes indican que la persona que estaba oculta carecía de cualquier documentación y hablaba árabe. Indican que la persona que salió del armario se encontraba encogida y situada sobre una de las baldas, presentándose con aspecto sudoroso. La puerta del armario estaba cerrada y hubo de exigir la ayuda para abrirla desde el exterior. 2) Contrato de alquiler del vehículo del día 3 de noviembre al 5 de noviembre del 2008 por 299 euros en el que figura como arrendatario el recurrente, alquilando la caravana en Madrid.

No se ha producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia porque el Tribunal de instancia ha valorado y ponderado racionalmente las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia para afirmar que el recurrente con su conducta favorecía la inmigración clandestina de personas.

En consecuencia, y como sucede en el presente caso, toda cuestión que requiera una nueva deter-

minación de los hechos basada en la repetición de la prueba, que deba ser valorada respetando los principios de oralidad e inmediación, es una cuestión de hecho inadmisibile a trámite por aplicación del artículo 884.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A) Se alega infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del artículo 21.6, en relación con los artículos 21.1 y 20.2 del Código Penal en relación con la falta de aplicación de la atenuante de toxicomanía.

B) Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 508/2007 y 672/2007) que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas (STS 524/2008, de 23 de julio).

C) Los hechos probados indican que dos meses y medio antes de los hechos el recurrente consumió cocaína y cannabis en proporciones baja y media. El 24 de noviembre de 2008 inició un tratamiento de deshabituación en Madrid. De tales hechos probados no se puede extraer que el recurrente fuera drogodependiente y cometiera los hechos con el único objeto de obtener medios económicos para satisfacer su adicción. No existe suficiente prueba que acredite la importancia y grado de adicción del recurrente, ni el grado de afectación de sus faculta-

Nacionalidad

des intelectivas o volitivas. Por todo lo cual, no existe infracción de ley por no aplicar la circunstancia atenuante de drogodependencia.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 194/2008.

Ponente: Don Francisco Díez Fraile.

Voz: Denegación de la nacionalidad española. Ausencia de buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española al tener antecedentes por malos tratos físicos en el ámbito familiar.

«Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 15 de octubre de 2007, que desestimó el recurso de reposición deducido en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 20 de diciembre de 2006 que le había denegado la concesión de la nacionalidad por no haber “justificado suficientemente buena conducta cívica, ya que según consta en la documentación que obra en el expediente administrativo tiene antecedentes de fecha 13 de diciembre de 2004 por malos tratos físicos en el ámbito familiar. El sobreseimiento provisional de los mismos no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante. A mayor abundamiento con fecha 12 de diciembre de 2001 el interesado fue denunciado por su compañera sentimental por haberla amenazado con un cuchillo, dictándose sentencia absolu-

toria el 23 de diciembre de 2004”. La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

(...)

En el caso que ahora nos ocupa el recurrente es natural de Ecuador, nació en 1980, está soltero, reside legalmente en España desde 2000, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Madrid, y en 8 de noviembre de 2004 tenía acreditados 1.108 días de alta en el sistema de la Seguridad Social (que en 5 de enero de 2005 ascendían a 1.166 días).

La solicitud origen de la litis se presentó el 1-12-2004, habiendo mostrado su parecer favorable a dicha solicitud el Ministerio Fiscal y el Juez-Encargado del Registro Civil.

La resolución aquí impugnada denegó (...) la concesión de la nacionalidad por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. Al respecto es de indicar que en el informe policial de 19 de enero de 2006 obrante en el expediente administrativo consta lo siguiente en el apartado de antecedentes: “Detenido el 18 de octubre de 2001 en Madrid por lesiones, en diligencias policiales 16400; detenido el 13 de diciembre de 2004 en Madrid por malos tratos físicos en el ámbito familiar, (...); todas las diligencias pasaron al Juzgado de Guardia correspondiente”. En el expediente administrativo obran también las siguientes resoluciones judiciales. Con fecha de 19 de junio de 2002 se dictó por el Juzgado de Instrucción núm. 33 de Madrid un auto de sobreseimiento provisional ex artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con las diligencias previas, procedimiento abreviado 6947/2001. Por otra parte, con fecha de 23 de diciembre de 2004 se dictó la sentencia 462/04 por el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid absolviendo al aquí demandante del delito de violencia física en el ámbito familiar (artículo 153.1 y 2 del Código Penal) de que había sido acusado por el Ministerio Fiscal, señalando la meritada sentencia en su apar-

Nacionalidad

tado de hechos probados lo siguiente: “D. Gregorio y D.^a Graciela eran compañeros sentimentales y convivían en el mismo domicilio. El 12 de diciembre la Sra. Graciela denunció a su compañero por haberla amenazado con un cuchillo”. La repetida sentencia llegó a la siguiente conclusión tras valorar la prueba existente: “La prueba no es suficiente para afirmar más allá de toda duda que el acusado hubiera advertido a su compañera de que la iba a matar con un cuchillo, lo que aconseja una solución absolutoria”.

Por otro lado, el recurrente presentó ya en la vía administrativa la correspondiente prueba documental de la cancelación total de sus antecedentes de carácter policial.

La demanda rectora del actual proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, subraya la carencia de antecedentes penales y policiales, denuncia un vicio de desviación de poder, cita la jurisprudencia que considera de interés y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en su escrito de contestación a la demanda.

(...)

En el caso litigioso la parte actora presentó su solicitud de nacionalidad el 1 de diciembre de 2004 y poco después fue denunciada y detenida por el delito de violencia física en el ámbito familiar a que aludimos más arriba, siendo finalmente absuelto del mismo por sentencia de 23 de diciembre de 2004. Además, el 18 de octubre de 2001 había sido detenido por lesiones, siendo así que las actuaciones judiciales respecto de este último hecho tan solo fueron sobreseídas provisionalmente por auto de 19 de junio de 2002, no constando en la fecha de la solicitud origen de la litis el archivo definitivo de la mentada causa penal, de donde que, y descartada la alegada desviación de poder al no haber indicio alguno de la misma, el requisito de la buena conducta

cívica del demandante estaba cuestionado de manera indiciaria por aquella causa penal no archivada definitivamente, no pudiendo obviarse el dato de la relativa cercanía del auto de sobreseimiento provisional con la data de la solicitud de la nacionalidad, sin que, de otro lado se hayan aportado por la parte actora suficientes elementos positivos en su haber para compensar aquellas circunstancias vistas en su contra que empañan su imagen a los efectos de tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica, por lo que, en suma, hemos de concluir en la conformidad a Derecho de la resolución puesta en tela de juicio habida cuenta que el demandante no ha absuelto en la medida necesaria el *onus probandi* en relación con el sobredicho requisito».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 28 de julio de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 844/2007.

Ponente: Don Francisco Díez Fraile.

Voz: Denegación de la nacionalidad española por falta de buena conducta cívica.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española al haber sido condenado por amenazas y lesiones.

«En el caso que ahora nos ocupa el recurrente es natural de Colombia, nació en 1960, según el informe policial de 22 de diciembre de 2005 que obra en el expediente administrativo es soltero y con dos hijos de anteriores uniones, si bien en los presentes autos ha presentado un documento relacionado con la reagrupación familiar de su cónyuge, reside legalmente en España desde 2000, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Arrecife (Las Palmas), en 3 de abril de 2007 tenía acreditados 2.051 días de alta en el sistema de la Seguridad Social (que en 2 de enero de 2009 ascendían a 2.691 días), y ha presentado la declaración del IRPF del año 2007.

Nacionalidad

La solicitud origen de la litis se presentó el 23 de julio de 2004, habiendo informado favorablemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez-Encargado del Registro Civil.

Según consta en el informe policial que figura en el expediente el interesado fue detenido el 12 de abril de 2002 en Arrecife por amenazas y lesiones, incoándose las oportunas diligencias, que fueron remitidas al Juzgado de Guardia correspondiente. En la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Arrecife de 22 de diciembre de 2004 se puede leer lo siguiente en el apartado de hechos probados: “sobre las 12,30 horas del día 11 de abril de 2002, cuando Martín se hallaba en el bar ‘Parque Limpiezas’ sito en la calle León y Castillo, núm. 194, Arrecife, intimidó a su propietario, Adolfo, diciéndole ‘eres un hijo de puta, te voy a rajar porque yo soy colombiano y ya sabes lo que hacemos’. Asimismo, queda probado que Don Florian interpuso una denuncia ante la Comisaría de Policía de esta ciudad porque, según él, Martín le había intimidado, no ratificándose en dicha denuncia en el acto del juicio al no tener interés en continuar con el procedimiento”. Tales hechos probados fueron calificados en los fundamentos de Derecho de la meritada sentencia como constitutivos de una falta de amenazas prevista y penada en el artículo 620.2 del Código Penal, siendo condenado el hoy recurrente como autor de dicha falta de amenazas a la pena de multa de veinte días con una cuota diaria de seis euros. Por auto de 11 de mayo de 2006 se decretó el archivo definitivo de las actuaciones al haberse ejecutado la sentencia.

La resolución combatida tuvo en cuenta la susodicha condena penal por la falta de amenazas para denegar la concesión de la nacionalidad al considerar no suficientemente acreditado el requisito de la buena conducta cívica.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias que concurren en el caso, discrepa del parecer del acto recurrido, cita la jurisprudencia que considera de interés, y 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.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte desestimatoria del recurso si tenemos en cuenta, además de la doctrina legal más atrás referida, el criterio de interpretación que ha de regir en la materia que nos ocupa, que aparece recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2002, que al respecto dijo lo siguiente: “en relación con el problema que nos ocupa importa recordar que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ocupándose precisamente de la adquisición de la nacionalidad por residencia y de los requisitos que ésta ha de reunir, tiene dicho que mantener un criterio amplio o permisivo en esta materia sería contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad (STS, Sala 1.^a, de 19 de septiembre de 1988). Y si esto es así, es patente que la libertad estimativa del juzgador se halla indudablemente más restringida cuando se enfrenta a la necesidad de precisar el concepto ‘buena conducta cívica’ que utiliza el artículo 22.4 del Código Civil. La citada sentencia de la Sala 1.^a de este Tribunal Supremo bien rotundamente declara que esa interpretación extensiva del precepto regulador de la adquisición de la nacionalidad por residencia debe rechazarse porque ‘podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley’. Así, textualmente, se expresa la Sala de lo civil de este Tribunal Supremo. Y con esto estamos diciendo que ese criterio restrictivo que inspira el fundamento de la sentencia impugnada que hemos transcrito está en perfecta sintonía con esa doctrina de la Sala de instancia”.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 17 de septiembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 131/2006.

Nacionalidad

Ponente: Don Francisco Díez Fraile.

Voz: Denegación de nacionalidad española: sobreseimiento por robo con violencia e intimidación y agresión sexual.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la nacionalidad española. La lejanía en el tiempo y el sobreseimiento de las correspondientes actuaciones penales privan a tales antecedentes de la condición de impedimento para adquirir la nacionalidad española.

«En el supuesto ahora enjuiciado el recurrente es natural de Pakistán, está casado y tiene cinco hijos, reside en España legalmente y de forma continuada desde 1991 (si bien con anterioridad había obtenido en 6 de agosto de 1984 un permiso de residencia con validez hasta el 26 de octubre de 1985), en fecha de 9 de mayo de 2006 tenía acreditados 3.725 días de alta en el sistema de la Seguridad Social, consta en el expediente un certificado de la Agencia Tributaria de 11 de enero de 2002 a cuyo tenor el demandante está al corriente en sus obligaciones tributarias, y figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Jávea. Además de lo anterior, es de notar que en el informe policial de 29 de enero de 2003 que obra en el expediente se dice lo siguiente en relación con el interesado: “el 12 de diciembre de 1992 fue detenido en Valencia por robo con violencia e intimidación y agresión sexual (con penetración), pasando las diligencias al juzgado de guardia correspondiente”. En relación con esto último el interesado aportó al expediente administrativo un auto dictado en 21 de octubre de 1993 por la Audiencia Provincial de Valencia confirmando el auto de conclusión del sumario y acordando el sobreseimiento provisional de la causa al amparo del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ello siguiendo el parecer del Ministerio Fiscal. En el proceso el demandante ha presentado un certificado de 10 de marzo de 2006 de cancelación total de los antecedentes de carácter policial.

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 6 de febrero de 2002, informando favora-

blemente en su tramitación el Ministerio Fiscal y el Juez-Encargado del Registro Civil.

La resolución aquí puesta en tela de juicio se basó en aquella detención sufrida por el demandante el 12 de diciembre de 1992, que dio lugar al sobredicho auto de sobreseimiento provisional de 21 de octubre de 1993 por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa.

La demanda rectora del proceso expone las circunstancias del caso, cita la jurisprudencia que considera de interés y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en los términos que son de ver en el escrito de contestación a la demanda.

Pues bien, examinado cuanto hemos referido a la luz de la normativa y de la jurisprudencia de aplicación al supuesto enjuiciado, podemos ya anticipar la suerte estimatoria del recurso. Así, en efecto, no basta para el éxito de la pretensión actora con la cancelación de los posibles antecedentes penales o policiales, pues, como vimos más arriba, lo que el artículo 22 del Código Civil exige es que el solicitante justifique positivamente que su conducta es conforme a las normas de convivencia cívica, no sólo no infringiendo las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico penal o administrativo, sino cumpliendo los deberes cívicos razonablemente exigibles según el estándar medio a que alude la doctrina del Tribunal Supremo, sin que la no existencia de antecedentes penales sea elemento suficiente para entender justificada la buena conducta cívica, 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

Nacionalidad

causa suficiente para denegar la nacionalidad española habida cuenta 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».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 24 de septiembre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 242/2008.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Denegación de la nacionalidad por residencia a ciudadano marroquí por falta de buena conducta cívica. Condena penal por delitos de robo con fuerza en las cosas.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente al haber sido condenado por dos delitos de robo, conducta que pone de manifiesto un comportamiento que no resulta compatible con el de un ciudadano medio en fechas no muy lejanas a su petición de nacionalidad española sin que tampoco se aprecien la concurrencia de suficientes elementos positivos que revelen una conducta que le hagan merecedor de la nacionalidad española solicitada.

«El demandante impugna la resolución de 14 de enero de 2008 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, que confirma en reposición la resolución de 12 de febrero de 2007, 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 dos delitos por robo con fuerza en las cosas.

Alega el actor, de nacionalidad marroquí, como fundamento de su pretensión, que reside en España con tarjeta de residente de familiar comunitario desde el año 2002, ya que se encuentra casado con una española. Que tiene un total de 4 años, 11 meses y 16 días de alta en la Seguridad Social, estando sufi-

cientemente lejanos en el tiempo los hechos por los que fue condenado. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 20 de enero de 2004.

(...)

Consta en el expediente que el recurrente fue condenado por dos delitos con robo con fuerza en las cosas, uno de ellas por Sentencia de 6 de marzo de 2001 del Juzgado de lo Penal número 10 de Barcelona a la pena de ocho meses de multa con una cuota diaria de 1000 pesetas (240.000 pesetas).

Así las cosas, 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 dos delitos de robo, conducta que pone de manifiesto un comportamiento que no resulta compatible con el de un ciudadano medio en fechas no muy lejanas a su petición de nacionalidad española sin que tampoco se aprecien la concurrencia de suficientes elementos positivos que revelen una conducta que le hagan merecedor de la nacionalidad española solicitada.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 del 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

Nacionalidad

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».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 14 de octubre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 986/2007.

Ponente: Don Diego Córdoba Castroverde.

Voz: Concesión de la nacionalidad española por residencia: integración en la sociedad española.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Concesión de la nacionalidad española por residencia. Nacional de Marruecos que no pertenece al movimiento Tabligh en España y cuyo comportamiento en nuestra sociedad no permite sostener la falta de integración.

«El presente recurso tiene por objeto la resolución de 20 de febrero de 2007 de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, confirmada en reposición por resolución de 11 de julio de 2007 por las que se denegó la solicitud de nacionalidad española por residencia del recurrente. La Administración inicialmente le denegó la nacionalidad por dos motivos:

- 1) Al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica, “ya que según consta en la documentación que obra en el expediente tiene antecedentes de fecha 17 de agosto de 2001 por lesiones. El archivo de los mismos no justifica positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante”.
- 2) No ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española ya que “es miembro activo del movimiento Tabligh. El movimiento Tabligh profesa un Islam conservador y fundamentalista, aplicando la visión intransigente de las reglas co-

ránicas y persiguiendo su imposición en todos los órdenes de la vida. Esto conlleva la propagación de una conducta segregacionista respecto a la sociedad no musulmana, dentro de la cual no tienen ningún interés en integrarse”.

En reposición la Administración centró la denegación en la falta de integración pues respecto a la falta de buena conducta razonó que “si bien es cierto que el recurrente estuvo imputado en una posible infracción penal, por las que se abrieron diligencias previas núm. 1546/2001, seguidas por lesiones, no obstante dichas diligencias no se culminaron en consecuencias penales desfavorables, lo que unido a que los hechos ocurrieron el 17 de agosto de 2001 y fueron archivados el siguiente día 31, se llega a la conclusión de que existe el mínimo alejamiento temporal como para que por este solo motivo pudiera adquirir la nacionalidad española”.

Es por ello que el motivo por el que finalmente se le deniega la nacionalidad al recurrente queda circunscrito a la falta de integración en la sociedad española por su supuesta pertenencia, como miembro activo, al movimiento Tabligh.

El recurrente alega que reside legalmente en España desde hace más de diez años; está perfectamente integrado en la sociedad española, pues no solo habla y escribe correctamente en nuestro idioma sino que además su familia también reside en nuestro país y su conducta ha sido completamente normal durante su estancia en España; tiene permiso de residencia permanente; no tiene antecedentes penales; convive, sin estar casado con Inmaculada, siendo ella soltera y él divorciado, fruto de esta convivencia tienen un hijo, lo que acredita que se encuentra adaptado a los tiempos modernos; su mujer viste y vive como cualquier mujer de su edad; y tiene una amplia vida laboral en diferentes empresas. En un informe secreto del Centro Nacional de Inteligencia se afirma que es un miembro activo del movimiento Tabligh en España, hecho que niega rotundamente pues no conoce a nadie de dicho movimiento ni

Nacionalidad

participa en él, ni tiene cargo directivo alguno y el hecho de que profese la religión islámica no puede ser considerado un hecho que le pueda impedir la adquisición de la nacionalidad española.

El presente recurso se centra pues, en el único motivo en el que se funda la Administración para denegar la nacionalidad solicitada: su falta de integración en la sociedad española por su pertenencia al movimiento “Tabligh”.

De los informes incorporados a este procedimiento se desprende que el movimiento Tabligh (también llamado Yama-al-Tabligh) es un movimiento islamista fundamentalista y pacifista que rechaza la lucha armada. Este movimiento se fundó en la India a finales de 1920 como reacción al dominio inglés y a los valores occidentales traídos por los ingleses que, a su juicio, minaban y deterioraban la vida musulmana. Actualmente cuenta con millones de seguidores y está implantado en muchos países del mundo, incluyendo EE.UU. y Europa (Francia, Bélgica, Holanda), y que penetró en España a mediados de los años 80, aunque sus principales centros se encuentran en el Reino Unido, la India y Pakistán.

Los informes coinciden en afirmar que el movimiento “Tabligh” defiende un fundamentalismo religioso que pretende la reislamización de la sociedad, de forma que la conducta de sus seguidores se rige por una serie de normas, dictadas por los líderes, que abarcan prácticamente todos los aspectos de la vida cotidiana de un musulmán, incluyendo la forma de vestir y la posición subordinada de la mujer. Su actividad social se desarrolla tan solo en el seno de la comunidad islámica en la que viven, y defienden el rechazo de toda influencia externa (especialmente los que consideran falsos valores como el materialismo, el ateísmo, el secularismo y la modernidad), lo que les lleva a defender una conducta segregacionista respecto a la sociedad no musulmana, dentro de la cual no tiene ningún interés en integrarse rechazando participar o tener relaciones

con partidos políticos e incluso con asociaciones de vecinos y movimientos ciudadanos, teniendo un trato correcto, pero el mínimo indispensable, con la sociedad del país occidental de acogida.

Es obvio que las características de este movimiento refuerzan la idea de que sus seguidores no pretenden integrarse en la sociedad de acogida, propagando una conducta segregacionista y de aislamiento respecto de la comunidad no musulmana, rechazando participar en el entramado social y en la actividad colectiva (política, vecinal o institucional) que conforman las sociedades occidentales, cuyo valores y forma de vida rechazan.

Las características de este movimiento, con total independencia de sus creencias religiosas que quedan al margen de este debate, tienen una indudable importancia al tiempo de establecer el cumplimiento del requisito de integración en nuestra sociedad. No debe olvidarse que su solicitud está destinada a obtener la nacionalidad española, que implica un plus importante respecto de la mera estancia y permanencia en territorio español, por la que se conceden derechos pero también conlleva deberes para con la sociedad en la que se integra, razón por la que nuestro Código Civil exige la prueba de su efectiva integración en nuestra sociedad que implica, como ha venido sosteniendo esta Sala de forma reiterada, la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, su 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.

(...) El recurrente es de nacionalidad marroquí, divorciado con dos hijos de este matrimonio y que convive, sin estar casado, con una ciudadana marroquí con la que tiene otro hijo. Lleva residiendo legalmente en España desde septiembre de 1991 y desde entonces se le han ido concediendo permisos de residencia y trabajo ostentando desde julio de 1999 un permiso permanente; carece de antece-

Nacionalidad

dentes penales y ha venido trabajando de forma regular en España pues consta que ha estado dado de alta en la Seguridad Social durante 1.774 días (cuatro años, diez meses y nueve días).

La afirmada pertenencia a este movimiento del hoy recurrente se basa en el informe del Centro Nacional de Inteligencia que obra en el expediente en el que se afirma literalmente “es miembro activo del movimiento Tabligh en España, lo que supone falta de integración en la sociedad española y desinterés para una integración futura”. El informe no concreta la información que sustenta dicha afirmación ni especifica el devenir diario y la práctica cotidiana de tal vinculación.

El recurrente, por su parte niega rotundamente pertenecer a este movimiento así como haber tomado parte en sus reuniones o tener contacto alguno con el mismo. El informe del Centro de inteligencia no aporta dato alguno sobre las actividades del recurrente y los hechos (reuniones, actividades etc.) que le permiten llegar a afirmar de forma tan rotunda la pertenencia del recurrente como “miembro activo” a dicho movimiento, por lo que el recurrente se encuentra en serias dificultades para poder demostrar el error de esta afirmación, y el tribunal no dispone de suficientes elementos de juicio que permitan constatar la veracidad de lo afirmado, frente a la rotunda negativa del recurrente.

Por otra parte, el recurrente aporta prueba destinada a demostrar su integración laboral y personal en nuestra sociedad, acreditando residir de forma legal en España, con permiso de trabajo y residencia, desde septiembre de 1991, lo que le ha llevado a obtener de las autoridades españolas un permiso de residencia permanente desde julio de 1999; ha trabajado de forma regular en nuestro país habiendo cotizado a la Seguridad Social desde 1992 hasta mayo de 2005 (con el lapso temporal desde diciembre de 1993 a diciembre de 1998). Su propia trayectoria personal (hombre divorciado que convive maritalmente con una mujer soltera con la que

tiene un hijo) pone de manifiesto un comportamiento alejado de lo que parecen ser los principios que guían el comportamiento de una persona que rige por los principios estrictos de la Ley islámica (Sharia) y su falta de adaptación a la forma de vida occidental.

Es por ello que no resulta acreditado ni que el recurrente pertenezca a dicho movimiento, por lo que decae el presupuesto en el que se fundó la Administración, ni que su comportamiento en nuestra sociedad permita sostener la falta de integración del recurrente en la sociedad española, lo que finalmente nos lleva a anular la resolución administrativa impugnada y la concesión de la nacionalidad española solicitada».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 15 de octubre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 365/2008.

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Denegación de nacionalidad española: condena por delito de robo con violencia e intimidación en grado de tentativa a la pena de un año de prisión.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española al no haber justificado suficiente buena conducta cívica.

«El demandante impugna la resolución de 9 de abril 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, sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica al haber sido condenado por Sentencia de 9 de febrero de 2004 del Juzgado de lo Penal número 9 de los de Madrid como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en grado de tentativa a la pena de un año de prisión.

Nacionalidad

Alega el actor, de nacionalidad colombiana, como fundamento de su pretensión, que carece de antecedentes penales y que reside legalmente en España desde el 14 de marzo de 2003, teniendo actualmente permiso de trabajo y residencia permanente. En el informe de vida laboral consta que ha estado dado de alta en el Sistema de la Seguridad Social 721 días. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 30 de septiembre de 2005.

(...)

Consta en el expediente que el recurrente fue condenado por Sentencia de 9 de febrero de 2004 del Juzgado de lo Penal número 9 de los de Madrid como autor de un delito de robo con violencia e intimidación en grado de tentativa a la pena de un año de prisión.

Así las cosas, 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, conducta que pone de manifiesto un comportamiento que no resulta compatible con el de un ciudadano medio en fechas cercanas a su petición de nacionalidad española (la condena se produce un año y medio antes) sin que tampoco se aprecien la concurrencia de suficientes elementos positivos que revelen una conducta que le hagan merecedor de la nacionalidad española solicitada.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la carga de probar su buena conducta cívica corresponde al solicitante (artículo 22.4 de la 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 falta de vigencia de esos antecedentes penales ni policiales del soli-

citante que quedan consignados más arriba, ello 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».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 20 de octubre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1314/2006.

Ponente: Don Francisco Díaz Fraile.

Voz: Denegación de nacionalidad española: falta de integración en la sociedad española. Ciudadano marroquí miembro de la comunidad Tabligh.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. La mera condición de miembro de la comunidad Tabligh sí condiciona la carga probatoria del recurrente. Este debe justificar un grado suficiente de integración en la sociedad española. En el presente caso cabe hablar de arraigo familiar y económico, pero esto no es bastante para afirmar el grado de integración social necesario para adquirir la nacionalidad española.

«En el caso que ahora contemplamos el recurrente es natural de Marruecos, nació en 1961, está casado con una súbdita marroquí y tiene cinco hijos, reside legalmente en España desde 1991, figura inscrito en el padrón municipal de habitantes del Ayuntamiento de Dos Hermanas y realiza como autónomo la actividad de mayorista de artículos de decoración y objetos de regalo que normalmente se encuentran en los bazares de “todo a cien”. En la audiencia judicial de 20 de abril de 2006 declaró que “su esposa no trabaja fuera de casa porque se de-

Nacionalidad

dica al cuidado de los hijos comunes” y que “todos sus hijos estudian en los colegios de Montequinto”, si bien es de observar que esta última afirmación no está avalada por prueba documental alguna. Por otra parte, la actora aportó con la demanda una fotocopia de la declaración del IRPF de 2006.

La parte interesada presentó su solicitud origen de la litis el 16 de junio de 2004, habiendo inicialmente informado de modo favorable el Juez-Encargado y el Ministerio Fiscal, si bien posteriormente este último interesó que la Administración aportara la documentación que obrara en su poder en relación con la afirmación de la pertenencia del interesado al Tabligh como trámite previo a la emisión de un segundo informe.

En el expediente administrativo figura un informe del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) de 23 de febrero de 2005 en relación con el demandante, respecto del que dice lo siguiente: “se participa a esa Dirección General que es miembro activo del movimiento Tabligh en España, lo que supone falta de integración en la sociedad española y desinterés para una integración futura”. Este documento ha servido de apoyo fundamental para dictar la resolución recurrida.

La demanda rectora del proceso expone las diversas circunstancias que concurren en el caso, niega la pertenencia del recurrente al Tabligh, cita la jurisprudencia que considera aplicable y 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.

El escrito de demanda suscitó la cuestión del posible error en que podría haber incurrido la Administración demandada al confundir al recurrente con otra persona del mismo nombre y diferente NIE, lo que, en unión de otros motivos, provocó que por la Sala se acordara como diligencia final requerir al CNI para que ampliara aquel informe

de 23 de febrero de 2005 en el sentido de concretar los hechos o razones que estaban en la base de la afirmación de ser el demandante “miembro activo del movimiento Tabligh en España”. El CNI contestó por oficio de 17 de febrero de 2009 ratificándose en su anterior informe, y añadiendo que el recurrente era uno de los dirigentes del Tabligh en Sevilla, siendo miembro de la Mezquita Masyid Al Hidayah (Macarena) –dirigida por militantes del Tabligh– y realizando aportaciones económicas a dicha congregación. Por providencia de 14 de mayo de 2009, y como continuación de la diligencia final ya acordada anteriormente, se ordenó unir a los presentes autos determinado dictamen pericial emitido en otro recurso en relación con el movimiento Tabligh, del que se dio traslado a la actora ofreciéndole al mismo tiempo la oportunidad de aportar la documentación que considerara pertinente para reafirmar el requisito de la integración social que había defendido en la demanda. La actora no presentó en dicho trámite ningún documento adicional a los ya aportados al expediente y los incorporados con la demanda.

Como ya hemos visto, la resolución puesta en tela de juicio niega que el recurrente haya acreditado el suficiente grado de integración en la sociedad española sobre la base de ser un miembro activo del movimiento Tabligh, de cuya circunstancia infería la falta de integración en la sociedad española y el desinterés para una integración futura.

En este punto, bueno será que reflexionemos sobre el referido grupo religioso. De los informes incorporados a este procedimiento se desprende que el movimiento Tabligh (también llamado Yamaal-Tabligh) es un movimiento islamista y pacifista que rechaza la lucha armada. Este movimiento se fundó en la India a finales de 1920 como reacción al dominio inglés y a los valores occidentales traídos por los ingleses que, a su juicio, minaban y deterioraban la vida musulmana. Actualmente cuenta con millones de seguidores y está implantado en muchos países del mundo, incluyendo EE.UU. y Europa

Nacionalidad

(Francia, Bélgica, Holanda), y que penetró en España a mediados de los años 80, aunque sus principales centros se encuentran en el Reino Unido, la India y Pakistán.

Los informes coinciden en afirmar que el movimiento “Tabligh” defiende un fundamentalismo religioso que pretende la reislamización de la sociedad, de forma que la conducta de sus seguidores se rige por una serie de normas, dictadas por los líderes, que abarcan prácticamente todos los aspectos de la vida cotidiana de un musulmán, incluyendo la forma de vestir y la posición subordinada de la mujer. Su actividad social se desarrolla tan solo en el seno de la comunidad islámica en la que viven, y defienden el rechazo de toda influencia externa (especialmente los que consideran falsos valores como el materialismo, el ateísmo, el secularismo y la modernidad), lo que les lleva a defender una conducta segregacionista respecto a la sociedad no musulmana, dentro de la cual no tiene ningún interés en integrarse rechazando participar o tener relaciones con partidos políticos e incluso con asociaciones de vecinos y movimientos ciudadanos, teniendo un trato correcto, pero el mínimo indispensable, con la sociedad del país occidental de acogida.

Es obvio que las características de este movimiento refuerzan la idea de que sus seguidores no pretenden integrarse en la sociedad de acogida, propugnando una conducta segregacionista y de aislamiento respecto de la comunidad no musulmana, rechazando participar en el entramado social y en la actividad colectiva (política, vecinal o institucional) que conforman las sociedades occidentales, cuyo valores y forma de vida rechazan.

Las características de este movimiento, con total independencia de sus creencias religiosas que quedan al margen de este debate, tienen una indudable importancia al tiempo de establecer el cumplimiento del requisito de integración en nuestra sociedad. No debe olvidarse que su solicitud está destinada a obtener la nacionalidad española, que implica un

plus importante respecto de la mera estancia y permanencia en territorio español, por la que se conceden derechos pero también conlleva deberes para con la sociedad en la que se integra, razón por la que nuestro Código Civil exige justificar su efectiva integración en nuestra sociedad que implica, como ha venido sosteniendo esta Sala de forma reiterada, 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.

Ahora bien, la obtención de la nacionalidad española se condiciona en nuestro Código Civil al cumplimiento de unos requisitos que aparecen conectados con hechos individuales y el comportamiento personal desplegado por cada solicitante, por lo que no resulta posible un juicio en abstracto desvinculado de las circunstancias concretas concurrentes en cada caso.

Es por ello que, aun en aquellos casos en los que resulte acreditada o razonablemente plausible la pertenencia del solicitante a este movimiento fundamentalista religioso, habrá que estar a la conducta desplegada por el recurrente en cada caso en concreto para valorar si su comportamiento responde a la exigencia de integración social en los términos exigidos por la jurisprudencia, pues el grado de implicación personal en este movimiento y la intensidad con la que se viven sus mandatos puede tener una diferente intensidad en cada sujeto, no debiendo descartarse que simpatizantes o incluso miembros activos de este movimiento puedan demostrar su efectiva integración en nuestra sociedad, si bien en este último caso la prueba habrá de ser aún más intensa que la que como regla general se exige a todo peticionario de la nacionalidad española, pues tendrá que acreditar cumplidamente que la pertenencia a un movimiento que se caracteriza por rechazar la integración de sus miembros en los valores, costumbres e instituciones de las

Nacionalidad

sociedades occidentales como la nuestra, no le ha impedido una integración real y efectiva en nuestra sociedad.

Llegados a este punto, el meollo de la cuestión litigiosa consiste en la determinación de dos extremos, a saber: si el recurrente es o no miembro activo del movimiento Tabligh, y el grado de integración del mismo en la sociedad a cuya nacionalidad aspira.

En relación con lo primero, el demandante ha negado en todo momento su pertenencia al grupo religioso de referencia. Frente a dicha negativa, el primer informe del CNI afirmaba que el interesado era “miembro activo del movimiento Tabligh en España”, cuyo informe fue ratificado en la ampliación al mismo, añadiéndose en esta última ampliación que se trataba de un dirigente del Tabligh en Sevilla, que era miembro de la Mezquita Al Hidaya (Macarena) –dirigida por militantes del Tabligh– y que realizaba aportaciones económicas a dicho movimiento. La Sala considera que estos nuevos hechos aportados por el CNI en relación con el recurrente son suficientes para tener por probada en este caso su pertenencia al grupo religioso de constante cita.

Dicho lo anterior, y como vimos más arriba, la mera condición de miembro de la comunidad Tabligh no decide por sí misma el pleito, pero sí condiciona la carga probatoria del recurrente. Este último debe justificar, de acuerdo con el Código Civil, un grado suficiente de integración en la sociedad española, de tal manera que la carga de la prueba le incumba al demandante, siendo así que en el caso el *onus probandi* deviene más oneroso en atención a la pertenencia a un grupo religioso de las características que vimos más arriba, que dificulta seriamente la inmersión social del interesado. En el supuesto enjuiciado cabe hablar de arraigo familiar y económico de la parte actora, pero esto no es bastante para afirmar el grado de integración social necesario para adquirir la nacionalidad española conforme a las exigencias del Código Civil. Conocemos las circunstancias familiares del recurrente, el tiempo de

su residencia en España y su actividad laboral como autónomo, si bien aquel agravamiento del *onus probandi* a que aludimos más atrás como consecuencia de su pertenencia a la comunidad Tabligh le exigía haber desplegado una mayor diligencia probatoria para acreditar otras circunstancias con proyección comunitaria que demostraran su efectiva integración social en línea con el dictamen pericial incorporado a la causa como diligencia final y del que se dio traslado a la parte actora, a quien se ofreció al mismo tiempo la oportunidad de aportar nueva documentación para avalar su tesis de integración social, cuya oportunidad fue desaprovechada, resultando de todo ello que, en una valoración del conjunto de los elementos de juicio disponibles, llegamos a la conclusión de que la parte actora no ha levantado en la medida que le era exigible en función de sus particulares circunstancias la carga probatoria que sobre ella recaía, de tal suerte que, en definitiva, el recurso ha de claudicar por la razón de no haber justificado de modo bastante el interesado el necesario grado de integración en la sociedad española.

Quizá no resulte ocioso señalar que la materia de nacionalidad es eminentemente casuística, por lo que difícilmente los precedentes judiciales resultan vinculantes en aplicación del principio de igualdad, siendo de notar, de otro lado, que el requisito de integración social es personalísimo y no puede suplirse por la condición nacional de los demás miembros de la familia u otras circunstancias personales de estos últimos.

En definitiva, por mor de cuanto antecede se impone la desestimación del presente recurso al aparecer conforme a Derecho el acto administrativo en cuestión».

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional.

Fecha: 22 de octubre de 2009.

Recurso Contencioso-Administrativo: 382/2008.

Nacionalidad

Ponente: Don Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Denegación al actor, de nacionalidad jordana, de la concesión de la nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica. Antecedentes penales o policiales.

Resumen: Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica, ya que consta que por Auto de 9 de abril de 2007 del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid se declaró la prescripción de la falta imputada al actor consistente en conducción de un vehículo sin seguro obligatorio por encontrarse aquel en paradero desconocido.

«El demandante impugna la resolución de 14 de abril de 2008 de la Directora General de los Registros y del Notariado, dictada por delegación del Ministro de Justicia, por la que se denegó al actor la concesión de nacionalidad por residencia sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica, ya que consta que por Auto de 9 de abril de 2007 del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid se declaró la prescripción de la falta imputada al actor consistente en conducción de un vehículo sin seguro obligatorio por encontrarse aquel en paradero desconocido.

Alega el actor, de nacionalidad jordana, como fundamento de su pretensión, que las diligencias penales prescribieron antes de que fueran enjuiciadas, por lo que carecen de relevancia penal, y que no se desprende de manera inequívoca que prescribieron por la incomparecencia culpable del demandante, habiéndose intentado solamente una vez la notificación. Tiene permiso de trabajo y residencia desde el 18 de febrero de 1992. La solicitud de nacionalidad se presentó el día 20 de abril de 2005.

(...)

El motivo de la denegación al actor de la concesión de nacionalidad por residencia es por no haber justificado suficiente buena conducta cívica, ya

que consta que por Auto de 9 de abril de 2007 del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid se declaró la prescripción de la falta imputada al actor consistente en conducción de un vehículo sin seguro obligatorio por encontrarse aquel en paradero desconocido.

Debe recordarse que todo aquel que solicita la nacionalidad española tiene la carga de demostrar que cumple los requisitos exigidos por el Código Civil, entre ellos, una buena conducta cívica durante su estancia en nuestro territorio, y lo cierto es que si bien las diligencias penales se archivaron por prescripción mediante Auto de fecha 9 de abril de 2007, la prescripción fue debida por encontrarse el recurrente en paradero desconocido, y en ningún momento aquel ha cuestionado la certeza de los hechos que determinaron la incoación del procedimiento penal, ni ha justificado que mantuviera una actitud diligente y de colaboración con la Administración de Justicia durante la tramitación de la causa penal; por el contrario, más bien parece que el actor se sustrajo a la acción de la justicia, ya que el motivo de la prescripción de la falta fue la imposibilidad de averiguar su domicilio pese al libramiento de la oportuna requisitoria. Por otro lado, no es cierto que se intentara citar una vez al demandante, ya que según certificación del Secretario Judicial del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid, primero se intentó la citación por el Servicio Común de Notificaciones y Embargos con fecha 6 de noviembre de 2000 en el domicilio que el actor había dado (calle Mataró número 23 de Madrid), y, en vista que dicha citación fue infructuosa, se intentó la citación a través de la Comisaría de Fuencarral-El Pardo el día 14 de marzo de 2001, dando resultado negativo, ya que el demandante se encontraba en ignorado paradero desde hacía al menos un mes.

Así las cosas, esta Sala ya ha tenido ocasión de señalar, como en la reciente Sentencia de 5 de marzo de 2009 (recurso 693/2007), que con independencia del resultado final de unas actuaciones penales, el

Régimen comunitario

hecho de haber estado imputado en un procedimiento penal puede ser valorado a los efectos de apreciar la conducta cívica de una persona en nuestro país con vistas a obtener la nacionalidad española, pues el archivo de un procedimiento penal puede deberse a múltiples circunstancias, y no todas ellas permiten descartar que el comportamiento desplegado no pueda ser tomado en consideración a los efectos que nos ocupan. Es al recurrente al que se le ha puesto de manifiesto unos antecedentes negativos al que le corresponde demostrar todas las circunstancias concurrentes para descartar cualquier indicio de un comportamiento que pueda ser tachado de una mala conducta cívica, con independencia del resultado penal de las actuaciones judiciales y al no hacerlo, como en el caso que nos ocupa, no cumple con su deber de acreditar la concurrencia de este requisito».

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 30 de noviembre de 2009.

Cuestión prejudicial: C-357/09.

Ponente: Sr. Larsen.

Voz: Retorno de nacionales de terceros países en situación irregular: plazo de internamiento.

Resumen: Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas: plazo de internamiento. Cómputo del período durante el que se ha suspendido la ejecución de una decisión de expulsión administrativa: concepto de “perspectiva razonable de expulsión”.

«El 21 de octubre de 2006 un individuo fue detenido por las fuerzas del orden búlgaras cerca de la frontera con Turquía. Estaba desprovisto de documento

de identidad y se presentó con el nombre de Said Shamilovich Huchbarov, nacido el 11 de febrero de 1979 en Grozny (Chechenia). Declaró que no quería que el Consulado de Rusia fuera informado de su detención.

Mediante orden de 22 de octubre de 2006 de los servicios de policía competentes, se dictó contra dicha persona una medida administrativa coercitiva de expulsión administrativa.

El 3 de noviembre de 2006 el interesado ingresó en el centro de internamiento temporal, en espera de que fuera posible la ejecución de la citada orden, es decir, hasta la obtención de los documentos que le permitieran viajar al extranjero, y la garantía de medios económicos suficientes para adquirir un documento de transporte con destino a Chechenia. Dicha orden adquirió carácter ejecutivo el 17 de abril de 2008, al término de su control jurisdiccional.

El 14 de diciembre de 2006 el interesado declaró ante las autoridades del centro de internamiento temporal que su verdadero nombre no era Huchbarov, sino Kadzoev.

En el curso de dos procedimientos contencioso-administrativos ante el Administrativen sad Sofia-grad, se presentó un acta de nacimiento de la que resulta que el Sr. Kadzoev nació el 11 de febrero de 1979 en Moscú, antigua Unión Soviética, siendo su padre Shamil Kadzoev, checheno, y su madre Loli Elihvari, georgiana. No obstante, también se presentó un documento de identidad provisional, como ciudadano de la República de Chechenia-Ichkeria, válido hasta el 3 de febrero de 2001, que había sido expedido a nombre de Said Shamilovich Kadzoev, nacido el 11 de febrero de 1979 en Grozny. Sin embargo, el interesado siguió presentándose ante las autoridades con los nombres de Kadzoev o de Huchbarov.

Durante el período comprendido entre el mes de enero de 2007 y el mes de abril de 2008, tuvo lu-

Régimen comunitario

gar un intercambio de correspondencia entre las autoridades búlgaras y rusas. En contra de lo que las autoridades búlgaras creían, las autoridades rusas manifestaron que el documento de identidad provisional expedido a nombre del Sr. Said Shamilovich Kadzoev emanaba de unas personas y de una autoridad desconocidas para la Federación de Rusia, y que por tanto no podía considerarse como un documento que acreditara la ciudadanía rusa de la persona interesada.

El 31 de mayo de 2007, durante su estancia en el centro de internamiento temporal, el Sr. Kadzoev presentó una solicitud para obtener el estatuto de refugiado. Su recurso contra la negativa de las autoridades administrativas búlgaras a acceder a esa solicitud fue desestimado por sentencia del Administrativen sad Sofia-grad de 9 de octubre de 2007. El 21 de marzo de 2008 el interesado presentó una segunda solicitud de asilo, que sin embargo retiró el 2 de abril siguiente. El 24 de marzo de 2009, el Sr. Kadzoev presentó una tercera solicitud en ese sentido. Mediante resolución de 10 de julio de 2009, el Administrativen sad Sofia-grad desestimó la solicitud del Sr. Kadzoev y le denegó el asilo. Contra esa última resolución no cabe recurso.

El 20 de junio de 2008 el abogado del Sr. Kadzoev presentó una solicitud de sustitución de la medida de internamiento por otra más leve, la obligación del Sr. Kadzoev de firmar periódicamente en un registro llevado por las autoridades de policía de su lugar de estancia. Por estimar que el interesado carecía de dirección efectiva en Bulgaria, las autoridades competentes denegaron esa solicitud ya que los requisitos exigidos no se cumplían.

El 22 de octubre de 2008 se presentó una solicitud similar que también fue denegada.

Al término de un procedimiento administrativo iniciado a instancias del Sr. Kadzoev ante la Comisión de protección contra las discriminaciones, y que dio lugar a un procedimiento ante el Varhoven

administrativen sad (tribunal supremo de lo contencioso-administrativo), éste, al igual que la citada Comisión, reconoció en su resolución de 12 de marzo de 2009 que era imposible determinar con certeza la identidad y la ciudadanía del Sr. Kadzoev, por lo que le consideró apátrida.

De la resolución de remisión resulta que, según el Centro de asistencia a las personas que han sobrevivido a la tortura, el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Amnesty International, es verosímil que el Sr. Kadzoev haya sido víctima de torturas así como de tratos vejatorios e inhumanos en su país de origen.

A pesar de los esfuerzos realizados por las autoridades búlgaras, por varias organizaciones no gubernamentales y por el mismo Sr. Kadzoev para encontrar un tercer país seguro que pudiera acoger a este último, no se ha logrado ningún acuerdo, y hasta la fecha no ha recibido documentos de viaje. Así, la República de Austria y la República de Georgia, a las que las autoridades búlgaras lo habían solicitado, rehusaron admitir al Sr. Kadzoev. La República de Turquía, a la que también se habían dirigido las autoridades búlgaras, no respondió.

El Administrativen sad Sofia-grad puntualiza que el Sr. Kadzoev permanece en el centro de internamiento temporal.

El asunto principal comenzó mediante la presentación de un acto administrativo del Director de la Dirección de Inmigración del Ministerio del Interior, que solicita al citado tribunal que resuelva de oficio, con fundamento en el artículo 46a, apartado 3, de la Ley de extranjería, acerca del mantenimiento del internamiento del Sr. Kadzoev.

Dicho tribunal señala que, antes de la modificación de la Ley de extranjería de la República de Bulgaria para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2008/115, la duración de la permanencia en un centro de internamiento temporal no estaba limitada

Régimen comunitario

por ningún plazo. Indica que no existen reglas transitorias que regulen las situaciones en las que se hayan adoptado decisiones antes de dicha modificación. De tal forma, la cuestión de la aplicabilidad de las nuevas reglas derivadas de dicha Directiva a los plazos y a las causas de prolongación de éstos tiene que ser objeto de interpretación, en especial por el hecho de que, en el caso objeto del asunto principal, la duración máxima del internamiento establecida por dicha Directiva ya se había superado antes de la adopción de la propia Directiva.

Por otra parte, ninguna disposición expresa precisa si, en una situación como la del asunto principal, debe entenderse que los plazos previstos en el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 incluyen el período durante el que el extranjero estaba en situación de internamiento, cuando existía una prohibición legal de ejecutar una medida administrativa de «expulsión administrativa en la frontera», debido a que el Sr. Kadzoev había iniciado un procedimiento de obtención del estatuto humanitario y de refugiado.

Por último, dicho tribunal señala que, si se estima que no existe ninguna «perspectiva razonable de expulsión» en el sentido del artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115, se plantearía la cuestión de determinar si se debe ordenar, conforme a esa disposición, la inmediata puesta en libertad del Sr. Kadzoev.

En esas circunstancias el Administrativen sad Sofia-grad decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 (...) en el sentido de que:

a) cuando el Derecho nacional del Estado miembro no establecía un plazo máximo del internamiento ni causas de prolongación del internamiento antes de la adaptación a las exigencias de esa Directiva, y

cuando con ocasión de la adaptación a ésta no se ha previsto que las nuevas disposiciones tengan efecto retroactivo, esas exigencias de la citada Directiva sólo se aplican y hacen correr el plazo a partir de la adaptación del Derecho nacional del Estado miembro a dichas exigencias;

b) no se computa en los plazos previstos para el internamiento en un centro especializado con vistas a la expulsión, en el sentido de dicha Directiva, el período durante el cual estuvo suspendida la ejecución de una decisión de expulsión [del territorio] del Estado miembro en virtud de una disposición expresa, a causa de la tramitación de un procedimiento de concesión del derecho de asilo a instancia de un nacional de un tercer Estado, siendo así que durante la tramitación de ese procedimiento dicho nacional permaneció en el mismo centro especializado de internamiento, si la legislación nacional del Estado miembro lo permite?

2) ¿Debe interpretarse el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 (...) en el sentido de que no se computa en los plazos previstos para el internamiento en un centro especializado con vistas a la expulsión, en el sentido de dicha Directiva, el período durante el que estuvo suspendida la ejecución de una decisión de expulsión (del territorio) del Estado miembro en virtud de una disposición expresa, por estar pendiente un procedimiento de recurso jurisdiccional contra la citada decisión, siendo así que durante la tramitación de dicho procedimiento el referido nacional permaneció en el mismo centro especializado de internamiento, cuando dicho nacional no poseía documentos de identidad válidos y existe, por tanto, una duda sobre su identidad, o cuando no dispone de medios de subsistencia, o también cuando mantiene un comportamiento agresivo?

3) ¿Debe interpretarse el artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115 (...) en el sentido de que la expulsión no es razonablemente posible cuando:

Régimen comunitario

a) en el momento del control del internamiento por el juez, el Estado del que es nacional el interesado ha denegado expedirle un documento de viaje con vistas a su retorno, y hasta ese momento no se ha producido un acuerdo con el tercer país para que el interesado sea admitido en éste, siendo así que los órganos administrativos del Estado miembro prosiguen sus esfuerzos en ese sentido;

b) en el momento del control del internamiento por el juez, existía un Acuerdo de readmisión celebrado entre la Unión Europea y el Estado del que es nacional el interesado, pero debido a la existencia de nuevas pruebas –a saber, un acta de nacimiento del interesado– el Estado miembro no se refirió a las disposiciones de dicho Acuerdo, siempre que el interesado no deseara su retorno;

c) las posibilidades de ampliación de los plazos de internamiento previstos en el artículo 15, apartado 6, de la Directiva [2008/115] se han agotado, en el supuesto de que no se haya concluido ningún acuerdo de readmisión con el tercer país en el momento del control del internamiento [del interesado] por el juez, habida cuenta del artículo 15, apartado 6, letra b), de la Directiva?

4) ¿Debe interpretarse el artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva 2008/115 (...) en el sentido de que si, con ocasión del control del internamiento dirigido a la expulsión del nacional de un tercer país, se comprueba que no existe motivo razonable para su expulsión y que se han agotado los motivos de prolongación de su internamiento, en tal caso:

a) no procede sin embargo ordenar su puesta en libertad inmediata, si concurren las circunstancias acumulativas siguientes: el interesado no dispone de documentos de identidad válidos, cualquiera que sea su plazo de validez, por lo que existe una duda sobre su identidad, mantiene un comportamiento agresivo, no dispone de ningún medio de subsistencia y ninguna tercera persona se ha comprometido a garantizar su subsistencia;

b) con vistas a la decisión sobre la puesta en libertad, procede apreciar de forma detallada si el nacional del tercer país dispone, conforme a las disposiciones del Derecho nacional del Estado miembro, de los medios necesarios para permanecer en el territorio del Estado miembro, así como de una dirección en la que pueda residir?”

(...)

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que la duración máxima del internamiento que prevé debe incluir el período de internamiento transcurrido en el marco de un procedimiento de expulsión iniciado antes de que el régimen de dicha Directiva fuera aplicable.

2) El período durante el que una persona ha estado internada en un centro de internamiento temporal, con fundamento en una decisión adoptada en virtud de las disposiciones nacionales y comunitarias relativas a los solicitantes de asilo, no debe considerarse como un internamiento a efectos de la expulsión en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2008/115.

3) El artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que el período durante el que la ejecución de la orden de expulsión administrativa en la frontera ha estado suspendida, a causa de un procedimiento de recurso jurisdiccional interpuesto por el interesado contra dicha orden, se computa para el cálculo del período de internamiento a efectos de la expulsión cuando durante dicho procedimiento el interesado ha permanecido en un centro de internamiento temporal.

Régimen comunitario

4) El artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable cuando las posibilidades de prolongación de los plazos de internamiento previstos por el artículo 15, apartado 6, de la misma Directiva se han agotado en el momento del control jurisdiccional del internamiento de la persona interesada.

5) El artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos.

6) El artículo 15, apartados 4 y 6, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no permite, cuando haya terminado el período máximo de internamiento previsto por esa Directiva, que el interesado no sea inmediatamente puesto en libertad, debido a que no esté en posesión de documentos válidos, dé muestras de comportamiento agresivo y no disponga de medios de subsistencia propios ni de una vivienda, o de medios facilitados con ese objeto por el Estado miembro».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 10 de diciembre de 2009.

Cuestión prejudicial: C-345/08.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Equivalencia de formaciones: título de Magíster. Estudios de Derecho alemán y polaco.

Resumen: Denegación del acceso a las prácticas jurídicas preparatorias para las profesiones jurídicas reguladas. Candidato que ha obtenido su título en otro Estado miembro: criterios para examinar la equivalencia de los conocimientos adquiridos.

«El Sr. Pesla terminó en diciembre de 2003 sus estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Poznań (Polonia), obteniendo el título de Magíster. Tras completar estudios de Derecho alemán y polaco, la Facultad de Derecho de la Universidad de Fráncfort del Oder (Alemania), en la que desde 1998 realizó estudios de forma paralela a los cursados en Polonia, le concedió en enero de 2005 el título de “Master of German and Polish Law” y, en febrero de 2005, el título de “Bachelor of German and Polish Law”.

En noviembre de 2005, el Sr. Pesla solicitó ser admitido a las prácticas preparatorias para el acceso a las profesiones jurídicas del Land de Mecklemburgo-Pomerania Occidental. Fundamentó su solicitud, que iba acompañada de otros documentos justificativos, como certificados de créditos académicos cursados en diversos programas de estudios, de experiencia profesional, de cursos y de otras formaciones realizadas, invocando la sentencia *Morgenbesser*, antes citada.

Mediante resolución de 27 de marzo de 2007, el Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern desestimó la solicitud que tenía por objeto un reconocimiento de equivalencia, en el sentido del artículo 112.a) de la DRiG. En su opinión, el criterio para apreciar la equivalencia es la posesión de los conocimientos necesarios para superar las materias obligatorias del primer examen de Estado, con arreglo al artículo 5, apartado 1, de dicha Ley. Afirmó que los conocimientos sobre un Derecho extranjero no pueden ser reconocidos como equivalentes, al existir diferencias con el Derecho alemán. Por otro lado, según dicha resolución denegatoria, los conocimientos de Derecho alemán requeridos para los créditos académicos obtenidos por el Sr. Pesla en el curso de Master of German and Polish Law son de un nivel claramente inferior al de las pruebas escritas del primer examen de Estado en las materias obligatorias.

Régimen comunitario

No obstante, se precisó en dicha resolución denegatoria que el Sr. Pesla podría, si lo solicitaba, realizar un examen de aptitud, con arreglo al artículo 112a, apartado 3, de la DRiG.

El 27 de abril de 2007, el Sr. Pesla interpuso un recurso contra la resolución de 27 de marzo de 2007 ante el órgano jurisdiccional remitente. En apoyo de dicho recurso, alegó principalmente que el examen de la equivalencia que llevó a cabo el Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern es contrario a los criterios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Afirmó que si los conocimientos y las capacidades en Derecho alemán exigidos por el primer examen de Estado deben constituir el criterio de apreciación que se ha de tomar en cuenta, un título extranjero no podría en ningún caso cumplir dicho criterio, dado que, con carácter general, el Derecho alemán no se imparte en los otros Estados miembros.

Con carácter subsidiario, el Sr. Pesla reprocha a dicha resolución denegatoria no haber tenido suficientemente en cuenta los conocimientos que adquirió en Alemania durante sus estudios, sus períodos de prácticas, su actividad al servicio de dos cátedras universitarias y los trabajos dirigidos.

El Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern alega que la resolución denegatoria está justificada. Según él, no debe admitirse la equivalencia de los conocimientos adquiridos.

En estas circunstancias, al considerar que la solución del litigio de que conoce depende de los requisitos a los que el artículo 39 de la CE somete un reconocimiento de equivalencia, en el sentido del artículo 112.a), apartados 1, 2 y 6, de la DRiG, el Verwaltungsgericht Schwerin decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es compatible con el artículo 39 de la CE que sólo se expida un reconocimiento de equivalen-

cia, en el sentido del artículo 112.a), apartados 1 y 2, de la [DRiG], si de los documentos presentados se desprende que el ciudadano comunitario está en posesión de los conocimientos y aptitudes que se verifican mediante la parte obligatoria del examen jurídico de Estado alemán con arreglo al artículo 5, apartado 1, de la [DRiG]?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Prescribe el artículo 39 de la CE que el criterio para el reconocimiento de equivalencia, con arreglo al Derecho comunitario, sólo pueda consistir en que el título universitario obtenido dentro de la Unión Europea por el ciudadano de la Unión, junto con los demás certificados académicos y de experiencia profesional, sea comparable al primer examen jurídico de Estado en Derecho por lo que se refiere al nivel de formación (intelectual) y al esfuerzo académico?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión:

¿Es compatible con el artículo 39 de la CE que el reconocimiento de equivalencia, en el sentido del artículo 112.a), apartados 1 y 2, de la (DRiG), se refiera, desde el punto de vista del contenido, a las materias obligatorias del primer examen jurídico de Estado alemán, pero con un nivel de exigencia ‘rebajado’ a la vista de la formación jurídica en el ámbito comunitario ya superada de otro modo?”.

(...)

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 39 de la CE debe interpretarse en el sentido de que los conocimientos que se han de tomar como elemento de referencia para apreciar la equivalencia de formaciones como consecuencia de una solicitud de admisión directa, sin haber aprobado las pruebas previstas a tal efecto, a las prácticas

Régimen comunitario

preparatorias para las profesiones jurídicas, son las certificadas por la cualificación exigida en el Estado miembro en el que el candidato solicita acceder a tales prácticas.

2) El artículo 39 de la CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando las autoridades competentes de un Estado miembro examinan la solicitud de un nacional de otro Estado miembro que tiene por objeto acceder a un período de formación práctica para ejercer posteriormente una profesión jurídica regulada, como las prácticas preparatorias para las profesiones jurídicas en Alemania, este artículo no impone por sí mismo que dichas autoridades exijan únicamente al candidato, en el marco del examen de la equivalencia exigido por el Derecho comunitario, un nivel de conocimientos jurídicos inferior a los certificados por la cualificación exigida en dicho Estado miembro para el acceso a tal período de formación práctica. No obstante, debe precisarse, por un lado, que dicho artículo tampoco se opone a una flexibilización de la cualificación requerida, y, por otro, que es necesario que la posibilidad de un reconocimiento parcial de las competencias certificadas por las cualificaciones justificadas por el interesado no sea meramente ficticia en la práctica, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 23 de diciembre de 2009.

Cuestión prejudicial: C-403/09.

Ponente: Sr. Malenovsky.

Voz: Medidas provisionales sobre el derecho de custodia.

Resumen: Cooperación judicial en materia civil: materia matrimonial y de responsabilidad parental. Medidas provisionales sobre el derecho de custodia: traslado ilícito del menor. Atribución de la custodia del menor al otro progenitor: procedimiento prejudicial de urgencia.

«La Sra. Detiček, de nacionalidad eslovena, y el Sr. Sgueglia, cónyuges que están tramitando su divorcio, vivieron 25 años en Roma. Su hija Antonella nació el 6 de septiembre de 1997.

El 25 de julio de 2007, el órgano jurisdiccional competente en Tivoli (Italia) (en lo sucesivo, “Tribunal de Tivoli”) ante el que los cónyuges Detiček y Sgueglia presentaron una demanda de divorcio que también se refería a la custodia de Antonella, asignó provisionalmente la custodia exclusiva de la menor al Sr. Sgueglia y resolvió que ésta fuera alojada también con carácter provisional en la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma.

Ese mismo día, la Sra. Detiček abandonó Italia con su hija Antonella, instalándose en Eslovenia, en la ciudad de Zgornje Poljčane, donde siguen viviendo actualmente.

Mediante resolución de 22 de noviembre de 2007 del Okrožno sodišče v Mariboru (Tribunal de distrito de Maribor) (Eslovenia), confirmada por la resolución del Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo) (Eslovenia), de 2 de octubre de 2008, se declaró ejecutiva en el territorio de la República de Eslovenia la resolución del Tribunal de Tivoli de 25 de julio de 2007.

Con arreglo a esta resolución del Vrhovno sodišče, se inició ante el Okrajno sodišče v Slovenski Bistrici (Tribunal cantonal de Slovenska Bistrica) (Eslovenia) el procedimiento de ejecución para la entrega de la menor al Sr. Sgueglia y su acogimiento en la mencionada Casa de Acogida. Sin embargo, mediante auto de 2 de febrero de 2009, este órgano jurisdiccional suspendió la ejecución en cuestión hasta que concluyera definitivamente el procedimiento principal.

El 28 de noviembre de 2008, la Sra. Detiček presentó ante el Okrožno sodišče v Mariboru una demanda de medidas provisionales y cautelares solicitando que le concediera la custodia de la menor.

Régimen comunitario

Mediante auto de 9 de diciembre de 2008, dicho tribunal estimó la demanda de la Sra. Detiček y le confió provisionalmente la custodia de Antonella. El Okrožno sodišče de Maribor basó su decisión en el artículo 20 del Reglamento núm. 2201/2003 en relación con el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 y la motivó apoyándose en el cambio de circunstancias y en el interés de la menor.

A este respecto, consideró que Antonella se había integrado en su entorno social en Eslovenia. Estimó que su regreso a Italia y su acogimiento forzado en una casa de acogida serían contrarios a su bienestar, puesto que le provocarían un trauma físico y psíquico irreversible. Por otra parte señaló que, durante el procedimiento judicial sustanciado en Eslovenia, Antonella declaró que deseaba quedarse con su madre.

El Sr. Sgueglia interpuso recurso contra dicho auto ante el mismo órgano jurisdiccional, recurso que fue desestimado mediante auto de medidas provisionales de 29 de junio de 2009.

El Sr. Sgueglia interpuso un recurso contra este último auto ante el Višje sodišče v Mariboru (Tribunal de apelación de Maribor) (Eslovenia).

En estas circunstancias, el Višje sodišče v Mariboru decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) Con arreglo al artículo 20 del Reglamento (núm. 2201/2003), ¿es competente un órgano jurisdiccional de la República de Eslovenia (Estado miembro de la Unión Europea) para adoptar medidas cautelares cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer sobre el fondo, ya ha adoptado una medida cautelar que ha sido declarada ejecutiva en la República de Eslovenia?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿puede un órgano jurisdiccional esloveno adoptar con arreglo al Derecho nacional [como permite el artículo 20 del Reglamento (núm. 2201/2003)] una medida cautelar en virtud del mencionado artículo 20, que modifique o anule una medida cautelar definitiva y ejecutiva adoptada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que, según dicho Reglamento, es competente para conocer del fondo del asunto?”.

(...)

el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 20 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo de litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado miembro».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 11 de febrero de 2010.

Régimen comunitario

Recurso por incumplimiento: C-523/08.

Ponente: Sr. Malenovsky.

Voz: Incumplimiento por España: admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Resumen: Incumplimiento de Estado: Directiva 2005/71/CE. Procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado.

«Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (...), al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva, y, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

La Directiva 2005/71 establece, en su artículo 17, apartado 1, párrafo primero, que los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva, a más tardar el 12 de octubre de 2007. Esta Directiva precisa, en su artículo 17, apartado 1, párrafo segundo, que, cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la Directiva 2005/71 o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial.

Procedimiento administrativo previo:

Al no haber sido informada por el Reino de España de las disposiciones adoptadas por éste para ajustarse a la Directiva 2005/71 y al no disponer de cualquier otro elemento de información que le permitiera deducir que dicho Estado miembro había cumplido con su obligación de adaptar su Derecho interno a esta Directiva, la Comisión, mediante escrito de 27 de noviembre de 2007 y de conformidad

con el procedimiento previsto en el artículo 226 de la CE, requirió al Reino de España para que formulara sus observaciones en un plazo de dos meses a partir de la recepción de dicho escrito.

En un escrito de 4 de febrero de 2008, el Reino de España se refirió al procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión y mencionó el marco legislativo en vigor en la materia, así como las iniciativas que se disponía a emprender para adaptar su ordenamiento interno a la Directiva 2005/71.

El 6 de mayo de 2008, la Comisión emitió un dictamen motivado en el que consideró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 2005/71 e instó a dicho Estado miembro para que adoptara las medidas necesarias para atenerse a ese dictamen motivado en el plazo de dos meses contados desde su recepción.

El Reino de España respondió al citado dictamen motivado mediante un escrito de 3 de julio de 2008 en el que indicó, en particular, que la aplicación de la Directiva 2005/71 especialmente en el ámbito de las actividades de investigación remuneradas, implicaba el desarrollo de un régimen especial para investigadores en la normativa nacional sobre extranjería e inmigración, diferente al aplicable a los extranjeros no comunitarios, y que, a tal fin, las autoridades competentes de su Administración general del Estado se encontraban en disposición de impulsar la transposición de la Directiva 2005/71.

Al no haber obtenido otra información por parte del Reino de España que le permitiera concluir que se habían adoptado las medidas necesarias para la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2005/71, la Comisión interpuso el presente recurso.

Sobre el recurso:

En su escrito de contestación a la demanda, el Reino de España no discute el hecho de que no se reali-

Régimen comunitario

zó la adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva 2005/71 en el plazo señalado en el dictamen motivado. No obstante, alega que las disposiciones nacionales en vigor en materia de extranjería e inmigración regulan ya la admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. La normativa española contiene las mismas exigencias y produce los mismos efectos que los que se desprenden de la Directiva 2005/71. Por tanto, la protección prevista por dicha Directiva, ya tiene aplicación práctica.

Con carácter subsidiario, el Estado miembro afectado sostiene que los trabajos de transposición de la Directiva 2005/71 se han retrasado debido a la reestructuración de los departamentos ministeriales a raíz del cambio de legislatura. No obstante, afirma que en breve se remitirá a las Cortes Generales para su adopción un Proyecto de Ley Orgánica que supondrá la transposición de la Directiva. Por otro lado, el Ministerio de Ciencia e Innovación ha preparado una propuesta de transposición de los artículos 5 y 6 de la citada Directiva.

Sin pronunciarse sobre si las disposiciones legislativas nacionales invocadas por el Reino de España pueden o no contribuir a garantizar una adaptación parcial del Derecho interno a la Directiva 2005/71, la Comisión señala que el propio Estado miembro admite que el proceso legislativo de adaptación del Derecho interno a esta Directiva todavía no ha terminado. En consecuencia, la Comisión se ratifica en las pretensiones de su recurso.

En primer lugar, en la medida en que el Reino de España alega que el retraso de la adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2005/71 se debe a la reestructuración de los departamentos ministeriales a raíz del cambio de legislatura, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva (véanse,

en particular, las sentencias de 10 de abril de 2003, Comisión/Francia, C-114/02, Rec. p. I-3783, apartado 11, y de 23 de abril de 2009, Comisión/España, C-321/08, apartado 9).

Por otra parte, las disposiciones nacionales que invoca el Reino de España no bastan manifiestamente para garantizar la adaptación completa del Derecho interno a la Directiva 2005/71. Además, dicho Estado miembro informa del proceso legislativo en curso a efectos de adaptar adecuadamente su Derecho interno a esta Directiva. Por tanto, consta que, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el dictamen motivado, el Reino de España no había adoptado todas las disposiciones necesarias para garantizar la adaptación de su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2005/71.

Por último, cuando una directiva prevé expresamente que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a esa Directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, es necesario, en cualquier caso, adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno (...).

En el presente caso, el artículo 17, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2005/71 establece que las medidas de adaptación del Derecho interno deben incluir una referencia a dicha Directiva o ir acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Pues bien, el Reino de España no alega que las disposiciones legislativas que invoca cumplan este requisito.

De ello se desprende que debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/71, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales,

Régimen comunitario

reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

(...)

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

2) Condenar en costas al Reino de España».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 23 de febrero de 2010.

Cuestión prejudicial: C-480/08.

Ponente: Sr. Rosas.

Voz: Libre circulación de trabajadores: formación profesional de hijo que custodia en Estado de acogida.

Resumen: Libre circulación de personas. Nacional de un Estado miembro que ha trabajado en otro Estado miembro y ha permanecido en él tras cesar en su actividad profesional: hijo que cursa formación profesional en el Estado miembro de acogida. Falta de medios de subsistencia propios.

«En 1989, la Sra. Teixeira, de nacionalidad portuguesa, llegó al Reino Unido con su marido, también de nacionalidad portuguesa, y trabajó en dicho Estado miembro entre 1989 y 1991. La hija de ambos, Patricia, nació allí el 2 de junio de 1991. La Sra. Teixeira y su marido se divorciaron posteriormente, pero ambos permanecieron en el Reino Unido.

Después de 1991, la Sra. Teixeira trabajó esporádicamente en el Reino Unido. La Sra. Teixeira no ejercía actividad profesional alguna en la fecha en que Patricia fue escolarizada en el Reino Unido, pero trabajó en diversos períodos en los que Patricia proseguía sus estudios. El último empleo que ocupó en el Reino Unido data de principios del año 2005.

El 13 de junio de 2006, los tribunales resolvieron que Patricia debía residir con su padre, pero que podía relacionarse con su madre cuanto deseara. En el mes de noviembre de 2006, Patricia se matriculó en un curso de puericultura en el Vauxhall Centre de Lambeth. En el mes de marzo de 2007, Patricia se fue a vivir con su madre.

El 11 de abril de 2007, la Sra. Teixeira solicitó una ayuda de vivienda para personas sin alojamiento al amparo de la sección VII de la Housing Act 1996. Para invocar su derecho de residencia en el Reino Unido se basaba, concretamente, en el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, de acuerdo con la interpretación que le dio el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R (C-413/99, Rec. p. I-7091).

El funcionario competente del London Borough of Lambeth consideró que la Sra. Teixeira no podía obtener la ayuda de vivienda y, por consiguiente, denegó la solicitud.

La Sra. Teixeira impugnó esta resolución denegatoria ante el funcionario encargado de conocer de los recursos de revisión, el cual ratificó la resolución inicial, pues consideró que el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68 había sido modificado por la Directiva 2004/38 y que, teniendo en cuenta su falta de independencia económica, la Sra. Teixeira no podía aspirar a obtener el derecho de residencia basándose en dicho artículo.

Contra esta resolución, la Sra. Teixeira interpuso un recurso ante el County Court (Tribunal de condado).

Régimen comunitario

Ante este órgano jurisdiccional, la Sra. Teixeira reconoció que no tenía derecho de residencia con arreglo al artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38, que no reunía los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 3, de esta Directiva, para que pudiera considerarse que mantenía su condición de trabajadora por cuenta ajena, y que carecía de derecho de residencia permanente con arreglo al artículo 16 de dicha Directiva.

Asimismo, sostenía que el único fundamento jurídico que, en su opinión, la legitimaba para reivindicar el derecho a residir en el Reino Unido consistía en el hecho de que su hija cursaba estudios allí y tenía un derecho de residencia independiente derivado del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, de acuerdo con la interpretación que le dio el Tribunal de Justicia en la sentencia Baumbast y R, antes citada, y que, desde el mes de marzo de 2007, poseía efectivamente la custodia de su hija.

Dado que el County Court desestimó su recurso mediante una sentencia de 16 de noviembre de 2007, la Sra. Teixeira interpuso recurso de apelación contra ésta ante el órgano jurisdiccional remitente.

Ante este órgano jurisdiccional, la Sra. Teixeira alega, en particular, que su hija tiene un derecho independiente a residir en el Reino Unido en virtud del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, que también ella tiene derecho a residir en dicho Estado miembro, puesto que ejerce efectivamente la custodia de su hija, y que no se exige que un hijo o la persona que tiene su custodia puedan cubrir sus propias necesidades para disfrutar del derecho de residencia con arreglo a dicho artículo 12.

Los demandados en el litigio principal sostienen que la Directiva 2004/38 define, en lo sucesivo, los requisitos del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias en los Estados miembros, de modo que el ejercicio de cualquier derecho de residencia, aun cuando se derive del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68,

presupone que las personas interesadas cumplan los requisitos de residencia señalados en esta Directiva. Dado que la propia Sra. Teixeira ha reconocido que no reúne los requisitos que los artículos 7 y 16 de dicha Directiva imponen para la concesión del derecho de residencia, estiman que el London Borough of Lambeth concluyó conforme a Derecho que dicha señora no lo había adquirido y que, por lo tanto, no podía ser beneficiaria de una ayuda de vivienda.

Con carácter subsidiario, los demandados en el litigio principal alegan que, si bien existe una posibilidad de que la Sra. Teixeira vea reconocido el derecho de residencia en virtud del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, aun cuando no reúna los requisitos establecidos por la Directiva 2004/38, tal derecho presupone, en tal caso, que la recurrente en el litigio principal pueda cubrir sus propias necesidades, circunstancia que no se cumple. Por otra parte, consideran que el derecho de residencia reconocido al progenitor que tiene la custodia del hijo caduca en la fecha en que éste cumple 18 años. Finalmente alegan que, puesto que la Sra. Teixeira no tenía la condición de trabajador cuando su hija comenzó a estudiar y posteriormente sólo trabajó durante breves períodos, no está legitimada para reivindicar el derecho de residencia invocando exclusivamente el hecho de que su hija está cursando estudios.

La Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (Sala de lo Civil)], que ya había sometido al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en el asunto que ha dado lugar a la sentencia del día de hoy, Ibrahim y Secretary of State for the Home Department (C-310/08, Rec. p. I-0000), sobre el derecho de residencia de un progenitor que no es ciudadano de la Unión, pero cuyos hijos son de nacionalidad danesa y cursan estudios en el Reino Unido, ha resuelto asimismo suspender el procedimiento relativo al litigio principal y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

Régimen comunitario

“Cuando

– una ciudadana de la Unión se ha desplazado al Reino Unido,

– ha trabajado por cuenta ajena durante ciertos períodos de tiempo en el Reino Unido,

– ha dejado de trabajar pero no ha abandonado el Reino Unido,

– no ha mantenido la condición de trabajadora por cuenta ajena, no tiene derecho de residencia con arreglo al artículo 7 de la Directiva 2004/38 (...) ni derecho de residencia permanente conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Directiva,

– la hija de la ciudadana de la Unión ha comenzado sus estudios cuando la ciudadana de la Unión no trabajaba y ha continuado los estudios en el Reino Unido a lo largo de períodos en los que la ciudadana de la Unión trabajó en el Reino Unido,

– la ciudadana de la Unión es la persona que ejerce efectivamente la custodia de su hija, y

– la ciudadana de la Unión y su hija carecen de recursos suficientes,

¿disfruta la ciudadana de la Unión del derecho de residencia en el Reino Unido únicamente si reúne los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38 (...)?

o

a) ¿disfruta la ciudadana de la Unión del derecho de residencia derivado del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68 (...), conforme a su interpretación por el Tribunal de Justicia, sin necesidad de reunir los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38?; y

y

b) en caso afirmativo, ¿debe tener recursos suficientes para no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su proyectado período de residencia, así como disfrutar de la cobertura de un seguro de enfermedad completo en el Estado miembro de acogida?

c) En caso afirmativo, ¿es necesario que la hija hubiese comenzado sus estudios cuando la ciudadana de la Unión tenía la condición de trabajadora por cuenta ajena para disfrutar del derecho de residencia derivado del artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68 (...), conforme a su interpretación por el Tribunal de Justicia, o basta con que la ciudadana de la Unión hubiese tenido tal condición en algún momento posterior a aquél en que la hija comenzó sus estudios?

d) ¿Se pierde el eventual derecho de residencia reconocido a la ciudadana de la Unión, como persona que ejerce efectivamente la custodia de una hija que está cursando estudios, en el momento en que ésta cumple 18 años?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera pregunta, ¿es diferente la posición jurídica en circunstancias como las del presente caso, en el que la hija comenzó a cursar estudios antes de terminar el plazo para que los Estados miembros adaptaran su normativa a la Directiva 2004/38 (...), si bien la madre no empezó a ejercer efectivamente su custodia y no solicitó el derecho de residencia por ejercer efectivamente tal custodia hasta marzo de 2007; es decir, una vez expirado el plazo en que debía adaptarse la normativa interna a la Directiva?”

(...)

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El nacional de un Estado miembro que ha estado empleado en el territorio de otro Estado miembro, en el que su hijo está cursando estudios, en circunstancias como las del litigio principal, puede

Régimen comunitario

invocar, en su condición de progenitor que ejerce efectivamente la custodia de este hijo, el derecho de residencia en el Estado miembro de acogida, basándose exclusivamente en el artículo 12 del Reglamento (CEE) 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, sin necesidad de reunir los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

2) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que tiene efectivamente la custodia de un hijo que ejerce el derecho a cursar estudios, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, no está supeditado al requisito de que ese progenitor disponga de recursos suficientes con objeto de no convertirse en una carga para la asistencia social de dicho Estado miembro durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en ese Estado.

3) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que tiene efectivamente la custodia del hijo de un trabajador migrante, cuando este hijo cursa estudios en ese Estado, no está supeditado al requisito de que uno de los progenitores del hijo haya ejercido, en la fecha en que este último comenzó sus estudios, una actividad profesional como trabajador migrante en dicho Estado miembro.

4) El derecho de residencia en el Estado miembro de acogida del que goza el progenitor que ejerce

efectivamente la custodia del hijo de un trabajador migrante cuando este hijo cursa estudios en dicho Estado caduca al alcanzar el hijo la mayoría de edad, a menos que el hijo siga necesitando la presencia y las atenciones de ese progenitor con objeto de continuar y terminar sus estudios».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 23 de febrero de 2010.

Cuestión prejudicial: C-310/08.

Ponente: Sr. Cunha Rodrigues.

Voz: Residencia de nacional de Estado tercero: actividad por cuenta ajena.

Resumen: Libre circulación de personas: derecho de residencia de un nacional de un Estado tercero, que es el cónyuge de un nacional de un Estado miembro, y de los hijos de ambos, asimismo nacionales de un Estado miembro. Cesación de la actividad por cuenta ajena del nacional de un Estado miembro seguida de su partida del Estado miembro de acogida. Matriculación de los hijos en un centro docente: falta de medios de subsistencia.

«La Sra. Ibrahim es una nacional somalí casada con un ciudadano danés, el Sr. Yusuf.

El Sr. Yusuf llegó al Reino Unido en otoño de 2002 y trabajó allí entre los meses de octubre de 2002 y mayo de 2003. Del mes de junio de 2003 al de marzo de 2004, solicitó la concesión de prestaciones por incapacidad laboral. Tras haber sido declarado apto para el trabajo al finalizar este período, el Sr. Yusuf abandonó el Reino Unido, adonde regresó en diciembre de 2006.

Consta en los autos que, entre el momento en que cesó en el trabajo y su partida del Reino Unido, el Sr. Yusuf dejó de ser una “persona que reúne los requisitos exigidos” a efectos del artículo 6 del Reglamento de 2006 sobre la inmigración (Espacio Económico Europeo). A su regreso al Reino Unido,

Régimen comunitario

el Sr. Yusuf no recuperó la condición de “persona que reúne los requisitos exigidos” para ser titular del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión.

La Sra. Ibrahim llegó al Reino Unido con la autorización de los servicios de inmigración en el mes de febrero de 2003, a fin de reunirse con su esposo.

El matrimonio tiene cuatro hijos de nacionalidad danesa, con edades comprendidas entre uno y nueve años. Los tres de más edad llegaron al Reino Unido con su madre y el cuarto hijo nació en el Reino Unido. Los dos mayores asisten a centros educativos públicos desde su llegada al territorio de dicho Estado miembro.

La Sra. Ibrahim, que se separó de su esposo tras la partida de éste del Reino Unido en 2004, nunca ha sido económicamente independiente. No trabaja y depende por completo de la asistencia social para atender sus necesidades cotidianas y sus gastos de alojamiento. No dispone de un seguro médico que cubra todos los riesgos y es beneficiaria del National Health Service (Servicio nacional de salud).

En el mes de enero de 2007, la Sra. Ibrahim solicitó la concesión de ayudas a la vivienda para sí y sus hijos. El funcionario competente del London Borough of Harrow denegó esta solicitud mediante resolución de 1 de febrero de 2007, basada en que ni la Sra. Ibrahim ni su esposo residían en el Reino Unido en virtud del Derecho de la Unión. El 29 de marzo de 2007, esta resolución desestimatoria fue ratificada por el funcionario encargado de conocer de los recursos de revisión contra las resoluciones denegatorias de ayudas a la vivienda.

La Sra. Ibrahim recurrió dichas resoluciones ante el Clerkenwell and Shoreditch County Court (Tribunal de Condado de Clerkenwell and Shoreditch), el cual, mediante sentencia de 18 de octubre de 2007, estimó el recurso interpuesto basándose en que, como madre de hijos que se encuentran bajo su custodia

efectiva, la Sra. Ibrahim tiene derecho a residir en el Reino Unido de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, pues dichos hijos están escolarizados y su esposo es un ciudadano de la Unión que ha trabajado en ese Estado miembro.

El London Borough of Harrow interpuso un recurso contra dicha sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

En esas circunstancias, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales (Sala de lo civil)] decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“Cuando:

– la esposa no nacional de un Estado miembro de la UE y sus hijos, nacionales de un Estado miembro de la UE, han acompañado a un nacional de un Estado miembro de la UE que se desplazó al Reino Unido,

– este nacional de un Estado de la UE se encontraba en el Reino Unido como trabajador por cuenta ajena,

– el mencionado nacional dejó posteriormente de trabajar y abandonó el Reino Unido,

– el citado nacional de un Estado miembro de la UE, su esposa no nacional de un Estado miembro de la UE y sus hijos antes mencionados carecen de autonomía económica y dependen de la asistencia social en el Reino Unido,

– los menores comenzaron la enseñanza primaria en el Reino Unido poco tiempo después de llegar a este país, cuando el nacional de un Estado miembro de la UE era trabajador por cuenta ajena,

Régimen comunitario

1) ¿Disfrutan la esposa y los hijos del derecho de residencia en el Reino Unido sólo si reúnen los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38 (...)?

o

2) a) ¿Disfrutaban las personas antes mencionadas del derecho de residencia derivado del artículo 12 del Reglamento (...) núm. 1612/68 (...), conforme a su interpretación por el Tribunal de Justicia, sin necesidad de que reúnan los requisitos establecidos en la Directiva 2004/38 (...)?, y

b) en caso de respuesta afirmativa, ¿deben tener dichas personas recursos suficientes para no constituir una carga para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida durante su proyectado período de residencia, así como disfrutar de la cobertura de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida?

3) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿es diferente la posición jurídica en circunstancias como las del presente caso, en el que los hijos comenzaron a cursar la enseñanza primaria, y el trabajador nacional de un Estado miembro de la UE dejó de trabajar, antes de la fecha límite para que los Estados miembros adaptaran su normativa a la Directiva 2004/38 (...)?».

(...)

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

En circunstancias como las del litigio principal, 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 pueden invocar, en este último Estado, el derecho de residencia basándose exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su versión modificada por el

Reglamento (CEE) núm. 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, sin que tal derecho esté supeditado al requisito de que dispongan de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 2 de marzo de 2010.

Cuestión prejudicial: C-135/08.

Ponente: Sr. Caoimh.

Voz: Pérdida de la nacionalidad de origen. Condición de apátrida.

Resumen: Ciudadanía de la Unión. Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento. Nacionalidad de otro Estado miembro adquirida por naturalización: pérdida de la nacionalidad de origen a causa de esta naturalización con efecto retroactivo de la nacionalidad adquirida por naturalización a causa de maniobras fraudulentas cometidas con ocasión de su adquisición. Condición de apátrida que tiene por efecto la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión.

«El demandante en el asunto principal nació en Graz (Austria) y era inicialmente, por nacimiento, nacional de la República de Austria.

En 1995, trasladó su domicilio a Múnich (Alemania), tras haber prestado declaración ante el Landesgericht für Strafsachen Graz (tribunal de lo penal de Graz) en el marco de una investigación que le afectaba, iniciada a causa de las sospechas, que él rebate, en cuanto a la comisión por su parte de estafa grave en el ejercicio de su profesión.

En febrero de 1997, el Landesgericht für Strafsachen Graz dictó una orden de detención nacional contra el demandante en el asunto principal.

Éste solicitó la nacionalidad en febrero de 1998. En el procedimiento de naturalización, omitió men-

Régimen comunitario

cionar el proceso penal en que se hallaba incurso en Austria. El documento de naturalización, fechado el 25 de enero de 1999, se le expidió el 5 de febrero de 1999.

La naturalización del demandante en el asunto principal en Alemania tuvo como consecuencia, conforme al Derecho austriaco, la pérdida de la nacionalidad austriaca.

En agosto de 1999, la ciudad de Munich fue informada por las autoridades municipales de Graz de que sobre el demandante en el asunto principal pesaba una orden de detención dictada en esta última ciudad. Por otra parte, en septiembre de 1999, la fiscalía austriaca comunicó a la ciudad de Munich, entre otros datos, que el demandante en el asunto principal ya había estado incurso en un proceso penal en julio de 1995 ante el Landesgericht für Strafsachen Graz.

En vista de tales circunstancias, el Freistaat Bayern, tras oír al demandante en el asunto principal, decidió revocar con carácter retroactivo la naturalización mediante decisión de 4 de julio de 2000, debido a que dicho demandante había ocultado que era objeto de diligencias judiciales en Austria y que, por consiguiente, había obtenido la nacionalidad alemana de manera fraudulenta. La revocación de la naturalización obtenida en Alemania no es firme aún, a causa del recurso de anulación interpuesto contra esta decisión por el demandante en el asunto principal.

Pronunciándose en apelación, el Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (Tribunal de lo contencioso-administrativo del Land de Baviera), mediante sentencia de 25 de octubre de 2005, estimó que la revocación de la naturalización del demandante en el asunto principal, basada en el artículo 48, apartado 1, primera frase, del Código de procedimiento administrativo del Land de Baviera, es compatible con el Derecho alemán, aunque dicha revocación,

cuando sea firme, implique que el interesado adquiera la condición de apátrida.

La petición de “Revision” del demandante en el asunto principal, de la que conoce en la actualidad el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal), se dirige contra esta sentencia de 25 de octubre de 2005.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la naturalización adquirida de manera fraudulenta por el demandante en el asunto principal era ilegal desde su origen y, por consiguiente, podía ser revocada por las autoridades alemanas competentes en el marco de su facultad de apreciación. Precisa que, en virtud de las disposiciones pertinentes de Derecho austriaco, es decir, la StbG, el demandante en el asunto principal no cumple en la actualidad los requisitos para que se le restituya inmediatamente la nacionalidad austriaca.

En su sentencia, el Bayerischer Verwaltungsgerichtshof había indicado que, en el supuesto de que, a causa de una naturalización obtenida de modo fraudulento, una persona se convirtiera en apátrida, perdiendo en consecuencia la ciudadanía de la Unión, es suficiente, para respetar la reserva formulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros (C-369/90, Rec. p. I-4239) –según la cual los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia de nacionalidad respetando el Derecho de la Unión–, que la importancia de los derechos conferidos por esta ciudadanía de la Unión sea tenida en cuenta por la autoridad competente alemana en el ejercicio de su facultad de apreciación. Según este órgano jurisdiccional, suponer la existencia, en el Derecho de la Unión, de una obligación de no revocar una naturalización obtenida de modo fraudulento tendría la consecuencia de afectar, de manera esencial, al poder soberano de los Estados miembros, reconocido por el artículo 17 de la CE, apartado 1, de definir las modalidades de aplicación de su Derecho en materia de nacionalidad.

Régimen comunitario

En cambio, el órgano jurisdiccional remitente considera que la importancia y el alcance de esta reserva formulada en la sentencia Micheletti y otros, antes citada, no han sido aún aclarados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A su entender, de esta reserva el Tribunal de Justicia únicamente dedujo el principio según el cual un Estado miembro no puede restringir los efectos de una atribución de nacionalidad por parte de otro Estado miembro estableciendo un requisito adicional para el reconocimiento de dicha nacionalidad con objeto de ejercer una libertad fundamental prevista por el Tratado CE. Según el órgano jurisdiccional remitente, no está suficientemente claro si el estatuto de apátrida y la pérdida de la ciudadanía de la Unión adquirida de manera legal en un momento anterior, asociada a la revocación de una naturalización, es compatible con el Derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 17 de la CE, apartado 1.

El órgano jurisdiccional remitente estima al menos posible que la República de Austria, como Estado miembro de la nacionalidad de origen del demandante en el asunto principal, esté obligada, en virtud del principio de lealtad de la Unión y teniendo en cuenta los valores reflejados en la Convención para reducir los casos de apatridia, así como en el artículo 7, apartado 1, letra b), del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad, a interpretar y aplicar su Derecho nacional o adaptarlo de modo que se evite que la persona afectada se convierta en apátrida cuando, como ocurre en el asunto principal, dicha persona no haya sido autorizada a conservar su nacionalidad de origen a consecuencia de la adquisición de una nacionalidad extranjera.

En estas circunstancias, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Es incompatible el Derecho comunitario con la consecuencia jurídica de la pérdida de la ciudadanía de la Unión Europea (y de los derechos y liber-

tades fundamentales correspondientes), derivada del hecho de que la revocación, en sí conforme al ordenamiento jurídico nacional (alemán), de una naturalización en un Estado miembro [la República Federal de Alemania] obtenida mediante fraude doloso, conduce a la condición de apátrida de la persona afectada debido a que, como sucede en el caso del demandante [en el asunto principal], no recupera la nacionalidad [de otro Estado miembro (la República de Austria)] que tenía inicialmente en virtud de las disposiciones aplicables de la normativa [de este último]?”

2) En caso de respuesta afirmativa (...): ¿Debe el Estado miembro (...) que ha naturalizado a un ciudadano de la Unión Europea y pretende revocar [esta] naturalización [porque ha sido] obtenida fraudulentamente, renunciar a hacerlo si dicha revocación (...) tiene como consecuencia la pérdida de la ciudadanía de la Unión (y de los derechos y libertades fundamentales correspondientes), o bien debe el Estado miembro de la nacionalidad inicial (...), para ajustarse al Derecho comunitario, interpretar, aplicar o incluso adaptar su Derecho interno de tal manera que no se produzca dicha consecuencia jurídica?”.

(...) el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 de la CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 2 de marzo de 2010.

Cuestión prejudicial: C-175/08, 176/08, 178/08 y 179/08.

Ponente: Sr. Larsen.

Régimen comunitario

Voz: Estatuto de refugiado o protección subsidiaria. Temor infundado a ser perseguido.

Resumen: Normas mínimas relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria: condición de “refugiado”. Variación de las circunstancias: temor infundado a ser perseguido.

«Los demandantes en los litigios principales entraron en Alemania entre 1999 y 2002, país en el que presentaron solicitudes de asilo.

Para fundamentar sus respectivas solicitudes, alegaron diferentes razones por las que temían ser perseguidos en Irak por el régimen del partido Baas de Saddam Hussein.

El Bundesamt les concedió el estatuto de refugiado en 2001 y 2002.

En el transcurso de los años 2004 y 2005, habida cuenta de la evolución de la situación en Irak, el Bundesamt inició el procedimiento de revocación de los títulos de refugiado que habían sido expedidos en beneficio de los interesados.

Al término de dichos procedimientos, el Bundesamt revocó efectivamente los mencionados títulos mediante resoluciones adoptadas entre el mes de enero y el mes de agosto de 2005.

Mediante sentencias dictadas entre julio y octubre de 2005, los tribunales de lo contencioso-administrativo competentes anularon las resoluciones de revocación, tras haber declarado que, habida cuenta de la situación de inestabilidad extrema que reinaba en Irak, no podía considerarse que se hubiera producido un cambio duradero y estable de la situación que justificara la revocación de los títulos de refugiado expedidos en su día.

Habiendo interpuesto la República Federal de Alemania sendos recursos de apelación, los tribunales superiores de lo contencioso-administrativo competentes, mediante sentencias dictadas en

marzo y agosto de 2006, anularon las sentencias de primera instancia y desestimaron los recursos de anulación interpuestos contra las resoluciones de revocación. Por lo que respecta al cambio sustancial de la situación en Irak, dichos tribunales superiores declararon que los demandantes en los litigios principales se encontraban a la sazón al resguardo de las persecuciones de las que habían sido víctimas bajo el antiguo régimen y que no se cernía sobre ellos ninguna nueva amenaza de persecución basada en otros motivos y cuya probabilidad de concreción fuera elevada.

Los demandantes en los litigios principales interpusieron ante el Bundesverwaltungsgericht sendos recursos de casación contra las sentencias dictadas en apelación, con objeto de que se confirmaran las sentencias dictadas en primera instancia.

Dicho órgano jurisdiccional considera que el cese del estatuto de refugiado se produce, por un lado, cuando la situación que reina en el país de origen del refugiado ha experimentado un cambio lo suficientemente significativo, sin ser de carácter temporal, y han desaparecido las circunstancias que explican su temor a ser perseguido –que justificaron que se le reconociera en su día la condición de refugiado–, y, por otro lado, cuando el interesado no tiene otras razones para temer ser “perseguido” en el sentido de la Directiva.

Según el órgano jurisdiccional remitente, la expresión “protección del país”, que figura en el artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva, tiene el mismo sentido que la expresión “protección de tal país”, utilizada en el artículo 2, letra c), de la Directiva, y se refiere únicamente a la protección frente a las persecuciones.

El Bundesverwaltungsgericht considera que ni la Directiva ni la Convención de Ginebra conceden protección frente a los peligros de orden general. La cuestión de si se puede obligar a un refugiado a regresar a su país de origen cuando en él existen pe-

Régimen comunitario

ligros de orden general no puede ser examinada en el marco de la revocación del estatuto de refugiado en virtud de la aplicación del artículo 73, apartado 1, de la AsylVfG. Tan sólo podrá ser examinada en un momento posterior, cuando proceda determinar si la persona afectada debe ser devuelta a su país de origen.

El Bundesverwaltungsgericht subraya que, según las constataciones efectuadas en la fase de apelación –a las que, en cuanto tribunal de casación, está vinculado–, los demandantes en los litigios principales no pueden invocar, para negarse a regresar a Irak, efectos derivados de actos de persecución anteriores. De ello deduce dicho órgano jurisdiccional que no pueden invocarse ante él las “razones imperiosas” relacionadas con persecuciones anteriores a las que se refieren tanto la tercera frase del artículo 73, apartado 1, de la AsylVfG como la segunda frase del artículo 1, sección C, apartado 5, de la Convención de Ginebra.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que la revocación del estatuto de refugiado no implica necesariamente la pérdida del derecho a residir en Alemania.

En estas circunstancias, el Bundesverwaltungsgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, en cada uno de los asuntos principales, las cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) ¿Debe interpretarse el artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva (...) en el sentido de que, a excepción de lo dispuesto en la segunda frase del artículo 1, sección C, número 5, de la Convención [de Ginebra], una persona pierde su condición de refugiado cuando han desaparecido las circunstancias que justificaron los temores a ser perseguida en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva –en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado–, y tampoco tiene otros motivos para

temer ser perseguida en el sentido de esta misma disposición?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿la pérdida del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva (...) exige, además, que en el país de la nacionalidad del refugiado:

a) exista un agente de protección en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva (...) y a este respecto basta que la protección sólo se pueda proporcionar con la ayuda de tropas multinacionales;

b) no exista para el refugiado riesgo de daños graves en el sentido del artículo 15 de la Directiva (...), que dé lugar a la concesión de la protección subsidiaria prevista en el artículo 18 de dicha Directiva, y/o

c) la situación sea estable desde el punto de vista de la seguridad y las condiciones de vida generales garanticen un mínimo de subsistencia?

3) En el supuesto de que hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales dicha persona fue reconocida como refugiado, ¿las circunstancias nuevas y diferentes que fundamenten el temor a ser perseguida:

a) deben apreciarse con arreglo al criterio de probabilidad aplicable al reconocimiento del estatuto de refugiado, o ha de aplicarse otro criterio, y/o,

b) deben apreciarse teniendo en cuenta la atenuación de la carga de la prueba prevista en el artículo 4, apartado 4, de la Directiva (...)?”.

el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como

Régimen comunitario

refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que:

– una persona pierde su condición de refugiado cuando, debido a un cambio de circunstancias significativo y que no sea de carácter provisional, producido en el país tercero de que se trate, hayan desaparecido las circunstancias que justificaron el temor de esa persona a ser perseguida por alguno de los motivos contemplados en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83 –en virtud de las cuales fue reconocida en su día como refugiado– y tampoco tiene otros motivos para temer ser “perseguida”, en el sentido de esta misma disposición;

– a efectos de determinar si existe un cambio de circunstancias, las autoridades competentes deberán verificar, en relación con la situación individual del refugiado, que el agente o agentes de protección contemplados en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/83 han tomado medidas razonables para impedir la persecución; que, de este modo, disponen, en particular, de un sistema judicial eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución, y que el nacional interesado tendrá acceso a dicha protección en caso de que cese su estatuto de refugiado;

– entre los agentes de protección a que se refiere el artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/83 pueden incluirse las organizaciones internacionales que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, incluso a través de la presencia de una fuerza multinacional en el territorio del país tercero.

2) En el supuesto de que hayan desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales se reconoció el estatuto de refugiado y de que las autoridades competentes del Estado miembro comprueben que no existen otras circunstancias que justifiquen el temor de la persona afectada a ser perseguida, ya

sea por el mismo motivo que concurrió en un primer momento o por cualquier otro de los motivos enumerados en el artículo 2, letra c), de la Directiva 2004/83, el criterio de probabilidad que ha de aplicarse para valorar el riesgo resultante de esas otras circunstancias es el mismo que el criterio utilizado en el momento en que se reconoció el estatuto de refugiado.

3) El artículo 4, apartado 4, de la Directiva 2004/83, en la medida en que proporciona indicaciones sobre el alcance, en términos probatorios, de actos o amenazas de persecución anteriores, puede resultar aplicable cuando las autoridades competentes contemplen la posibilidad de revocar el estatuto de refugiado con arreglo al artículo 11, apartado 1, letra e), de la Directiva y el interesado, para justificar la persistencia de un temor de persecución fundado, invoque circunstancias distintas de aquellas en cuya virtud se reconoció su condición de refugiado. Sin embargo, normalmente sólo sucederá así cuando el motivo de persecución sea distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de conceder el estatuto de refugiado y siempre que existan actos o amenazas de persecución anteriores que estén relacionados con el motivo de persecución examinado en esta fase».

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 4 de marzo de 2010.

Cuestión prejudicial: C-578/08.

Ponente: Sr. Rosas.

Voz: Reagrupación familiar.

Resumen: Derecho a la reagrupación familiar: Directiva 2003/86/CE. Concepto de “recurrir al sistema de asistencia social”. Constitución de una familia.

El Sr. Chakroun, nacional marroquí, nació el 1 de julio de 1944. Reside en los Países Bajos desde el 21 de diciembre de 1970 y tiene un permiso de residencia

Régimen comunitario

permanente ordinario. Desde el 12 de julio de 2005, viene percibiendo una prestación con arreglo a la *Wet tot verzekering van werknemers tegen geldelijke gevolgen van werkloosheid* (Ley de protección de los trabajadores contra las consecuencias pecuniarias del desempleo) de 6 de noviembre de 1986, que seguirá percibiendo hasta el 12 de julio de 2010, si no ocurre un cambio en las circunstancias.

La Sra. Chakroun, también nacional marroquí, nació el 18 de julio de 1948 y está casada con el Sr. Chakroun desde el 31 de julio de 1972.

El 10 de marzo de 2006, la Sra. Chakroun solicitó en la Embajada de los Países Bajos en Rabat un permiso provisional de residencia para vivir con su esposo.

Mediante resolución de 17 de julio de 2006, el minister denegó la solicitud porque el Sr. Chakroun no disponía de ingresos suficientes, en el sentido del Vb 2000. En efecto, el subsidio de desempleo del Sr. Chakroun ascendía a 1.322,73 euros netos al mes, incluida la paga de vacaciones, es decir, un importe inferior al estándar de ingresos aplicable para la constitución de una familia, a saber, 1.441,44 euros.

A través de resolución de 21 de febrero de 2007, el minister declaró infundado el recurso interpuesto por la Sra. Chakroun contra dicha resolución.

Por sentencia de 15 de octubre de 2007, el *Rechtbank's-Gravenhage* declaró infundado el recurso que interpuso la Sra. Chakroun contra la resolución de 21 de febrero de 2007. Posteriormente, la recurrente en el litigio principal interpuso un recurso contra esta sentencia ante el *Raad van State*.

Ante dicho órgano jurisdiccional, la Sra. Chakroun planteó, en primer lugar, la cuestión de si el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva ha sido correctamente adaptado al Derecho interno mediante los artículos 3.74, letra d, y 3.22, apartado 2, del Vb 2000, en la medida en que estas disposiciones exi-

gen al reagrupante, en el supuesto de constitución de una familia, recursos equivalentes al 120% del salario mínimo.

El órgano jurisdiccional remitente expone que el salario mínimo es una referencia esencial en la Wwb, cuyo objetivo es garantizar un mínimo vital a los nacionales neerlandeses que residen en los Países Bajos y a cualquier extranjero asimilado que resida en los Países Bajos, que se encuentra o se halla en riesgo de encontrarse en una situación en la que no dispondrá de los medios necesarios para su subsistencia (artículo 11 de la Wwb). La aplicación de esta Ley es competencia de los municipios.

La Wwb establece dos categorías de prestaciones asistenciales. En primer lugar, existen las prestaciones asistenciales generales, entendidas como las prestaciones asistenciales que tienen por objeto cubrir los gastos generales necesarios para la subsistencia (artículo 5, letra b, de la Wwb). En segundo lugar, la Ley prevé prestaciones asistenciales especiales, que otorgan un derecho al interesado que no dispone de medios que le permitan afrontar los gastos necesarios para su subsistencia que se derivan de circunstancias especiales, siempre que, a juicio del Ayuntamiento, estos gastos no puedan cubrirse mediante otros medios disponibles (artículo 35, apartado 1, de la Wwb).

El elemento de referencia utilizado por la Wwb para determinar las necesidades de una persona y el importe al que tiene derecho en el marco de las prestaciones asistenciales generales es el salario mínimo de una persona de 23 años. El importe correspondiente al 120% del salario mínimo es, como expone el Gobierno neerlandés en sus observaciones, el importe más allá del cual un residente ya no tiene derecho ni a las prestaciones asistenciales generales ni a las prestaciones asistenciales especiales.

El *Raad van State* se pregunta si, cuando aplican el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva, los Estados miembros pueden o deben tener en cuenta

Régimen comunitario

las prestaciones sociales englobadas en las prestaciones asistenciales especiales, en su caso a tanto alzado. Decididas por el Ayuntamiento tras examinar la situación del solicitante, las prestaciones asistenciales especiales pueden adoptar diversas formas, incluyendo una desgravación fiscal.

En segundo lugar, la Sra. Chakroun discute la distinción que lleva a cabo la normativa neerlandesa entre reagrupación familiar y constitución de una familia, en función de que el vínculo familiar sea anterior o posterior a la entrada del reagrupante en territorio neerlandés, mientras que tal distinción no se deduce del artículo 7, apartado 1, de la Directiva. En efecto, sostiene que si la solicitud controvertida en el litigio principal se hubiera considerado una solicitud de reagrupación familiar, en el sentido de la normativa neerlandesa, se habría tomado en consideración la regla de las prestaciones asistenciales recogida en el artículo 21, letra c, de la Wwb, con arreglo al artículo 3.74, letra a, del Vb 2000, de modo que los recursos del Sr. Chakroun serían superiores al importe requerido.

El Raad van State alberga dudas sobre la posibilidad de que los Estados miembros realicen tal distinción entre constitución de una familia y reagrupación familiar, pero precisa que no se excluye que la Directiva no se oponga a una normativa en la que se lleve a cabo una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la fecha de entrada del reagrupante en territorio del Estado miembro de acogida. Dicho órgano jurisdiccional señala que esta distinción está prevista en el artículo 9 de la Directiva, aplicable a los refugiados, y en el artículo 16, apartados 1 y 5, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO 2004, L 16, p. 44).

Habida cuenta de todo lo expuesto, el Raad van State decidió suspender el procedimiento y plan-

tear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse la expresión “recurrir al sistema de asistencia social” contenida en el artículo 7, apartado 1, letra c), de [la Directiva] en el sentido de que tal expresión ofrece al Estado miembro un margen para adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que dé lugar a que no se permita la reagrupación familiar de un reagrupante que haya acreditado contar con recursos fijos y regulares suficientes para poder hacer frente a los gastos de subsistencia generalmente necesarios, pero que, no obstante, habida cuenta de la cuantía de dichos recursos, podrá recurrir a una prestación asistencial especial para hacer frente a gastos de subsistencia excepcionales y determinados de forma individual, a la condonación de impuestos concedida por autoridades locales en función de la cuantía de los ingresos o bien a medidas de apoyo a los ingresos en el marco de las políticas municipales de renta básica (“minimabeleid”)?

2) ¿Debe interpretarse [la Directiva], y en particular su artículo 2, letra d), en el sentido de que esta disposición se opone a una normativa nacional en la que, para la aplicación del requisito de ingresos establecido en su artículo 7, apartado 1, letra c), se establece una diferencia en función de si el vínculo familiar se ha constituido antes o después de la entrada del reagrupante en el Estado miembro?»

(...) el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

«1) La expresión “recurrir al sistema de asistencia social”, contenida en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que la deniega a un reagrupante que ha demostrado disponer de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su

familia, pero que, habida cuenta de la cuantía de sus ingresos, podrá no obstante solicitar una prestación asistencial especial en caso de que existan gastos particulares e individualmente determinados necesarios para su subsistencia, a desgravaciones concedidas por las autoridades municipales en función de los ingresos o a medidas de apoyo a los ingresos en el marco de las políticas municipales de renta básica (“minimabeleid”).

2) La Directiva 2003/86, y, en particular, su artículo 2, letra d), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, al aplicar los requisitos de ingresos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86, realiza una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante en territorio del Estado de acogida».

CONSTITUCIONAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Fecha: 26 de noviembre de 2009.

Recurso de Amparo: 4628/2006.

Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

Voz: Expulsión del territorio español. Ciudadano ecuatoriano. Carencia de documentación de residencia. Tutela judicial efectiva.

Resumen: Expulsión: nacional ecuatoriano carente de documentación que habilite su estancia regular en España y con antecedentes por homicidio doloso. Tutela judicial efectiva: no vulneración. Valoración de las circunstancias personales y familiares del afectado. Principio de proporcionalidad: respeto.

«El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución administrativa por la que se

acuerda la expulsión y prohibición de entrada en España del recurrente y las resoluciones judiciales que posteriormente confirman dicha resolución han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), que en la demanda se pone en conexión con el derecho a la familia consagrado en el artículo 39 de la CE. Ello habría sucedido, de conformidad con lo argumentado en la demanda de amparo, al no haberse ponderado su arraigo familiar y laboral en España, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. En su caso, también debe ser objeto de análisis si la resolución judicial que resolvió el recurso de apelación ha incurrido en una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), en la medida en que desestima dicho recurso al no considerar acreditada la situación de excepcionalidad alegada, lo que resulta contradictorio –según la demanda de amparo– con lo resuelto en cuanto al arraigo por la resolución judicial que estimó la suspensión cautelar solicitada ponderando precisamente el arraigo familiar como circunstancia excepcional.

(...)

Por lo demás, si bien es cierto que la voluntad de recurrir no fue expresada personalmente por el legitimado para ello, no lo es menos que lo fue por quien había sido tenida por su representante en la vía judicial. Como esa representación no constaba acreditada ante el Tribunal Constitucional se requirió la ratificación del recurrente. La ratificación no se produjo mediante comparecencia personal del interesado ante el Secretario judicial, comparecencia personal que no exige el artículo 4.1 del Acuerdo reglamentario de 18 de junio de 1996, sino mediante la presentación de un escrito firmado por aquél, acompañado de un segundo escrito en el que manifestaba que estaba ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Carabanchel, y en el que nombraba Abogado a don (...), solicitando la designación de un Procurador del turno de oficio. De la autenticidad de dichos escritos ninguna duda

Constitucional

cupo al citado fedatario público, que dictó la diligencia de ordenación de 13 de junio de 2006, por la que se continúa la tramitación del procedimiento, solicitando el nombramiento de Procurador del turno de oficio y teniendo por designado al Abogado por él nombrado. Si el Abogado del Estado no compartía esta apreciación del Secretario pudo interesar la revisión de dicha diligencia (artículo 224 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC) una vez personado en las actuaciones, de modo que, al no haberlo hecho, no cabe volver ahora sobre esa cuestión.

(...)

La aplicación de esta jurisprudencia al presente caso nos lleva a concluir que el óbice procesal no puede acogerse. Ciertamente en la vía judicial ordinaria el recurrente no hizo mención concreta y numérica de los derechos fundamentales en cuya vulneración fundamenta la demanda de amparo; sin embargo, como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes de esta resolución, tanto en el recurso contencioso-administrativo como en el recurso de apelación se alegó que la sanción de expulsión era improcedente al no haber tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del afectado (su convivencia con una ciudadana ecuatoriana y con un hijo común), entendiendo que vulneraba el principio de proporcionalidad, en la medida en que no se justifica en el caso concreto su imposición en lugar de la sanción alternativa de multa y que la Administración debe razonar en cada caso concreto si procede una o otra. Es más, en la demanda contencioso-administrativa se señala que ello vulnera su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al haberse dictado una resolución carente de toda motivación, recordando el deber constitucional de motivar las resoluciones, máxime cuando se trata de Derecho sancionador; queja que se reitera en el recurso de apelación, afirmando que la resolución recurrida no justifica la sanción de expulsión. En definitiva, y aunque sin invocación expresa de los artículos 24.1 y 39 de la CE, lo planteado por el demandante como tema central de su impugnación

contencioso-administrativa de la expulsión se corresponde sustancialmente con lo alegado en la demanda de amparo, esto es, la defectuosa motivación de la expulsión frente a la sanción alternativa de multa y la falta de consideración del arraigo alegado, determinantes de la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada, por lo que no puede apreciarse que concurra la causa de inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado.

(...)

En concreto, y por lo que se refiere al régimen sancionador en materia de extranjería y a la posibilidad prevista legalmente en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, este Tribunal ha puesto de manifiesto que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (...).

En el presente caso, y a diferencia del resuelto en la STC 140/2009, de 15 de junio, no podemos concluir que la resolución administrativa haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de

Constitucional

la CE) del recurrente, pues –como también destaca el Abogado del Estado– de la consideración del expediente administrativo en su conjunto se puede concluir que la resolución sancionadora, por remisión a todo lo actuado, sí justifica la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la de multa, ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia.

Como se expuso con más detalle en los antecedentes, tras haber sido detenido por la presunta comisión de un delito de robo con violencia o intimidación, se acordó incoar contra el recurrente un procedimiento preferente de expulsión por una infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España. En dicho procedimiento se alegó que el Sr. ... había solicitado permiso de trabajo y residencia hacía más de dos años, sin que por parte de la Administración se hubiera resuelto tal expediente, y que llevaba residiendo en España más de diez años y desde hacía seis convivía con su pareja de hecho, que tiene residencia legal en España, con la que tiene un hijo en común, así como que estaba empadronado y disponía de tarjeta sanitaria. Los sucesivos Instructores del expediente, en respuesta a dichas alegaciones, señalaron que no se aportaba documento alguno que acreditase lo alegado, que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas y que le constaban diversas detenciones por delitos graves, demostrativas de una conducta antisocial en España. El expediente finalizó por Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, de 25 de marzo de 2004, en la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, posteriormente ratificada judicialmente.

En definitiva, la lectura de la resolución sancionadora, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir

que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión. En efecto, la procedencia de la expulsión se afirma tras tomar en consideración las alegaciones del recurrente (a las que se responde destacando que el alegado arraigo familiar no se acreditó en modo alguno en vía administrativa y que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (su conducta antisocial, evidenciada por las múltiples detenciones por delitos graves), efectuando un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, respetuoso con los criterios de graduación de la sanción a aplicar en un procedimiento administrativo sancionador.

Finalmente, hemos de abordar la denunciada vulneración del artículo 24.1 de la CE que en la demanda se imputa a la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por cuanto ésta habría desestimado la apelación por no considerar acreditada la circunstancia excepcional alegada, lo que entiende que contradice lo resuelto por la misma Sala del mismo Tribunal, si bien en su Sección Primera, al acordar la suspensión cautelar de la expulsión, precisamente por considerar acreditado el arraigo familiar del recurrente.

Como recordábamos en la reciente STC 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2, con abundante cita de jurisprudencia, este Tribunal ha afirmado que “desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se infieran las razones para tal cambio de orientación. En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando son

Constitucional

distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, cuando es un solo ciudadano el implicado en las resoluciones opuestas”.

Ahora bien, en el presente caso no nos encontramos ante dos resoluciones contradictorias respecto de un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica. Por una parte, no se aprecia la contradicción en los datos denunciada, pues –como señala el Ministerio Fiscal– la Sentencia de apelación toma en consideración expresamente la situación familiar del recurrente, si bien considerando que no es “dato suficientemente relevante, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren” y, tras efectuar la ponderación con las restantes circunstancias concurrentes, se concluye que la expulsión es proporcionada “sin que el apelante haya acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que en su caso permitan llegar a otra conclusión”. Por tanto, esta última afirmación no puede ser sacada de su contexto y, en dicho contexto, no significa –como pretende el recurrente– que el órgano judicial no considere acreditado el arraigo familiar de forma contradictoria con lo resuelto en el mismo

procedimiento al acordar la suspensión cautelar de la expulsión; lo que afirma el órgano judicial es que tal arraigo, a la vista del conjunto de circunstancias del caso, no puede valorarse como una circunstancia especial que determine la desproporción de la expulsión. Por otra parte, resulta patente que el dato del arraigo familiar puede ser valorado de forma distinta por los órganos judiciales al adoptar una medida cautelar de suspensión de la expulsión –medida que proporciona una tutela cautelar de los intereses del demandante, tendente a asegurar la efectividad de la sentencia (artículo 129.1 de la LJCA), tras ponderar ante todo los intereses en conflicto (artículo 130 de la LJCA)– y posteriormente en la Sentencia que realiza el enjuiciamiento de fondo que resuelve el recurso contencioso-administrativo, pues los datos con relevancia para tal enjuiciamiento de fondo no son necesariamente los mismos, ni la misma ha de ser necesariamente la ponderación del arraigo familiar a unos y otros efectos.

Procede, pues, un pronunciamiento denegatorio del amparo».

RICARDO LÁZARO PERLADO

Abogado
(5163@icasv-bilbao.com)

II

Recensión sobre la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco núm. 807/2009, de 27 de noviembre dictada en el recurso de apelación 626/2007

SUMARIO

I. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Sala de lo Contencioso-administrativo, recurso de apelación núm. 626/2007.

II. Introducción.

III. Sentencia apelada.

IV. Posición de la parte apelante.

V. Posición de la parte apelada.

VI. Fallo de la sentencia dictada por la Sala de apelación.

VII. Razonamientos jurídicos de la sentencia del Pleno. A) Cuestión nuclear suscitada en la apelación. B) Razonamiento seguido por la opinión mayoritaria de la Sala. C) Consecuencias de la respuesta alcanzada con el razonamiento.

VIII. Votos particulares. A) Voto particular discrepante de D. Rafael Villafáñez. B) Voto particular discrepante de D. Juan Luis Ibarra. C) Voto particular discrepante de D. Javier Murgoitio. D) Voto particular concordante de D.^a Yolanda de la Fuente.

IX. Comentario crítico.

I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO; RECURSO DE APELACIÓN NÚM. 626/2007

Ilmos. Sres.

Presidente: D. Juan Luis Ibarra Robles

Magistrados: D. Luis Javier Murgoitio Estefanía

D.^a Ana Isabel Rodrigo Landazabal

D. Ángel Ruiz Ruiz

D. Antonio Guerra Gimeno

D. Luis Ángel Garrido Bengoetxea

D. José Antonio Alberdi Larizgoitia

D. José Antonio González Saiz

D.^a Yolanda de la Fuente Guerrero

D. Rafael Villafañez Gallego

En la Villa de BILBAO (BIZKAIA), a veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

El Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de SAN SEBASTIÁN en el recurso contencioso-administrativo número 311/06.

Son parte:

– APELANTE: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representado y dirigido por EL ABOGADO DEL ESTADO.

– APELADO: D. SASIDHARAN KOCHUKUNYA

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.—Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de SAN SEBASTIÁN se dictó el 16 de febrero de dos mil siete sentencia estimando el recurso contencioso-administrativo número 311/06 promovido por D. SASIDHARAN KOCHUKUNYA contra RESOLUCIÓN DE LA SUB-DELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN GUIPÚZCOA QUE ACUERDA LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DEL DEMANDANTE, NACIONAL DE INDIA (EXPTE. 06/2361), siendo parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

SEGUNDO.—Contra dicha sentencia se interpuso por LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

TERCERO.—El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado al/a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

CUARTO.—Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 18.11.09, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente. Se convocó a todos los Magistrados que componen la Sala en ejercicio de la competencia conferida por el artículo 197 de la LOPJ en razón de que los motivos de apelación objeto de enjuiciamiento guardan similitud con los suscitados en otros procesos atribuidos al conocimiento de las tres Secciones del Tribunal y se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. RAFAEL VILLAFÁÑEZ GALLEGO, en aplicación de las normas de reparto.

Por providencia de 26 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se encomendó la redacción de la ponencia al Ilmo. Sr. Magistrado D. ANTONIO GUERRA GIMENO.

QUINTO.—Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—A) Objeto del recurso de apelación

En el presente recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado, se impugna la sentencia dictada con fecha de 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de San Sebastián recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006.

La resolución judicial apelada estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. SASIDHARAN KOCHUKUNYA contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de 2 de mayo de 2006 por la que se acuerda la sanción del expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un periodo de tres años, que anula por ser contraria al ordenamiento jurídico, imponiendo la sanción de multa en su grado mínimo y sin imposición de las costas procesales.

B) Razón de decidir de la sentencia apelada

En lo que interesa al presente recurso la sentencia apelada aborda en primer lugar la cuestión relativa a la excepción procesal de falta de legitimación planteada por el Abogado del Estado, por carecer la Letrada recurrente de poder de representación del demandante.

Excepción que la sentencia desestima tras una extensa fundamentación jurídica en la que concluye la validez de la representación de la Letrada en base a los argumentos que transcribimos a continuación:

«... será preciso analizar si en materia de extranjería por sus específicas características, donde el interesado en el procedimiento administrativo, a diferencia del resto de las actuaciones en materia sancionadora de la Administración, está detenido y por tanto privado de libertad, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido a los extranjeros exige un trato diferente, para con ello evitar que un requisito procesal sea de tal índole que imposibilite la revisión jurisdiccional por los tribunales de justicia de determinados actos administrativos.

La tutela judicial efectiva y el derecho que asiste a quienes están protegidos por ella al acceso a la jurisdicción no es un derecho prestacional, como pudiera serlo el derecho a la asistencia jurídica gratuita y que precisa de una regulación legal, sino que como derecho fundamental es reconocido por la propia Constitución con efecto directo, lo que obliga que todas las normas jurídicas se interpreten de la manera más conforme a su protección, evitando situaciones que supongan obstáculos infranqueables.

En los procedimientos sancionadores en materia de extranjería y más concretamente en los supuestos de personas indocumentadas o que no gozan del visado correspondiente para encontrarse en el Espacio Schengen, el procedimiento se inicia con una detención, que como toda privación de libertad, comporta una serie de derechos del detenido entre ellos la asistencia por Letrado del turno de oficio. Cuál sea el alcance de esta asistencia se convierte en una cuestión fundamental para garantizar efectivamente el derecho y si ello comporta o no el acceso de la jurisdicción competente, la jurisdicción contenciosa-administrativa por tratarse de una sanción administrativa dictada por la Administración.

Asimismo a los efectos de garantizar que la asistencia jurídica alcanza hasta el procedimiento administrativo, en aras a la eficacia jurídica de las resoluciones, el mismo día de la detención el interesado y su Letrado firman un acto de comparecencia, a modo de poder *apud acta* ante autoridad desconocida que no se refleja en el documento y ello autoriza al letrado a presentar alegaciones y recibir las notificaciones. Sin embargo no consta que durante la detención se le informe que tras el procedimiento administrativo sancionador (y que salvo la resolución por causas que no constan se tramita en apenas 5 días) puede acceder a la jurisdicción contenciosa-administrativa y cuáles son los requisitos para ello. Concluyendo la información que recibe el detenido no es completa y difícilmente podrá ejercer sus derechos de defensa si no se arbitran mecanismos que hagan posible el acceso a la justicia, máxime cuando el extranjero es una persona carente de medios económicos y en situación total de marginación social, que ha sido expulsado a su país de origen de donde huyó en busca de mejores horizontes.

Atendiendo a lo anteriormente manifestado y en la búsqueda de una interpretación que respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, y a falta de una regulación legal más explícita, se deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones.

La Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en su redacción dada por la 16/2005, de 18 de julio, en su artículo 2.e) referido a su ámbito personal de aplicación, dice: “En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo”. Asimismo el artículo 27 sobre efectos del reconocimiento del derecho establece que “El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio”.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

Que asimismo el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a decir “Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio”.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2003 vino a decir que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del principio *pro actione*, principio que es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales e impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. En consonancia con lo anterior, como se señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2002, de 25 de febrero “los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (artículos 11.3, 240.2, 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...)”.

En esta línea la Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. Segunda, de 12 de julio de 2005, siguiendo la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2003 de 20 de octubre dice que: “el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce en el artículo 24.1 de la Constitución, comprende, primordialmente, el derecho de acceso a la jurisdicción, es decir, el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial, por lo que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso” y sigue: “ahora bien, el poder notarial y la designación mediante comparecencia ante el Secretario Judicial no son los únicos medios que habilitan la válida postulación del representante procesal (Procurador, o excepcionalmente como permite la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Letrado en ejercicio), pues el propio artículo 33 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala que fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio. De dicho precepto, así como de lo prevenido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, se desprende que el Procurador puede personarse en Juicio sin necesidad de poder notarial ni comparecencia *apud acta*, cuando el mismo es designado de oficio. La razón de dicha distinción no es otra que la que se deriva de la imposibilidad de selección de profesional cuando se es beneficiario del derecho de Justicia Gratuita por lo que en ningún caso puede acudir ante el Notario o el Secretario Judicial para manifestar que otorga su representación ante un determinado profesional, pues en los supuestos del beneficio de Justicia Gratuita, el profesional no es elegido sino designado por el Colegio de Procuradores, y esa designación sirve ante el Juzgado para demostrar quién es el profesional que va a representar a la parte beneficiaria de tal derecho”.

Cita a continuación diversas sentencias de los TSJ de Madrid y Barcelona en el sentido indicado así como las de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 y 26 de enero de 2005 que aluden a la STC 99/1985, de 30 de septiembre que expresa que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como

ciudadano», y que «corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», conclusión a la que llega invocando el artículo 10.2 de la Constitución, en relación con los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 6.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 y 14. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

Y concluye:

«En el caso de autos se admitió a trámite el recurso, se tramitó el procedimiento e inclusive se celebró la vista oral, sin que ninguna de las partes alegara la causa de inadmisibilidad, se aportó nombramiento llevado a cabo por el Colegio de Abogados y esta Juzgadora en aplicación de la doctrina mantenida por las resoluciones judiciales y constitucionales citadas y lo previsto en los procedimientos penales citados, no entendió necesario la representación por medio de Procurador, considerando que otra interpretación produciría como resultado una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva, sin que de ningún modo pueda considerarse que las pretensiones que se mantienen en el recurso y sus consecuencias sean virtuales, sino con efecto directo sobre las personas afectadas».

C) Posición de la parte apelante

En el escrito de formalización del recurso de apelación se deducen los motivos impugnatorios de los que también, en lo que interesa al presente recurso, recogemos el relativo a la desestimación de la excepción desestimada por la sentencia y transcrita en el apartado anterior; alega el Abogado del Estado que:

«... La sentencia impugnada desestima la excepción de falta de legitimación que fue formulada por el Abogado del Estado en la vista oral. Se basa para ello en una interpretación *pro actione* de los requisitos procesales.

Sin embargo, si bien es cierto, que la tutela judicial efectiva no sólo permite sino que exige una interpretación de esta naturaleza, no puede ser hasta tal punto laxa que desnaturalice las exigencias procesales hasta el punto que cree excepciones donde la ley no las establece.

Esto es especialmente importante si tenemos en cuenta que las normas que regulan la representación procesal, son normas de orden público cuya observancia es esencial para la adecuada configuración de la relación jurídico procesal.

Y es que, de entenderse como suficientemente acreditada la representación con el nombramiento del Colegio de Abogados, además de infringirse abiertamente la institución de la representación procesal, se pueden estar vulnerando las voluntades de los propios recurrentes que, al no estar debidamente representados en el proceso, no podemos conocer si efectivamente mantienen su voluntad de permanecer en el mismo...».

Cita la sentencia núm. 711/06, de cuatro de diciembre (número de recurso de apelación 583/05) de esta Sala y alega que no pueden en absoluto compartirse las afirmaciones de la sentencia de instancia que insinúan que en este tipo de casos no es posible el cumplimiento de los requisitos de representación. Nada impide que el extranjero recurrente esté presente en el acto de la vista en aquellos casos en los que la eficacia del acto administrativo que sanciona o implica de alguna manera la expulsión se halle suspendida por virtud de una medida cautelar adoptada. En segundo lugar, en aquellos casos que no sea así, no es en modo alguno imposible, como

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

pretende hacer ver la sentencia recurrida, que el recurrente acuda con su Abogado al Juzgado dentro del plazo que se le otorga para abandonar el Espacio Schengen, y otorgar un poder *apud acta* ante el Secretario Judicial. Salvo los casos de huida inmediata del territorio nacional del extranjero sancionado para eludir la orden de expulsión dictada en el marco del *ius puniendi* del Estado, en los demás supuestos está garantizada la posibilidad de establecer adecuadamente la representación procesal. Y es evidente que la actitud de aquellos extranjeros que huyen en la forma descrita no es merecedora de cobertura desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Añade que en el acto de la vista la Abogacía del Estado formuló esta excepción procesal, tal y como se pone de manifiesto en el fundamento de derecho segundo de la sentencia (lo cual significa que la afirmación de la sentencia en cuanto a que ninguna parte formuló causa de inadmisibilidad, se trata de un puro error material del juzgador).

Y concluye que debe declararse la inadmisibilidad del recurso por aplicación del artículo 69.b) de la Ley 29/98.

D) Posición de la parte apelada

La defensa de SASIDHARAN KOCHUKUNYA no ha formulado oposición al recurso de apelación.

SEGUNDO.—Antecedentes relativos a la tramitación del proceso en la instancia.

Resultan relevantes para el enjuiciamiento los siguientes:

1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, registrado el 11 de julio de 2006, aparece exclusivamente suscrito por la Letrada D.^a Itziar Uzkudun Lanz, quien afirma actuar en nombre y representación de D. Sasidharan Kochukunya; siendo a este último, nacional de India, a quien la resolución administrativa que se sujeta a control jurisdiccional le impone la sanción de expulsión del territorio español, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de tres años.

Y acompaña copia de la resolución administrativa dictada con fecha de 2 de mayo de 2006;

Asimismo acompaña copia del certificado del Secretario General Técnico del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa de fecha 30 de junio de 2006, en el que se recoge que dicha Letrada asistió el 14 de marzo de 2006 al recurrente, fecha en la que se encontraba de guardia en el turno de Asistencia Letrada al Detenido en materia de extranjería y en el que se hace constar que el artículo 3.º del Anexo a la normativa del Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Guipúzcoa establece que: «el Letrado a quien corresponda el servicio, se encargará de asistir, en dependencias policiales y judiciales, a la persona sujeta a las Leyes enumeradas (se refiere en general a la materia de Extranjería), en los trámites relativos a las notificaciones de las Resoluciones administrativas, escritos de alegaciones y en los Recursos que procedieran contra las mismas, e incluso Contencioso-Administrativos. En los trámites de internamiento, la competencia se extenderá a los trámites judiciales».

Acompaña finalmente comunicación que dirige a la referida Letrada la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Guipúzcoa de fecha 15 de junio de 2006 en la que le comunica el derecho a la asistencia jurídica gratuita del recurrente.

2. Por providencia dictada con fecha de 11 de Julio de 2006 se tiene por parte al recurrente y por providencia de 4 de enero de 2007 se convoca a las partes a la vista oral el 6 de febrero siguiente.

3. Consta en el acta de la vista que el Abogado del Estado plantea como primera cuestión la excepción de falta de representación a la que se opone la Letrada Sra. Uzkudun, continuando la vista sin que se adopte resolución alguna en cuanto a la cuestión planteada, hasta la desestimación de la misma en la sentencia, tal como se ha recogido en el primer fundamento jurídico de esta resolución.

TERCERO.–Estimación del recurso de apelación.

1. A la vista del anterior relato podría entenderse que la actuación judicial en la instancia, en la celebración de la vista, suponía implícitamente la desestimación de la excepción planteada. Que luego acuerda la Juez expresamente en la sentencia, como se ha constatado.

En cualquier caso entiende la Sala que concurren en lo relativo al procedimiento tramitado en la instancia dos infracciones:

a) De la norma procesal dispuesta en el artículo 45.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJ), cuya debida atención hubiera permitido la subsanación de los defectos en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de la comparecencia; y

b) De la norma procesal dispuesta en el artículo 78.8 de la propia Ley que obligaba a la Magistrado-Juez a resolver en el acto de la vista, y no en sentencia, lo que procedía a fin de subsanar, con anterioridad al dictado de sentencia sobre el fondo, la falta de acreditación de la representación en juicio de la parte recurrente que obstaba a la válida prosecución y término del proceso.

Y ello porque, a criterio de la Sala, el órgano judicial de instancia aprecia erróneamente que la designación en el turno de Asistencia Letrada al Detenido en materia de Extranjería junto con la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita, conlleva la representación del demandante.

Pues lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto a la designación de oficio de Abogado y Procurador en los casos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no afecta al deber procesal de aportación al proceso del documento que acredite la representación del recurrente conferida a favor del Letrado que comparece en su nombre para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Debe señalarse a este efecto, como ya se hizo en la sentencia 711/2006, de 4 de diciembre, dictada por esta misma Sala en el recurso de apelación núm. 583/2005, que, salvo en el supuesto excepcional de la comparecencia por sí mismos de los funcionarios, la comparecencia de las partes ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa, por prescripción del artículo 23.1 de la LJ, debe llevarse a cabo mediante representación procesal.

Y tampoco puede ofrecer duda, a la vista de lo consignado en el acta de la vista del procedimiento abreviado, que la representación procesal de la Administración del Estado, haciendo uso de la facultad conferida a la parte demandada por el artículo 78.7 de la LJ, suscitó la cuestión de la concurrencia de una circunstancia que impedía la válida prosecución y término del proceso, consistente en la falta de representación procesal conferida por el recurrente.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

Pues la misma no podía verse suplida por el nombramiento efectuado por el Ilustre Colegio de Abogados de Gipuzkoa a favor de la Letrada Sra. Uzkudun. Ni siquiera aunque a este nombramiento se añadiera la comunicación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Guipúzcoa de la concesión de dicho derecho.

Ya que en ninguno de estos documentos acompañados al escrito de interposición del recurso se confiere la representación exigida legalmente.

2. Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo son competentes para el conocimiento de los asuntos en materia de extranjería (artículo 8.3 LJ), debiendo ser canalizados éstos por los trámites del procedimiento abreviado (artículo 78.1 LJ), que se inicia por demanda, a la que, entre otros, habrá de acompañarse el documento que acredite la representación del compareciente [artículos 78.2 en relación con el 52.2.a) LJ].

De conformidad con lo previsto por el artículo 23.1 LJ «en sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones». Lo que significa que no es preceptiva la representación por Procurador, resultando posible comparecer otorgando la representación al propio Abogado que dirige la defensa, excluyéndose en todo caso la representación por sí mismos de los litigantes, que sólo admite el núm. 3 de dicho precepto en relación con los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios en ciertos casos.

Interpuesta la demanda el Juez examinará de oficio la validez de la comparecencia, debiendo requerir la subsanación del defecto consistente en la falta de acreditación de la representación del compareciente en el plazo de diez días con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso de no hacerlo (artículos 78.23 en relación con el artículo 45.3 LJ).

Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios de Abogado y Procurador que les hayan de representar y defender en juicio (artículo 33 LEC). No obstante el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita podrá pedir que se le designe Abogado y/o Procurador de oficio cuando su intervención sea preceptiva, petición que se tramitará conforme a lo dispuesto por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita sin necesidad de acreditar la insuficiencia de medios, siempre que el solicitante se comprometa a abonar los honorarios y derechos de los profesionales que se designen.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 LEC, aplicable en el orden contencioso-administrativo, dada la supletoriedad que a dicha Ley atribuye la disposición final primera LJ, el Poder en el que la parte otorgue su representación al Procurador, habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto (núm. 1) y la escritura del poder se acompañará al primer escrito que el Procurador presente o al realizar la primera actuación, y el otorgamiento *apud acta* deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación (núm. 2).

Aun cuando dicho precepto se refiere exclusivamente al apoderamiento del Procurador, resulta igualmente aplicable al Letrado, cuando, como singularmente ocurre en el orden contencioso-

administrativo, resulta admisible que ostente la representación de las partes, dada la identidad de razón concurrente.

El sistema de justicia gratuita contemplado por el artículo 119 CE, desarrollado por la Ley 1/96, de 16 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG), se extiende a los extranjeros que se encuentren legal o ilegalmente en España [artículo 2.a)], que carezcan de recursos económicos (artículo 3.1), y comprende la prestación por el Estado de la «defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el procedimiento judicial cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso» (artículo 6.3).

La solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá hacerse por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que deba conocer del asunto o ante el Juzgado de su domicilio, el cual dará traslado de la solicitud al Colegio de Abogados territorialmente competente (artículo 12 LAJG).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 33.2 LEC, la solicitud de designación de oficio de Abogado y/o Procurador por el litigante que no tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita habrá de hacerse de igual forma, puesto que ha de hacerse conforme a lo dispuesto por la LAJG.

Tales solicitudes, tanto en el caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita como en el de mera designación de oficio de quien tiene recursos, darán lugar a la designación provisional de Abogado por el Colegio en el plazo de quince días, y a la comunicación al Colegio de Procuradores a fin de que caso de ser preceptivo, nombre un Procurador en el plazo máximo de tres días (artículo 15 LAJG). Del expediente se dará traslado por el Colegio de Abogados a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que dicte la resolución que proceda, hemos de entender que únicamente en los supuestos de asistencia jurídica gratuita, no en los de mera designación de oficio (artículos 15 y 17 LAJG).

Puesto que la asistencia jurídica gratuita es una prestación estatal, que se sustenta legalmente en los Colegios Profesionales de Abogados y Procuradores, y puesto que en los asuntos ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo no es preceptiva la asistencia de Procurador pudiendo ostentar la representación el Letrado, hemos de entender que la decisión de designar Abogado y Procurador, o sólo Abogado que asuma además la representación corresponde al Colegio de Abogados de conformidad con el párrafo primero del artículo 15 LAJG.

Otra cosa ocurrirá en los supuestos de solicitud de designación de oficio por quien tiene recursos, ya que corresponderá al solicitante que va a pagar los servicios decidir si quiere ser representado por el Abogado, o por Procurador.

En dicho marco normativo se suscita la cuestión de si la designación de oficio efectuada por el Colegio de Abogados y, en su caso, por el Colegio de Procuradores, ya sea en el procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 15 LAJG), o en el mero procedimiento de designación de oficio a quien tiene recursos para litigar, entraña de suyo la representación sin necesidad de cumplimentar la forma exigida por el artículo 24 LEC.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

Para resolver dicha cuestión es necesario distinguir la designación de Abogado y Procurador regulada por el artículo 33 LEC, del apoderamiento del Procurador regulado por el artículo 24 LEC.

Como ha quedado expuesto, la designación ha de hacerla el litigante, salvo los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (artículo 33.1 LEC) y salvo los casos de designación de oficio de quien tenga recursos para litigar (artículo 33.2 LEC).

El otorgamiento de la representación lo regula el artículo 24 LEC exigiendo poder notarial o *apud acta*, y lo hace sin distinciones, sin hacer la salvedad de los supuestos de designación de oficio, sean o no de asistencia jurídica gratuita.

Siendo ello así, a juicio de la Sala es obligado concluir que el apoderamiento de quien ostente la representación ha de hacerse en la forma prescrita por el artículo 24 LEC. La Ley de Enjuiciamiento Civil exige la comparecencia personal ante un fedatario público y la expresa manifestación de voluntad de interponer el recurso, exigencia a la que en modo alguno cabe equiparar la comparecencia personal del litigante ante el Colegio de Abogados prevista por el artículo 12 LAJG.

Que ello es así lo corrobora el hecho de que el artículo 130 del Reglamento Notarial contemple un turno de oficio de carácter gratuito para el otorgamiento de poderes para pleitos de quienes han obtenido el beneficio de justicia gratuita.

Dicha interpretación no obstaculiza el acceso a la jurisdicción, en la medida en que el requisito exigido es de fácil cumplimiento y asequible para todos, españoles y extranjeros.

Los extranjeros a quienes se les impone la sanción de expulsión en un procedimiento ordinario, no se ven impedidos de otorgar el apoderamiento en la forma establecida por el artículo 24 LEC, toda vez que el régimen de ejecución de la resolución (artículo 22, 64.1 LODYLE y 141 Reglamento LODYLE) supone que el abandono del territorio nacional debe hacerse voluntariamente en el plazo que se fije, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En los supuestos de tramitación del procedimiento preferente del artículo 63 LODYLE, la ejecución es inmediata (núm. 4), lo que puede dificultar el otorgamiento de poder *apud acta*, pero no impedir que durante la tramitación se otorgue poder notarial, salvo los supuestos de internamiento, y en cualquier caso no impide que desde su país, a través de las representaciones diplomáticas o consulares otorgue los poderes necesarios tal y como establece el artículo 65.2 LODYLE.

Puesto que está en juego el acceso a la jurisdicción, el requerimiento de subsanación previsto por el artículo 45.3 LJ, habrá de ser flexible, atendiendo a la situación de cada supuesto, pero lo que en modo alguno cabe aceptar es la prosecución de un recurso interpuesto por un Abogado que no se halla apoderado para hacerlo y carece de cualquier relación con el interesado hasta el punto de no poder siquiera recabar el apoderamiento necesario.

3. La cuestión en definitiva es que si tras la solicitud y/o concesión del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por parte del extranjero (artículo 12 LAJG), la designación provisional (artículo 15 LAJG) o definitiva (artículo 17 LAJG) al efecto de abogado para la defensa y representación, comporta de suyo y sin necesidad de poder notarial o apoderamiento *apud acta* la representación del extranjero por el abogado de oficio.

Es esta una cuestión a la que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los distintos Tribunales Superiores de Justicia han dado respuestas contradictorias, así, y sin ánimo de exhaustividad, responden negativamente el de Madrid, tras la sentencia 3/2007 de 18 de mayo del Pleno

de la Sala, y también lo hace el de Andalucía con sede en Sevilla, entre otras, en Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (recurso de apelación 193/2007), tras la sentencia del Pleno de 5 de octubre de 2007 rectificando el criterio positivo previamente seguido a partir de la sentencia del Pleno de 19 de septiembre de 2004. Responde positivamente el TSJ de Murcia en sentencia de 29 de diciembre de 2006 (Rec. 477/2005).

Debemos indicar que la misma posición se sigue, entre otras, en STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2009 (recurso 1413/2008), STSJ de Andalucía (Sev) de 2 de mayo de 2008 (rec. 197/2008). En la mencionada STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2009 se transcribe providencia del TC 16 de enero de 2006: «No resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, como se deduce de lo dispuesto en, entre otros preceptos, los artículos 542.1 y 543.1 LOPJ y en el párrafo primero del artículo 15 LAJG, así como, habida cuenta de que el demandante no posee la nacionalidad española, de lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social. Hemos dicho que es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3), o del poder *apud acta* (STC 205/2001, FJ 5). Este Tribunal,... ha desestimado o inadmitido recursos de amparo dirigidos, con invocación del artículo 24.1 CE, contra decisiones judiciales de inadmisión dictadas en el orden contencioso-administrativo por falta de representación del Abogado (SSTC 205/2001, de 15 de octubre y 152/2002, de 15 de julio), si la parte no la acreditaba, una vez requerida para ello, o si no resultaba posible ofrecer la posibilidad de subsanación (ATC 276/2001, de 29 de octubre). En el caso que suscita la demanda no se acreditó que quien había interpuesto el recurso contencioso-administrativo ostentara la representación del supuesto recurrente, por lo que no cabe tachar de desproporcionados la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, una vez que la parte no atendió el requerimiento para subsanar los defectos de su comparecencia que le habían sido puestos de manifiesto. Esa consecuencia deriva del apartado 3 del artículo 45 LJCA, que prevé expresamente que el Tribunal ha de examinar de oficio si ha presentado el recurrente los documentos relacionados en el apartado 2 del mismo artículo, entre los que se cuenta el documento que acredite la representación del compareciente...» (Providencia de la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2006).

Por lo expuesto en los párrafos anteriores la Sala entiende que la designación de Letrado no es más que una de las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin que ningún precepto legal atribuya la representación procesal por el hecho de haber sido designado para llevar a cabo una asistencia jurídica.

El artículo 131.2 del vigente Reglamento de extranjería (RD 2393/04), al regular el procedimiento administrativo preferente de expulsión, en similar redacción que el anterior artículo 110 del RD 864/01, prevé que el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos. Pero no puede extenderse dicha previsión de asistencia letrada en un procedimiento administrativo a un otorgamiento de representación procesal para litigar en vía contenciosa contra actos que ni siquiera han sido dictados en el momento de la asistencia letrada.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

Como resulta de lo expuesto, la posición de la Sala es entender que debe conferirse la representación al Letrado, bien mediante comparecencia *apud acta*, bien mediante poder notarial otorgado al efecto, o bien conferir la representación al Procurador del mismo modo.

Debe subrayarse que la protección jurisdiccional del derecho de acceso al proceso y de defensa en el mismo de los derechos e intereses legítimos responde a una configuración legal que la autoridad judicial no puede remover mediante la particularizada aplicación de una suerte de reserva de dispensación en cuanto al cumplimiento de las normas legales procesales cuando éstas no resultan desproporcionadas.

Siendo así que, en el caso de autos, no se ha puesto de manifiesto una situación de inexorable afección a la garantía del derecho de acceso al proceso y de adecuada defensa.

Procede, por ello, acoger el recurso de apelación al incurrir la sentencia apelada no sólo en las infracciones señaladas de los artículos 45 y 78 de la LJ sino también en la aplicación de los artículos 24 y 33 de la LEC en relación con los artículos 23.1 de la LJ y 6 de la LAJG. Pero sin la consecuencia de la inadmisibilidad del recurso planteada por el Abogado del Estado.

Pues lo que corresponde es la revocación de la sentencia apelada y la subsiguiente reposición de las actuaciones procesales al estado que hubieran debido tener al momento de la vista del procedimiento abreviado, en el que por el Magistrado-Juez se hubiera debido apreciar la circunstancia de defecto en la acreditación de la representación procesal de la parte recurrente alegada por la representación procesal de la Administración del Estado. Y efectúe requerimiento de subsanación en la persona del Letrado compareciente, para la acreditación de que por el recurrente se haya conferido la representación procesal a favor de Letrado o, en su caso, a favor de Procurador, en alguna de las formas previstas por el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y una vez sustanciado el incidente, resuelva el órgano judicial lo que proceda sobre la tramitación del proceso.

CUARTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, no procede efectuar imposición sobre las costas devengadas en esta segunda instancia.

En atención a lo expuesto, este Tribunal dicta el siguiente

III. Fallo

Con estimación del recurso de apelación número 626 de 2007, interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado contra la sentencia dictada con fecha de 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de San Sebastián recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006, debemos:

PRIMERO: Revocar como revocamos la resolución jurisdiccional apelada.

SEGUNDO: Disponemos la reposición de las actuaciones procesales al estado que hubieran debido tener al momento de la vista del procedimiento abreviado y se efectúe requerimiento de subsanación en la persona de la letrada compareciente para la acreditación de la representación procesal a favor de letrado o, en su caso, a favor de procurador, en alguna de las formas previstas

por el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y una vez sustanciado el incidente, resuelva el órgano judicial lo que proceda sobre la tramitación del proceso.

TERCERO: No procede efectuar imposición sobre el pago de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto particular discrepante que formula el Ilmo. Sr. Magistrado Don RAFAEL VILLAFÁNEZ GALLEGO en relación con la Sentencia dictada por el Pleno en el Rollo de Apelación número 626 de 2007

Antecedentes de hecho

ÚNICO.-Se aceptan los de la Sentencia.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.—Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia, si bien únicamente en el contexto interpretativo a que se refiere el Fundamento de Derecho Segundo del presente Voto particular.

SEGUNDO.—Mi discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala no descansa en ninguna de las concretas razones de interpretación legal que, estimando no acreditada suficientemente la representación procesal invocada por el Letrado del recurrente, conducen a la revocación de la sentencia de instancia.

De igual modo, tampoco abordaré aquí el examen de las consideraciones hermenéuticas, respecto de las cuales he de manifestar ya que tampoco disiento, que sustentan la confirmación del fallo impugnado en apelación sobre la base de la postura interpretativa alternativa a la mayoritaria, que se refleja en los Votos particulares formulados por los Magistrados D. Juan Luis Ibarra Robles y D. Luis Javier Murgoitio Estefanía.

Es precisamente en esa igual razonabilidad de las posturas interpretativas enfrentadas y en las, a mi juicio, naturales consecuencias de la ponderación anterior en sede de apelación, donde radica mi objeción a la postura mayoritaria.

En mi opinión, del estudio y análisis de las opciones interpretativas concernidas, no puede extraerse la conclusión de la disconformidad a Derecho de ninguna de ellas, en el estado actual de la legislación y en ausencia, bien de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo, bien de una sentencia del Tribunal Constitucional que, en uno y otro caso, aborden directamente la cuestión jurídica controvertida.

En la confrontación entre ambas tesis, no he descubierto ningún elemento hermenéutico que atribuya primacía a alguna de ellas dado que, además, las dos posiciones son respetuosas, des-

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

de mi punto de vista, con el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a la jurisdicción.

Por tanto, de lo anterior únicamente puedo colegir que la elección entre ambas interpretaciones razonables de la norma (concepto este último a que aludo en sentido genérico, por referencia global a la interpretación sistemática desarrollada tanto en la Sentencia como en los Votos particulares anteriormente citados) es legítima cualquiera que sea su resultado y que, por ende, al haber desestimado la sentencia apelada la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, el fallo debería ser objeto de confirmación.

Del mismo modo, en mi opinión, si la resolución combatida en apelación hubiera sido el resultado de la tesis interpretativa que mayoritariamente expresa el sentir de la Sala, la confirmación de lo decidido en la instancia hubiera sido igualmente debida.

En realidad, nada nuevo bajo el sol. En otros ámbitos, en estos supuestos prácticos de colisión entre distintas interpretaciones razonables de la norma, como sucede en la coincidencia de interpretaciones constitucionales e inconstitucionales de la Ley cuestionada ante la jurisdicción constitucional o en la revisión judicial (*judicial review*) de las decisiones emanadas de la Administración, se ha alcanzado finalmente una solución consagrandó reglas conclusivas de autorrestricción, contención o prudencia («in dubio pro legislatore» insito al principio de presunción de constitucionalidad o la doctrina de la «deferencia» de los Tribunales hacia el Ejecutivo) que, al igual que sucede en la posición que aquí se mantiene, confirman la validez de la Ley, acto o reglamentación cuestionados, respectivamente, si en ellos subyace una exégesis plausible de la norma de contraste.

No obstante, no soy ajeno a las críticas que la opinión expuesta puede merecer, pero entiendo que las objeciones pueden ser contraargumentadas con razones sólidas y atendibles en todos los casos.

Así, a mi juicio, los principales motivos de oposición que la posición aquí manifestada puede encontrar son los tres siguientes: al admitir la validez de las dos interpretaciones de la norma, (a) deja imprejuzgada la cuestión interpretativa a decidir y no modifica el *statu quo* previo a la decisión del presente asunto; (b) no aporta claridad, ni certeza, ni cumple la función unificadora perseguida por la decisión del presente recurso; y (c) infringe el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE).

(a) En relación con la primera objeción, a mi entender no se infringe la prohibición de *non liquet* contenida en el artículo 1.7 del Código Civil y artículo 448 del Código Penal, por cuanto abstenerse de resolver so pretexto de oscuridad insuficiencia o silencio de la Ley no puede asimilarse a lo que aquí se defiende, es decir, admitir dos interpretaciones adecuadas a Derecho de la norma. Ello significa, por tanto, decidir siempre, aunque ello signifique convalidar en cada caso la opción por la que, ante esa disyuntiva, se haya decantado razonable y razonadamente el Juzgador de Instancia.

En cuanto a que la tesis presente no es dirimente, que deja intacta la situación actual y no aporta ninguna novedad, mi discrepancia en este punto radica en la siguiente consideración: admitir la legitimidad interpretativa de las dos posiciones enfrentadas y confirmar lo decidido al respecto en la instancia, obligaría necesariamente a una corrección por parte de las Secciones que, hasta ahora, han mantenido una sola de las dos posturas como la jurídicamente plausible, pues

la posición hermenéutica así compartida implicaría confirmar en el futuro pronunciamientos judiciales que, en otro caso, habrían sido revocados.

(b) En lo que concierne a la crítica referente a la falta de claridad y certeza de la postura interpretativa que defiende, no comparto que la tesis aquí sostenida como criterio de decisión (al admitir en sede de apelación la opción del Juez de instancia entre dos interpretaciones razonables de la norma en lugar de acoger solamente una como adecuada a Derecho) sea oscura o genere incertidumbre, dificultando en ambos casos la función de juzgar. Por el contrario, creo que admitir, en el presente caso y en las condiciones examinadas, un margen de apreciación hermenéutica razonable supone proporcionar una solución concreta, delimitada y definida en toda su extensión, al menos en los mismos términos que se ofrecen por la posición mayoritaria.

A propósito de la objeción atinente a que la postura defendida en este Voto particular no contribuye a la unificación de criterios, entiendo que la misma puede ser rebatida desde una dimensión estrictamente lingüística: no sustento la validez de diversos criterios, sino de uno solo, que puede resumirse en el hecho de admitir como convalidable en sede de apelación la elección que el Juez de instancia haya efectuado entre las dos interpretaciones razonables de la norma que se vienen sosteniendo por las diferentes Secciones de este mismo Tribunal.

(c) Por último, en relación a la crítica relativa a la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a mi juicio tal objeción encuentra dos contraargumentos pertinentes.

En primer lugar, la tesis que aquí se defiende tiene, naturalmente, vocación de generalidad, para todos los casos que en el futuro se pudieran presentar a este Tribunal, por lo que, en consecuencia, la solución confirmatoria sería idéntica siempre que el Juzgador de instancia hubiera acogido fundadamente una de las dos posiciones interpretativas consideradas.

En segundo lugar, el propio Tribunal Constitucional admitió en la Sentencia núm. 42/1993, de 8 de febrero de 1993, que eran respetuosas con el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley las vacilaciones de un mismo Tribunal que, en diferentes resoluciones, oscilaba entre dos interpretaciones distintas de la misma norma.

En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional afirmó:

«QUINTO.—Lo expuesto, aunque en apariencia pudiera revelar una desigual aplicación de la Ley, exige sin embargo el contraste con otros hechos externos a las propias resoluciones, señalados por la Empresa demandada; así la existencia de dos sentencias, dictadas por el mismo órgano judicial —Sala de lo Social del TSJ de Madrid—, también en fechas anteriores a la ahora impugnada —30 de enero y 13 de febrero de 1990— las cuales, resolviendo supuestos asimismo sustancialmente idénticos al ahora examinado, efectúan pronunciamientos en el mismo sentido que la resolución judicial objeto de este recurso, es decir, declaran también la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento del asunto.

Estas revelan que la impugnada no significó por sí sola un cambio abrupto, inesperado e inmotivado en el criterio del Tribunal sino que, según ya dijimos en las SSTC 201/1991, 202/1991 —por remisión en las 221/1991 y 112/1992— dicha sentencia no aparece como una resolución aislada que irreflexiva o arbitrariamente cambie de modo ocasional e inesperado una línea mantenida sin contradicción relevante, sino que, muy al contrario, reproduce el criterio ya formulado en otras anteriores.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

De lo cual se desprende la existencia de dos criterios distintos que alternan y representan concepciones jurídicas también diferentes pero ambas razonadas y fundadas: la que conceptúa como laboral la relación entre la Empresa y los llamados “depositarios” y la que considera que, para serlo, no reúne los elementos del artículo 1.1 ET, lo cual determina la declaración de incompetencia de la jurisdicción laboral.

Aquel criterio funda las SS 30 octubre 1989 y 30 enero 1990 del Tribunal Superior de Justicia, y el segundo, las de 30 enero 1990, 13 de febrero de 1990 y 3 de abril de 1990 (que es la aquí impugnada).

SEXTO.—La sentencia que se impugna, en sí misma fundada como antes decimos, no aparece aislada sino en la misma línea de otras que mantenían igual criterio. Teniendo, pues, en cuenta la citada doctrina de este Tribunal, ha de concluirse que no ha habido en el caso un apartamiento infundado por un órgano judicial que rompa arbitrariamente la doctrina anterior aplicada a un supuesto idéntico, y en consecuencia no cabe reputar que la misma haya vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la Ley que es el sometido a la decisión de este Tribunal, el cual, evidentemente, no es un órgano cuyo cometido consista en la unificación de doctrina. Procede, por tanto, la desestimación del recurso».

En consecuencia, en mi opinión, al trasladar al presente caso lo razonado por el Tribunal Constitucional en la sentencia transcrita, se neutralizan las objeciones apuntadas desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley.

Por todo lo expuesto, a mi juicio el fallo debiera haber sido confirmatorio del pronunciamiento de instancia en cuanto al rechazo de la causa de inadmisibilidad.

TERCERO.—Abordando el fondo del asunto, una vez superado el obstáculo formulado respecto de la admisibilidad, creo que el segundo también debiera ser objeto de rechazo por esta Sala.

En síntesis, la sentencia de instancia aprecia como probados unos hechos (extranjero documentado y con un mínimo arraigo) que, en lugar de ser combatidos en el recurso de apelación, son soslayados por la Abogacía del Estado. Así, el recurso de apelación, en relación a este segundo motivo, se ocupa exclusivamente de trasladar sesgadamente a los hechos declarados probados en la resolución administrativa lo razonado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales con el fin de cuestionar la degradación de la sanción administrativa operada en la instancia.

En definitiva, la *ratio decidendi* del pronunciamiento de la sentencia apelada sobre la legalidad del acto impugnado debería, a mi juicio, ser confirmada en sede de apelación, al considerar correctamente aplicada la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el principio de proporcionalidad en relación con la sanción de expulsión.

CUARTO.—Por lo razonado, en mi opinión procedería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional de 1998, efectuar preceptiva imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

En consecuencia, entiendo que el Tribunal debería haber dictado el siguiente

Fallo

Con desestimación del recurso de apelación, registrado con el número 626 de 2007, interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia dictada con fecha de 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Donostia-San Sebastián, recaída en el Recurso Contencioso-administrativo registrado con el número de procedimiento 311 de 2006, debemos:

PRIMERO: Confirmar, como confirmamos, la sentencia apelada.

SEGUNDO: Efectuamos imposición a la parte apelante de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia.

Voto particular discrepante que formula el Ilmo. Sr. Magistrado Don. JUAN LUIS IBARRA ROBLES en relación con la Sentencia dictada por el Pleno en el Rollo de Apelación número 626 de 2007

1. Con el sincero respeto a la sentencia adoptada por el voto de la mayoría de los miembros del Pleno de la Sala, expreso mi discrepancia respecto del pronunciamiento del fallo por el que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Donostia-San Sebastián, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006.

Al entender que el recurso de apelación debió ser desestimado, he de mostrar, necesariamente, discrepancia respecto de los pronunciamientos segundo y tercero del fallo.

Mi disconformidad no alcanza a los Antecedentes de hecho, ni a los Fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia recaída en los autos.

2. Los referidos pasajes de la sentencia ahora objetada ponen de manifiesto los siguientes antecedentes que juzgo relevantes para el enjuiciamiento:

a) El recurrente, D. Sasidharan Kochukunya, solicitó y obtuvo de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, en virtud de acuerdo adoptado con fecha de 15 de junio de 2006, el reconocimiento del derecho a que se le facilitaran la totalidad de las prestaciones conferidas por el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero. Y, en concreto, en los términos dispuestos por dicho precepto legal, le confirió el derecho a las prestaciones de defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en el proceso seguido en la primera instancia. Proceso cuyo objeto se ceñía al enjuiciamiento de las pretensiones ejercitadas en relación con la resolución dictada con fecha de 2 de mayo de 2006 por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, que impuso a la persona extranjera recurrente la sanción del expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en el Espacio Schengen por un periodo de tres años.

b) La Letrada D.^a Itziar Uzkudun Lanz acompañó al escrito de interposición del recurso jurisdiccional, exclusivamente suscrito por la misma, el traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que le habilitaba para la actuación profesional. En dicho escrito,

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

la Letrada así designada manifestó que actuaba en nombre y representación de D. Sasidharan Kochukunya.

c) En el trámite de incoación del proceso, mediante Providencia dictada con fecha de 11 de julio de 2006, el Juzgado declaró la validez de la comparecencia teniendo a D. Sasidharan Kochukunya por comparecido y parte, debidamente representado por la Letrada D.ª Itziar Uzkudun Lanz. Dispuso, también, la sustanciación del proceso por los trámites del procedimiento abreviado regulado por el artículo 78 de la Ley Jurisdiccional 29/1998; y notificó a dicha Letrada la totalidad de las actuaciones procesales, incluida la sentencia dictada en la instancia.

d) El Abogado del Estado, en el acto de la vista, alegó como óbice procesal para la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo la concurrencia de la causa de inadmisibilidad tipificada en el artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Y ello, por entender que la documentación aportada junto con el escrito de interposición del recurso jurisdiccional no acredita que la Letrada actuante tuviera debidamente conferida la representación procesal del recurrente. Oída la parte demandante, la Juez mandó proseguir el juicio y dictó la sentencia sobre el fondo que es objeto del recurso de apelación.

e) En el recurso de apelación, el Abogado del Estado impugna el pronunciamiento estimatorio de las pretensiones ejercitadas en la instancia e interesa una sentencia revocatoria por la que se declare la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional por concurrencia de la causa tipificada en el artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

3. La pretensión de que se declare la inadmisibilidad del recurso jurisdiccional interpuesto en nombre y representación de D. Sasidharan Kochukunya por la Letrada D.ª Itziar Uzkudun Lanz, designada profesionalmente por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, que se ejercita en la instancia y en el recurso de apelación se funda, exclusivamente, en que el recurso jurisdiccional se interpuso por persona no debidamente representada.

El fundamento de la pretensión alude, por tanto, a un defecto procesal de carácter subsanable, atinente al deber del recurrente (que no se encuentre legalmente habilitado para comparecer por sí mismo) de actuar ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de representante procesal (Procurador o Abogado) a quien habrá de conferir su representación a fin de que sea a este representante «a quien se notifiquen las actuaciones», según la dicción empleada por el artículo 23.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

Como ya se ha constatado, la Letrada D.ª Itziar Uzkudun Lanz desempeñó, de hecho, las funciones de representante procesal de D. Sasidharan Kochukunya al amparo de la designación efectuada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para hacer efectivo el derecho a las prestaciones previstas por el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero; y mantuvo este desempeño hasta la conclusión del proceso, incluida la notificación de la sentencia, en virtud de los efectos jurídicos desplegados por la decisión judicial que declaró válida la comparecencia en el proceso del recurrente representado por dicha Letrada.

4. Pues bien, la sentencia adoptada por la mayoría de los miembros de esta Sala es conteste con quien suscribe este voto particular en punto a que, por tratarse de una alegación fundada en la concurrencia de un vicio procesal subsanable, la pretensión de declaración de inadmisibilidad en los términos en los que se ejercitó por el Abogado del Estado no podía ser estimada en derecho por la sentencia dictada en la instancia.

Toda vez que una eventual declaración judicial de inadmisibilidad del recurso hubiera contravenido frontalmente la norma procesal dispuesta por el artículo 138.3 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 («3. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto»). Siendo así que, incontrovertidamente, la designación efectuada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita impedía la aplicación de la categoría del defecto procesal insubsanable; y, de forma igualmente palmaria, no se había conferido plazo al recurrente para la eventual subsanación de ningún defecto que afectara a la validez de la comparecencia en el proceso por medio de representante.

5. A partir de este punto, mi discrepancia se centra en el pronunciamiento estimatorio del recurso de apelación aun cuando el mismo se sustenta sobre una razón de decidir que excluye la infracción del artículo 69.b) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 por el fallo de la sentencia apelada.

Sin embargo, la referida razón de decidir sitúa la declaración de invalidez de la sentencia en la infracción del artículo 78, en relación con el artículo 45.3, ambos de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Y ello, por entender que la sentencia se dicta sin procederse a la subsanación del defecto procesal denunciado por el Abogado del Estado en el acto de la vista; consistente en que la parte compareció y actuó en el proceso por medio de la Letrada designada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita sin que se haya acreditado que el recurrente, beneficiario de la prestación, le hubiera conferido la representación procesal en alguna de las formas previstas en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque se aceptara a efectos argumentativos la posición interpretativa que entiende exigible que se acompañe al escrito de interposición del recurso jurisdiccional la acreditación, por un medio distinto a la aportación del traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, de que la Letrada actuante tenía conferida la representación procesal del recurrente.

Sin embargo, desde la anterior premisa, y atendiendo a las alegaciones que fundan el motivo impugnatorio en el recurso de apelación, el suscriptor no llega a la conclusión procesal de que el concreto defecto apreciado en la acreditación de la representación del recurrente deba subsumirse en la categoría de los óbices procesales que, por disposición del artículo 78.7 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, despliegan el efecto jurídico de impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo; determinando, con ello, la declaración de invalidez de la sentencia dictada en la instancia.

6. En el recurso de apelación, el Abogado del Estado, muestra su plena conformidad con una interpretación «pro actione» en el cumplimiento de los requisitos procesales que facilite la efectividad del derecho del recurrente a la garantía constitucional (artículo 24.1 CE) de una tutela judicial efectiva.

No obstante lo cual, aprecia que en el presente caso concurre un defecto en la acreditación de la representación que la Letrada afirma conferida a su favor que determina su incursión en la categoría de los óbices que impiden, de forma esencial, la configuración de la relación jurídico-procesal. Toda vez que, a juicio de la parte apelante, la carencia denunciada, impide presuponer que el acceso al proceso y el mantenimiento en el mismo respondan a la efectiva voluntad de D. Sasidharan Kochukunya. Y, en defecto de esta voluntad impugnatoria, la relación jurídico-procesal no aparecería constituida por la persona extranjera interesada en la revocación de la resolución administrativa sancionadora sino por la propia Letrada compareciente quien, al ac-

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

tuar por sí misma y no en representación del interesado, carecería de legitimación activa para deducir pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con la resolución administrativa sancionadora que se sujeta a control jurisdiccional.

Debe compartirse con la parte apelante que la existencia de la parte recurrente y, por tanto, la válida constitución de la relación jurídico-procesal presupone la voluntad en el ejercicio del derecho de acceso al proceso por parte de la persona que ostenta un derecho o un interés legítimo en relación con la actuación administrativa objeto de impugnación.

Pero, en el caso de autos, este presupuesto debe tenerse como cumplido mediante el traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que se acompañó al escrito de interposición del recurso.

Debe repararse en que la argumentación de la parte apelante se sostiene sobre la formulación de una duda no debidamente despejada sobre la actuación procesal de la Letrada; actuación que, a su juicio, se podría haber producido sin contar con la voluntad impugnatoria de la persona extranjera interesada; en cuyo caso la Letrada vendría actuando en su propio nombre, sin contar con legitimación procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Esta conjetura y, por tanto, la argumentación que sobre ella se desarrolla quiebra mediante la acreditación del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por el que se designa a la Letrada para la defensa del recurrente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y en el concreto proceso en el que se impugna la resolución administrativa sancionadora que le fue impuesta al recurrente.

De forma que el acuerdo de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita pone fin a un procedimiento administrativo incoado a instancia de la persona extranjera en virtud de la manifestación de la voluntad de ejercer el derecho de acceso al proceso, expresada en la solicitud de concesión de las prestaciones propias del beneficio de justicia gratuita que se resuelve mediante la decisión administrativa de declararle beneficiario de las prestaciones de defensa y representación gratuitas; y la que determina la materialización de estas prestaciones mediante la designación de la Letrada actuante por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

7. En consecuencia, no habiéndose cuestionado en el proceso resuelto mediante la sentencia apelada la presunción legal de validez jurídica predicable del acuerdo administrativo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, las prestaciones conferidas a D. Sasidharan Kochukunya debían incluir, en su contenido material, el alcance preciso para hacer efectivo el contenido de la tutela judicial reclamada mediante la solicitud del beneficio de justicia gratuita. Alcance que, por prescripción constitucional (artículo 24.1 CE) integra el derecho de acceso a la jurisdicción y que se concreta, en los términos, por todas, de la STC 115/1984, de 3 de diciembre, en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional y a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, que puede ser de inadmisión si así procede.

Pero, en lo que ahora interesa, el principio de interpretación conforme a la referida garantía constitucional habilita una aplicación de las normas procesales en la que no toda irregularidad formal se ofrezca como un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determina así de forma taxativa (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, 102/1984, de 12 de noviembre, y 69/1987, de 22 de mayo).

Por los anteriores fundamentos, en el concreto caso de autos, la aportación del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita abona una interpretación del artículo 78.7, en relación con el artículo 23.1 y 45.3, de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de la que concluye el suscribiente que la irregularidad formal detectada no responde a la naturaleza procesal de los óbices impeditivos de la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Y, en consecuencia, dicha irregularidad formal no obstaba a la válida prosecución y término del proceso mediante el dictado de sentencia sobre el fondo.

8. Por lo que, a mi juicio, debió fallarse el recurso de apelación con desestimación del mismo. Con el consecuente pronunciamiento declarativo de la confirmación del fallo de la sentencia dictada en la primera instancia. Y con el preceptivo pronunciamiento de imposición a la parte apelante de las costas devengadas en la segunda instancia.

Voto particular discrepante que formula el Ilmo. Sr. Magistrado Don LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA en relación con la Sentencia dictada por el Pleno en el Rollo de Apelación número 626 de 2007

La emisión de este voto presupone la previa adhesión a lo fundamental de cuanto se razona en el que le precede, formulado por el Presidente de la Sala, Ilmo. Sr. Don Juan Luis Ibarra, y se plantea con separación al fin exclusivo de ahondar en concretos aspectos de legalidad ordinaria que entiendo mal abordados y decididos en la sentencia mayoritaria, dada mi total discrepancia con el criterio favorable a las tesis de la Administración del Estado que dicha sentencia acoge.

La conclusión que se alcanza en la parte esencial de la sentencia –Fundamento Jurídico Tercero–, se basa, más que en una verdadera interpretación, en sublimar y dar valor absoluto a una regla que ni siquiera es aplicable a la asistencia jurídica gratuita, como es el artículo 24.1 LEC.

De este modo, partiendo de la premisa de que las partes han de actuar representadas por un técnico en derecho colegiado en el proceso contencioso-administrativo –artículo 23.1 LJCA–, se acude al artículo 24 LEC, para concluir que la representación técnica mediante Letrado o Procurador se deberá acreditar indefectiblemente mediante poder notarial o comparecencia *apud acta* ante el Secretario Judicial.

Sin embargo, no repara la mayoría de la Sala en que el artículo 24.1 LEC no sanciona lo que se pretende, pues no dice que *toda* parte procesal deba de presentar un poder de esas características como requisito de comparecencia, sino que se limita a regular en la forma, «el poder en que la parte otorgue su representación». Es decir, que, al consagrar simplemente una prueba privilegiada y excluyente de esa representación, el precepto presupone que la parte ha tenido que otorgarla de manera voluntaria y contractual –artículo 33.1 LEC–.

Sistemáticamente, todo el Capítulo V está referido exclusivamente a ese modelo de actuación procesal general propio de los litigantes privados, y como luego veremos, la tentativa forzada de extensión a la representación que deriva de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, quiebra su sistema, pues no en vano los artículos 34 y 35, dentro del mismo capítulo, versan sobre los Derechos de Procurador y los Honorarios de Abogados. ¿También serán dichos preceptos ineludiblemente aplicables a toda representación técnica en el proceso?

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

Quedarán por tanto fuera del ámbito probatorio del artículo 24 LEC cuantos otros tipos de representación pública o institucional de los litigantes no sean voluntarios, o no se caractericen por la libre elección del profesional colegiado y la aceptación de éste, propia del mandato representativo.

Por señalar solo un ejemplo, el vigente artículo 551.3 de la LOPJ contempla la postulación de las CC.AA. y de los Entes Locales, atribuyendo, como regla general, la representación y defensa de aquellos a los letrados que sirvan en sus respectivos servicios jurídicos. En la lógica de la mayoría de la Sala que la sentencia expresa, tal precepto habría de tenerse por ineficaz o insuficiente ante el repetido artículo 24.1 LEC, y también las Administraciones litigantes habrían de otorgar necesariamente un poder notarial o *apud acta* en favor de sus referidos letrados, sin que sea bastante con la designación oficial de tales letrados que en tales casos se acredita en las actuaciones.

Mas a nadie se le ocurrirá afirmar que de esa omisión de documento de apoderamiento deriva una práctica forense relajada, y en el fondo ilegal y, en cambio, constituye la más palpable demostración de cuanto se viene argumentando en este voto discrepante, pues precisamente la representación procesal oficial del litigante que el profesional colegiado viene obligado a asumir en base a la Ley 1/1996, ofrece rasgos muy similares a la del artículo 551 citado, en tanto no es voluntaria, ni permite el juego de la libre proposición contractual y la necesaria aceptación de la misma.

Sin embargo, para dejar de lado esa objeción, la mayoría del Tribunal termina por asimilar ambas figuras, sosteniendo que lo que el sistema de dicha Ley 1/1996 comporta es una simple exención de pago de derechos y honorarios garantizando la gratuidad para ciertos litigantes, pero sin eximirles de cumplir exigencias procesales representativas que serían absolutamente generales e ineludibles, como la de otorgar un poder para pleitos. Lo que la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita conllevaría es la mera *designación* del Procurador, conforme al citado artículo 33.1, pero una cosa es *designar*, que es lo que hacen las Corporaciones públicas, y otra será *apoderar*, que es lo que siempre la parte litigante deberá hacer por sí misma.

Nada más lejos de la verdad procesal e institucional, como viene argumentándose. Sostengo en este voto discrepante que tal posición es antijurídica y contradictoria, y equivaldría –en términos de representación legal extrajudicial–, a proclamar que, por ejemplo, el tutor, además del nombramiento judicial para ejercer el cargo, necesita de un apoderamiento voluntario del propio incapaz para acreditar la representación de éste ante terceros.

La designación de representante técnico procesal que se produce en base a la Ley 1/1996, constituye el establecimiento casuístico de un mecanismo de postulación procesal pública mediante un nombramiento oficial que, en base a los artículos 15, 17, 27, y 31, entre otros, conlleva que la representación sea respectivamente conferida y asumida *ex lege* por la Administración y el profesional colegiado designado, sin elección ni posible rechazo, con lo que la necesidad de acreditar tal representación mediante un apoderamiento notarial o judicial del interesado, es decir, mediante un documento público expresivo del conferimiento de tal representación, no es solo que resulte sobreabundante e innecesaria, sino que entra en abierto conflicto con la naturaleza de ese otorgamiento público. Sostengo incluso, yendo un paso más allá, que el otorgamiento de un apoderamiento voluntario por parte del litigante, equivaldría a la renuncia implícita a las prestaciones públicas consagradas por dicha ley, como expresión de un libre encargo al colegiado, sujeto a la aceptación de éste.

En consecuencia, me parece plenamente infundada la suposición de la mayoría de la Sala de que la secular inexigencia de poder notarial o *apud acta* en los supuestos de asistencia jurídica gratuita solo responda a una práctica forense más o menos *contra legem*, y que la aplicación estricta de la ley, obligue a atenerse al artículo 24.1 LEC. Antes bien, si solo esporádicamente ha surgido la cuestión y la jurisprudencia y la práctica la han resuelto desde antiguo en el sentido de que la designación oficial se equipara a un poder general para pleitos, es por haber hecho una idónea y completa apreciación de la institución desde todos sus vértices, sin convertir en un algo abstracto el documento acreditativo de la representación voluntaria como si de un requisito formal de procedibilidad se tratase.

2.º) Otra de las bases de los planteamientos que en el recurso hizo la Abogacía del Estado, es que el apoderamiento del artículo 24 LEC es el instrumento procesal que sirve para dejar constancia de que se está ante un proceso cuya interposición ha sido debidamente decidida por el mismo litigante.

Sin embargo, ni la acreditación de la representación procesal voluntaria tiene esa finalidad, ni se está tampoco ante un requisito que las leyes impongan a las personas físicas litigantes.

En efecto, fuera del supuesto de las personas jurídicas, que deben específicamente acreditar documentalmente el acuerdo de interposición del proceso –artículo. 45.2.d) LJCA–, los litigantes individuales comparecen en él con solo satisfacer las formas y condiciones de postulación que en cada caso sean atinentes. Un litigante ordinario será tenido por parte recurrente mediante la formulación a su nombre de un escrito en que la representación del Procurador interviniente se haya otorgado, acaso, hace veinte o más años, y ningún deber procesal de ratificación pesa sobre dicha parte en relación con los actos procesales que se efectúen a su nombre. Se trata de una declaración de voluntad externa al proceso, que no forma parte de él, y que no es fiscalizable por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

Carece, por ello de todo fundamento, al menos *de lege data*, que los litigantes extranjeros, amparados como están por el artículo 22.1 de la LOREX 4/2000 –aunque no sean residentes, conforme a la STC 236/2007–, deban acreditar formalmente su voluntad litigiosa en el proceso, mediante una comparecencia ante Notario público o ante el Secretario del órgano jurisdiccional, en lo que constituiría en principio una exigencia claramente discriminatoria –artículo 23 LO–.

3.º) Por último, la respuesta jurisdiccional que considero conforme a derecho para el supuesto de la presente Apelación núm. 685/2.007, es la plenamente desestimatoria,

Entiendo que la fundamentación de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia-San Sebastián –que se transcribe en el FJ Primero, Letra B) de la nuestra–, satisface plenamente el ordenamiento jurídico tanto desde el prisma de la interpretación conforme a la Constitución de los requisitos de acceso al proceso, como desde la óptica de la legalidad ordinaria, y que debería ser plenamente confirmada en ese punto.

Si, como parece, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita competente, designó, en principio, exclusivamente Letrado –y no Procurador–, para emprender el proceso de instancia, podrá discutirse si tal proceder viene o no amparado por el artículo 6 de la LAJG 1/1996, en un tipo de proceso en que el Abogado puede ejercer simultáneamente la representación y defensa del litigante –artículo 23.1 LJCA–, y si el sistema de la asistencia jurídica gratuita permite englobar y subsumir esa opción legal, eludiendo inicialmente la designación de Procurador (facultativa

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

pero no estrictamente preceptiva), y reservando expresamente la designación de este último para el caso de comparecer en segunda instancia ante Tribunal Colegiado –artículo 23.2 LJ–. Lo que no comparto es que, por razón de entender el órgano judicial –por sí o a solicitud de la parte contraria–, que la representación no viene conferida al Letrado, se obvie que la prestación pública reconocida al litigante extranjero abarca a ambas figuras de la postulación técnica, y que se le imponga, con tal pretexto, la representación procesal voluntaria a acreditar mediante poder notarial o comparecencia *apud acta*.

De otra parte, tengo por plenamente infundada la pretensión de la Abogacía del Estado de que el órgano jurisdiccional carece de facultades para requerir ese complemento de representatividad procesal, si así lo juzga imprescindible o más acorde a derecho. Esa facultad coincidirá o no exactamente en su formulación y ejercicio con lo que disponen los artículos 6.3 y 21 de la Ley 1/1996, pero tiene todo su respaldo en lo que establece el artículo 45.3 LJCA, en tanto que le atribuye al Juez o Tribunal el poder de determinar en cada caso la suficiencia de los requisitos de comparecencia y de imponer la subsanación de los mismos por el cauce que legalmente corresponda.

Voto particular concurrente que formula la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARÍA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO en relación con la Sentencia dictada por el Pleno en el Rollo de Apelación número 626 de 2007

Con el debido respeto al parecer de la mayoría, debo matizar los fundamentos que llevan a estimar la apelación.

Los razonamientos que considera adecuados al caso son los siguientes:

La cuestión en la que sin llegar a discrepar, sí me gustaría matizar, es la que se recoge en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. En concreto, si el reconocimiento del derecho a litigar gratuitamente y/o la designación de oficio, comporta, como dice la sentencia «de suyo y sin necesidad de poder notarial o apoderamiento *apud acta*, la representación del extranjero» en la forma exigida en el artículo 24 de la LECV.

La sentencia concluye «el otorgamiento de la representación lo regula el artículo 24 de la LEC exigiendo poder notarial o *apud acta*, y lo hace sin distinciones, sin hacer la salvedad de los supuestos de designación de oficio, sean o no de asistencia jurídica gratuita. Siendo ello así, a juicio de la Sala es obligado concluir que el apoderamiento de quien ostente la representación ha de hacerse en la forma prescrita por el artículo 24 de la LEC. La LEC exige la comparecencia personal ante un fedatario público y la expresa manifestación de voluntad de interponer el recurso, exigencia a la que en modo alguno, cabe equiparar la comparecencia personal del litigante ante el Colegio de Abogados prevista por el artículo 12 LAJG».

Antes de expresar mi parecer, estimo pertinente realizar algunas consideraciones previas, que resultan necesarias a la hora de exponer mi opinión.

El poder que ha de otorgarse al Procurador, para actuar procesalmente constituye un mandato representativo típico. El mandato se otorga notarialmente, de suerte que, en virtud de las exigencias del Reglamento Notarial, el documento resultante «Poder», suele acreditar no sólo el mandato representativo conferido, sino otras circunstancias del otorgante que hacen referen-

cia a su capacidad de obrar, a su condición de representante (si como tal otorga el poder). Sin embargo, la representación puede conferirse, asimismo, mediante comparecencia ante el Secretario del Tribunal, que haya de conocer del asunto (apoderamiento *apud acta*, artículos 24.1 LEC y 281.3 LOPJ). Este otorgamiento de poder ante el Secretario se habrá de deducir « al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación.

La parte puede conferir su representación técnica al Procurador que libremente escoja, en las dos formas antes mencionadas, pero si la parte lo solicita o si se niega a nombrarlo, se le nombrará de oficio, siempre que sea preceptiva su intervención.

A los medios de adquisición de la representación a que alude el artículo 24.1 LEC debe añadirse, y es aquí donde introduzco el matiz a la sentencia, el acto también formal y de naturaleza administrativa de nombramiento de representante procesal por el Colegio de Procuradores en los supuestos que prevé la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tanto con carácter provisional como definitivo (artículos 6.3, 15, 21). Obviamente, no es equiparable este nombramiento de representante procesal, a la representación en los términos antes expuestos (artículo 24 de la LEC), pues la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita es un órgano administrativo, no un fedatario público. La Ley de Justicia Gratuita y el Reglamento son anteriores a la nueva LEC y ésta no introdujo modificación alguna en los preceptos de la misma relativos a la designación de profesionales y los efectos que lleva consigo dicha designación. La ley de asistencia jurídica gratuita define el contenido de la obtención del beneficio, circunscrito a la representación real y efectiva del beneficiario (artículo 6.3) hasta la terminación del proceso, artículo 31, definiendo el artículo 7 la extensión temporal de dicho derecho.

No obstante, las consideraciones que se recogen en la sentencia, son aceptables, en cuanto son abundantes, los supuestos en que el actor ha sido objeto de devolución del territorio español o se ha decretado su expulsión, es decir, casos en que hay fundadas sospechas o la certeza de que el extranjero no está presente y de que no ha impartido la orden expresa de interponer el recurso contencioso administrativo, y lo plantea el Letrado o Letrada como corolario de su actuación profesional de defensa en el previo procedimiento administrativo. Pues bien, en este sentido, no considero que la interpretación que del artículo 24 de la LEC hace la sentencia, sea antijurídica, considerando que es conforme con la naturaleza del mandato representativo. Así mismo y coincidiendo con la sentencia, tampoco la exigencia de representación conforme a las normas procesales generales constituya ningún obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción, cuando la Ley de Extranjería, en su artículo 65.2, prevé expresamente la facultad del extranjero que se encuentra fuera de España de cursar los recursos contencioso-administrativos a través de la oficina consular correspondiente.

En la Villa de Bilbao (Bizkaia), a nueve de diciembre de dos mil nueve.

II. INTRODUCCIÓN

La sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco núm. 807/2009, de 27 de noviembre, dictada en el Recurso de Apelación núm. 626/07, aborda como cuestión de fondo el alcance material de la designación de Abogado de oficio, en

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

relación con las facultades de representación en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, en materia sancionadora de extranjería.

Esta sentencia fue dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, habiendo recibido cuatro votos particulares, de los cuales tres fueron discrepantes.

Ha de tenerse en cuenta que la fundamentación jurídica aplicada, en lo concerniente al ámbito material de la extranjería, ha sido la versión de la Ley Orgánica 8/2000, anterior a la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que da nueva redacción al artículo 22¹ referente al derecho a la asistencia jurídica gratuita.

III. SENTENCIA APELADA

La sentencia apelada fue la dictada con fecha de 16 de febrero de 2007 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de San Sebastián recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 311/2006.

Dicha sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de 2 de mayo de 2006 por la que se acordó la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por un periodo de tres años. La sentencia de instancia anuló dicha actuación, por ser contraria al ordenamiento jurídico, imponiendo la sanción de multa en su grado mínimo.

La sentencia apelada abordó en primer lugar la cuestión relativa a la excepción procesal de falta de legitimación planteada por el Abogado del Estado, y subsiguiente declaración de inadmisibilidad del recurso, por carecer la Letrada recurrente de poder de representación del demandante.

Dicha excepción fue desestimada tras una extensa fundamentación jurídica, basándose en varias ideas:

(1) Artículo 22 según redacción de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre:

«1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

3. En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen.

A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente».

1.º) El derecho a la tutela judicial efectiva es diferente a la asistencia jurídica gratuita. Es un derecho constitucional y de aplicación directa.

2.º) Los procedimientos sancionadores en materia de extranjería se inician con una detención, que como toda privación de libertad, comporta una serie de derechos del detenido entre ellos la asistencia por Letrado del turno de oficio. Cuál sea el alcance de esta asistencia se convierte en una cuestión fundamental para garantizar efectivamente el derecho y si ello comporta o no el acceso de la jurisdicción competente, la jurisdicción contenciosa-administrativa, por tratarse de una sanción administrativa dictada por la Administración.

3.º) La aplicación del artículo 2.e) de la Ley 1/1996², de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en su redacción dada por la Ley 16/2005, de 18 de julio, y del artículo 33 LEC³, interpretados constitucionalmente⁴, obligan a los Jueces y Tribunales a llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (artículos 11.3, 240.2, 242 y 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Con estas premisas, la conclusión que alcanzó la sentencia de instancia fue entender no necesaria la representación por medio de Procurador, considerando que otra interpretación produciría como resultado una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva.

IV. POSICIÓN DE LA PARTE APELANTE

La parte apelante mostró su acuerdo con la interpretación *pro actione* de los requisitos procesales que la sentencia de instancia realizó. Sin embargo, achacó a la interpretación contenida en la sentencia de instancia ser tan laxa que desnaturalizó las exigencias procesales hasta el punto de crear excepciones, frente a la regla general, donde la ley no las establece. Tras recordar que las normas que regulan la representación procesal son normas de orden público cuya observancia es esencial para la adecuada configuración de la relación jurídico procesal, anudó una doble consecuencia a la circunstancia de entender suficientemente acreditada la representación con el nombramiento del Colegio de Abogados. De un lado, la infracción de la institución de la representación procesal. De otro, la vulneración de las voluntades de los propios recurrentes que imposibilita el conocimiento del mantenimiento efectivo de su voluntad de permanecer en el procedimiento, al no estar debidamente representados en el proceso.

(2) «2.e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo».

(3) «33.1. Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio».

(4) Sentencia del TC de 29 de septiembre de 2003, que remite a la núm. 45/2002, de 25 de febrero de 2002.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

V. POSICIÓN DE LA PARTE APELADA

La defensa del demandante en la instancia no formuló oposición al recurso de apelación.

VI. FALLO DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA DE APELACIÓN

La sentencia de apelación estimó el Recurso de Apelación, y consecuentemente, en primer lugar, revocó la resolución jurisdiccional apelada, para a continuación, en segundo lugar, «disponer la reposición de las actuaciones procesales al estado que hubieran debido tener al momento de la vista del procedimiento abreviado, para que se efectúe requerimiento de subsanación en la persona de la Letrada compareciente para la acreditación de la representación procesal a favor de letrado o, en su caso, a favor de procurador, en alguna de las formas previstas por el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y una vez sustanciado el incidente, resuelva el órgano judicial lo que proceda sobre la tramitación del proceso».

VII. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DEL PLENO

A) Cuestión nuclear suscitada en la apelación

La cuestión suscitada en el recurso de apelación consistió en determinar si resultaba o no conforme a Derecho, que el órgano judicial de la primera instancia admitiera la validez de la comparecencia en el proceso de la Letrada que interpuso el recurso jurisdiccional en nombre y representación de la persona extranjera, exclusivamente habilitada por la designación efectuada por el respectivo Colegio de Abogados en virtud del reconocimiento a favor del recurrente del derecho a las prestaciones del beneficio de asistencia jurídica gratuita.

La Sala de Apelación concluyó con la apreciación de que la declaración de admisibilidad de la comparecencia, y la desestimación en la sentencia de la causa de inadmisibilidad opuesta por la Abogacía del Estado, contravenían los artículos 23.1, 45.3 y 78.8 de la Ley Jurisdiccional 29/1998⁵,

(5) Artículo 23.1 LJ: «En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones».

Artículo 45.3 LJ: «El Juzgado o Sala examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si con éste no se acompañan los documentos expresados en el apartado anterior o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Juzgado o Sala estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, y si no lo hace, se ordenará el archivo de las actuaciones».

Artículo 78.7 LJ: «Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo».

Artículo 78.8 LJ: «Oído el demandante sobre estas cuestiones, el Juez resolverá lo que proceda, y si mandase proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad. Lo mismo podrá hacer el demandante si el Juez, al resolver sobre alguna de dichas cuestiones, declinara el conocimiento del asunto en favor de otro Juzgado o Tribunal o entendiéndose que debe declarar la inadmisibilidad del recurso».

interpretados en relación sistemática con los artículos 24 y 33 de la LEC⁶, y con el artículo 6 de la LAJG⁷.

B) Razonamiento seguido por la opinión mayoritaria de la Sala

Para dar respuesta a la cuestión nuclear suscitada en la apelación, la Sala decidió, con carácter previo desde un punto de vista lógico, una segunda cuestión, a saber: «si tras la solicitud y/o concesión del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por parte del extranjero (artículo 12 LAJG), la designación provisional (artículo 15 LAJG) o definitiva (artículo 17 LAJG) al efecto de abogado para la defensa y representación, comporta de suyo y sin necesidad de poder notarial o apoderamiento *apud acta* la representación del extranjero por el abogado de oficio».

La interpretación de la opinión mayoritaria de la Sala consiste en entender que la designación de oficio de abogado para la defensa y representación del extranjero requiere poder notarial o apoderamiento *apud acta* para la representación. Y ello en razón de entender «que la designación de Letrado no es más que una de las prestaciones que comprende el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin que ningún precepto legal atribuya la representación procesal por el hecho de haber sido designado para llevar a cabo una asistencia jurídica».

El itinerario jurídico por el que discurre el razonamiento que sigue la opinión mayoritaria de la Sala parte de los pronunciamientos que otros Tribunales Superiores de Justicia han emitido⁸,

(6) Artículo 24 LEC. «Apoderamiento del procurador.

1. El poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto.
2. La escritura de poder se acompañará al primer escrito que el procurador presente o, en su caso, al realizar la primera actuación; y el otorgamiento *apud acta* deberá ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación».

(7) Artículo 6 LAJG. «Contenido material del derecho.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

1. Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.
2. Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste.
3. Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

.../...

7. Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial».

(8) Responden negativamente el de Madrid, tras la Sentencia 3/2007, de 18 de mayo, del Pleno de la Sala, y también lo hace el de Andalucía con sede en Sevilla, entre otras, en sentencias de 23 de noviembre de 2007 (recurso de apelación 193/2007), tras la sentencia del Pleno de 5 de octubre de 2007 rectificando el criterio positivo previamente seguido a partir de la Sentencia del Pleno de 19 de septiembre de 2004; y en otra, de 2 de mayo de 2008 (rec. 197/2008). Responde positivamente el TSJ de Murcia en Sentencia de 29 de diciembre de 2006 (rec. 477/2005).

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

deteniéndose en la Sentencia de la Sección 8.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 242, de 5 de febrero de 2009, dictada en el Recurso de Apelación núm. 1413/08. Por su importancia, en lo que ahora interesa, pasamos a reproducir el párrafo final de su Fundamento de Derecho primero; Fundamento de Derecho primero que la sentencia de apelación que nos ocupa también transcribe: «Al efecto no está de más recordar los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de esta cuestión:

“No resulta riguroso ni formalista entender que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, como se deduce de lo dispuesto en, entre otros preceptos, los artículos 542.1 y 543.1 LOPJ y en el párrafo primero del artículo 15 LAJG, así como, habida cuenta de que el demandante no posee la nacionalidad española, de lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social. Hemos dicho que es difícilmente rebatible que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre, FJ 3), o del poder *apud acta* (STC 205/2001, FJ 5). Este Tribunal,... ha desestimado o inadmitido recursos de amparo dirigidos, con invocación del artículo 24.1 CE, contra decisiones judiciales de inadmisión dictadas en el orden contencioso-administrativo por falta de representación del Abogado (SSTC 205/2001, de 15 de octubre y 152/2002, de 15 de julio), si la parte no la acreditaba, una vez requerida para ello, o si no resultaba posible ofrecer la posibilidad de subsanación (ATC 276/2001, de 29 de octubre). En el caso que suscita la demanda no se acreditó que quien había interpuesto el recurso contencioso-administrativo ostentara la representación del supuesto recurrente, por lo que no cabe tachar de desproporcionados la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y el archivo de las actuaciones, una vez que la parte no atendió el requerimiento para subsanar los defectos de su comparecencia que le habían sido puestos de manifiesto. Esa consecuencia deriva del apartado 3 del artículo 45 LJCA, que prevé expresamente que el Tribunal ha de examinar de oficio si ha presentado el recurrente los documentos relacionados en el apartado 2 del mismo artículo, entre los que se cuenta el documento que acredite la representación del compareciente...” (Providencia de la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2006)».

C) Consecuencias de la respuesta alcanzada con el razonamiento

Partiendo de la premisa de que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo, la Sala deduce dos consecuencias respecto a la cuestión nuclear planteada en la apelación:

La primera, en relación con los incidentes de subsanación y de resolución de las causas de inadmisibilidad en el procedimiento abreviado.

La segunda, en relación con el requisito de la representación procesal.

En relación con los incidentes de subsanación y de resolución de las causas de inadmisibilidad en el procedimiento abreviado, la opinión mayoritaria de la Sala estima que en la fase de incoación del procedimiento abreviado sustanciado en la instancia se infringió la norma procesal dispuesta en el artículo 45.3 de la Ley 29/1998 (LJ), cuya debida atención hubiera permitido la subsanación de los defectos en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para la validez de la comparecencia. Así, el requerimiento de subsanación previsto por el artículo 45.3 LJ ha de ser flexible, atendiendo a la situación de cada supuesto, pero lo que no es posible aceptar es la prosecución de un recurso interpuesto por un Abogado que no se halla apoderado para hacerlo y carece de cualquier relación con el interesado hasta el punto de no poder siquiera recabar el apoderamiento necesario.

Por otro lado, en el desarrollo de la vista del juicio oral se infringió la norma procesal dispuesta en el artículo 78.8 de la propia Ley que obligaba a la Magistrado-Juez a resolver en el acto de la vista, y no en sentencia, lo que procedía a fin de subsanar, con anterioridad al dictado de sentencia sobre el fondo, la falta de acreditación de la representación en juicio de la parte recurrente que obstaba a la válida prosecución y término del proceso.

Y en relación con el requisito de la representación procesal, la opinión mayoritaria de la Sala argumenta que, salvo en el supuesto excepcional de la comparecencia por sí mismos de los funcionarios, la comparecencia de las partes ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa, por prescripción del artículo 23.1 de la LJ, debe llevarse a cabo mediante representación procesal. Lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto a la designación de oficio de Abogado y Procurador en los casos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, no afecta al deber procesal, dispuesto por el artículo 45.1.a) LJ, de aportación al proceso del documento que acredite la representación de la persona recurrente conferida a favor del Letrado que comparece en su nombre para interponer el recurso contencioso-administrativo. Siendo así que ni la comparecencia personal del litigante ante el Colegio de Abogados prevista por el artículo 12 LAJG, ni la designación efectuada por el respectivo Colegio de Abogados, ni el reconocimiento del derecho a las prestaciones propias del beneficio de asistencia jurídica gratuita, acreditan que la persona beneficiaria ha conferido la representación procesal a un Procurador o al propio Abogado que dirija la defensa en la forma exigida por el artículo 23 LJ.

Por lo que la representación procesal a favor de Procurador o de Letrado debe conferirse en algunas de las formas previstas por el artículo 24 LEC (autorizada por notario o conferida por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto). Sin que a los extranjeros a quienes se les impone la sanción de expulsión en un procedimiento sancionador ordinario se vean impedidos de otorgar el apoderamiento en la forma establecida por el artículo 24 LEC, toda vez que el régimen de ejecución de la resolución (artículos 22 y 64.1 LODYLE y 141 Reglamento LODYLE) supone que el abandono del territorio nacional debe hacerse voluntariamente en el plazo que se fije, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. Aun cuando se pueda dificultar el otorgamiento de poder *apud acta*, en los supuestos de tramitación del procedimiento preferente del artículo 63 LODYLE, al ser la ejecución inmediata (núm. 4), no se impide que durante la tramitación se otorgue poder notarial, salvo los supuestos de internamiento, y en cualquier caso no se impide que desde su país, a través de las representaciones diplomáticas o consulares, otorgue los poderes necesarios tal y como establece el artículo 65.2 LODYLE.

VIII. VOTOS PARTICULARES

A) Voto particular discrepante de D. Rafael Villafáñez

El Magistrado discrepante D. Rafael Villafáñez, tras afirmar que del estudio y análisis de las opciones interpretativas concernidas no puede extraerse la conclusión de la disconformidad a Derecho de ninguna de ellas, en el estado actual de la legislación y en ausencia, bien de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo, bien de una sentencia del Tribunal Constitucional que, en uno y otro caso, aborden directamente la cuestión jurídica controvertida, deduce que la elección entre ambas interpretaciones razonables de la norma es legítima cualquiera que sea su resultado. Y en consecuencia, al haber desestimado la sentencia apelada la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, el fallo debería ser objeto de confirmación.

Del mismo modo, si la resolución combatida en apelación hubiera sido el resultado de la tesis interpretativa que mayoritariamente expresa el sentir de la Sala, la confirmación de lo decidido en la instancia hubiera sido igualmente debida.

A continuación contraargumenta *in extenso* sobre las tres objeciones suscitadas a su posición en la deliberación plenaria en las que se sostuvo por la posición mayoritaria que la posición discrepante al admitir la validez de las dos interpretaciones de la norma dejaba imprejuizada la cuestión interpretativa a decidir y no modificaba el *statu quo* previo a la decisión del presente asunto; no aportaba claridad, ni certeza, ni cumplía la función unificadora perseguida por la decisión del presente recurso; e infringía el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE).

B) Voto particular discrepante de D. Juan Luis Ibarra

Por su parte, el Magistrado D. Juan Luis Ibarra considera que el fundamento de la pretensión deducida por el Abogado del Estado se refería a un defecto procesal de carácter subsanable, atinente al deber del recurrente (que no se encuentra legalmente habilitado para comparecer por sí mismo) de actuar ante los órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de representante procesal (Procurador o Abogado) a quien habrá de conferir su representación a fin de que sea a este representante «a quien se notifiquen las actuaciones», según la dicción empleada por el artículo 23.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

En el caso concreto, la Letrada desempeñó, de hecho, las funciones de representante procesal de la persona extranjera al amparo de la designación efectuada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para hacer efectivo el derecho a las prestaciones previstas por el artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero; y mantuvo este desempeño hasta la conclusión del proceso, incluida la notificación de la sentencia, en virtud de los efectos jurídicos desplegados por la decisión judicial que declaró válida la comparecencia en el proceso del recurrente representado por dicha Letrada.

Estima el Magistrado que desde la posición interpretativa de la mayoría de la sala (exigencia de que se acompañe al escrito de interposición del recurso jurisdiccional la acreditación, por un medio distinto a la aportación del traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, de que la Letrada actuante tenía conferida la representación procesal del re-

currente) no se llega a la conclusión procesal de que el defecto apreciado deba subsumirse en la categoría de los óbices procesales que, por disposición del artículo 78.7 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, despliegan el efecto jurídico de impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo; determinando, con ello, la declaración de invalidez de la sentencia dictada en la instancia. Así, y de acuerdo con la posición interpretativa mayoritaria, la carencia denunciada, impide presuponer que el acceso al proceso y el mantenimiento en el mismo respondan a la efectiva voluntad de la persona extranjera sancionada. Y, en defecto de esta voluntad impugnatoria, la relación jurídico-procesal no aparecería constituida por dicha persona sino por la propia Letrada compareciente quien, al actuar por sí misma y no en representación del interesado, carecería de legitimación activa para deducir pretensiones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en relación con la resolución administrativa sancionadora que se sujeta a control jurisdiccional.

Frente a lo anterior, el Magistrado disidente sostiene que el presupuesto de la voluntad en el ejercicio del derecho de acceso al proceso por parte de la persona que ostenta un derecho o un interés legítimo en relación con la actuación administrativa objeto de impugnación debe tenerse como cumplido mediante el traslado del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que se acompañó al escrito de interposición del recurso. La acreditación del acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita por el que se designa a la Letrada para la defensa del recurrente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y en el concreto proceso en el que se impugna la resolución administrativa sancionadora que le fue impuesta al recurrente quiebra la conjetura basada en una duda no debidamente despejada sobre la actuación procesal de la Letrada; actuación que, a su juicio, se podría haber producido sin contar con la voluntad impugnatoria de la persona extranjera interesada; en cuyo caso la Letrada vendría actuando en su propio nombre, sin contar con legitimación procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

De tal modo y manera que, no habiéndose cuestionado en el proceso la presunción legal de validez jurídica predicable del acuerdo administrativo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, las prestaciones conferidas al interesado debían incluir, en su contenido material, el alcance preciso para hacer efectivo el contenido de la tutela judicial reclamada mediante la solicitud del beneficio de justicia gratuita. Alcance que, por prescripción constitucional (artículo 24.1 CE), integra el derecho de acceso a la jurisdicción que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, a poder promover la actividad jurisdiccional y a obtener una resolución judicial fundada en Derecho.

Finalmente señala el Magistrado que el principio de interpretación conforme a la referida garantía constitucional abona una interpretación del artículo 78.7, en relación con los artículos 23.1 y 45.3, de la Ley Jurisdiccional, de la que se concluye que, habiéndose aportado el acuerdo adoptado por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, la irregularidad formal detectada no responde a la naturaleza procesal de los óbices impositivos de la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Y, en consecuencia, dicha irregularidad formal no obstaba a la válida prosecución y término del proceso mediante el dictado de sentencia sobre el fondo.

Por lo que, a su juicio, debió fallarse el recurso de apelación con desestimación del mismo. Con el consecuente pronunciamiento declarativo de la confirmación del fallo de la sentencia dictada en la primera instancia. Y con el preceptivo pronunciamiento de imposición a la parte apelante de las costas devengadas en la segunda instancia.

C) Voto particular discrepante de D. Javier Murgoitio

El Magistrado disidente, D. Javier Murgoitio, tras adherirse al voto particular del Magistrado D. Juan Luis Ibarra, ahonda en aspectos de legalidad ordinaria. Mantiene que la conclusión que se alcanza en la parte esencial de la sentencia sublima y da un valor absoluto a la regla del artículo 24.1 LEC que, en su opinión, no es aplicable al régimen de la asistencia jurídica gratuita. Así, el artículo 24.1 LEC no sanciona que toda parte procesal deba presentar un poder de representación procesal como requisito de comparecencia, sino que se limita a regular en la forma, «el poder en que la parte otorgue su representación». Es decir, que, al consagrar simplemente una prueba privilegiada y excluyente de esa representación, el precepto presupone que la parte ha tenido que otorgarla de manera voluntaria y contractual –artículo 33.1 LEC–.

A su juicio, la opinión mayoritaria de la Sala incurre en una tentativa forzada de extensión del modelo de actuación procesal general propio de los litigantes privados contemplado en el artículo 24.1 LEC a la representación que deriva de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, quebrando su sistema. Ejemplo de esto último resultan ser los artículos 34 y 35, dentro del mismo capítulo V, que versan sobre los derechos de Procurador y los honorarios de Abogados.

En el mismo sentido anterior, sostiene el Magistrado discrepante que quedan fuera del ámbito probatorio del artículo 24 LEC cuantos otros tipos de representación pública o institucional de los litigantes no sean voluntarios, o no se caractericen por la libre elección del profesional colegiado y la aceptación de éste, propia del mandato representativo.

Así, la designación de representante técnico procesal que se produce en base a la Ley 1/1996 constituye el establecimiento casuístico de un mecanismo de postulación procesal pública mediante un nombramiento oficial que, en base a los artículos 15, 17, 27 y 31, entre otros, conlleva que la representación sea respectivamente conferida y asumida *ex lege* por la Administración y el profesional colegiado designado, sin elección ni posible rechazo, con lo que la necesidad de acreditar tal representación mediante un apoderamiento notarial o judicial del interesado, es decir, mediante un documento público expresivo del conferimiento de tal representación, no es solo que resulte sobreabundante e innecesaria, sino que entra en abierto conflicto con la naturaleza de ese otorgamiento público: el otorgamiento de un apoderamiento voluntario por parte del litigante equivaldría a la renuncia implícita a las prestaciones públicas consagradas por dicha ley, como expresión de un libre encargo al colegiado, sujeto a la aceptación de éste.

En otro orden de cosas, recuerda que la acreditación de la representación procesal voluntaria prevista en el artículo 24 LEC no tiene como finalidad dejar constancia de que se está ante un proceso cuya interposición ha sido debidamente decidida por el mismo litigante; ni esta finalidad constituye un requisito que las leyes impongan a las personas físicas litigantes. Fuera del supuesto de las personas jurídicas, los litigantes individuales comparecen en el proceso contencioso-administrativo con solo satisfacer las formas y condiciones de postulación que en cada caso sean atinentes. Un litigante ordinario será tenido por parte recurrente mediante la formulación a su nombre de un escrito en que la representación del Procurador interviniente se haya otorgado, acaso, hace veinte o más años, y ningún deber procesal de ratificación pesa sobre dicha parte en relación con los actos procesales que se efectúen a su nombre. Por lo que se trata de una declaración de voluntad externa al proceso, que no forma parte de él, y que no es fiscalizable por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo.

Si la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita competente designó, en principio, exclusivamente Letrado para emprender el proceso de instancia, podrá discutirse si tal proceder viene o no amparado por el artículo 6 de la LAJG 1/1996, en un tipo de proceso en que el Abogado puede ejercer simultáneamente la representación y defensa del litigante –artículo 23.1 LJCA–, y si el sistema de la asistencia jurídica gratuita permite englobar y subsumir esa opción legal, eludiendo inicialmente la designación de Procurador (facultativa pero no estrictamente preceptiva), y reservando expresamente la designación de este último para el caso de comparecer en segunda instancia ante Tribunal Colegiado –artículo 23.2 LJ–. En este sentido, recuerda que el órgano jurisdiccional está habilitado por el artículo 45.3 LJCA para determinar en cada caso la suficiencia de los requisitos de comparecencia y para imponer la subsanación de éstos por el cauce que legalmente corresponda.

Lo que no cabe, a su parecer, es que se obvие que la prestación pública reconocida al litigante extranjero abarca a ambas figuras de la postulación técnica, y que se le imponga, con tal pretexto, la representación procesal voluntaria a acreditar mediante poder notarial o comparecencia *apud acta*.

Resultando que, conforme a su criterio, la respuesta jurisdiccional conforme a Derecho es la plenamente desestimatoria del recurso de apelación.

D) Voto particular concordante de D.^a Yolanda de la Fuente

La Magistrada D.^a Yolanda de la Fuente efectúa un voto particular concordante introduciendo los siguientes matices. En su opinión, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita define el contenido de la obtención del beneficio, circunscrito a la representación real y efectiva del beneficiario (artículo 6.3) hasta la terminación del proceso (artículo 31), definiendo el artículo 7 la extensión temporal de dicho derecho. Introduce como matización concordante que, a los medios de adquisición de la representación a que alude el artículo 24.1 LEC, debe añadirse el acto también formal y de naturaleza administrativa de nombramiento de representante procesal por el Colegio de Procuradores en los supuestos que prevé la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tanto con carácter provisional como definitivo (artículos 6.3, 15 y 21).

No obstante, concluye que las consideraciones que se recogen en la sentencia son aceptables, en cuanto son abundantes los supuestos en que hay fundadas sospechas o la certeza de que el extranjero no está presente y de que no ha impartido la orden expresa de interponer el recurso contencioso administrativo, y lo plantea el Letrado o Letrada como corolario de su actuación profesional de defensa en el previo procedimiento administrativo. La interpretación que del artículo 24 LEC hace la sentencia es conforme con la naturaleza del mandato representativo. Así mismo, y coincidiendo con la sentencia, tampoco la exigencia de representación conforme a las normas procesales generales constituye ningún obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción, cuando la Ley de Extranjería, en su artículo 65.2, prevé expresamente la facultad del extranjero que se encuentra fuera de España de cursar los recursos contencioso-administrativos a través de la oficina consular correspondiente.

Recensión sobre la STSJ del País Vasco 807/2009, en el recurso de apelación 626/2007

II

IX. COMENTARIO CRÍTICO

De un lado, tenemos la afirmación del Tribunal Constitucional, que establece que el Abogado designado de oficio para defender a la parte en vía administrativa no es un representante de aquélla que pueda interponer en su nombre el recurso contencioso-administrativo.

De otro, tenemos el artículo 6.3 de la LAJG, que incluye, entre las prestaciones que conlleva el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva, o cuando, no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

La aplicación de la combinación de ambos contenidos en casos concretos ofrece como resultado que la actual implementación de oficio para el cumplimiento de los requisitos de postulación necesarios para la configuración de la relación jurídico-procesal correcta de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería parece infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, por mucho que se establezcan remedios jurídicos por quienes no son los agentes encargados para el deseable funcionamiento de la institución.

Procede, por tanto, eliminar desde el origen los obstáculos que impiden y dificultan el normal desenvolvimiento de la actividad tutelar, resultando del todo imposible calificar como correcto un funcionamiento de la institución de la representación y defensa de oficio que exige permanentes soluciones insatisfactorias que a la larga lo único que producen son interpretaciones forzadas de la legislación vigente.

La opinión mayoritaria de la sentencia comentada, deseando salvar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, retrotrae las actuaciones, sin estimar la pretensión de la Abogacía del Estado, para la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo. Y, simultáneamente, exige la acreditación de la representación del recurrente mediante otorgamiento de poder según las formas del artículo 24 LEC.

Esta última solución jurídica viene suscitada, a mi parecer, para dar respuesta a lo que en su voto particular la Magistrada doña Yolanda de la Fuente llama «fundadas sospechas o la certeza de que el extranjero no está presente y de que no ha impartido la orden expresa de interponer el recurso contencioso administrativo, y lo plantea el Letrado o Letrada como corolario de su actuación profesional de defensa en el previo procedimiento administrativo».

La nueva exigencia de la Ley Orgánica 2/2009, consistente en la constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, no parece que vaya a corregir los defectos apreciados en la institución de la designación de oficio de representación y defensa, si no va acompañada de cambios en el contenido de la ejecución de los turnos de oficio. Si bien el legislador también se ha contagiado de las fundadas sospechas, regulando una prevención que, en los diferentes casos aplicables, procede a forzar el ordenamiento jurídico, exigiendo a las personas físicas lo que es propio de las personas jurídicas.

The page features a decorative design with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands intersect this line, creating a cross-like structure. The top band is wider and contains the title text, while the bottom band is narrower. The background is white.

Crónicas legislativas

CRÓNICAS LEGISLATIVAS

SUMARIO

I. Fuentes internas.

II. Fuentes internacionales.

III. Fuentes de la Unión Europea.

I. FUENTES INTERNAS

- Real Decreto 1960/2009, de 18 de diciembre, por el que se regulan los Consejos de Residentes Españoles en el Extranjero (BOE de 2 de enero de 2010).
- Orden PRE/3/2010, de 11 de enero, por el 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 del 12).
- Orden TIN/258/2010, de 2 de febrero, por la que se crea un fichero de datos de carácter personal (BOE del 11).
- Orden EDU/473/2010, de 26 de febrero, por la que se establece el procedimiento de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado, para los estudiantes procedentes de sistemas educativos extranjeros con estudios homologables al título de Bachiller español (BOE de 3 de marzo de 2010).
- Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (BOE de 9 de marzo).
- Reglamento (UE) núm. 216/2010 de la Comisión, de 15 de marzo de 2010, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 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 categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia (DOUE, L 66, del 16).

- Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010, por el que se amplía un año el plazo para ejercer el derecho de optar a la nacionalidad española recogido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE del 24).

II. FUENTES INTERNACIONALES

- Instrumento de Ratificación del Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 2002 (BOE de 7 de diciembre de 2009).
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y oficiales o de servicio, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009 (BOE de 9 de diciembre).
- Instrumento contemplado por el artículo 3(2) del Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea firmado el 25 de junio de 2003, sobre la aplicación del Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre USA y el Reino de España firmado el 20 de noviembre de 1990, hecho *ad referendum* en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE de 26 de enero de 2010).
- Instrumento previsto en el artículo 3(2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y EEUU de 29 de mayo de 1979 y Tratado Suplementario de extradición de 25 de enero de 1975, 9 de febrero de 1988 y 12 de marzo de 1996, hecho *ad referendum* en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE de 26 de enero de 2010).
- Resolución de 27 de enero de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se dispone la publicación de la Declaración elaborada por el Ministerio del Interior en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio de cooperación transfronteriza en materia policial y aduanera entre el Reino de España y la República Francesa, hecho *ad referendum* en Blois el 7 de julio de 1998 (BOE de 3 de febrero de 2010).
- Resolución de 30 de diciembre de 2009, de la Presidencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, por la que se crea la Sede Electrónica y el Registro Electrónico de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (BOE de 9 de febrero de 2010).
- Convenio Básico de Cooperación entre el Reino de España y la República de El Salvador, hecho *ad referendum* en San Salvador el 29 de octubre de 2008 (BOE de 16 de febrero de 2010).

Crónicas legislativas

- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Kazajstán sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos, hecho en Madrid el 30 de octubre de 2009 (BOE de 25 de febrero de 2010).
- Acuerdo entre el Reino de España y el Estado de Kuwait sobre cooperación cultural, educativa y científica, hecho en Kuwait el 26 de mayo de 2008 (BOE de 26 de febrero de 2010).

III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Decisiones del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativas a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y: Antigua y Barbuda; la Commonwealth de las Bahamas; Barbados; República de Mauricio; República de las Seychelles y Federación de San Cristóbal y Nieves, sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L 321, de 8 de diciembre).
- Decisión 2009/902/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) y se deroga la Decisión 2001/427/JAI (DOUE, L 321, de 8 de diciembre).
- Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE, L 331, de 16 de diciembre).
- Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Decisión 2006/325/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil (DOUE, L 331, de 16 de diciembre).
- Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Decisión 2006/326/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOUE, L 331, de 16 de diciembre).
- Reglamento (CE) núm. 1244/2009 del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, que modifica el Reglamento (CE) núm. 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 331, de 16 de diciembre).
- Decisión de la Comisión 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) (BOE de 27 de enero de 2010).

Crónicas legislativas

- Decisión del Consejo, de 25 de enero de 2010, que modifica el Inventario A del anexo 2 de la Instrucción Consular Común, dirigida a misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera, en relación con la exigencia de visado para titulares de pasaportes diplomáticos de Arabia Saudí (DOUE, L 26, del 30).
- Decisión 2010/88/PESC/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre la Unión Europea y Japón (DOUE, L 39, de 12 de febrero de 2010).
- Información relativa a la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Seychelles, la Commonwealth de las Bahamas, Barbados, y la República de Mauricio, sobre exención de visados para estancias de corta duración (DOUE, L 56, de 6 de marzo de 2010).
- Instrumento de Ratificación del Protocolo número 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, hecho en Vilna el tres de mayo de dos mil dos (BOE de 30 de marzo de 2010).
- Reglamento (UE) núm. 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) núm. 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración (DOUE, L 85, de 31 de marzo de 2010).



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Entrada en vigor del Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa entra en vigor hoy, 1 de diciembre de 2009. Para celebrar este acontecimiento, tendrá lugar en Lisboa una ceremonia organizada conjuntamente por el Gobierno portugués, la Presidencia sueca y la Comisión Europea. La Comisión considera que el nuevo Tratado ofrece nuevos e importantes beneficios a los ciudadanos y que solventará el debate institucional en los próximos años. Así la UE podrá concentrarse plenamente en gestionar una salida sin contratiempos de la crisis económica y financiera y en hacer avanzar la estrategia de un crecimiento más verde para 2020. El Tratado de Lisboa modifica los actuales Tratados de la UE y de la CE sin sustituirlos. Dotará a la UE con el marco jurídico y los instrumentos necesarios para afrontar los retos del futuro y atender las demandas de los ciudadanos. Asimismo, el Tratado de Lisboa garantizará que los ciudadanos europeos puedan manifestar su opinión sobre los asuntos europeos y que sus derechos fundamentales figuren en una Carta. La UE estará mejor pertrechada para responder a las expectativas en los ámbitos de la energía, el cambio climático, la delincuencia transfronteriza y la inmigración. También podrá expresarse con una voz más firme en la escena internacional. *(30 de noviembre de 2009).*

Pensamiento de la semana: los derechos del niño bajo el Tratado de Lisboa

El Comisario de Justicia, Jacques Barrot, expone cada semana sus reflexiones sobre un tema de actualidad europeo. Esta semana, el Comisario reflexiona, con ocasión de la aprobación del Tratado de Lisboa y del aniversario de la Convención internacional de los derechos de los niños, sobre la protección de éstos con el Tratado de Lisboa. El Comisario destaca dos grandes avances, como son la vinculación obligatoria de la Carta de derechos fundamentales, así como la posibilidad de la UE de adherirse a la Convención europea de derechos humanos. Opina que Europa debe saber gestionar el problema de los menores inmigrantes no acompañados. Anuncia, asimismo, la preparación de un plan de acción para hacer frente a dicho problema, que será una de las prioridades de la próxima presidencia española de la UE. *(30 de noviembre de 2009).*

Medidas que garanticen el interés superior del niño en procesos de adopción

El Consejo de Europa y la Comisión Europea han pedido encarecidamente a los países europeos que tomen medidas para garantizar el interés superior del niño en los procesos de adopción.

(*) 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*.

Europa en breve

II

Asimismo, deberán especificarse los pasos necesarios para escuchar la voz del niño y hacer respetar sus derechos durante el proceso de adopción. La Comisión Europea y el Consejo de Europa intentan dar respuesta a esta cuestión durante la celebración, el 30 de noviembre y el 1 de diciembre en Estrasburgo (Francia), de una conferencia sobre los desafíos de los procesos de adopción, que lleva por título: «Asegurando los mejores intereses para el niño».

(30 de noviembre de 2009).

Acuerdo UE-Japón en cooperación judicial penal

La Unión Europea y Japón han firmado un acuerdo de cooperación en materia penal. Se trata del primer acuerdo de este tipo firmado por la UE con un tercer Estado no miembro. Asimismo, este acuerdo significa añadir un valor especial a las relaciones de la UE con Japón, contribuyendo a combatir delitos mientras se garantiza el respeto de los principios de Justicia, del Estado de Derecho y de la Democracia, así como la independencia judicial. Las herramientas de cooperación serán ahora más efectivas y los costes y retrasos se verán reducidos de manera significativa a la hora de realizar labores jurídicas entre la UE y Japón.

(30 de noviembre de 2009).

Una mejor educación para los niños migrantes

Los ministros de Educación de la UE han adoptado una serie de conclusiones sobre educación y migración, entre las que destaca la siguiente: la educación constituye una condición previa fundamental, y desempeña un papel especialmente importante en el éxito de la integración de los niños migrantes, al capacitarlos para aportar su contribución a nuestras sociedades. Asimismo, la educación y la migración forman parte de los elementos subyacentes en el desarrollo socioeconómico y la competitividad de la Unión Europea. En las conclusiones del Consejo de Educación se invita a los Estados miembros de la UE a garantizar que se ofrezca a todos los niños oportunidades justas y equitativas y se les dé el apoyo necesario para que desarrollen todas sus posibilidades. La supresión de los obstáculos internos de los sistemas escolares, la mejora de la calidad de la enseñanza en los centros escolares y la reducción de las diferencias entre ellos son algunos de los modos en que puede alcanzarse este objetivo.

(30 de noviembre de 2009).

Prevención y resolución de conflictos de jurisdicción en procesos penales

El Consejo de la UE ha hecho pública una Decisión Marco sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Las medidas establecidas en la presente Decisión Marco deben tener como objetivo evitar las situaciones en que una misma persona es objeto de procesos penales paralelos en distintos Estados miembros por los mismos hechos, que podrían llevar a una resolución final de dichos procedimientos en dos o más Estados miembros. Por consiguiente, se pretende prevenir la vulneración del principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, tal como lo ha interpretado el TJCE. El procedimiento de intercambio de información entre las autoridades competentes debe basarse en el intercambio obligatorio de un

Europa en breve

II

conjunto mínimo de datos, que deben facilitarse en todos los casos. Estos datos deben facilitar, en particular, el proceso destinado a garantizar la correcta identificación de las personas implicadas y la naturaleza y la fase del procedimiento paralelo respectivo.

(14 de diciembre de 2009).

Acuerdos de Europol con terceros Estados y organizaciones internacionales

El Consejo de la UE ha hecho pública la Decisión por la que se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol, la Agencia europea de Policía, celebrará acuerdos. Europol podrá iniciar el procedimiento para la celebración de un acuerdo tan pronto como el tercer Estado u organización haya sido incluido en la lista que se publica a continuación; Asimismo, Europol procurará que se celebre un acuerdo de cooperación con dichos terceros Estados y organizaciones que permita el intercambio de datos personales, salvo que el Consejo de Administración decida otra cosa. De la misma manera, dará prioridad a la celebración de acuerdos de cooperación con los terceros Estados y organizaciones que figuren en la lista, habida cuenta de sus necesidades operativas y recursos humanos y financieros disponibles.

(14 de diciembre de 2009).

Entrada en vigor de los acuerdos de extradición y de asistencia judicial entre la UE y EEUU

El Consejo de la UE ha hecho pública una información referente a la fecha de entrada en vigor de los Acuerdos de Extradición y de Asistencia Judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, firmados en Washington (Estados Unidos), el 25 de junio de 2003, y publicados por el Diario Oficial de la Unión Europea con fecha de 19 de julio de 2003 (L 181). Ambos Acuerdos, de Extradición y de Asistencia Judicial, entrarán en vigor el 1 de febrero de 2010, de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo de Extradición y con el artículo 18 del Acuerdo de Asistencia Judicial.

(14 de diciembre de 2009).

Conclusiones del Consejo sobre la educación de los niños procedentes de la migración

El Consejo de la UE ha hecho públicas las Conclusiones alcanzadas con los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros sobre el establecimiento de unos principios básicos comunes para la política de integración de los inmigrantes en la UE. Una de éstas es que los esfuerzos realizados en la educación son fundamentales para preparar a los inmigrantes, y en particular a sus descendientes, a participar con más éxito y de manera más activa en la sociedad. Asimismo, invita a la Comisión a facilitar y respaldar la cooperación entre Estados miembros en relación con los temas que abordan las presentes conclusiones y a determinar, intercambiar, recopilar y garantizar la divulgación eficaz de experiencia y de buenas prácticas en los ámbitos anteriormente destacados, así como mediante la utilización de los programas comunitarios existentes.

(14 de diciembre de 2009).

Reglamento sobre nacionales de terceros Estados con necesidad de visado

El Consejo de la UE ha publicado un nuevo Reglamento, el 1244/2009, 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. El 1 de enero de 2008 entraron en vigor acuerdos de facilitación de visado con cinco países de los Balcanes Occidentales —Albania, Bosnia y Herzegovina, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Serbia—, como un primer paso concreto en la vía fijada por el programa de Salónica hacia un régimen de exención de visado para los ciudadanos de los países de los Balcanes Occidentales. En 2008 se abrió con cada uno de estos países un diálogo para la liberalización de visados y se adoptó un plan de trabajo para la liberalización de visados. En su evaluación de la aplicación de los planes de trabajo de mayo de 2009, la Comisión consideró que la Antigua República Yugoslava de Macedonia había cumplido todos los criterios de referencia fijados en su plan de trabajo y, en su evaluación de noviembre de 2009, que también Montenegro y Serbia cumplen todos los criterios de referencia fijados en sus respectivos planes de trabajo. Por motivos de claridad y seguridad jurídicas, Kosovo debe añadirse a la lista de dicho Reglamento; ello sin perjuicio del estatuto de Kosovo (RCSNU 1244). Por lo que respecta a Islandia y a Noruega, Suiza y Liechtenstein el presente Reglamento constituye un desarrollo de disposiciones del acervo de Schengen con los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (EEE).

(21 de diciembre de 2009).

La presidencia quiere regular la inmigración legal y las políticas de integración

Los responsables de Inmigración de la UE, reunidos la pasada semana en Toledo con ocasión del Consejo informal JAI, han sentado las bases para la consecución de un «Pacto Europeo de Inmigración y Asilo» que defina los nuevos retos e instrumentos de una política comunitaria «equilibrada, abierta, generosa y firme» que apoye la integración de los inmigrantes legales y refuerce los controles en las fronteras para frenar la llegada de ilegales. Así lo han explicado en conferencia de prensa al término de la sesión dedicada a Inmigración, la secretaria de Estado española, Consuelo Rumí, y el vicepresidente de la Comisión Jacques Barrot, Comisario de Justicia y Asuntos de Interior en funciones.

(25 de enero de 2010).

Aprobada la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

El Consejo de la UE autorizó a la Comisión en 2004 a llevar a cabo las negociaciones, en nombre de la UE, relativas a la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección y la promoción de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, siendo firmada por la UE el 30 de marzo de 2007, a reserva de su posible celebración en fecha posterior. Esta Convención constituye un pilar pertinente y eficaz para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad dentro de la UE, a lo

Europa en breve

II

que conceden suma importancia tanto la propia Unión Europea como sus Estados miembros. *(1 de febrero de 2010).*

El PE quiere facilitar el cobro internacional de las pensiones alimenticias

El Parlamento Europeo pretende facilitar el cumplimiento de las obligaciones de alimentos a favor de los hijos en los supuestos en que los progenitores residan en Estados diferentes. El número de parejas provenientes de distintos Estados se ha incrementado en los últimos años, acrecentando el problema del impago de las anualidades por alimentos. En el pleno del PE celebrado el pasado 11 de febrero, se acordó apoyar a la UE para que ratifique un Convenio internacional para facilitar la satisfacción de dichas obligaciones. Asimismo, los eurodiputados respaldaron el informe presentado al respecto, exponiendo la necesidad de ratificar el «Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia» (incluido en el Convenio de La Haya), en aras a establecer normas jurídicas claras sobre la obligación de alimentos y su recuperación. En efecto, el objetivo sería proporcionar una base legal sólida para las parejas, reforzando la protección de los menores al reconocer mediante normas comunes la obligación de alimentos a favor de la familia. Algunos Estados Miembros son reacios a seguir esta vía legal comunitaria ya que prefieren conservar el Derecho de Familia en un plano únicamente estatal.

(22 de febrero de 2010).

La política social europea debe integrar a los inmigrantes

El pleno del Comité Económico y Social Europeo, CESE, adoptó el pasado 17 de febrero un informe de Opinión sobre Integración y Agenda Social. En este informe, el CESE reconoce que la Unión Europea debería reforzar los vínculos entre sus políticas de integración y la Agenda de Política Social. La revisión durante 2010 de esta Agenda Social debería tener en cuenta los efectos sociales de la inmigración. Asimismo, el informe de Opinión enfatiza la importancia de que la propia UE se esfuerce por que la integración de los inmigrantes sea establecida en todas las políticas sociales.

(22 de febrero de 2010).

Refuerzo de la Agencia de Gestión de las Fronteras de la UE, FRONTEX

La Comisaria de Asuntos de Interior, Cecilia Malmstrom, ha presentado varias propuestas para reforzar la Agencia de gestión de las fronteras de la Unión Europea, Frontex. Las propuestas incluyen el refuerzo del marco jurídico para garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales en las actividades de Frontex y el aumento de la capacidad operativa de dicha Agencia con el fin de apoyar a los Estados miembros. Con la nueva propuesta, los Estados miembros pondrían más equipo y más personal a disposición de la Agencia. Frontex podría codirigir las operaciones de las patrullas fronterizas con los Estados miembros de la UE. También se le permitiría prestar asistencia técnica a terceros países y desplegar funcionarios de enlace en terceros países. La cooperación entre países de la UE en la gestión de la inmigración a través de la Agencia Frontex de la UE ha sido hasta ahora limitada debido a su falta de recursos y la

Europa en breve

II

insuficiente coordinación entre las autoridades nacionales. Frontex es una herramienta clave para mantener un espacio sin fronteras internas y ayudar a los países de la UE a coordinar las patrullas fronterizas por tierra, mar y aire. La propuesta de la Comisión garantizaría que Frontex pueda proporcionar recursos técnicos y humanos adecuados en el marco de las patrullas fronterizas conjuntas. Los países de la UE tendrían que garantizar que ponen a disposición de la Agencia un parque de medios materiales tales como barcos y aviones, aunque la Agencia también podría adquirir gradualmente el material o arrendarlo.

(1 de marzo de 2010).

Reglamento sobre aplicación normativa para migración y protección

La Comisión Europea ha publicado un Reglamento, 216/2010, para implementar el Reglamento 862/2007, sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional, referido a las definiciones de las categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia. A fin de garantizar la comparación de los datos estadísticos de fuentes administrativas relativos a los permisos de residencia en los Estados miembros, y para poder elaborar descripciones fiables a nivel comunitario, la definición de las categorías de los motivos para emitir los permisos debe ser la misma en todos los Estados miembros. La Comisión Europea será la encargada de definir las categorías de los motivos para emitir los permisos. Las medidas establecidas por este Reglamento se ajustan al dictamen del Comité del Sistema Estadístico Europeo.

(15 de marzo de 2010).

La UE sigue derribando fronteras

El Parlamento Europeo aprobó el pasado 9 de marzo un Reglamento que permitirá a titulares de visados de larga duración desplazarse por la Unión Europea en las mismas condiciones que los titulares de un permiso de residencia. Se pondrá fin así a restricciones que el año pasado afectaron a más de un millón de personas. Hasta ahora, científicos, profesores, académicos o estudiantes con visados de larga duración –más de tres meses– no podían viajar a otro país europeo. Ni siquiera atravesarlo al volver a su país de origen. Una realidad que choca con la libertad de circulación, uno de los principios fundacionales de la Unión Europea. Las medidas adoptadas no sólo beneficiarán a los titulares de visados de larga duración en el ámbito profesional, sino que también lo harán a nivel personal y familiar.

(15 de marzo de 2010).

La Comisión refuerza el sistema de la UE para la protección de los derechos fundamentales

La Comisión ha propuesto directivas de negociación para la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El Tratado de Lisboa ofrece la base jurídica para que la UE se adhiera a este Convenio, que constituye el instrumento más importante para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa. La adhesión al CEDH introducirá un control judicial adicional en el ámbito de la protección de los derechos

Europa en breve

II

fundamentales en la UE. Hará que el TEDH sea competente para examinar si los actos de las instituciones, órganos y organismos de la UE, incluidas las decisiones del TJUE, respeten el CEDH. La adhesión supondrá también una nueva posibilidad de recursos para los ciudadanos que, si consideran que la UE ha violado sus derechos fundamentales, una vez agotadas las vías nacionales, podrán presentar una demanda ante el TEDH. Además, la adhesión ayudará a desarrollar una cultura común en la UE en el ámbito de los derechos fundamentales, reforzará la credibilidad de derechos humanos en la UE, así como la política exterior europea, mostrará que la UE concede importancia al sistema del Consejo de Europa para la protección de los derechos fundamentales, y garantizará la armonización de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

(22 de marzo de 2010).

Iniciativa sobre el derecho a la traducción e interpretación de los procesos penales

El Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, junto con España, Bélgica, Alemania, Estonia, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Portugal, Rumanía, Finlandia y Suecia, han propuesto una iniciativa con vistas a elaborar una Directiva sobre el derecho a la traducción e interpretación de los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea. Este derecho se aplicará a cualquier persona a partir del momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro pongan en su conocimiento que es sospechosa o está acusada de haber cometido una infracción penal y hasta la conclusión del procedimiento. Los Estados miembros deberán velar por que todo sospechoso o acusado que no entienda o no hable la lengua del procedimiento penal de que se trate, se beneficie de interpretación hacia su lengua materna u otra que entienda, con objeto de salvaguardar su derecho a un procedimiento justo. La interpretación, incluida la de la comunicación entre el sospechoso o acusado y su consejero jurídico, se facilitará en el transcurso del procedimiento penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluso durante interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias, pudiéndose facilitar también en otras situaciones. Los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado que no entienda la lengua del procedimiento penal de que se trate se beneficie de la traducción a su lengua materna, o a otra lengua que entienda, de todos los documentos que resultan esenciales para salvaguardar su derecho a un procedimiento justo, al menos de los pasajes importantes de dichos documentos, siempre que la persona afectada tenga derecho de acceso a los documentos de que se trate con arreglo al derecho nacional.

(22 de marzo de 2010).

Entrada en vigor del Código de Visados de la UE

El Código de Visados de la UE entrará en vigor a partir del 5 de abril. El Código de Visados reúne en un documento único todas las disposiciones jurídicas que regulan las decisiones sobre visados. Incrementa la transparencia, desarrolla la seguridad jurídica y garantiza la igualdad de trato de los solicitantes, al mismo tiempo que armoniza las normas y prácticas para los Estados Schengen (22 Estados miembros y 3 Estados asociados) que aplican la política común de visados. Se ha abreviado el formulario uniforme de solicitud de visado de la UE. El contenido de las rúbricas individuales se ha aclarado en beneficio de los solicitantes y del personal consular.

Europa en breve

II

Nuevas categorías de personas se beneficiarán de una exención de la tasa de visado, y los niños de 6 a 12 años de edad sólo deberán pagar una tasa de visado de 35 euros (la tasa general sigue siendo 60 euros). Los nacionales de terceros países con los que la UE haya celebrado acuerdos de facilitación de visados seguirán pagando una tasa de visado de 35 euros. Por otra parte, el Código incrementa la transparencia y la certidumbre jurídica. Exige que se suministre una motivación cuando se deniegue una solicitud de visado y concede la oportunidad de recurrir contra una decisión negativa. Por último, prevé un papel más importante para las Delegaciones de la Unión en la coordinación de la cooperación de los Estados miembros dentro de las estructuras de la «cooperación local en el marco de Schengen» en terceros Estados. Esto también contribuirá a intensificar la armonización de los procedimientos. Para garantizar un trato equitativo de los solicitantes de visado, se ha elaborado un Manual para el procesamiento de las solicitudes de visado (adoptado por la Comisión el 19 de marzo de 2010), que estará a disposición de todo el personal consular de los Estados miembros.

(29 de marzo de 2010).

La presidencia española promueve un Plan de Acción para inmigrantes menores de edad

La secretaria de Estado española de Inmigración, Anna Terrón, se reunió la pasada semana con la Comisaria europea de Interior, Cecilia Malmstrom, en relación con la propuesta sobre inmigrantes menores de edad no acompañados que la Comisión Europea tiene intención de presentar el próximo 5 de mayo. La regulación a nivel comunitario de la situación de estos niños y adolescentes que huyen de sus países sin sus padres, normalmente de la mano de traficantes de personas, es una prioridad para la Presidencia Española de la UE, que espera que se puedan adoptar medidas antes del 30 de junio, fin de su presidencia de turno. España presentó en septiembre a sus socios comunitarios su petición de adoptar un plan de acción que comprenda medidas de prevención y que facilite el retorno asistido de los menores a sus familias o a instituciones de tutela en los países de origen, garantizando la protección del menor en todo momento.

(5 de abril de 2010).

PABLO IGNACIO SARDINA CÁMARA

Letrado sustituto del Abogado del Estado en los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Audiencia Nacional (psardina@mir.es)

III

Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

El Congreso de los Diputados aprobó el 25 de junio de 2009 el Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, remitido el 5 de diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros, cuyo texto fue consensuado en su Comisión Parlamentaria de Interior por PSOE, PP y CIU. El citado texto, que salió adelante con el único voto en contra de la coalición IU-ICV-ERC, y al que se dio luz verde el 25 de septiembre de 2009 por el Congreso, fue aprobado por el Pleno del Senado, con fecha 10 de octubre de 2009. Concluyendo el trámite parlamentario, tras las 96 enmiendas presentadas en la Cámara Alta al Proyecto de Ley por todos los grupos parlamentarios, a excepción del PSOE, habiendo sido finalmente aprobado con 327 votos a favor y una abstención el 15 de octubre del presente año. Finalmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ha sido publicada en el BOE núm. 263 del sábado 31 de octubre de 2009, sec. I, página 90.869, entrando en vigor el pasado 20 de noviembre, de acuerdo con lo establecido en la disposición final cuarta, de la misma ley.

Como primer antecedente, en lo que al Derecho Internacional se refiere, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, a los cuales se adhirió España en 1977, establecen la necesidad de que todas las personas, sin distinción alguna por razón de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o grupo social al que pertenezcan, gocen de los derechos y libertades fundamentales a los que se refiere la citada normativa, aprobada por Resolución 2.198 de la XXI la Asamblea de Naciones Unidas, textos que, consecuentemente, forman parte de nuestra legislación interna, en virtud de lo establecido en los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil.

La nueva Ley de asilo, surge catorce años después de la única modificación de la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, por Ley 9/1994, de 19 de mayo, como consecuencia de las carencias puestas de manifiesto a lo largo de su vigencia, así como de la aprobación de normas internacionales en materia de asilo e inmigración que recomendaron su modificación.

Al hilo de lo anterior, se transponen a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen las 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, así como, la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, y, por último, la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar en relación a los refugiados. Lo

que supondría la total acogida de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, contenido en las Conclusiones de Tampere, y ratificada en la Cumbre de La Haya de 2004. Sin que lo expuesto sea inconveniente para que las leyes nacionales puedan establecer disposiciones más favorables, siempre que sean conformes con la normativa comunitaria más arriba citada.

En lo que al derecho de asilo se refiere, cabe significar que se excluye del objeto de la presente Ley, *a sensu contrario*, a los nacionales de países comunitarios, y todo ello, por razones obvias, como consecuencia del establecimiento de un sistema europeo común en materia de asilo e inmigración que arrancó con el Tratado de Ámsterdam en 1997. En este sentido, se da por supuesto que la Unión Europea, como espacio común único de libertad, seguridad y justicia está integrada por países con democracias claramente reconocidas, comprometidos, a su vez, con los derechos humanos.

Una de las novedades más significativas de la nueva Ley se refiere a la regulación de la protección subsidiaria, con carácter autónomo, dispensada a aquellas personas que, no reuniendo los requisitos para la obtención del asilo, o para ser reconocidas como refugiadas, existen motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen o al de su residencia habitual en el caso de los apátridas, correrían un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves, previstos en esta ley, tales como la pena de muerte o el riesgo de ejecución, la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, así como las amenazas graves contra la vida y la integridad, motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguna de las causas de exclusión o denegación previstas en ella.

A este respecto, se unifica el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado, así como de beneficiario de la protección subsidiaria, lo que permitirá examinar ambos regímenes simultáneamente, otorgándoles, de este modo, los mismos efectos en lo que al reconocimiento de derechos se refiere. Poniendo fin, de este modo, al procedimiento establecido en la anterior ley, que se remitía a la normativa general en materia de extranjería respecto a la permanencia en España por razones humanitarias o de interés público.

La vigente Ley define de forma detallada las condiciones para el reconocimiento de la protección internacional solicitada, haciendo referencia explícita a los actos de persecución, que deberán estar relacionados con los motivos de persecución mencionados, así como a los daños graves, en lo referente al derecho de asilo o a la protección subsidiaria, respectivamente. Incluyéndose, en lo concerniente a los aducidos motivos de persecución, como aspecto sumamente novedoso, y sin precedentes, al grupo social basado en una característica común de orientación o identidad sexual, resultando pionera en el marco de las legislaciones europeas reguladoras de la materia.

Por otro lado, se conserva el derecho de los solicitantes a la asistencia jurídica gratuita, que con arreglo a la nueva Ley será irrenunciable en las solicitudes presentadas en frontera, imponiéndose, además, el carácter confidencial del procedimiento. Así como el derecho a intérprete y a la asistencia sanitaria de los que ya gozaban los solicitantes de asilo en la derogada Ley.

Asimismo, tal y como sucedía en la anterior, se establece una fase previa, en la que se podrán no admitir a trámite las solicitudes, diferenciándolas en función del lugar de presentación, según sea en territorio español o en frontera. Si bien, en relación con el derogado artículo 5.6 de la Ley 5/1984 que establecía las causas por las cuales se podía inadmitir a trámite una solicitud,

Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009

III

se habrían ampliado significativamente éstas, en lo que al detalle de su exposición se refiere, como consecuencia de la transformación cuantitativa y cualitativa de las peticiones de asilo presentadas en nuestro país, pasando a ser consideradas, en algunos supuestos de presentación en frontera, como causas de denegación, con todo lo que ello conlleva en relación con el órgano judicial competente para el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos que se pudieran interponer. Reduciéndose con ello, notablemente, el número de asuntos que conocerán los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, en favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Por su parte, en el caso de solicitudes presentadas dentro del territorio nacional el plazo habría disminuido de 60 días hábiles, conforme a la anterior regulación, a un mes. En lo relativo a las solicitudes presentadas en frontera, señalar que la resolución deberá ser notificada en el plazo de cuatro días, pudiendo interponer contra ella y en el plazo de dos días desde su notificación, anteriormente era de 24 horas, petición de reexamen que al igual que ocurrió durante la vigencia de la otra Ley suspenderá los efectos de aquélla, debiéndose, igualmente, notificar al interesado en el plazo de dos días la resolución que ponga fin a la vía administrativa, dejando expedita la judicial, pudiendo, en todo caso, interponer recurso potestativo de reposición con carácter previo a la anterior.

Además, se introduce en la nueva ley, la tramitación de urgencia de las solicitudes, en los supuestos establecidos, para dar mayor celeridad a ciertos supuestos de hecho que pudieran plantearse evitando, de este modo, dilaciones innecesarias, cuando fueran manifiestamente fundadas o bien formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas, especialmente menores no acompañados; o por el contrario pudieran ser, en todo caso, susceptibles de ser denegadas.

En relación con el papel del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), uno de los aspectos más novedosos de la Ley se refiere a la finalización de la suspensión del acto administrativo que decide la petición de reexamen, cuando, solicitado por el actor, hubiera informado su representante favorablemente la admisión a trámite, hasta que se hubiera resuelto por el órgano jurisdiccional competente sobre ésta, y que supuso la entrada en territorio español de un elevado número de inmigrantes económicos, a los que les fueron desestimados, finalmente, sus recursos contenciosos en un alto porcentaje. Sin embargo, entendemos que en contraprestación a lo anteriormente razonado, ha querido la nueva Ley que la solicitud de la suspensión del acto recurrido tenga el carácter de especial urgencia, tramitándose como medida cautelarísima del artículo 135 de nuestra Ley Jurisdiccional, en aras de reforzar las garantías judiciales hacia el solicitante de asilo.

Igualmente, la Ley 12/2009 reproduce, en similares términos que el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, los efectos de las resoluciones denegatorias que determinarán, el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio nacional o el traslado al Estado responsable del examen de la solicitud, salvo que de acuerdo con la Ley 4/2000, de 11 de enero, y su Reglamento de aplicación, reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia y residencia, o bien se autorice ésta por razones humanitarias determinadas en la normativa vigente.

A su vez, se elimina la posibilidad de presentar la solicitud en Embajadas y Consulados, si bien se ponen las bases para que en un posterior desarrollo reglamentario se establezcan los medios para poder formalizarla, mediante su traslado a España.

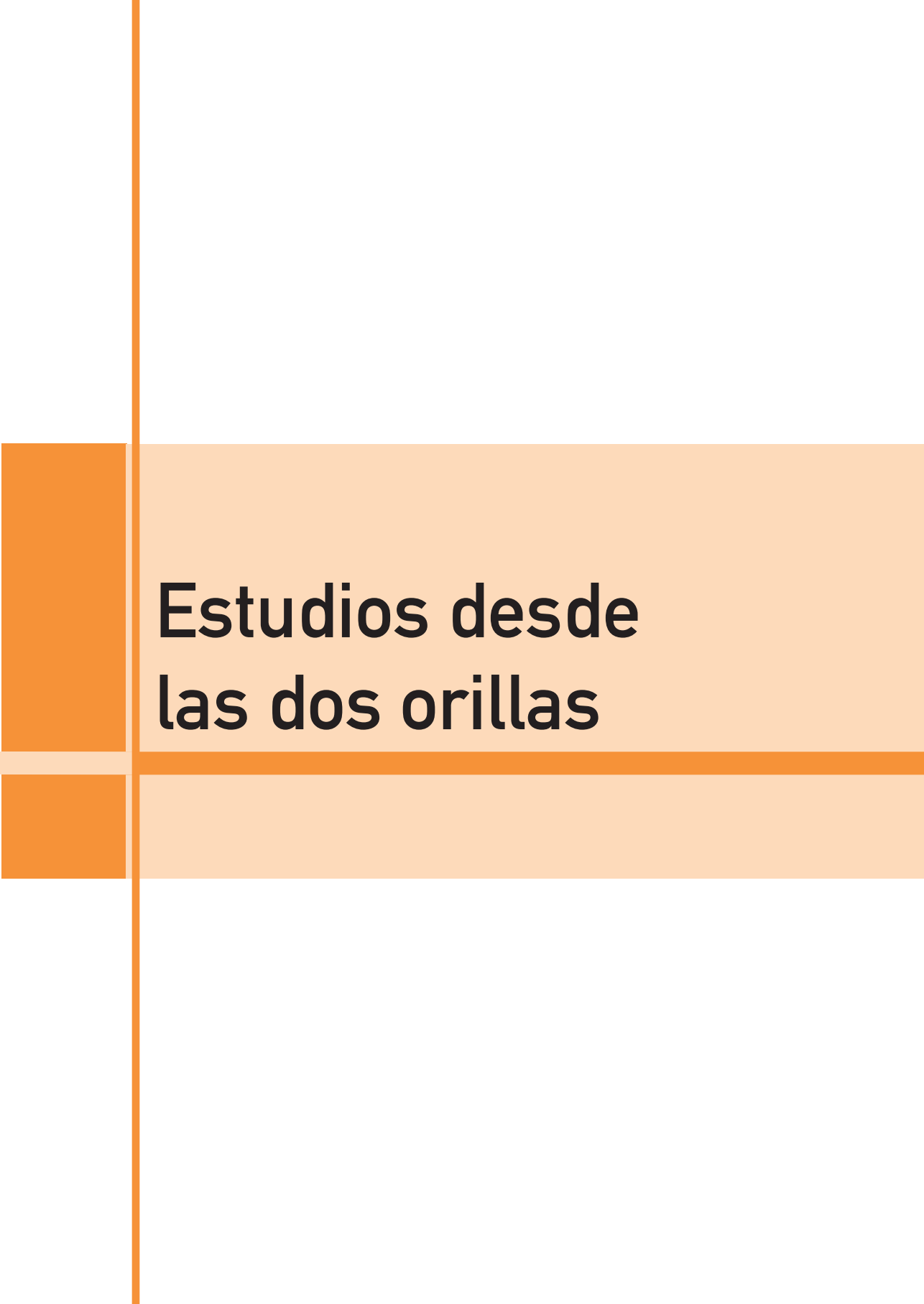
Se garantiza el mantenimiento de la unidad familiar en las mismas condiciones que la ley anterior, ampliando el círculo a otros miembros de la familia, siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia y convivencia previa en el país de origen, incorporando la citada Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Desarrollándose, por otro lado, las figuras del cese y revocación de la protección internacional, fijando los mecanismos adecuados para evitar el uso fraudulento de la citada institución, por parte de quienes realicen actividades que puedan suponer un peligro para la seguridad del Estado.

Como novedad significativa hace una especial referencia a los menores y otras personas vulnerables, estableciendo un tratamiento diferenciado respecto a los demás, adoptando las medidas adecuadas atendida la especial vulnerabilidad de este colectivo y regulando expresamente el caso de los menores no acompañados.

Finalmente, se establece en las Disposiciones de la presente Ley como aspectos significativos a tener en cuenta, por un lado, las bases para que el Gobierno pueda establecer en colaboración con el ACNUR y otras organizaciones Internacionales relevantes programas de Reasentamiento para los refugiados. Y, por otro lado, la elaboración de los programas formativos de los empleados públicos intervinientes en esta materia.

En suma, podemos señalar que la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, fortalece las garantías de los solicitantes de asilo, reconocidos por la normativa europea en la materia, regulando *ex lege* aspectos que se habían reglamentado en el pasado, si bien, como consecuencia del alto número de peticiones realizadas por parte de inmigrantes de tipo económico que habrían desvirtuado la institución durante la vigencia de la derogada Ley 5/1984, se ha pretendido que ésta pueda servir de instrumento eficaz para garantizar el derecho de asilo y de la protección subsidiaria.



Estudios desde las dos orillas

MARCO GASTALDO

Abogado miembro de la Asociación Abedie
(marcogasta@hotmail.com)

Criminalización de la inmigración irregular en Italia. La eficacia de la Ley 94/2009

SUMARIO

I. Consideraciones previas.

II. Falta de inmigración irregular.

III. Legitimidad constitucional.

IV. Consideraciones finales.

V. Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la Ley 94 de fecha 15 de julio de 2009, que trata de la seguridad pública, se ha asistido a una radicalización de posicionamientos que ya con el Decreto-Ley 92 del 23 de mayo de 2008 (convertido en la Ley 125/2008 que introduce en el artículo 61 del Código Penal la «agravante de la irregularidad» en base a la cual si un delito está cometido por un extranjero irregular, la pena será aumentada en un tercio) habían emergido en Italia a través de la acentuación de los instrumentos de represión a la permanencia irregular por parte del ciudadano extranjero.

La Ley 94/2009, de hecho, introduce la falta de «inmigración clandestina» modificando el Decreto Legislativo 286/1998, que es la disposición legislativa que regula el derecho de extranjería en Italia.

Con la introducción del artículo 10 bis, Italia tiene establecida en su propia legislación una norma penal que sanciona la entrada y la permanencia irregular como ya está presente en otros importantes ordenamientos como el francés, el británico y el suizo.

El nuevo artículo 10 bis se caracteriza por establecer dos faltas distintas: la violación de las normas de entrada en el territorio italiano y la permanencia irregular en Italia aunque el extran-

SUMARIO

jero haya entrado de forma regular en el país. La pena establecida para cualquiera de estas dos faltas es una multa de 5.000 euros hasta 10.000 euros.

Sin embargo, la criminalización del *status* de irregular lleva consecuencias graves para la vida del migrante sin tarjeta de residencia, como la imposibilidad de regularizar su propia permanencia en caso de que las condiciones le permitan poder cumplir los requisitos para obtener una residencia regular o bien la imposibilidad para el ciudadano extranjero de obtener servicios públicos fundamentales como el acceso a la Seguridad Social.

El efecto de estas normas en la sociedad es la acentuación de la condición de *inferioridad* de los migrantes, que pasan a ser contemplados como «ciudadanos de segunda clase» aunque se encuentren de forma regular en el país. De hecho, con las nuevas normas serán condenados a una mayor precariedad y marginación.

En conclusión, la aprobación de la Ley 94/2009 que introduce los delitos de entrada y permanencia irregular en Italia, además de dar la simple ilusión de poder sancionar penalmente a un ciudadano extranjero (¿cómo puede pagar un extranjero una multa de 5.000 euros hasta 10.000 euros, si no tiene dinero para vivir?), «tendrá como efecto más profundo el situar el mundo de los ciudadanos irregulares (la *baby sitter moldava* o bien la empleada de hogar ucraniana) en el mismo recipiente de los sujetos penalmente perseguibles»¹.

II. FALTA DE INMIGRACIÓN IRREGULAR

Como antes se ha mencionado, la introducción del artículo 10 bis en el Decreto Legislativo 286/1998 ha comportado la introducción de dos faltas distintas: la violación de las normas de entrada en el territorio italiano y la permanencia irregular.

Estas irregularidades se superponen a las infracciones que conllevan a la expulsión administrativa y, por esta razón, no se entiende por qué el legislador ha decidido penalizar una infracción que ya está sancionada a nivel administrativo y que sigue estando en vigor. La única motivación parece la de dar más fuerza a las disposiciones administrativas mismas a través de la criminalización de comportamientos ya sancionados administrativamente. Un ejemplo es la previsión que sea un procedimiento especial ante al Juez de Paz, caracterizado por la rapidez y la imposibilidad de convertir en pena pecuniaria la condena prevista por el delito, lo que juzgará a los extranjeros irregulares en Italia.

Atribuyendo la competencia al Juez de Paz para juzgar las faltas del artículo 10 bis del Decreto Legislativo 286/1998, se autoriza a este Juez a sustituir la pena pecuniaria por una expulsión la cual, afectando directamente la libertad personal, llega a ser la pena más grave de las que podía imponer un Juez de Paz que hasta el momento era la detención domiciliaria. En este sentido,

(1) MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare», *Revista Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 4/2009, pp. 140 y 141.

Criminalización de la inmigración irregular en Italia. La eficacia de la Ley 94/2009

se asiste a una mutación de las competencias del Juez de Paz que en su configuración original tenía una función conciliadora en relación a los casos que le eran expuestos.

Después de haber mencionado rápidamente el proceso enfrente del Juez de Paz, parece necesario explicar lo que prevé el artículo 10 bis.

El artículo 10 bis, apartado 1.º, dice: «Salvo que el hecho constituya un delito más grave, el extranjero que entre o bien se quede en el territorio del Estado, vulnerando las disposiciones de la presente ley y del artículo 1 de la Ley 28 de mayo de 2007 núm. 68² está penado con multa de 5.000 hasta 10.000 euros. Al delito no se aplica el artículo 162 del Código Penal».

El apartado 2.º añade: «las disposiciones del apartado 1.º no se aplican al extranjero al que va dirigido la medida del rechazo en la frontera».

Los apartados 3, 4 y 5 regulan el procedimiento establecido ante el Juez de Paz, mientras el sexto y último apartado dispone que en el caso de que se presente una solicitud de protección internacional el proceso será suspendido. Un vez reconocida la protección internacional el Juez pronunciará la «sentencia de no procesamiento».

Parece necesario señalar que el artículo 10 bis comienza con una cláusula de reserva «Salvo que el hecho constituya un delito más grave», que significa que «si el extranjero que se encuentra de forma irregular en Italia y es condenado por un delito más grave de lo del artículo 10 bis, por ejemplo, de robo, el Juez no puede además condenarle por el hecho de estancia irregular porque el delito de robo es más grave y se aplica la pena de este delito»³.

Respecto a la violación de las normas de entrada, que dan origen a una falta que se consuma en el mismo momento en el cual el extranjero entre irregularmente, se puede resumir brevemente que el supuesto de entrada irregular se cumple cada vez que un extracomunitario entra sin pasaporte u otra documentación equivalente, entra sin visado en los casos en los cuales sea necesario, entra sin los requisitos de ley (artículo 4 del Decreto Legislativo 286/1998) o bien entra evitando los controles de frontera.

Hay que observar cómo en las hipótesis antes mencionadas el hecho de que el ciudadano extracomunitario sea rechazado en la frontera por la policía no constituye un caso de entrada irregular, no dando origen a la falta del artículo 10 bis (apartado 2.º del artículo 10 bis), sino un simple caso de rechazo en frontera previsto por el artículo 10 del Decreto Legislativo 286/1998.

En cambio, la falta de permanencia irregular se cumple cuando el extranjero se quede en el territorio italiano una vez que las condiciones de permanencia regulares hayan cesado de existir (por ejemplo, cuando el extranjero no pueda renovar la tarjeta, cuando se haya quedado en el territorio del Estado después de los tres meses del visado de turismo, etc.).

En fin, merece una mención el apartado 6.º que no encuentra la aplicación de la falta del artículo 10 bis en los casos en que la solicitud de protección internacional sea aceptada por la Autoridad italiana.

(2) Ley que regula las estancias de los extranjeros en Italia por *business*, turismo, estudio y por las cuales no se necesita de la tarjeta de residencia.

(3) BRICCHETTI-PISTORELLI: «L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità» en *Guida al diritto*, núm. 34/2009, p. 31.

En este caso, se puede observar cómo más que el hecho de presentación de la solicitud, lo que parece relevante es el momento de presentación de la solicitud de protección, si fue presentada antes o después de que las autoridades italianas hayan dispuesto contra el extranjero una orden de alejamiento del territorio italiano.

En la primera opción, el procedimiento penal no comenzará contra el extranjero porque la rápida presentación de la solicitud permite la permanencia en Italia hasta que no se juzgue el derecho a la protección internacional, mientras en el segundo caso, el proceso penal comenzará por el hecho de que el extranjero haya entrado o se encuentre de forma irregular en Italia, pero será suspendido en el momento de la presentación de la solicitud y archivado en el caso de concesión de la protección internacional⁴.

En relación al ámbito de aplicación del artículo 10 bis, a pesar de que la Ley 94/2009 no prevea la exclusión de la aplicación de esta norma a los menores extracomunitarios, ésta no se aplica al menor que haya entrado o que permanezca irregularmente en Italia.

Y ello, porque siguen en vigor las normas de la Constitución italiana, de las Convenciones internacionales firmadas por Italia, junto a las normas internas [artículo 37 bis de la Ley 184 de 1983 y el artículo 19.a) de Decreto Legislativo 286/1998] que no permiten la expulsión de los menores del territorio del Estado (sino en los casos que sigan a su familia). Al revés, la legislación italiana prevé que sea regularizada la permanencia del menor extranjero irregular concediéndole una «tarjeta por minoría de edad» (artículo 28 del Decreto del Presidente de la República 394/1999).

Con referencia al artículo 28 del DPR 394/1999, una reciente resolución por parte del Tribunal de Bari, archivaba un procedimiento contra el menor H.M. de Afganistán porque la Comisaría de policía de la misma ciudad había concedido al menor una tarjeta de residencia.

Como se puede comprender, después de la rápida explicación de lo que prevé el nuevo artículo 10 bis, lo que el legislador quiere perseguir no es el cumplimiento efectivo de un delito por parte del extranjero, sino su condición de irregularidad en el territorio italiano. Se persigue a alguien por lo que es, no por lo que ha hecho, como tendría que ser siguiendo lo que establece el artículo 25, apartado 2.º, de la Constitución italiana.

Al mismo tiempo, el simple hecho de estar de forma irregular en el territorio del Estado no significa que el extranjero sea un peligro para la seguridad pública o para la seguridad de Estado.

La necesidad de castigar a una persona por el hecho de que ha cometido un delito y no por su propia condición de irregularidad, encuentra respaldo en la Sentencia 78/2007 de la Corte Constitucional.

Hay que subrayar además una cosa, si comparamos el nuevo artículo 10 bis con los otros artículos del Decreto Legislativo que regulan el derecho de extranjería podemos concluir de manera evidente que existe una clara voluntad por parte del actual legislador de perseguir a los extranjeros irregulares de manera más fuerte.

(4) En conclusión, la presentación de la solicitud puede ser de cualquier forma sea oral, escrita, hecha personalmente por el extranjero a la Policía de frontera o bien a la Comisaría de policía.

Criminalización de la inmigración irregular en Italia. La eficacia de la Ley 94/2009

Un ejemplo es la cláusula de «justificada motivación» que se encuentra en el artículo 14, apartado 5 ter⁵, que permite alegar el hecho de que las dificultades económicas no permitan a los extranjeros abandonar Italia cuando no tengan los requisitos para permanecer de forma regular (por ejemplo, en el caso que se haya caducado la tarjeta y no tengan los requisitos para renovarla) y ello no sea delito.

El que el artículo 10 bis no tenga una cláusula de «justificada motivación», como el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo 286/98, se puede considerar una violación del artículo 27, apartado 1.º, de la Constitución que prevé que la responsabilidad penal sea personal. Sobre este punto se pronunció la Corte Constitucional con la Sentencia 5/2004, en la que la Corte afirma que la imposibilidad económica de dejar el País por parte del ciudadano extracomunitario excluye el elemento subjetivo del delito de permanecer en el territorio.

Enumeradas las novedades aportadas por el artículo 10 bis del Decreto Legislativo 286/1998, se exponen a continuación algunas consideraciones sobre la legitimidad constitucional de este artículo.

III. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

Lo que se quiere ilustrar en este párrafo es la legitimidad constitucional de la norma penal que castiga la entrada y la permanencia irregular en Italia del ciudadano extranjero.

Las motivaciones que llevan a declarar esta norma inconstitucional son muchas y la jurisprudencia que se está desarrollando en los tribunales italianos en estos últimos tiempos muestran todos los límites de dicha norma.

Un ejemplo de la verdadera dificultad de aplicación de esta norma es la falta de una excepción a la obligación de denuncia por parte del Juez una vez que se encuentre en presencia de un extranjero irregular que haya decidido recurrir a la Autoridad Judicial para defender sus propios derechos fundamentales.

Un ejemplo es un caso ocurrido ante el Juez del Tribunal de Voghera, que tenía que juzgar a un ciudadano egipcio irregular que recurrió al Tribunal para demostrar la existencia de un contrato de trabajo, después de haber sufrido una lesión mientras estaba trabajando y tras haber sido despedido del trabajo verbalmente. El defensor del ciudadano extracomunitario expuso al Juez durante la primera audiencia que su defendido no podía comparecer, dado que sino el Juez habría tenido que denunciarlo por el delito del artículo 10 bis del Decreto Legislativo 286/1998.

El Juez suspendió la audiencia objetando la inconstitucionalidad de la norma en la parte que no prevé la excepción de que la Autoridad Judicial tenga la obligación de denunciar al ciudadano extranjero comparecido en audiencia.

El Juez argumentó que la norma es contraria a los principios constitucionales que tutelan derechos fundamentales, como el derecho a la defensa (artículo 24 Const.), el derecho a tener adecuada retribución (artículo 36 Const.) el derecho al resarcimiento del daño por la lesión de la salud a causa de infortunio de trabajo (artículo 32 Const.).

(5) El artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo 286/1998 castiga a los extranjeros que aunque hayan recibido una orden del expulsión por parte de la Autoridad pública se queden en Italia.

Al mismo tiempo, el Juez reconoció en el artículo 10 bis una violación del artículo 3 de la Constitución que prohíbe la discriminación fundada en condiciones personales y sociales.

Junto a la resolución del Tribunal de Voghera existen otras resoluciones que plantean cuestiones de inconstitucionalidad del artículo 10 bis respecto al artículo 10, apartados 1 y 2, de la Constitución (que obligan, respectivamente, al ordenamiento italiano a someterse a las normas del derecho internacional reconocidas y a la condición jurídica del extranjero de conformidad con las normas de los tratados internacionales) y al artículo 117 de la Constitución italiana, que afirma que la potestad legislativa del Estado y de las Regiones será ejercitada con respeto a la Constitución y a las normas del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales, como, por ejemplo, el artículo 14 de la CEDU ratificado en Italia por la Ley 4 de agosto de 1955 núm. 848.

Respecto al caso citado del Tribunal de Voghera, parece correcto señalar otra violación de las normas internacionales en relación a las establecidas en los artículos 1 y 9 de la Convención OIL núm. 143 de 1975 sobre los trabajadores inmigrantes que sancionan, respectivamente, el reconocimiento de «los derechos fundamentales del hombre de todos los trabajadores migrantes» y de la facultad del trabajador migrante «de defender sus propios derechos ante un ente competente, sea personalmente sea a través de sus representantes» sin tener en cuenta la situación de residencia regular o no en el territorio de un Estado miembro.

A nivel de normativa internacional y concluyendo, otra cuestión que vulnera el artículo 10 bis es la falta de respeto de la Directiva 2008/115/CE sobre la repatriación.

Efectivamente, el artículo 10 bis parece creado para utilizar la facultad reconocida en el artículo 2, apartado 2.º, de la Directiva misma, que prevé que cada Estado pueda no aplicar la Directiva a los extranjeros para los que la repatriación sea sanción penal o consecuencia de una sanción penal.

Ya que en el delito de inmigración irregular la expulsión sigue a la condena por dicho delito, «es evidente que a dicha norma no se le aplica, por cada ciudadano expulsado, las disposiciones de la Directiva que favorecen la repatriación voluntaria y no forzada y al mismo tiempo prevé que cada forma de retención sea un remedio excepcional a los obstáculos de la ejecución de las repatriaciones»⁶.

En este sentido, el artículo 10 bis del Decreto Legislativo 286/1998 parece constitucionalmente ilegítimo, según al artículo 117 de la Constitución, apartado 1, por la violación de las obligaciones comunitarias que se derivan de la Directiva.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como he dicho en las consideraciones previas, el actual endurecimiento normativo no nace de repente. Eso es fruto de una serie consecutiva de propuestas parecidas que desde la aprobación del Decreto Legislativo 286/1998 han interesado el derecho migratorio en Italia.

(6) BONETTI, P.: «La proroga del trattenimento e i reati di ingresso io permanenza irregolare nel sistema di diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri» *Revista Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 4/2009, p. 125.

Criminalización de la inmigración irregular en Italia. La eficacia de la Ley 94/2009

La norma introducida por la Ley 94/2009, además de ser inconstitucional, es sobre todo dañina porque no permitirá a los ciudadanos extracomunitarios una efectiva integración en Italia.

En este sentido, otro ejemplo de la «miopía» y discriminación de esta norma es la obligación por parte de las personas con cargos oficiales (por ejemplo, el Juez o el funcionario del Ayuntamiento) de denunciar al extranjero irregular.

Esta disposición había creado problemas muy graves con los médicos de urgencias que en principio tenían que socorrer a los enfermos y luego denunciarlos (con el efecto que con total seguridad no se hubiera presentado nadie más al hospital, al tener miedo a una denuncia) y para los docentes de la escuela que tendrían que haber denunciado a los padres de los menores estudiantes irregulares que acudían a dicha escuela.

Mientras para el primer caso la ley, después de una queja del colegio de los médicos, prevé una excepción, los docentes no tienen una prohibición clara de señalar ante la Autoridad pública a los padres irregulares de menores una vez que conozcan la situación de irregularidad.

Cuanto he expuesto demuestra por enésima vez, los graves errores que han marcado en el tiempo la legislación italiana en tema de derecho de extranjería.

Una legislación que ha intentado regular la inmigración extracomunitaria aprobando normas que quieren aumentar la seguridad pública a través de los aumentos de pena para las situaciones de irregularidad, sin acompañar estas normas con otras que permitan flujos de entrada regulares y medidas de integración social, incentivando de esta manera, flujos de inmigración irregular.

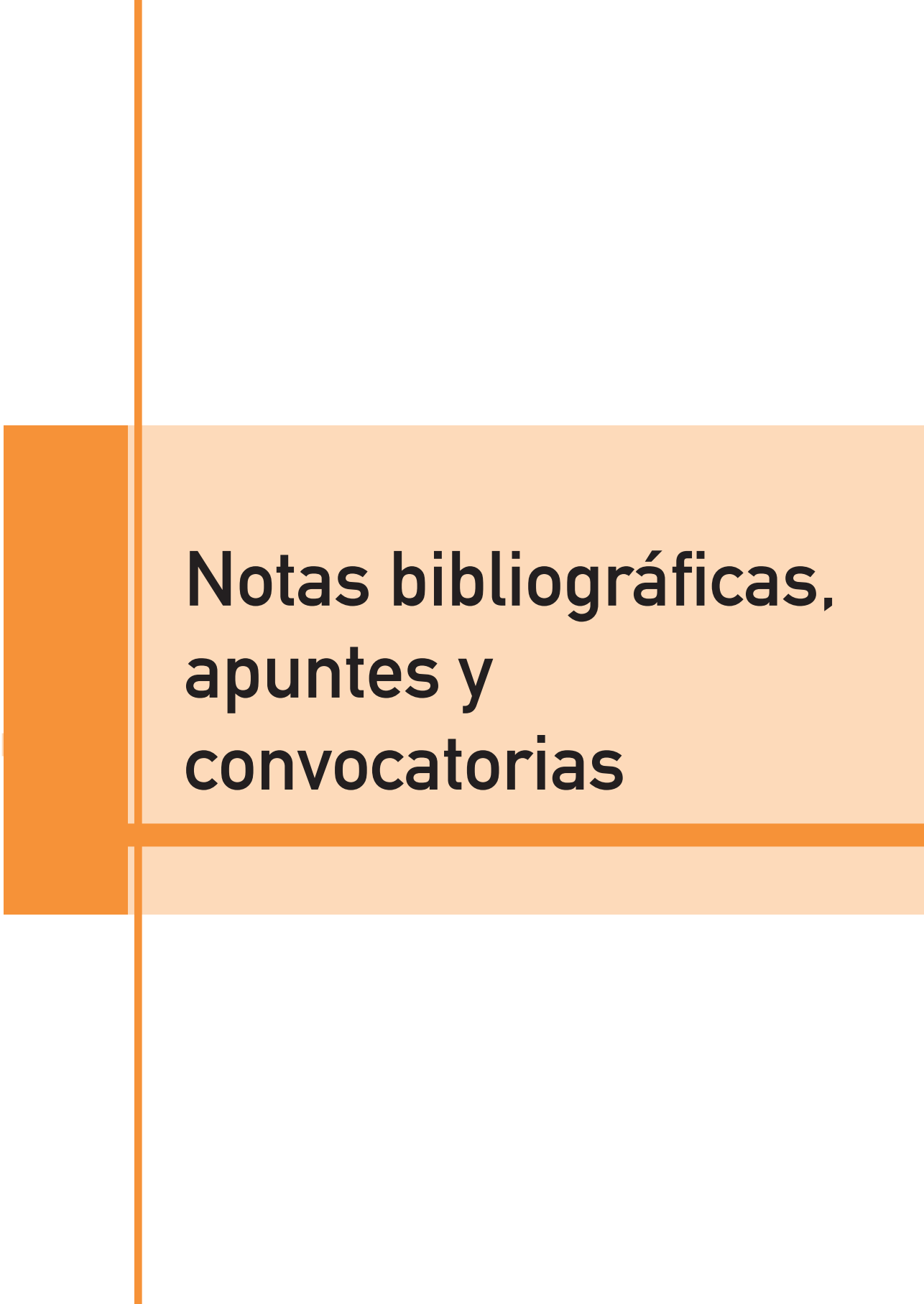
Esto significará que los flujos de inmigración irregular difícilmente cesarán, los inmigrantes siguen escapando de sus propios países por graves motivaciones personales, familiares y colectivas, mientras normas ineficaces, ilegítimas o ilegales seguirán sin resolver problemas o peor agravándolos.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare», *Revista Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 4/2009, pp. 140 y 141.

BRICCHETTI-PISTORELLI: «L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità» en *Guida al diritto*, núm. 34/2009 p. 31.

BONETTI, P.: «La proroga del trattenimento e i reati di ingresso io permanenza irregolare nel sistema di diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri», *Revista Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, núm. 4/2009, p. 125.

The image features a minimalist design with a white background. A solid orange vertical line runs down the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider one in the upper-middle section and a thinner one below it. The text is centered within the wider orange band.

Notas bibliográficas, apuntes y convocatorias

Notas bibliográficas

Los derechos de la mujer en el Islam y su estatuto personal en el Magreb (Marruecos, Argelia y Túnez)

SOUAD EL HADRI

Tirant lo Blanch, Valencia 2009, 246 pp.

POR:

LUCÍA APARICIO CHOFRE

Doctora en Derechos Humanos, Profesora Asociada en Filosofía del Derecho, Moral y Política en la Universidad de Valencia

En la presente monografía, SOUAD EL HADRI, que sigue el ejemplo de Fátima Mernisi, y que tiene el mérito de ser la primera doctora de origen marroquí que se ha licenciado y que ha defendido una tesis doctoral en la Universidad de Valencia, nos presenta un análisis crítico de la situación de los derechos y el estatuto personal de la mujer musulmana en tres países del Magreb.

Partiendo de un interesante análisis comparativo de la situación de la mujer en las antiguas civilizaciones y de su posición en las principales religiones monoteístas, la autora nos presenta, en la primera parte de esta obra, una visión poco conocida del mundo islámico.

De todos es sabido que la influencia del islam trasciende el ámbito religioso. En la mayoría de los países musulmanes impregna otros aspectos de vida como la política o el derecho. De este modo, se convierte en el principal elemento inspirador de la reglamentación social y espiritual de las personas musulmanas.

Una religión que, si tenemos en cuenta el momento histórico en el que surgió, supuso una auténtica revolución en materia de derechos de la mujer; derechos impensables en aquel momento en otras culturas donde la mujer tenía la consideración de un mero objeto.

Esta revolución se planteó inicialmente como un proceso gradual hasta alcanzar la igualdad completa entre ambos sexos, tal y como se demuestra en las constantes referencias que el libro realiza al Corán y a la vida del Profeta Mohammad, como fuente genuina de referencia.

Pero esa transformación, que ya incluso se puso en marcha en vida del Profeta, en ocasiones se vio lastimada por la oposición que estos cambios despertaban en la propia sociedad, muy en particular entre la clase dirigente del momento, que temía perder su hegemonía.

Aun así, a lo largo de estas páginas encontramos diversas referencias de la autora a mujeres que en esa época desempeñaron puestos relevantes en la vida pública. La Reina Saba, y las mujeres del Profeta, Aixa y Jadiya, son algunos de esos ejemplos destacados, especialmente ésta última, Jadiya, mujer viuda de 40 años, que trabajaba en un próspero comercio, fue quien pidió en matrimonio al Profeta, cuando éste tan sólo tenía 25 años. Un episodio impensable hoy en día en muchas de las sociedades musulmanas y que incluso causaría cierta perplejidad en nuestras modernas sociedades occidentales, en las que la liberación de la mujer se considera como una realización social.

En la actualidad, tal y como destaca la autora, aunque se han producido importantes avances en el reconocimiento de los derechos de la mujer en el ámbito de la vida pública, todavía encontramos una importante resistencia a cualquier cambio para lograr una igualdad efectiva en el ámbito privado, a pesar de que en la mayoría de las Constituciones de estos países sí se proclama esa igualdad.

Especial interés reviste el capítulo dedicado al debate sobre la utilización del velo (*hiyab*), tanto cuando esta cuestión se ha convertido en objeto de controversia política en algunos países europeos como Francia. Una prenda distintiva, todavía hoy, de muchas mujeres musulmanas, y que se ve envuelta en una gran polémica que abarca todos sus aspectos, desde la necesidad de su utilización hasta sus dimensiones y características.

Del estudio de las tres corrientes que presenta la autora al analizar esta materia, se desprende que ha primado la mentalidad machista en la interpretación sobre la necesidad de utilizar esta prenda. Y ello porque, desde su función original como elemento protector y distintivo de clase social, el velo se ha transformado en un símbolo evidente de la desigual-

Notas bibliográficas

dad de la mujer en el mundo islámico. Aunque a este respecto es necesario matizar la evolución que está experimentando la utilización del velo en las sociedades occidentales con la integración de las mujeres musulmanas inmigrantes, tanto de primera como de segunda generación, pues muchas de ellas eligen llevarlo libremente, como símbolo de diferenciación y refuerzo de su propia identidad.

Los últimos capítulos del libro se centran en el tratamiento detallado, tanto en el Corán como en la Sunna y en el derecho positivo de estos países, del estatuto personal de las mujeres en el ámbito de sus relaciones familiares.

Dentro de este marco jurídico, el matrimonio revisite una importancia especial. En la regulación de cuestiones como la dote, la manifestación del consentimiento, la capacidad matrimonial y el repudio, se advierte el inmovilismo y la interpretación interesada realizada por la jurisprudencia (*fiqh*) con el fin de perpetuar el estatus inferior de la mujer. Una discriminación que todavía se mantiene en las leyes y códigos de familia de estos países, aunque en las últimas reformas se aprecien una serie de mejoras.

La desigual condición de la mujer en el islam en estos momentos, como señala la autora, es el fruto de la complicidad entre el poder político y la jurisprudencia religiosa, que han aprovechado su hegemonía para impedir cualquier innovación o reflexión independiente.

Estudios como éste, nos aproximan a una nueva visión del Islam, más respetuosa con los derechos humanos. Y a la necesidad de reivindicar una revisión en la interpretación de sus preceptos originales con la finalidad de adaptarlos a la realidad actual.

Y en esta reivindicación, las mujeres están llamadas a desempeñar un importante papel. Porque en caso contrario, tal y como se pregunta la autora: *¿qué va a ser de las mujeres si los alfaquíes siguen en sus torres de marfil lanzando sus avisos jurídicos, negando la evolución y la reflexión independiente para liberar a la nación musulmana?*

Son precisamente las mujeres musulmanas que tienen la oportunidad de estudiar, de conocer otras culturas y vivir en otros países en los que las mujeres gozan de un mayor número de derechos, quienes con su esfuerzo y testimonio constituyen una pieza fundamental para esta transformación.

La clave, para promover este cambio en las sociedades musulmanas y en especial en la condición de la mujer, pasa por la extensión del respeto a los dere-

chos humanos. Una cuestión a la que esta publicación tal vez no dedica la atención que hubiera requerido. Un aspecto que, en cambio, sí ha tratado ampliamente Daniele ANSELMO en su libro *Shari'a y derechos humanos*, editado por G. Giappichelli.

Un proceso de cambio necesario, si queremos evitar el demonizado choque de civilizaciones que anunció Huntington, y en el que las sociedades occidentales, en especial la Unión Europea, también deben asumir su responsabilidad. Por ello, es muy necesario que la ayuda al desarrollo se vincule de una forma real y efectiva al respeto de los derechos humanos, como ya reclamó en su día el premio Nobel de Economía, Amartya SEN.

La Inmigración en tiempos de crisis

(Anuario de la Inmigración en España)

E. AJA, J. ARANGO Y J. OLIVER ALONSO (Eds.)

Edic. 2009, Diputació de Barcelona, CIDOB, Fundació Jaume Bofia, Fundación José Ortega y Gasset, UNICAJA., Barcelona 2009, 284 pp.

POR:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

Director Adjunto de la REDMEX

Puntual como siempre, se publica este Anuario de la Inmigración en España con un contenido muy destacable, en este caso centrado sobre todo en los efectos de la crisis económica sobre el fenómeno migratorio.

Tras una introducción de los editores, el volumen se divide en tres partes: La inmigración en España en 2009, crisis económica e inmigración y, finalmente, legislación y jurisprudencia.

En la primera, E. AJA aborda la reforma de la Ley de Extranjería (pp. 18 y ss.), examinando los principales aspectos de la Ley Orgánica 2/2009 de modo crítico. De su estudio destacará la universalización de dere-

Notas bibliográficas

chos (exigida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007), la laboralización de la política migratoria, el fracaso de la vía del contingente y las dificultades para configurar la expulsión

La parte central o monográfica del Anuario se inicia con un pequeño estudio de dos funcionarios de la OCDE, Jean-Pierre GARSON y Jean-Christophe DUMONT, titulado «Crisis económica y migraciones: Bases para la reflexión». A él sigue otro más sustancioso de J. ARANGO titulado «Después del gran boom: La inmigración en la bisagra del cambio» (pp. 53 y ss.); en él sobresale el dato contrastado según el cual disminuyen las entradas (mostrando tendencia hacia la estabilización del número de inmigrantes) y además el desempleo se ceba en ellos; destacaré especialmente la afirmación siguiente: «En medios internacionales se ha observado con admiración la actitud tranquila y sosegada con la que la sociedad española ha vivido el espectacular crecimiento del volumen de la población inmigrada en el último decenio» (pp.71-72).

J. OLIVER ALONSO publica el estudio «Inmigración y crisis del mercado de trabajo en España 2008-2009» (pp. 74-109). Señala el autor que el aumento del desempleo de los emigrantes es uno de los elementos más críticos de la situación actual de nuestro mercado de trabajo. Otros estudios tienen un marcado perfil demográfico, como el debido a M. ALLOZA, B. ANGHEL y P. VÁZQUEZ o el de A. DOMINGO I VALLS y J. RECAÑO VALVERDE.

Destacaré tres estudios ligados de un modo u otro a los derechos económico-sociales de los inmigrantes: El de G. LÓPEZ Y CASASNOVAS y G. FERRAGUT ENSENYAT («Inmigración y políticas públicas», pp. 128 y ss.), el debido a C. ALEMÁN BRACHO («Servicios sociales e inmigración», pp. 148 y ss.) y el que H. CEBOLLA BOADO («Impacto de la inmigración y adecuación de los servicios públicos: La educación», pp. 164 y ss.).

El tercer apartado, dedicado a la legislación y la jurisprudencia, incluye cuatro estudios. En el titulado «Las normas generales del Estado» (J.A. MONTILLA MARTOS y J. L. RODRÍGUEZ CANDELA, pp. 210 y ss.) se revisan las principales novedades legislativas, excluida la modificación de la Ley de Extranjería, antes abordada. A. OLESTI RAYO estudia la normativa y las políticas migratorias de la UE en 2008, especialmente la Directiva de retorno o de la vergüenza, el sistema de información de visados y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, así como diversos acuerdos de readmisión.

GARCÍA VITORIA y P. SANTOLAYA MACHETTI estudian la «Denegación de entrada y salidas obligatorias del país. Las garantías del procedimiento en la justicia (Julio 2007-Diciembre 2008)»; lo hacen desde la perspectiva del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de las Audiencias Provinciales respecto al internamiento cautelar en centros no penitenciarios. Los autores subrayan el hecho según el cual el alcance del control judicial se limita al examen de los presupuestos del internamiento, sin entrar a valorar la validez del procedimiento de expulsión (p. 243). Finalmente, J. GARCÍA ROCA y M. DÍAZ CREGO se centran en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE.

Nos encontramos ante una nueva edición del Anuario con un contenido muy destacable, que resulta imprescindible para conocer (desde una perspectiva jurídica, económica y social) la situación actual de un fenómeno tan complejo y cambiante como es la inmigración en nuestro país.

Informe Derechos Humanos en la frontera sur 2009. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía

RAFAEL LARA (Coord.)

Sevilla Marzo 2010, 64 pp., http://www.apdha.org/index.php?option=com_content&task=view&id=730&Itemid=45

POR:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Director Adjunto de la REDMEX

La Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía viene realizando desde 1997, un seguimiento de la evolución de los flujos migratorios referidos a España y de las políticas desarrolladas por la Unión

Notas bibliográficas

I

Europea y los sucesivos gobiernos españoles para abordarlos y, en general, para reprimirlos y contenerlos.

El presente Informe cambia relativamente de formato con respecto a años anteriores. En estas ediciones anteriores, han tenido cabida los análisis efectuados desde diversos colectivos de la sociedad civil europea, como la Asociación Europea de Derechos Humanos, la red Migreurop y otras muchas organizaciones. En esta ocasión el Informe recoge, sobre todo, visiones del fenómeno migratorio desde el Sur, voces de destacados dirigentes de la sociedad civil en algunos de los países en los que el fenómeno de la emigración (propia y en tránsito) ha adquirido relevancia en los últimos años.

Han participado, entre otras, personas tan destacadas como Khadija RYADI, presidenta de la Asociación Marroquí de Derechos Humanos, Víctor NZUZI, dirigente campesino de la República Democrática del Congo, Daniel MOUNZEGO, dirigente de la Comisión de Derechos Humanos del Litoral de Camerún y de las actividades pesqueras de ese país o Aminata TRAORÉ, una de las principales dirigentes del movimiento altermundialista en África y ex ministra de cultura de Malí.

En este informe no se presentan nuevos testimonios personales estremecedores sobre la tragedia migratoria africana. Aunque, de alguna forma, también lo son. Se trata de análisis de voces de la sociedad civil africana que confirman el contexto en el que se encuadran las migraciones: situaciones de dependencia, de pervivencia de regímenes coloniales, con gobiernos incapaces de gestionar las inferencias y que colaboran con las políticas europeas de externalización del control de fronteras y que miran hacia otro lado ante las crecientes violaciones de los derechos humanos. Son testimonios de un drama personal y colectivo, ante el que ni las organizaciones de Derechos Humanos, ni la sociedad en su conjunto, pueden permanecer indiferentes.

En cuanto al análisis habitual de estos Informes de la APDHA sobre la evolución de los flujos migratorios y sus consecuencias, es preciso destacar lo ya conocido: el importante descenso de personas detenidas al intentar llegar a las costas españolas.

Según los datos de la APDHA, 8.728 personas han sido detenidas al llegar a las costas españolas durante el año 2009, trescientas más que las que cuenta el Ministerio del Interior. En todo caso, ello

supone un descenso en las llegadas por esta vía de más del 45% con respecto a 2008, cuando las detenciones alcanzaron la cifra de 15.572 personas.

Sobresalen, además, varias cuestiones:

La primera de ellas es que el seguimiento de la evolución de los flujos migratorios no se limita a las personas detenidas. Sólo un 30% de las personas que intentan llegar a nuestro país finalmente lo consiguen. Por tanto, las cifras de personas interceptadas sólo reflejan una parte de la realidad.

La segunda se refiere a que en las cifras aportadas por el Ministerio del Interior no se refleja el número de personas interceptadas en las costas africanas. Esa interceptación se produce, cada vez en mayor medida, como resultados del control de los flujos migratorios que la política de externalización (impulsada por la Unión Europea y sus Estados miembros, especialmente Italia) ha trasladado a los países africanos.

Resulta difícil concluir cuántas personas son interceptadas en la aplicación de estas políticas de externalización en las costas africanas o aledaños. La APDHA, con muchas dificultades, ha seguido informes de la Agencia Europea Frontex, de la Marina Nacional Argelina, de la Gendarmería marroquí y de su Gobierno, o de la policía costera mauritana. Pocas cifras proporciona la guardia costera de Senegal, por no referirnos a Guinea, Gambia o Cabo Verde.

Según estos datos, no menos de 11.000 personas han sido detenidas en las costas africanas a lo largo de 2009, alcanzando así la cifra total de 19.728 personas detenidas intentando llegar a España durante el 2009. Todas estas cifras no son sino un reflejo de la realidad, que pone de manifiesto dos cuestiones: un acusado descenso de los flujos migratorios que, paradójicamente, se solapa con un acusado incremento de las razones que obligan a la emigración.

Y obligan porque la desestructuración social, la falta de perspectivas y, entre otras causas, el colapso de las economías africanas en medio de la crisis no hacen sino impulsar y animar los movimientos migratorios. Y no suele ser muy disuasoria la situación de crisis que vive Europa. El corte, el abismo entre ambas situaciones, es tan brutal que difícilmente va a desanimar a las personas africanas a intentar encontrar un futuro más digno.

Notas bibliográficas

En cuanto a las razones del descenso de los flujos considerado de forma global, existen diversas interpretaciones. El Ministerio del Interior se refiere a la eficacia policial y al conjunto de medidas de control adoptadas por el Gobierno de España.

Además, la vigilancia de las costas es cada vez más férrea por parte de Mauritania, Senegal o Marruecos, auténticos gendarmes de la UE en África. Estos gendarmes implementan crecientes y férreos controles en las fronteras que cercan el Sahel, controles que tienen sin duda mayor importancia que los propios controles en las costas y aguas por parte de España y la Agencia Europea Frontex. La publicitada presencia de Al Qaeda en esa zona del Sahel no debería implicar como excusa una creciente militarización y represión de las personas que intentan migrar atravesando esa región, violando sus Derechos Humanos.

Hay que considerar positivo, finalmente, el importante descenso que se ha producido este año en el número de personas que han perdido la vida o desaparecido, según los datos documentados. En concreto, se ha pasado de 581 en 2008, a 206 muertos o desaparecidos en 2009¹.

Es preciso finalizar insistiendo que estas cifras no enmascaran el drama, primero desconocido, segundo obviado y ocultado, y tercero no contemplado ni por los medios de comunicación ni por la ciudadanía. Pero es un drama que no debiéramos tolerar, porque degrada claramente la calidad democrática de nuestras sociedades y viola los Derechos Humanos de todas y de todos.

(1) De estas cifras dramáticas, destacar que la mayoría se ha producido en el Mediterráneo y que las muertes, al contrario que otros años, se reparten entre personas procedentes del Magreb y personas originarias del África subsahariana.

Construyendo redes. Minorías religiosas en Aragón

CARLOS GÓMEZ BAHILLO (Coord.)

Icaria Editorial, Barcelona, 2009, 387 páginas.

POR:

PABLO GARCÍA RUIZ

Universidad de Zaragoza

El presente volumen es una aproximación a la realidad de las confesiones religiosas minoritarias en Aragón. Forma parte de un ambicioso proyecto, impulsado en estos últimos años por la Fundación Pluralismo y Convivencia, para estudiar el creciente pluralismo religioso de la sociedad española.

El estudio se divide en dos partes. La primera se dedica al análisis de los rasgos identitarios de las minorías religiosas en la sociedad aragonesa. En un capítulo titulado «Inmigración y religión», la profesora Nuria DEL OLMO VICÉN, del Departamento de Psicología y Sociología de la Universidad de Zaragoza, estudia la vinculación entre las religiones minoritarias y los flujos migratorios recientes. Aporta información valiosa sobre la adscripción religiosa de los distintos colectivos inmigrantes y adelanta conclusiones bien fundamentadas sobre los retos para su integración, subrayando el hecho de que los rasgos culturales funcionan también como signos de identidad. Para los inmigrantes, la religión vinculada a su procedencia geográfica se vivencia como garantía de conservación de la cultura de origen, por lo que su apego es existencialmente más denso que lo específicamente espiritual o cultural. En este sentido, concluye el texto que tratar con diferencias religiosas requiere entenderlas como formas culturales más amplias y abarcales.

Notas bibliográficas

I

Alexia SANZ HERNÁNDEZ, también profesora del Departamento de Psicología y Sociología de la Universidad de Zaragoza, escribe un interesante y oportuno capítulo sobre «Mujer y religión», en el que compara ambas dimensiones –religión y género– como categorizaciones identitarias. Ofrece pertinentes claves interpretativas sobre la diversidad religiosa y el papel más o menos visible de la mujer en los diferentes contextos religiosos. En este sentido, analiza la relación entre el hecho religioso y la cuestión de género, tanto en lo que se refiere al significado del género en el contexto de la doctrina y las prácticas de culto u oración, como en lo relativo al significado del fenómeno religioso desde la perspectiva de la situación de la mujer en los colectivos inmigrantes. Se atiende a la inmigración femenina, sus peculiaridades laborales y sociales, y sus consecuencias para la constitución de los colectivos inmigrantes, principalmente en los aspectos de contenidos culturales e implicaciones para la vivencia y transmisión de las creencias y prácticas religiosas. Se matizan oportunamente las diferencias entre colectivos y mentalidades que, sin embargo, comparten la misma percepción de que la sociedad receptora secularizada no acierta a valorar en su justa medida la realidad que les es propia. De ese modo, la vida cotidiana se convierte por defecto en el contexto en que transcurren y se articulan formas de tolerancia, primero, y de creciente conocimiento mutuo, después. Se propicia, así, la redefinición del yo religioso por parte de las mujeres, compatible con la redefinición de su yo femenino en el marco de una dinámica cultural emocional y valorativa específica, propia de grupos en proceso de plena incorporación social.

En la segunda parte del libro, Carlos GÓMEZ BAHILLO –director del Departamento de Psicología y Sociología de la Universidad de Zaragoza– y Carlos Franco DE ESPÉS MANTECÓN estudian la evolución y consolidación de las confesiones minoritarias en Aragón. En concreto, pasan revista a los datos más importantes relativos a la presencia en la sociedad aragonesa de las comunidades evangélicas, las comunidades bíblicas, la Iglesia Cristiana Ortodoxa, el judaísmo, el Islam, el budismo y, también, la fe Bahá'í. Dedicar un capítulo a cada una de ellas, en el que presentan la evolución histórica de cada confesión, las cifras y características generales de sus miembros, los aspectos más relevantes de inserción social, actividades, lugares de culto y asociación, así

como los grupos de que se componen y sus divisiones internas.

En los sucesivos capítulos que componen esta segunda parte, se pone de manifiesto el proceso de pluralización religiosa por el que ha pasado la sociedad española en los últimos años. Toda esta información y análisis apunta hacia la necesidad de un mayor reconocimiento público y civil de la diversidad religiosa en nuestra sociedad. Es bien conocido cómo las confesiones evangélicas, judía y musulmana disfrutaban actualmente de plena libertad, como entidades jurídicas reconocidas, disponen de bienes patrimoniales y otras necesidades para desarrollar sus actividades culturales y de carácter social, educativo, asistencial, recreativo, etc. Asimismo, tienen reconocida a efectos civiles la celebración del matrimonio y capacidad para la celebración de actividades y festividades en establecimientos públicos, derecho a la enseñanza religiosa en centros públicos, beneficios fiscales, etc. En cambio, otras confesiones entre las que se cuentan, sobre todo las confesiones bíblicas –como la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días o los Testigos de Jehová– aunque tienen reconocimiento de notorio arraigo, no cuentan aún con Acuerdo de Cooperación con el Estado. Otras confesiones minoritarias, como algunos centros budistas, o la Fe Bahá'í, por el momento sólo han sido reconocidas como entidades religiosas.

En definitiva, este libro es una ayuda esencial para introducirse en el mundo –en general, poco conocido hasta que uno se asoma a él– de las minorías religiosas en Aragón. Lo hace de una manera clara y rigurosa, con un análisis serio de los datos cuantitativos y cualitativos que desgana con abundancia y orden. En este sentido, se agradece el número de cuadros y tablas comparativas, tanto de cifras como de conceptos, que ayudan a seguir el razonamiento y valorar las diversas aportaciones en su medida.

Se agradece, también, la inclusión como anexo final de un Directorio de Entidades, de un breve pero claro comentario al marco jurídico vigente y, muy especialmente, la recopilación de un glosario de términos específicos del vocabulario usado por las diversas confesiones, que resulta de gran utilidad.

En definitiva, una obra necesaria en la situación actual de creciente pluralismo religioso, llevada a cabo con acierto y amenidad.

Notas bibliográficas

Competencias y estrategias de las comunidades en materia de inmigración. Una visión desde la Comunidad Autónoma Andaluza

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (Coord.)
Junta de Andalucía. Consejería de Empleo,
Sevilla, 2009

POR:

CARMEN RUIZ SUTIL

Profesora de Derecho internacional privado de la
Universidad de Granada

La obra colectiva que nos presenta la profesora Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ posee un notable carácter expositivo y clarificador de las competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas ante el reto de la inmigración y, en particular, la de Andalucía. Resulta difícil reflexionar sobre inmigración sin tener en cuenta las competencias, funciones o estrategias públicas a desarrollar por los distintos entes públicos, como la Unión Europea, el Estado, las Comunidades Autónomas o los municipios. No obstante, este estudio, coordinado con destreza, aporta trabajos de gran interés, combinados con un riguroso tratamiento científico. En la actualidad se dan las dos premisas básicas para deliberar sobre el papel llamado a desempeñar por las Comunidades Autónomas. Por un lado, las Comunidades Autónomas han comenzado a asumir competencias específicas en materia migratoria mediante la reforma de los Estatutos de Autonomía. Por otra parte, no se olvida que a nivel nacional como comunitario se diseña una política de integración de los inmigrantes, gestando una serie de principios comunes básicos ante una realidad considerada permanente y común de toda la sociedad europea.

El objetivo marcado por la coordinadora del presente estudio responde a varias finalidades: la primera, reflexionar sobre las nuevas competencias y

funciones de la Comunidad Autónoma andaluza en materia migratoria; la segunda, determinar el grado de convergencia de las políticas de integración, con los parámetros y pautas fijadas a nivel de coordinación intergubernamental; la tercera, proceder a un análisis sectorial sobre la distribución competencial y la integración del inmigrante en el espacio convivencial; y por último, examinar las competencias y las diversas actuaciones de tres Comunidades Autónomas donde el fenómeno migratorio tiene una trascendencia especial, como son las de Canarias, Cataluña y Madrid.

La Comunidad andaluza se convierte, tras Cataluña y Madrid, en la tercera donde se produce un progresivo asentamiento de población extranjera. De ahí que el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía incluya un espacio de regulación para la realidad del hecho migratorio. Tal y como manifiesta Teresa BRAVO DUEÑAS en el análisis que realiza sobre «Comunidades Autónomas e inmigración: competencias y funciones a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía», se regula por primera vez en este texto estatutario la inmigración, el derecho a la integración y la titularidad de derechos y deberes que se les atribuye a los extranjeros que residen en la Comunidad andaluza.

El primer bloque temático de la obra comienza con «la condición de andaluz o andaluza: inmigrante español/emigrante extranjero», donde la profesora MOYA ESCUDERO ha examinado los diferentes supuestos de emigrantes españoles o sus descendientes que, aun teniendo su última vecindad administrativa en Andalucía, no disfrutaban de la condición de andaluces por haber perdido o no haber poseído nunca la nacionalidad española. Igualmente, la autora ha comentado que los extranjeros que tienen la vecindad administrativa en Andalucía y que acceden a la nacionalidad española ostentan la condición política de andaluces, derivando de ello el ejercicio pleno de los derechos políticos. Es interesante la reflexión final de la profesora MOYA acerca de la posibilidad que tienen los extranjeros con vecindad administrativa en Andalucía de acceder a la función pública en régimen estatutario y de la lectura del artículo 26 del Estatuto de Andalucía sobre el acceso de estos nacionales de terceros Estados al régimen funcional.

En el capítulo titulado «Inclusión de un catálogo de derechos y deberes para los extranjeros residentes en Andalucía», desarrollado por el profesor M. AGUDO ZAMORA y la investigadora S. MÉRIDA DIAZ, se han expuesto los derechos sociales de los

Notas bibliográficas

I

extranjeros, salvo el relativo a la participación política, además de los principios rectores de las políticas públicas que se enmarcan en el Título I del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aunque deben completarse con un sistema de garantías ajustado al modelo establecido en la Constitución Española.

El cierre de la primera parte de la obra se lleva a cabo por S. YERGA COBOS en el capítulo denominado «Análisis comparativo de los textos de reforma de los Estatutos de Autonomía en inmigración y cooperación al desarrollo», donde se han plasmado los procesos de reforma efectuados en los Estatutos de Autonomía de diferentes Comunidades Autónomas en torno al hecho de las migraciones internacionales y la cooperación al desarrollo. Particularmente, hay que subrayar el análisis comparativo del acceso a la ciudadanía de la población inmigrante y su diferente tratamiento en los diversos Estatutos autonómicos tratados, además de los proyectos políticos y administrativos en relación con la cooperación internacional de las Comunidades Autónomas estudiadas.

En el segundo bloque temático, dedicado a la Coordinación intergubernamental entre CCAA/Estado/UE, el profesor J. A. MONTILLA MARTOS ha destacado la importancia y la necesidad de «las relaciones interadministrativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el reparto competencial en materia de inmigración», ya que el ámbito tratado se caracteriza por la concurrencia de facultades competenciales de una y otra administración. El autor reafirma a lo largo de su estudio que las competencias en materia de inmigración no pueden ejercerse de forma autónoma, y concluye con que debe ser posible el reforzamiento de las relaciones entre las distintas administraciones implicadas.

La profesora M. MARTÍN MARTÍNEZ ha analizado «los nuevos instrumentos autonómicos de acción exterior de la Comunidad Autónoma de Andalucía y su proyección en materia de inmigración». El nuevo Estatuto de Autonomía contiene un título competencial que faculta a la Comunidad andaluza a desarrollar una política *ad intra* en materia de inmigración. Pero la inmigración también posee una vertiente internacional para la que el nuevo Estatuto no ha incluido precepto alguno en forma de paraguas que afirme el principio general de la proyección exterior de la comunidad andaluza. Aunque hubiera sido recomendable tal inclusión, la autora afirma que la vertiente exterior de la Comunidad

es objeto de desarrollo a partir de los nuevos preceptos estatutarios dedicados a la acción externa, conforme a la teoría del paralelismo entre competencias internas y externas que tanto juego ha dado a las Comunidades Europeas. Es interesante el comentario que efectúa la profesora MARTÍN sobre la inclusión del nuevo capítulo del Estatuto dedicado a la cooperación al desarrollo, ya que se otorga una verdadera base jurídica para la ejecución de esta política. La autora, sin embargo, reprocha la confusión existente en el Estatuto de Autonomía de las diferentes modalidades de cooperación (desarrollo, interregional o tranfronteriza). Tampoco pierde la oportunidad de reivindicar la creación por el Gobierno de una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración y en la que Andalucía, junto con las restantes CCAA con competencia en la materia, tengan presencia y participación de primer orden.

El tercer bloque comienza con el capítulo denominado «La extensión a los inmigrantes del derecho de sufragio en las elecciones autonómicas: marco constitucional y nuevo Estatuto de Autonomía». En este trabajo, el profesor A. RODRÍGUEZ ha revisado las competencias autonómicas sobre participación e inmigración, además de formular ciertas hipótesis sobre un posible desarrollo autonómico del derecho de participación política que se pueda extender a los extranjeros residentes, como el derecho de sufragio en las elecciones autonómicas, sin que para ello sea necesario reformar el artículo 13 de la Constitución Española. Esta cuestión se ha convertido en un verdadero debate a tener en cuenta en el futuro inmediato. De hecho, en Italia se han verificado las ventajas e inconvenientes de intentar territorializar los derechos de participación política como fórmula de integración de inmigrantes.

El profesor R. DURÁN MUÑOZ ha dedicado su estudio a «la integración y participación político electoral de los inmigrantes. Andalucía en tiempos de reforma estatutaria». Las demandas del colectivo inmigrante, en aras a una integración con éxito en la nueva sociedad de acogida, pasan probablemente por los múltiples aspectos de la dimensión política. Este capítulo es muy revelador desde el punto de vista práctico, ya que el autor llama la atención sobre la influencia futura del ejercicio político del derecho al voto de los electores y elegibles inmigrantes. El propósito del profesor DURÁN es dar a conocer el grado de implicación político-electoral del colectivo inmigrante y explorar si su voto puede afectar a la composición de las instituciones locales de representación política.

Notas bibliográficas

El título «Inmigración, empleo y marco autonómico de las relaciones laborales» corresponde al análisis llevado a cabo por el profesor F. NAVARRO NIE-TO. Mediante un repaso de la evolución normativa de la imbricación entre las relaciones laborales e inmigración y la transversalidad y la complejidad de los títulos competenciales en materia sociolaboral y en materia de extranjería e inmigración, el autor ha tratado de situar las nuevas competencias autonómicas. Particularmente, en relación a las competencias en materia de inmigración en el Estatuto de Autonomía en Andalucía, hay dos aspectos que merece la atención: por un lado, la atribución de la competencia a la Comunidad autónoma andaluza de las autorizaciones de trabajo para extranjeros y, por otro lado, el establecimiento de competencias participativas de la Comunidad andaluza en la determinación del contingente que se anula como vía de regulación de los flujos migratorios.

La profesora M. D. ADAM MUÑOZ ha sido la responsable del capítulo «El derecho a la identidad cultural del inmigrante: algunos mecanismos para su protección a nivel autonómico e interacción con los ámbitos estatal e internacional». La autora ha desarrollado una exposición desde el ámbito internacional, nacional y autonómico de la protección jurídica del derecho a la identidad cultural, así como los límites a su ejercicio y a su protección. También se han evaluado las acciones emprendidas desde el Estado y la Comunidad Andaluza para favorecer y proteger el derecho a la identidad cultural y, en particular, los dos Planes Integrales para la inmigración en Andalucía. Y, por último, se ha destacado el modelo de integración social que se pretende alcanzar para compaginar e interrelacionar la cultura española con la cultura de origen de los extranjeros inmigrantes.

El capítulo de «los menores inmigrantes acompañados y no acompañados en situación de desamparo. Régimen jurídico y derechos a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía», abordado por el profesor F.J. DURÁN RUIZ, se ha dedicado al régimen jurídico de los menores inmigrantes y al procedimiento para declarar el desamparo y tutelar al menor desde las Administraciones públicas andaluzas. El autor ha ensalzado al nuevo Estatuto Autonómico andaluz, ya que alcanza una mejor respuesta en relación con la protección de los menores, aunque critica la inexistencia de referencias expresas sobre los menores inmigrantes. No obstante, el Estatuto andaluz ha dispuesto en su artículo 9 que «todas las personas en Andalucía go-

zan como mínimo de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España». Además, la Constitución Española no diferencia entre menores españoles y extranjeros, ya que los textos internacionales relativos a los derechos de los menores impiden cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Por tanto, existe base jurídica para que el autor termine afirmando que para la aplicación de las medidas de protección para los menores previstas en la Comunidad Autónoma de Andalucía es suficiente con que éstos «se hallen en el territorio de Andalucía».

Merece especial atención el capítulo dedicado a la «mujer y migración en un mundo globalizado. Respuestas de integración desde la Comunidad Autónoma de Andalucía», realizado por el profesor V. L. GUTIÉRREZ CASTILLO, ya que con este tipo de estudios se logra visibilizar la situación de las mujeres migrantes en la sociedad andaluza, además de poner de manifiesto el eje transversal de género que caracteriza al nuevo Estatuto de Autonomía andaluz. Es evidente que la igualdad de género es una política que afecta directamente a las competencias relativas a la integración de la comunidad inmigrante, como es la lucha contra el sexismo y la educación en valores, la plena equiparación laboral entre hombres y mujeres, así como la conciliación de la vida laboral y familiar. Y esto debe ser uno de los ejes centrales para combatir la lacra de la violencia de género existente en cualquier sociedad.

Por último, el cuarto bloque estudia la proyección del marco competencial y las actuaciones puestas en marcha por otras Comunidades Autónomas en materia de inmigración. En primer lugar, M.^a A. ASÍN CABRERA ha abordado «las competencias y estrategias de la Comunidad Autónoma canaria en materia de inmigración», que, aunque limitadas, dedica sus páginas a la futura reforma del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad. La autora expone que el fenómeno de la inmigración obliga a reformular las políticas públicas de atención a esta población y a redefinir los mecanismos e instrumentos necesarios que permitan asumir «con las máximas garantías las competencias autonómicas en materia de inmigración».

Las actuaciones y funciones de la Generalitat de Cataluña en materia migratoria y la especial referencia al acceso al mercado de trabajo por el colectivo inmigrante son analizados por el profesor I. CAMÓS

Notas bibliográficas

VICTORIA. El impacto del hecho migratorio y su incidencia en el presente y futuro de la sociedad catalana deriva que se impulse, al amparo del nuevo Estatuto de Cataluña, una serie de acciones tendente a perfeccionar los instrumentos vigentes para la mejor integración del extranjero. La superación de los obstáculos que los inmigrantes encuentran en el momento de acceder al mercado de trabajo y la mejora de sus competencias tanto personales como profesionales son las claves para la integración ordenada y con éxito en el mercado laboral. El autor subraya que la Administración juega un papel primordial al poner al servicio de los inmigrantes los instrumentos de inserción sociolaboral.

Finalmente, la profesora E. PÉREZ MARTÍN ha dedicado su estudio a «la Comunidad Autónoma de Madrid ante el reto de la inmigración: actuaciones y estrategias». Esta Comunidad se ha caracterizado por ser uno de los principales destinos de la población extranjera residente en España, lo que origina que se diseñen una serie de principios, objetivos y líneas de actuación que inciden directamente sobre el fenómeno migratorio. La autora ha examinado el perfil demográfico y social de la inmigración desde la triple perspectiva que aporta la UE, el Estado y las CCAA, y, sobre todo, la de la Comunidad de Madrid. También se ha plasmado el marco competencial de la inmigración en el ámbito europeo, nacional, autonómico y local con referencia a los aspectos institucionales y legales que inciden en la inmigración, además de los Planes de Integración Social de los inmigrantes, tanto el nacional como el de la Comunidad de Madrid. Con este contexto, la autora ha defendido que, en una eventual reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, se respete lo preceptuado en el artículo 149.1.2 de la Constitución Española (competencia exclusiva al Estado en materia de extranjería e inmigración), aunque colaborando estrechamente con el Estado en el tratamiento integral de la política de inmigración.

Con motivo de la reforma de los Estatutos de varias Comunidades Autónomas, nos encontramos ante un trabajo que ilustra la incidencia de la inmigración y de la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas. Gracias a la aproximación crítica, científica y rigurosa ante el reto de la integración de los extranjeros realizada por los autores participantes en esta obra, la convierte en un material de obligada referencia para los estudiosos del tema.

Regiones, Unión Europea e integración de inmigrantes: una perspectiva desde el derecho comparado

I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ (Ed.)
Atelier, Barcelona 2009, 171 pp

POR:

LAURA GARCÍA JUAN

Experta jurídica en Migraciones Internacionales
y Extranjería

El libro «Regiones, Unión Europea e integración de inmigrantes: una perspectiva desde el derecho comparado», es una recopilación de cinco interesantes trabajos, todos ellos realizados por autores expertos en la materia y profundamente conocedores del tema en cuestión, que pone de relieve cómo en el actual contexto europeo es innegable la afirmación de que en el hecho (antaoño *fenómeno*) migratorio, convergen diversas Administraciones públicas que se ocupan de dar respuesta a esta realidad compleja y en continuo cambio. En consecuencia, resulta imposible en estos tiempos reflexionar sobre inmigración sin tener en cuenta las competencias y funciones que corresponden a los entes descentralizados, cuya determinación y concreción — cada vez más patente en los distintos textos normativos —, podría acabar definitivamente con algunas de las actuales controversias políticas.

Dedica este libro buena parte de sus reflexiones a la Unión Europea, que desde 1997 proporciona el marco jurídico y legislativo general de las políticas de inmigración, incluyendo tres artículos de derecho comparado que muestran la evolución de la configuración de las políticas de integración en contextos legales tan diversos — en materia de extranjería — como son Bélgica, Italia y Francia, mostrándonos con ello tres ejemplos totalmente dis-

Notas bibliográficas

pares de modelos de integración y cuyo estudio y consideración previa resultan de indudable interés a la hora de valorar y entender el proceso legislativo en España.

Del contexto nacional se ocupa el primero de los trabajos, en el que Nicolás PÉREZ SOLÁ, Profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Jaén, recopila y actualiza textos imprescindibles en la materia, realizados por autores de la talla de Eliseo Aja, José Antonio Montilla, Eduard Roig, M.^a del Camino Vidal Fueyo, Pablo Santolaya y Joaquín Arango, entre otros. En este estudio se parte de la legislación comunitaria de referencia, pasando por los límites constitucionales de la cuestión competencial y la necesidad de superar el actual marco interpretativo, abogando por una interpretación de la norma fundamental más integradora que permita el desarrollo de nuevos instrumentos de coordinación entre los distintos niveles administrativos. Y finalmente, Irene Blázquez Rodríguez, directora de la publicación, Doctora en Derecho Internacional privado por la Universidad de Córdoba y autora del segundo de los trabajos que la integran, se ocupa pormenorizadamente del marco europeo común para la integración de los inmigrantes, considerando especialmente las directrices europeas que ponen de relieve el papel que deben jugar las Comunidades Autónomas, regiones y entes locales en el desarrollo e implementación de las políticas puestas en marcha, analizando al mismo tiempo el nivel de adaptación de las estrategias autonómicas con los parámetros fijados a nivel europeo.

Se estudian pues en este libro, los cuatro niveles administrativos que confluyen inevitablemente en la cuestión de la inmigración y la extranjería: por un lado, la Unión Europea; por otro, el Estado, único actor en materia migratoria hasta hace relativamente poco; y por último las Comunidades Autónomas, y en menor medida, aunque con bastante protagonismo, los municipios, artífices principales de la integración social y laboral de los inmigrantes. Cada uno de estos niveles tiene atribuidas competencias y desempeñan funciones que inevitablemente convergen, se cruzan, caminan en paralelo o chocan las unas con las otras, trayendo consigo conflictos competenciales de difícil solución si atendemos al sistema de doble lista que propugna nuestra norma fundamental.

El dilema competencial en materia migratoria y el debate suscitado a raíz de la «obsolescencia sobrevenida» del apartado segundo del artículo 149.1 de

la Constitución Española¹, ha precedido a las últimas reformas estatutarias, de las que también se ocupa el libro de referencia en el artículo de Pérez Solá; pero ha sido la reciente reforma de la Ley de Extranjería² (en adelante LOEX), operada por la Ley Orgánica 2/2009³, de 11 de diciembre, la que ha supuesto claramente un punto y aparte en el estado de la cuestión, sobre todo si atendemos a los nuevos preceptos específicamente dedicados a la integración y a la coordinación y colaboración entre administraciones públicas. Es de esperar que el punto y final lo ponga la anhelada sentencia del Tribunal Constitucional sobre el controvertido *Estatut*.

Esta reforma, tal y como ya se adelantaba en el libro al que nos referimos, ha puesto definitivamente a las Comunidades Autónomas donde les correspondía estar en la gestión de la realidad migratoria en España, restando incluso protagonismo a los entes locales, que hasta el momento venían realizando funciones exclusivamente relacionadas con la emisión de informes de inserción social (artículo 68.3 LOEX), preceptivos en los expedientes de arraigo, e informes de adecuación de vivienda (artículo 18.2 LOEX), de aportación obligatoria en los de reagrupación familiar y residencia inicial de menores de edad, todos ellos documentos de indudable importancia en buena parte de los procedimientos administrativos que fijan las situaciones jurídico-administrativas de los extranjeros no comunitarios en nuestro país.

De igual forma, algunas Comunidades Autónomas que así lo habían previsto en sus ya reformados Estatutos de Autonomía, asumen nuevas e importantes funciones en materia de extranjería, como es la concesión de los permisos iniciales de trabajo (artículo 37 y 38 LOEX) y la participación en la gestión de las contrataciones en origen (artículo 39.2 LOEX), ambas a desarrollar en estrecha coordinación con la Administración General del Estado, la cual se sigue reservando la tramitación y resolución de

(1) Artículo 149.12.º CE: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo».

(2) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

(3) 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).

Notas bibliográficas

las autorizaciones de residencia. Esta asunción de competencias, sin embargo, ya se había previsto en el Real Decreto 1162/2009⁴, de 10 de julio, por el que se modificaron algunas disposiciones del vigente Reglamento de Extranjería.

También, tras la reforma de la Ley, asumen los gobiernos regionales algunas funciones o competencias que hasta ahora no existían, como la posibilidad de firmar acuerdos de repatriación de menores con los países de origen (artículo 35 LOEX) o la potestad de las policías autonómicas de emitir informes sobre afectación al orden público (artículo 68.4 LOEX) equivalentes a los que se solicitan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y que resultan decisivos en la valoración de la totalidad de expedientes que determinan la regularidad administrativa de los inmigrantes.

En esta misma línea, aunque la administración local siga conservando la tarea de realizar los aludidos informes de arraigo y vivienda, son definitivamente los gobiernos autonómicos (y sólo de manera alternativa, los Ayuntamientos) los que deberán prioritariamente ocuparse de la elaboración de los mismos. modalidades de informes, a saber, los llamados «de integración» en los expedientes de nacionalidad española por residencia, los de «escolarización de hijos menores» en los expedientes de renovación de tarjetas de residencia y los de «inserción social», que valorarán la participación del inmigrante en las actividades formativas del novedoso artículo 2^{ter} de la LOEX a los efectos de renovar sus permisos de residencia temporal. Todos ellos, sin excepción, responden a la exigencia de priorizar la integración social en la confección y aplicación de las políticas migratorias, concepto en el cual lleva insistiendo la Unión Europea desde hace casi una década y cuya plasmación formal encontramos en los Principios Básicos Comunes sobre integración declarados en noviembre del año 2004⁵.

(4) Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 177, de 23 de julio de 2009).

(5) Comunicación de la Comisión titulada «Programa común para la integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea», en la que se recogen las conclusiones adoptadas por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en noviem-

Estos tres conceptos, Regiones, Unión Europea e Integración de inmigrantes, se unen en el enunciado que da título al libro al que se refiere esta reseña, lo cual resulta por sí mismo indicativo de la trascendencia e innegable actualidad de los cinco artículos que lo integran, sobre todo y como ya se ha explicado, porque su lectura nos traslada al momento inmediatamente posterior a la publicación de los nuevos Estatutos de Autonomía⁶, que suponen un antes y un después en el posicionamiento de los Gobiernos autonómicos en materia de inmigración y al momento inmediatamente anterior al inicio del proceso legislativo de reforma de la Ley de Extranjería.

Desde que en el año 2001 una comisión de veintiséis expertos y parlamentarios se encargara en Cataluña de la elaboración de un estudio sobre su política de inmigración⁷, concluyendo en la necesidad de potenciar la participación de las autonomías en la política migratoria estatal, numerosos e interesantes trabajos se han sucedido destacando siempre la necesidad de que los tres niveles administrativos, el central, el autonómico y el local se coordinaran y cooperaran entre sí para lograr, en la medida de lo posible, una mayor coherencia en la aplicación de los planes y estrategias que todas las entidades implicadas llevan a cabo en materia de inmigración.

Es un hecho ineludible que en todos los países desarrollados receptores de inmigración existen políticas migratorias y de extranjería que es necesario adaptar continuamente a las nuevas realidades y contextos socio-políticos, siendo preciso impulsar, como no puede ser de otra forma, el protagonismo de las políticas de integración como punto básico

bre de 2004, por las que se aprobaron los llamados Principios Comunes Básicos sobre Integración

(6) Comunidad Valenciana, aprobado por LO 1/2006, de 10 de abril (BOE núm. 86, de 11 de abril); Cataluña, aprobado por LO 6/2006, de 19 de junio (BOE núm. 172, de 20 de julio); Illes Balears, aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo); Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo (BOE núm. 68, de 20 de marzo); Aragón, aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril (BOE núm. 97, de 23 de abril) y Castilla y León, aprobado por LO 14/2007, de 30 de noviembre (BOE nº 288, de 1 de diciembre). Los de Castilla la Mancha y Extremadura se encuentran actualmente tramitándose en las Cortes Generales.

(7) Resolución 858/VI del Parlamento de Cataluña, por la que se aprueba el Documento de la Comisión de Estudio sobre la Política de Inmigración en Cataluña, de 27 de julio de 2001.

Notas bibliográficas

a incidir en cualquier regulación futura, ya que la integración de las personas inmigradas debe ser un factor de máxima relevancia jurídica dentro de los procesos de extranjería. Con ello se está dando respuesta a una de las exigencias básicas de nuestro sistema: acabar de una vez por todas con la ruptura existente hasta ahora entre la regulación de la extranjería y la inmigración. Y así, la incorporación, elaboración y consecución de las estrategias y planes estatales relacionados con este colectivo, está posibilitando el restablecimiento del vínculo entre ambos aspectos.

El libro «Regiones, Unión Europea...» insiste a lo largo de sus páginas en la necesidad de superación de aquella situación: «...un problema que existe, y para el cual no parece aportarse solución, es que los mecanismos de concesión de permisos de trabajo y residencia son un ámbito de competencia estatal al tiempo que un instrumento clave para la integración. Esta interrelación es aún más evidente cuando se trata de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar a favor del cónyuge o de los hijos. En definitiva, se condiciona en muchos aspectos el alcance de las medidas autonómicas para su integración social...». Dicho en otras palabras, siendo la situación de regularidad o irregularidad administrativa en la que se encuentra el inmigrante un punto decisivo en cuanto a su proceso de integración sociolaboral en la comunidad de acogida, ello deviene en cuestión fundamental a la hora de calcular los medios materiales y personales de los que necesitarán disponer las administraciones descentralizadas para proveer los servicios que prestan. Por esta razón resultaba absolu-

tamente perentorio que las administraciones con competencias sectoriales (en materia de vivienda, acogida, educación, sanidad y prestación de servicios sociales), que son las que asumen directamente la carga de la población, tanto autóctona como inmigrada, estuvieran en perfecta sincronía con la Administración Central, que es la competente en materia de autorizaciones de trabajo y residencia de los extranjeros.

Es de justicia reconocer que, con la última reforma de la Ley de Extranjería, se ha hecho un gran esfuerzo por reunir buena parte de las exigencias y recomendaciones que venían repitiéndose por parte de la doctrina —desde hace casi una década— en la cuestión imperiosa de primar la integración en la normativa que regula las situaciones jurídico-administrativas en las que se encuentran los inmigrantes en los distintos momentos de su proceso migratorio, dotando con ello de mayor protagonismo a las administraciones que tienen competencias directas sobre integración, acogida y prestación de servicios sociales. Utilizando las propias palabras de Irene Blázquez en las conclusiones de su artículo: «Asistimos pues al momento de iniciar la segunda fase, es decir, desarrollar tales estrategias públicas de manera coordinada. Y es precisamente en esta nueva etapa donde las CCAA, así como el resto de regiones europeas, se convertirán en actores principales de la misma sobre la base, por un lado, de los nuevos títulos competenciales y las funciones de tales entes en integración, y por otro, del contenido de los mencionados Principios Básicos Comunes esbozados en la Agenda Europea de Integración».

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ La reforma de la Ley de Extranjería
26 de marzo de 2010. Ilustre Colegio de Abogados de Tudela.
- ✓ Jornadas sobre la reforma de la Ley de Extranjería, el extranjero comunitario y no comunitario en España. Problemas y soluciones
16 y 25 de marzo; 15, 22 y 29 de abril de 2010. Ilustre Colegio de Abogados de Orihuela.
- ✓ XX Encuentro Abogados Derecho de Extranjería y Asilo
27 al 29 de mayo de 2010. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REDMEX

La *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (REDMEX) **publica exclusivamente originales** que versen sobre las materias comprendidas en su ámbito, ya se trate de derecho español, europeo o internacional, y de los correspondientes análisis jurisprudenciales.

Los originales han de ser enviados en castellano, editados en cualquier procesador de texto. Y serán remitidos al correo electrónico: *revista@intermigra.info*.

Tras el título, el autor y el sumario, en todo caso deben incluir un resumen en español e inglés (*abstract*); después insertarán una relación de 10 palabras clave como máximo, también en español e inglés (*keywords*) y el correspondiente desarrollo o cuerpo principal del texto. La extensión máxima de los **artículos y estudios** –incluidas notas a pie de página y, en su caso, anexos– será de 25 a 30 páginas a doble espacio, con letra de 12 puntos, en formato A4. El resumen, en castellano e inglés, será de un máximo de 15 líneas. Las **notas y apuntes** abarcarán un máximo de 15 páginas.

La REDMEX somete los originales recibidos a **un proceso de evaluación**. Los que superan la preselección del Consejo Asesor son remitidos (omitiendo cualquier referencia al autor o autora) a dos evaluadores externos de reconocido prestigio en la materia. Los evaluadores externos pueden decidir la publicación del original sin modificación alguna, su revisión por los autores (incluidos los criterios básicos mínimos) o su rechazo. La Dirección comunicará tal decisión a los autores, indicando (en su caso) el número de la REDMEX en el que se realizará la publicación.

Se procurará retribuir las colaboraciones de acuerdo con su extensión y originalidad.

También damos publicidad de todas aquellas jornadas de trabajo y eventos que nos remitan y que se celebren sobre esta materia, las cuales aprovecharemos para incluir en el apartado «Convocatorias desde las dos orillas».

Los libros y revistas recibidos por la REDMEX podrán ser objeto de recensión.

La revista tendrá carácter cuatrimestral. Normalmente se cerrará el número de otoño el 1 de octubre; el de primavera, el 1 de febrero, y el número de verano, el 1 de junio, respectivamente.

