

*revista de*

**DERECHO  
MIGRATORIO Y  
EXTRANJERÍA**

editorial

**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 TEU 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. **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. **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**

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2008

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A. General Solchaga, 3 47008 Valladolid
TELÉFONO	983 457 038 o 902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	clientes@lexnova.es
ISSN	1695-3509
DEPÓSITO LEGAL	VA. 922-2002

## Sumario:

La versión on line de esta publicación ha sido seleccionada por el Consejo General del Poder Judicial para su utilización por los miembros de la carrera judicial.

### [5] EDITORIAL

### ARTÍCULOS:

- [9] **I. Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega**  
CHARALAMBOS TSARDANIDIS
- [33] **II. La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000**  
NICOLÁS PÉREZ SOLA
- [59] **III. La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española**  
NURIA ARENAS HIDALGO
- [103] **IV. El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español**  
AURORA LÓPEZ AZCONA

### DOSSIER: 18 ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO

- [137] **Programa del 18 Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo. 22 al 24 de mayo. Las Palmas de Gran Canaria**

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [143] **Índice analítico de voces**
- [143] **Asilo**
  - [157] **Expulsión**
  - [167] **Derecho al trabajo**
  - [173] **Permiso de trabajo**
  - [179] **Derecho Penal**
  - [185] **Homologación**
  - [197] **Nacionalidad**
  - [212] **Régimen comunitario**

## CRÓNICAS LEGISLATIVAS:

[227] **I. Crónica legislativa**

[227] **Fuentes internas**

[228] **Fuentes internacionales**

[229] **Fuentes de la Unión Europea**

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

## ESTUDIOS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[239] **I. Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense**

ZOILA COMBALÍA

[265] **II. Derecho del mar e inmigración irregular**

J. DANIEL OLIVA MARTÍNEZ

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS, APUNTES Y CONVOCATORIAS:

[291] **Notas bibliográficas**

[303] **I. La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos**

RŪTA GRUDZINSKAITĖ

[317] **II. Jornadas sobre Extranjería**

# EDITORIAL

## LA REVISTA DE DERECHO MIGRATORIO Y EXTRANJERÍA, REVISTA DE GRAN IMPACTO

El IN-REJS (Índice de impacto de las Revistas Españolas de Ciencias Jurídicas, elaborado por el Grupo de Investigación de Evaluación de la Ciencia y la Comunicación Científica de la Universidad de Granada: <http://ec3.ugr.es/in-recj/>), que tiene por objeto el estudio del índice de impacto de las Revistas Españolas de Ciencia Jurídica, sitúa en 2006 a la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (REDMEX), con un índice de impacto “0,387”, entre las 5 revistas más destacadas de las publicaciones jurídicas de nuestro país.

Como señala el citado grupo de investigación “la medición del impacto de las publicaciones científicas... se ha convertido en el instrumento por excelencia para determinar la difusión y visibilidad, la relevancia e importancia y, subsidiariamente, la calidad de la actividad investigadora”.

Para calibrar en todas sus dimensiones la trascendencia de estos datos correspondientes a 2006 hemos de valorar sobre todo tres aspectos:

- 1.º El estudio abarca nada menos que 200 revistas jurídicas.
- 2.º No podemos olvidar la juventud de nuestra REDMEX, cuyo primer número veía la luz en noviembre de 2002.
- 3.º En el año 2005 la REDMEX había obtenido un índice de impacto de “0,121”, con lo que su ascenso es notablemente apreciable.

Las presentes líneas tienen un doble objeto:

- En primer término, resaltar el éxito obtenido tras arduos y duros trabajos y (¿por qué no?) disfrutando brevemente del mismo.
- En segundo lugar, recordar que afrontamos la elaboración de cada número como un nuevo reto de superación.

Desde la REDMEX queremos hacernos eco de una importante y buena noticia: El Gobierno español trabajará en el reforzamiento del estatuto de derechos del migrante, en particular impulsando la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990. La Convención ha adquirido tal significado que precisamente el mismo día de su adopción se celebra el Día Internacional de las Migraciones.

La ratificación de la mencionada Convención figura, de forma destacable, en el Programa electoral con el cual el PSOE ha ganado las elecciones generales recientemente celebradas y se encuentra en el mismo plano que el afianzamiento de la política migratoria común europea.

Es esta una vieja aspiración que hemos venido reclamando insistentemente desde esta Revista, en paralelo con otras entidades, CGAE e instituciones, como el Parlamento Europeo, por entender que España y la UE deben asumir consecuentemente la protección de los derechos humanos de todas las personas, y, por tanto también de los migrantes.

Para ello nada mejor que participar activamente en la consolidación del Sistema Universal de Derechos Humanos promovido por Naciones Unidas. En esa tarea encontrará el Gobierno un firme aliado en todas las personas que colaboramos en esta REDMEX.

Sólo nos resta desearos como siempre una agradable y satisfactoria lectura de este nuevo número de la REDMEX.

# Artículos



CHARALAMBOS TSARDANIDIS

Director del Instituto de Relaciones Económicas Internacionales (Atenas)\*\*  
(E-mail:sae@hol.gr)

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega\*

# RESUMEN

### HACER FRENTE A LA INMIGRACIÓN: SU IMPACTO EN LA POLÍTICA EXTERIOR GRIEGA

La inmigración internacional ha sido mucho tiempo considerada parte de la agenda de “políticas menores” y de este modo fuera de las ayudas de relaciones internacionales. En Grecia la migración emergió en los años 90 como un tema importante de “seguridad nacional”. El trabajo examina el impacto real y el percibido de la migración (especialmente la migración ilegal) en la política exterior griega. Prestando especial atención a las formas de migración que prepara la política exterior contemporánea y la agenda de seguridad, se argumenta que la “ola” de migración que Grecia ha experimentado recientemente lleva a la aparición de nuevas sensaciones de amenaza y al desarrollo de un nuevo discurso en el papel internacional e identidad de Grecia. La migración también ha influido decisivamente en la agenda de la política exterior griega y alteró significativamente sus prioridades externas y objetivos.

# ABSTRACT

### COPING WITH IMMIGRATION: ITS IMPACT ON GREEK FOREIGN POLICY

International immigration has long been considered part of the “low politics” agenda and thus peripheral to international relations scholarship. In Greece migration emerged in the 1990s as an important “national security” issue. The paper examines the real and perceived impact of migration (especially illegal migration) on Greek foreign policy. Taking a closer look at the ways migration shapes the contemporary foreign policy and security agenda, it is argued that the migration “wave” that Greece has recently experienced led to the construction of new threat

(\*) El artículo está basado en un trabajo revisado preparado para la conferencia del World International Studies Committee (WISC), Universidad de Bilgi, Estambul, 24-27 agosto de 2005.

(\*\*) El presente trabajo ha sido elaborado con la ayuda del Proyecto de Investigación sej2007-66436/JURI (Migraciones internacionales y política mediterránea de la Unión Europea), del Ministerio español de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D), cuyo Investigador Principal es Ángel G. CHUECA SANCHO.

## Charalambos Tsardanidis

perceptions and to the development of a new discourse on Greece's international role and identity. Migration also has influenced decisively Greek foreign policy agenda and significantly altered its external priorities and objectives.

## SUMARIO

## I. Introducción.

## II. Política exterior y migración.

III. El impacto de la inmigración en el concepto de seguridad nacional griega. A) La inmigración como amenaza a la identidad nacional griega. B) La inmigración como un factor de tensión creciente con otros países.

## IV. La inmigración como una herramienta de la política exterior griega.

## V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Después de la caída de los regímenes comunistas en el Este y Sureste de Europa en los años 90, crecientes flujos de migrantes legales y principalmente ilegales de estos países entraron en Grecia. Grecia es ahora un país importador de mano de obra, con inmigrantes legales e ilegales llegados de los países vecinos, como Albania y Bulgaria, así como de países situados tan lejos como Filipinas y Pakistán. Además, durante los últimos cinco años en particular, inmigrantes ilegales, la mayoría de destinos asiáticos, huyendo de la guerra y la pobreza, entraron en el país por mar con vistas a asentarse en Grecia y vía Grecia en Italia y otros países europeos<sup>1</sup>. Hoy el número total de extranjeros, incluidos trabajadores migrantes regularizados (cerca de 600.000 en 2001), migrantes irregulares, refugiados, los que buscan asilo y griegos étnicos de la antigua Unión Soviética se estima que exceden del millón. Grecia tiene ahora más inmigrantes que cualquier país del sur de Europa en proporción a su población. La gran mayoría de los inmigrantes en Grecia vienen de países con los que comparte frontera. También se distingue en el caso griego el excepcional dominio de un solo país de origen: Albania<sup>2</sup>.

(1) N. GLYSOS y L. KATSELI: "Greek Migration: The Two Faces of Janus" en K. ZIMMERMANN (ed.): *European Migration. What Do We Know?*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 338.

(2) J. CAVOUNIDES: "Migration in Southern Europe and the Case of Greece", *International Migration*, vol. 40, núm. 1, p. 66.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

El artículo tratará del impacto de la inmigración internacional, especialmente inmigración ilegal, en la política exterior griega. Para Grecia la inmigración internacional se considera ahora el principal factor en la problemática de seguridad y política exterior desde que ha hecho frente a flujos masivos de inmigrantes llegados del sur y del este del mar Mediterráneo, los Balcanes, Cáucaso y Asia Central. La primera parte del artículo examina el tema de la inmigración en el contexto de la problemática de política exterior. La segunda parte del estudio trata del impacto de la inmigración en el concepto de seguridad nacional griega y la tercera analiza las consecuencias de la inmigración en la política exterior griega.

### II. POLÍTICA EXTERIOR Y MIGRACIÓN

En los últimos años la migración internacional ya no queda más confinada a los dominios de lo humanitario, el mercado laboral y la integración social. Por el contrario ha ganado terreno en la agenda de los gobiernos y de varias organizaciones inter-gubernamentales convirtiéndose en un asunto prominente de la “alta política”<sup>3</sup>. Sin embargo, la migración ha recibido poca atención en los principales acercamientos generales de la teoría de relaciones internacionales contemporáneas más allá de neorrealistas, liberales o constructivistas. El neomarxismo y teóricos de sistemas mundiales han tratado la migración pero se han centrado principalmente en explicar el fenómeno de la migración bajo el moderno capitalismo en términos de intercambio desigual y dependencia<sup>4</sup>. La migración también se ha considerado durante mucho tiempo fuera del análisis de política exterior. Como Mark MILLER y Demetrios PAPADEMETRIOU han observado “subrayar supuestos concernientes a la naturaleza fundamental de la política exterior y la política internacional ha dejado los asuntos de inmigración fuera del foco tradicional del análisis de política exterior, del mismo modo que fue durante mucho tiempo menospreciada la importancia en política exterior de la energía, las finanzas y el terrorismo político. Pertenecía, después de todo, al ámbito de «políticas menores»<sup>5</sup>. Bimal GHOSH ha defendido más coordinación entre política de inmigración y política exterior. “La disputa es que, a pesar de las importantes consecuencias, se piensa poco en migración internacional al hacer política”<sup>6</sup>.

Incluso entre los estudiosos de economía política internacional (EPI) aquellos que incluyeron en el discurso de seguridad cuestiones de política del capital y el comercio recibieron toda la atención de la academia, mientras que las cuestiones de migración (desde una perspectiva in-

(3) M. WEINER: “Introduction: Security, Stability and International Migration”, en M. WEINER (ed.): *International Migration and Security*, (Boulder, Westview Press, 1993), p. 1.

(4) R. KOSLOWSKI: “Human Migration and the Conceptualization of Pre-Modern World Politics”, *International Studies Quarterly*, vol. 45, núm. 3, 2002, p. 375.

(5) M. MILLER y D. PAPADEMETRIOU: “Immigration and U.S. Foreign Policy”, en M. MILLER y D. PAPADEMETRIOU (eds.): *The Unavoidable Issue, U.S. Immigration Policy in the 1980s*, (Philadelphia, Institute for the Study of Human Issues, 1983), p. 156.

(6) B. GHOSH: *Managing Migration*, (Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 38.

ternacional) fueron desarrolladas por un grupo marginal de estudiosos interdisciplinarios<sup>7</sup>. Solo en la segunda mitad de los años 90 la disciplina de relaciones internacionales empezó a reconocer que los movimientos internacionales de población podían tener un efecto dramático en la política exterior y de seguridad de los Estados<sup>8</sup>. Por tanto, como ha observado correctamente Myron WEINER la literatura de hace doce años sobre relaciones internacionales “habla relativamente poco acerca de los movimientos de población, excepto en lo que respecta al fenómeno de los refugiados que se describe como una fuente de conflictos”<sup>9</sup>.

Sin embargo, tanto en países en vías de desarrollo como en países desarrollados, los gobiernos, la opinión pública, los estudiosos perciben cada vez más la migración internacional como una amenaza a la estabilidad nacional, regional e internacional. Como Sarah COLLINSON ha hecho notar “la migración tiende a relacionarse con una variedad de temas amplios de seguridad incluso con un número de asuntos de política económica global e inter-regional y de ámbito estratégico en los que los gobiernos europeos tendrán que operar en las décadas venideras”<sup>10</sup>. La migración internacional, por tanto, está emergiendo como uno de los aspectos más sobresalientes de política exterior y seguridad internacional.

Este traslado del énfasis hacia la seguridad se puede explicar por la aparición de los siguientes factores:

El primero, los gobiernos están preocupados por lo que ellos perciben como una crisis global de migración. En las dos últimas décadas la migración se ha convertido en un fenómeno mundial. Tanto en términos cuantitativos como cualitativos. En muchos países las guerras civiles, las violaciones de derechos humanos, la pobreza, el desempleo, el crecimiento demográfico y la degradación del medio ambiente empuja a millones de personas a emigrar. Grandes flujos de inmigrantes pueden representar una carga insalvable no solo para los países en vías de desarrollo sino también para los desarrollados. Como consecuencia, la migración masiva puede crear tensiones que lleven a desorganizar la estabilidad nacional y regional.

En segundo lugar, las causas económicas de la migración están con frecuencia unidas con las políticas, desvaneciendo de este modo la dicotomía tradicional entre migración voluntaria e involuntaria. A la luz de las restricciones impuestas desde los años 80 por los países industrializados a los canales legales de migración, muchos migrantes por razones económicas buscan entrar en el mundo desarrollado a través del procedimiento de asilo o burlando los procedimientos legales. Como hace notar Allan FINDLAY “las políticas para cerrar un canal de inmigración solo

(7) C. RUDOLF: “Globalization and Security: Migration and Evolving Conceptions of Security in Statecraft and Scholarship”, *Security Studies*, vol. 13, núm. 1, 2003, p. 31.

(8) J.F. HOLLIFIELD: “The policies of International Migration” en C. BRETTELL y J.F. HOLLIFIELD (ed.): *Migration Theory. Talking Across Disciplines*, (London, Routledge, 2000), p. 153.

(9) M. WEINER: “On International Migration and International Relations”, *Population and Development Review*, vol. 11, núm. 3, 1985, p. 441.

(10) S. COLLINSON: “Migration and Security in the Mediterranean: A Complex Relationship” en R. KING, G. LAZARIDES Y C. TSARDANINIS (ed.): *Eldorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, (Houndmills, MacMillan Press, 2000), p. 302.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

añaden presión para la inmigración a través de otros canales”<sup>11</sup>. Esta situación, particularmente el aumento de la migración irregular, ha provocado un cambio en la percepción de la migración internacional entre los países industrializados. El miedo a perder el control sobre quién y cómo debe garantizarse el acceso a su territorio ha llevado a los gobiernos de Europa Occidental y Norteamérica a subrayar los efectos desestabilizantes de la migración en su estabilidad interna y seguridad nacional.

El tercer factor es el relativo a la reevaluación de la seguridad que tuvo lugar desde el final de la Guerra Fría. Mientras que, durante la Guerra Fría, las discusiones sobre seguridad internacional se centraban principalmente en temas militares como el equilibrio de poder, el riesgo de guerra nuclear y convencional y la necesidad de reducción de armamento, el fin del mundo bipolar vio un aumento de la preocupación de la comunidad internacional por temas globales no militares como medio ambiente, crecimiento de la población, terrorismo transnacional, derechos humanos y migración. Los gobiernos, organizaciones inter y no gubernamentales y los estudiosos empezaron a reconocer que la seguridad no puede considerarse solo en términos estrictamente militares, sino que cubre también varios aspectos no militares<sup>12</sup>. La seguridad tiene que ser considerada también a niveles individuales y sociales. A nivel individual el programa de desarrollo de las Naciones Unidas (UNDP) en su *Human Development Report 1994* ha examinado el concepto de “seguridad humana”<sup>13</sup> (*United Nations Development Report, 1994:2*). En palabras del artículo del UNDP hasta hace poco el concepto de seguridad “ha estado relacionado más con naciones-estados que con gente”. Por tanto, se necesita “un profundo cambio de pensamiento” para tener en cuenta las amenazas que podrían trastornar la vida de la gente corriente. En este sentido la seguridad humana “quiere decir, primero, estar a salvo de las amenazas crónicas como hambre, enfermedad y represión. Y segundo, quiere decir protección de trastornos repentinos y dañinos en los esquemas de la vida diaria sea en casa, en los trabajos o en las comunidades”<sup>14</sup>.

Añadido a la seguridad humana, la sociedad se convierte en una de las principales amenazas de finales del siglo xx<sup>15</sup>. Así, Barry BUZAN se interesa porque “las amenazas y vulnerabilidades que afectan a los modelos de identidad comunal y cultura” están ganando importancia en la agenda de seguridad de los gobiernos. A este respecto, la migración internacional se puede percibir

(11) A. FINDLAY: “Extra-Union Migration: The South-North Perspective”, in P. REES et. al.: *Migration in the European Union*, (Chichester, John Wiley & Sons, 1996), p. 49.

(12) R. LOHRMANN: “Migrants, Refugees and Insecurity. Current Threats to Peace”, *International Migration*, vol. 38, núm. 4, 2000, p. 5. Ver también B. BUZAN: “New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century”, *International Affairs*, vol. 67, núm. 3, 1991, pp. 431-451; R.B.J. WALKER: “Security, Sovereignty and the Challenge to World Politics”, *Alternatives*, vol. 15, núm 1, 1990, pp. 3-37.

(13) United Nation Development Programme: *Human Development Report 1994*, (Oxford, Oxford University Press 1994) p. 2.

(14) *Ibid.*, p. 23.

(15) La introducción del concepto de “sociedad” en el análisis de la seguridad internacional se puede ver como una fase de transición en el cambio dentro de la corriente principal de la forma tradicional de recursos materiales a estructurales cognitivos, y del estado a sujetos humanos de seguridad. Ver R. FURUSETH: “*Creating Security Through Immigration Control*”, (Oslo, Norwegian Institute of International Affairs, Report 274, 2003) p. 16.

como amenazante “tanto nacional como internacionalmente en la agenda de seguridad de los gobiernos la posibilidad de la sociedad existente de reproducirse en la vieja forma”<sup>16</sup>. De acuerdo con algunos estudiosos los temas de migración e identidad aparecen ahora en lo más alto de la agenda de seguridad<sup>17</sup>. El concepto de “seguridad social” se ha desarrollado para identificar “situaciones en las que las sociedades perciben una amenaza en términos de identidad”, como los flujos de inmigrantes o refugiados. Más específicamente en la mente de Ole WAEVER, la seguridad social “trata de la sostenibilidad dentro de condiciones aceptables para la evolución de patrones tradicionales de lengua, cultura, asociación e identidad nacional y religiosa y costumbres”<sup>18</sup>. Paul ROE establece que una sociedad se siente insegura cuando su “habilidad para reproducir sus tradiciones y forma de vida” es amenazada<sup>19</sup>. En este marco la introducción de gran número de personas de diferentes culturas-étnicas y orígenes ideológicos en una sociedad de acogida es potencialmente una amenaza significativa<sup>20</sup>.

En cuarto lugar, la inmigración puede influir y servir los propósitos de la política exterior nacional<sup>21</sup>. Tanto países emisores como receptores han descubierto que la migración puede adquirir una importancia señalada en sus negocios bilaterales, sirviendo a variados roles como freno o instrumento en la interacción entre estados<sup>22</sup>. Intervenciones políticas o militares extranjeras, o respuestas internas o externas a la intervención, a menudo acaban en migraciones en masa<sup>23</sup>. Por supuesto, no solo tales intervenciones activas de política exterior producen inmigrantes y refugiados. La ausencia de tales políticas también puede hacerlo cuando la intervención exterior (directa o indirecta) puede servir para restringir la emigración masiva. Tales condiciones pueden surgir cuando la economía interior o las condiciones políticas se tornan en desesperación económica, represión a gran escala o el ascenso de gobiernos totalitarios<sup>24</sup>.

(16) B. BUZAN: “New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century”, op. cit., p. 447.

(17) D. WAXMAN: “Inmigration and Identity: A New Security Perspective in Euro-Maghreb Relations”, *Conflict Studies*, núm. 302, 1997, p. 329.

(18) O. WAEVER: “Societal Security: The Concept” en O. WAEVER et. al. (eds.): *Identity, Migration and the New Security Agenda in Europe*, (London, Pinter, 1993), p. 23.

(19) P. ROE: “The Societal Security Dilemma”, en L. AGGESTAM y A. HYDE-PRICE (eds.): *Security and Identity in Europe: Exploring a New Agenda*, (Houndmills, Macmillan, 2000) p. 12.

(20) C. RUDOLF: “Security and the Political Economy of International Migration”, *American Political Science Review*, vol. 97, núm. 4, 2003, p. 605. También de acuerdo con RUDOLF cuatro cambios cualitativos han aumentado la percepción social de amenaza. Estos son: 1) modelos cambiantes de migración internacional; 2) la creciente diversidad de los flujos migratorios; 3) Las cambiantes preferencias migratorias con respecto a la asimilación y la integración; y 4) un ciclo de amenaza que se crea cuando las políticas de gobiernos se ven como inefectivas para detener la migración no deseada. Ver C. RUDOLF: “Globalization and Security: Migration and Envolving Conceptions of Security in Statecraft and Scholarship”, op. cit., p. 22.

(21) K. MANILTON y K. HOLDER: “International Migration and Foreign Policy: A Survey of the Literature”, *The Washington Quarterly*, vol. 14, núm. 2, 1991, pp. 195-211.

(22) C. MITCHELL: “International Migration, International Relations and Foreign Policy”, *International Migration Review*, vol. 23, núm. 3, 1989, p. 682.

(23) M. TEITELBAUM: “Immigration, Refugees and Foreign Policy”, *International Organisation*, vol. 38, núm. 4, 1984, p. 433.

(24) *Ibid.*, p. 433.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

La inmigración y la política exterior se relacionan de otras tres importantes formas:

Primero, incluso cuando la política de inmigración responda estrictamente a demandas de política interior, los efectos de las decisiones políticas también se sienten fuera; así hacer política de inmigración a menudo tiene consecuencias en política exterior y puede causar respuestas políticas internacionales.

Un segundo tipo general de interacción entre inmigración y política exterior se da cuando las implicaciones de política exterior son tan importantes que los asuntos de política exterior provocan decisiones de política de inmigración. Los inmigrantes que llegan y los que se asientan no tienen, de este modo, un impacto sólo en la seguridad nacional de los países receptores, sino también importantes implicaciones en su política exterior. Si esto es así, consideraciones tanto de política de inmigración como de política exterior marcan el camino a una estrategia que tenga más en cuenta los asuntos de política exterior<sup>25</sup>.

En tercer lugar, como la inmigración se convierte en un asunto de política exterior tanto como en un tema para negociaciones bilaterales o regionales, entonces tendrá lugar un cambio en el poder de ministerios y departamentos relacionados con interior y trabajo a esos relacionados con asuntos exteriores y defensa cambiando las relaciones inter-burocráticas e introduciendo nuevos intereses y a menudo en conflicto en la consideración de políticas que afectan a la inmigración en todo el aparato de toma de decisiones<sup>26</sup>.

Este artículo tratará principalmente de la inmigración ilegal. El tipo de flujos de población que tiene más implicaciones reales o percibidas en seguridad nacional y política exterior es la inmigración irregular. Cualquier movimiento masivo de gente ilegal, indocumentada o incontrolada, si es en respuesta a un conflicto, desastre o dificultad económica, puede representar una mayor amenaza potencial al bienestar nacional. Porque se origina fuera, la amenaza puede también hacer peligrar la seguridad<sup>27</sup>. Pero no debemos olvidar que incluso otros tipos de inmigración (migración permanente, migración laboral, refugiados y movimientos de buscadores de asilo) pueden tener impacto en la seguridad nacional y la política exterior. Por ejemplo, las actividades políticas de trabajadores kurdos y croatas en Alemania han creado tensiones en el país receptor así como entre éste y sus países de origen<sup>28</sup>.

(25) M. MILLER y D. PAPADEMETRIOU: "Immigration and U.S. Foreign Policy", op. cit., p. 165.

(26) M. WEINER: "On International Migration and International Relations", op. cit., p. 453.

(27) La migración irregular toma los flujos de migración que burlan las regulaciones de entrada, residencia y empleo de los países de destino. Incluye tanto a la gente que entra legalmente con un pasaporte, visado o permiso de estudiante pero que sobrepasan el periodo legal de estancia, como la gente que entra de forma desautorizada por puntos ilegales de entrada.

(28) M. MILLER: "The Political Impact of Foreign Labor: A Re-evaluation of the Western European Experience", *International Migration Review*, vol. 16, núm. 1, 1982, 27-60; N. OGELMAN, J. MONEY y P. MARTIN: "Immigrant Cohesion and Political Access in Influencing Foreign Policy", *SAIS Review*, vol. 22, núm. 2, 2002, pp. 145-165.

Hay que hacer tres observaciones adicionales:

La primera de todas, la definición de seguridad depende del contexto geográfico y temporal en que se usa. Lo que se ve como amenazante por una sociedad no necesariamente representa una amenaza para otra sociedad. Por ejemplo, países con una tradición multicultural se pueden sentir menos amenazados por el influjo de inmigrantes que países que han sido construidos sobre la base de homogeneidad étnica y cultural. La seguridad entonces debería ser entendida en un contexto social, es decir como el producto de “prácticas sociales en un contexto particular espacial y temporal”<sup>29</sup>.

En segundo lugar, se debe distinguir entre amenazas reales y percibidas. Los miedos acerca de la inmigración pueden ser exagerados respecto a realidades existentes. Sin embargo, como la percepción de la forma de política exterior adoptada de hecho por los países con el fin de abordar las cuestiones de inmigración, deben considerarse en el análisis del impacto de la migración internacional en la seguridad nacional e internacional. En este aspecto, es importante distinguir entre “amenaza” (como probable) y “riesgo” (como peligro posible)<sup>30</sup>.

En tercer lugar, hablar de inmigración como una amenaza no quiere decir olvidar su lado positivo. Gente dejando sus países de origen y encontrando seguridad y mejores condiciones de vida en otro lugar. La migración contribuye al desarrollo de los países de origen a través de giros y la reducción de la presión en su mercado local de trabajo. Los países de destino se benefician de la actuación económica de los inmigrantes y de su contribución al intercambio intercultural. Sobre todo, la migración lleva a los países implicados a debates internacionales y cooperación bilateral o multilateral.

### III. EL IMPACTO DE LA INMIGRACIÓN EN EL CONCEPTO DE SEGURIDAD NACIONAL GRIEGA

Entre las muchas tendencias que influyen la migración internacional en las últimas décadas, quizás la más notable ha sido la regularización de las políticas de migración<sup>31</sup>. Claramente las últimas olas de migración han llevado a crisis políticas en muchos países tanto del mundo desarrollado como en vías desarrollo. No sorprendentemente, en el fondo de la literatura de ciencia política sobre inmigración internacional están interesados por las instituciones de soberanía y seguridad nacional. Mirando las políticas de soberanía y seguridad nacional James HOLLIFIELD apunta “estamos interesados no solo en política interior, el juego de intereses organizados, y temas de estado de autonomía, sino también en política exterior y en la naturaleza y estruc-

(29) J. HUYSMANS: “Migrants as a Security Problem: Dangers of «Securitizing» Societal Issues”, *Inclusion and Exclusion*, (London, Pinter, 1995), pp. 53-72.

(30) R. LOHRMANN: “Migrants, Refugees and Insecurity. Current Trends to Peace”, op. cit., p. 6.

(31) M. MILLER: “The World on the Move: Current Trends in International Migration”, *Global Dialogue*, vol. 4, núm. 4, 2002, p. 8.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

tura del sistema internacional”<sup>32</sup>. Los inmigrantes se pueden percibir como una amenaza a los principales valores sociales del país receptor y más en particular de la identidad nacional, al bienestar económico y a la estabilidad política.

La inmigración también puede ser considerada como un factor creador de tensiones con otros países. Sin embargo, los miedos sobre la inmigración son a menudo exagerados, y esas percepciones afectan a las políticas que buscan restringir la inmigración. Sin embargo, estos elementos se pueden tener en cuenta en un análisis de los impactos de la inmigración en la seguridad nacional e internacional. A este respecto, es importante distinguir claramente entre “amenaza” (como probable) y “riesgo” (como peligro posible)<sup>33</sup>.

### A) La inmigración como amenaza a la identidad nacional griega

De acuerdo con algunos estudiosos, los temas de inmigración e identidad aparecen ahora lo primero en la agenda de seguridad europea<sup>34</sup>. Por la determinación o modificación de la composición misma de un pueblo, las cuestiones de la composición van a la esencia de su carácter básico o identidad. Además, uno podría esperar un gran flujo o cantidad de inmigrantes deseando mantener sus tradiciones culturales, lingüísticas y religiosas. Y porque no es real pensar que la gente del país de acogida exhibirá un caballeroso desacuerdo en la preservación de la cultura que comparten, se puede esperar que deseen que las políticas de migración críen y protejan su cultura. La inmigración dispara esas profundas respuestas porque fuerza a la gente a hacerse la pregunta ¿quiénes somos y quiénes queremos ser?<sup>35</sup>.

En Europa Occidental, el miedo a ser absorbidos por un gran flujo de inmigrantes con diferente origen cultural está enraizado por los siglos en el viejo proceso de creación y evolución de la nación-estado, con su énfasis en la homogeneidad cultural. Además, esta percepción ha sido enfatizada los últimos años por las implicaciones del proceso de integración europeo y la identidad nacional y la soberanía de los Estados miembro de la UE. Una sociedad homogénea étnicamente, como la griega, pueden dar mayor valor a preservar su carácter étnico de lo que puede una sociedad heterogénea, y por tanto considerar un influjo de población como una amenaza para su seguridad<sup>36</sup>. Aunque en la mayoría de los casos estos miedos parecen ser exagerados, sin embargo ejercen una importante influencia en la formulación de las políticas de los gobiernos sobre inmigración. Además, uno podría esperar que la percepción de la inmigración como una amenaza a la identidad nacional en Europa Occidental se fortalezca en el futuro, ya que las presiones migratorias en los países europeos no muestran signos de desaparecer. De hecho, una de las ideas que concibe la percepción gubernamental europea de la inmigración es que

(32) J.F. HOLLIFIELD: “The Politics of International Migration”, op. cit., p. 151.

(33) R. LOHRMANN y S. GUERRA: “Migrants, Refugees, and Insecurity in International Relations” en J.V. CIPRUT (ed.): *Of Fears and Foes. Security and Insecurity in an Evolving Global Political Economy*, (Westport, Praeger, 2000), p. 145.

(34) D. WAXMAN: “Immigration and Identity: A New Security Perspective in Euro-Maghreb Relations”, op. cit., pp. 1-29.

(35) P.C. MEILAENDER: *Toward a Theory of Immigration*, (Houndmills, Palgrave, 2001), p. 83.

(36) M. WAINER: “Introduction: Security, Stability and International Migration”, op. cit., p. 9.

los inmigrantes se van a instalar de una forma permanente, por lo tanto fijando a largo plazo el problema de la cohabitación y la identidad religiosa<sup>37</sup>.

También entre las “nuevas” comunidades inmigrantes en Europa, como en Grecia, muchos inmigrantes mantienen fuertes vínculos con la cultura de sus países de origen y no desean abandonar sus prácticas lingüísticas, religiosas y culturales. El problema de un “choque” con las poblaciones locales, que se sienten amenazadas en términos de su cultura e identidad, se asienta en el eje de la percepción de la migración internacional como de un problema de seguridad para los países receptores. En este aspecto, Barry BUZAN destaca que “la migración amenaza la identidad comunal y la cultura alterando directamente la composición étnica, cultural, religiosa y lingüística de la población”<sup>38</sup>.

Myron WEINER y Michael TEITELBAUM han notado que si un segmento de una población dada –en términos de una categoría definida socialmente como raza, etnia o afiliación religiosa– crece más rápidamente que otra, tales cambios pueden alterar los equilibrios de poder político interior<sup>39</sup>. También pueden desafiar una concepción de la política de identidad nacional y creencias largamente mantenidas sobre ello. En consecuencia, la masa de inmigración es el medio más viable de iniciar un rápido cambio social y demográfico que puede crear sensaciones de amenaza y traer temas de identidad a la delantera de la agenda política en estados receptores<sup>40</sup>.

En Grecia el miedo a que extranjeros de otras razas y credos religiosos, especialmente musulmanes, no sean fáciles de integrar en la sociedad “tradicional” griega también ha surgido. El Islam en la mente de muchos griegos ha sido históricamente asociado con los Otomanes y hoy se conecta con la “amenaza turca”. Además, una población indígena musulmana –principalmente turcos– ya existe en la parte norte del país, y algunas organizaciones islámicas no gubernamentales y países del Oriente Próximo han dado atención al bienestar de los musulmanes en Grecia. Estos temas han ganado relevancia en los últimos años, según la sociedad griega ha experimentado una modernización y consecuentemente ha abandonado algunas pero no todas sus características tradicionales<sup>41</sup>. Algunos creen que desplazándose a Grecia, los inmigrantes están transformando la base étnica y cultural de un país tradicionalmente orgulloso de su homogeneidad y enfrentando al estado griego y a la sociedad a difíciles y desconocidos problemas<sup>42</sup>. El tema

(37) Ch. TSARDANIDIS y S. GUERRA: “The EU Mediterranean States, the Migration Issue and the ‘Treat’ from the South” en R. KING, G. LAZARIDES y C. TSARDANIDIS (eds.): *Eldorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, (Houndmills, MacMillan Press, 2000), p. 330.

(38) B. BUZAN: “New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century”, op. cit., p. 447.

(39) M. WINER y M. TEITELBAUM: *Political Demography Demographic Engineerin*, (New York, Berghahn, 2001).

(40) C. RUDOLF: “Globalization and Security: Migration and Evolving Conceptions of Security in Statecraft and Scholarship”, op. cit., p. 22.

(41) D. ANTONIOU: “Muslim Immigrants in Greece: Religious Organization and Local Responses”, *Immigrants & Minorities*, vol. 22, núm. 2&3, 2003, pp. 155-156.

(42) N.M. KARAKATSANIS y J. SWARTS: “Attitudes toward the Xeno: Greece in Comparative Perspective”, *Mediterranean Quarterly*, vol. 18, núm. 1, 2006, p. 117.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

de la pérdida de identidad es particularmente importante en la agenda de la poderosa Iglesia Ortodoxa griega y otros elementos conservadores. La iglesia cree que el tema de seguridad más importante del país es la pérdida de identidad, que es lo bastante serio como para amenazar la supervivencia de la nación. La raíz del problema, según ellos, es la des-cristianización de la sociedad de cara a la avalancha de elementos extranjeros y principalmente no cristianos. La cabeza de la iglesia, el Arzobispo Christodoulos, mantiene a los políticos como responsables de los males sociales del país<sup>43</sup>. Conducidos por el Arzobispo, la Iglesia Ortodoxa griega ha resistido con éxito durante años los planes para construir una mezquita y un centro cultural musulmán en Atenas. Otro ejemplo característico del mismo tema es el caso de un ministro anterior, que argumentaba que debería haber un *quid pro quo* desde Turquía, “habría reciprocidad. Abrir una mezquita nos daría las llaves de Aghia Sophia” (una famosa iglesia bizantina en Estambul, que fue primero convertida en mezquita y después en museo).

Además, a principios de los 90 una visión geopolítica apareció en los medios griegos y en los círculos de política exterior acerca de la existencia de un “arco musulmán” en los Balcanes que amenazaba la estabilidad de toda la región y ponía en un serio problema la seguridad nacional griega. La historia es bastante simple: las poblaciones musulmanas de los Balcanes formaban un eje, un “arco” desde Turquía a Albania, que estaba transgrediendo Bulgaria, Fyrom, Kosovo y Bosnia Herzegovina. Este arco estaba considerado como una amenaza a la estabilidad de la región porque Grecia pensaba que Turquía intentaba manipularlo para crear condiciones adecuadas para movimientos islamistas separatistas (incluyendo también Tracia Occidental –un territorio griego con alrededor de 100.000 habitantes musulmanes–). De este modo, muchos en Grecia preferían usar el término “turco” en vez de “musulmán” o “islámico”. En consecuencia, tras el concepto de “arco musulmán” estaba el miedo de que la “amenaza” turca a la integridad territorial griega se extendiera de la frontera este a la norte del país. La repetición constante de la “amenaza musulmana” en numerosos artículos en periódicos griegos hasta 1994 fue extremadamente efectiva. Muchos intelectuales griegos apoyaron y extendieron esta visión.

Los defensores de la idea del “arco musulmán” pensaban que Grecia desarrollaría una contra estrategia animando la creación de una alianza de “fuerzas ortodoxas”, de un “arco ortodoxo”<sup>44</sup>.

Las imágenes negativas de inmigrantes han sido reforzadas por los siguientes factores sociales e ideológico-políticos:

Primero, hasta recientemente, la imagen colectiva prevalente en Grecia era de una sociedad étnicamente homogénea. Esta imagen, combinada con la falta de cualquier clase de debate acerca del multiculturalismo, hacía difícil recibir cualquier noción de aceptación del otro. Del mismo

(43) A. DANAPOULOS y D. DANOPULOS: “Albanian Migration into Greece: The Economic, Sociological, and Security Implications”, *Mediterranean Quarterly*, vol. 15, núm. 4, 2004, p. 113.

(44) El área del “arco musulmán” desapareció del discurso público griego sólo en la segunda mitad de los años 90, por un lado por su completo fracaso para ayudar a entender los acontecimientos de los Balcanes y por otro, y más importante, porque la élite griega política y económica pensó que no era más útil como una guía para política. Ver A. HULIARAS y Ch. TSARDANIDIS: “(Mis)understanding the Balkans: Greek Geopolitical Codes of the Postcommunist Era”, *Geopolitics*, vol. 11, núm. 3, 2006, pp. 468-483.

modo, los desarrollos políticos en los Balcanes en los años 90 reavivaron los nacionalismos en la región. Como resultado, los inmigrantes albanos han sido la nacionalidad que ha estado más duramente estereotipada y estigmatizada, no tanto por su “diferencia” esencial de la población griega sino porque, como vecinos, representan los “otros cercanos” que se convierten, a través de la inmigración en los “otros dentro”<sup>45</sup>.

Segundo, consideraciones de política exterior que llevan a un tratamiento diferente para inmigrantes similares de diferentes países puede estimular protestas políticas divisorias. Por ejemplo los criterios dispuestos para el griego reproducen y refuerzan la definición étnica, cultural y religiosa de la “nación” griega. La frontera entre internos y externos se define por una combinación de rasgos étnicos y religiosos. Este tema es particularmente relevante para Albania, el mayor emisor de inmigrantes para Grecia, donde los que son cristianos ortodoxos y tienen origen griego tienen preferencia sobre los albaneses musulmanes. Además, en cuestiones de política exterior del estado griego –o, como fue tan elocuentemente establecido por representantes de ONGs y empleados administrativos públicos, “por cuestiones de interés nacional”– a los inmigrantes griegos de la ex unión Soviética (Pontics) se les dieron todos los derechos y el pasaporte griego mientras que los albaneses griegos eran tratados como forasteros. En otras palabras, los albaneses griegos eran “también un poco griegos”, pero su ciudadanía griega no era reconocida porque por intereses de política exterior griega se mantenían en Albania para mantener viva allí la minoría griega<sup>46</sup>. Consecuentemente una jerarquía de griegos se ha construido en el discurso político donde la prioridad se da a los griegos reales, es decir, ciudadanos del estado griego, de etnia griega y religión ortodoxa<sup>47</sup>. Sólo recientemente se ha anunciado que los inmigrantes de Albania de origen griego podrán hacer una petición para obtener la ciudadanía griega.

Tercero, en el caso que la ley facilite la naturalización, esas comunidades étnicas o religiosas que tienen una mayor fertilidad que los griegos pueden desafiar el modelo de identidad nacional largamente establecido aunque totalmente irreal<sup>48</sup>. De acuerdo a algunas estimaciones, en 2015 alrededor del 25 por 100 de la población de Grecia serán “extranjeros” de primera o segunda generación. Esto quiere decir que en una población estimada de 14,2 millones, 3,5 millones serán inmigrantes de primera o segunda generación. En un país homogéneo y ortodoxo cristiano como Grecia, estos desarrollos causan serias preocupaciones<sup>49</sup>.

(45) R. KING: “Albania as a Laboratory for the Study of Migration and Development”, *Journal of Southern Europe and the Balkans*, vol. 7, núm. 2, 2005, p. 143.

(46) A. TRIANDFYLLIDOU y M. VEILOU: “The Hierarchy of Greekness. Ethnic and National Identity Considerations in Greek Immigration Policy”, *Ethnicities*, vol. 2, núm. 2, 2004, p. 201.

(47) A. TIRANDFYLLIDOU: “The Political Discourse on Immigration in Southern Europe: A Critical Analysis”, *Journal of Community & Applied Social Psychology*, vol. 10, núm. 5, 2000, p. 380.

(48) R. FAKIOLAS: “Regularising Undocumented Immigrants in Greece: Procedures and Effects”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 29, núm. 3, 2003, p. 555.

(49) A. DANAPOULOS y D. DANOPULOS: “Albanian Migration into Greece: The Economic, Sociological, and Security Implications”, op. cit., p. 108.

## B) La inmigración como un factor de tensión creciente con otros países

Surge ahora, sin embargo, que los países emisores pueden tener más control sobre la emigración de lo que se pensaba anteriormente y de hecho la pueden ver como una especie de “recurso nacional”, para ser manejado como cualquier otro<sup>50</sup>. Inevitablemente, por tanto, las medidas de los países receptores para restringir la inmigración ilegal es de esperar que conlleven costes en política exterior.

Durante los últimos quince años, la inmigración irregular de los países del Este de Europa y del Sur del Mediterráneo ha llevado con frecuencia tensiones bilaterales entre los países de destino, los países de origen y los de tránsito<sup>51</sup>. Traen una inestabilidad adicional a las ya tensas relaciones bilaterales por las siguientes razones:

Primera, los países de destino acusan a los países de origen o tránsito de no tomar medidas concretas para prevenir las salidas clandestinas y acabar con el contrabando de seres humanos. *La inquietud de un país* de que el flujo de inmigración sea el resultado de una “descarga” de población de sus vecinos –claramente una cuestión de percepción de intenciones– es como ser el más grande cuando hay una historia de enemistad entre países receptores y emisores. Las ya tensas relaciones entre Grecia y Turquía han sido agravadas por una serie de incidentes relacionados con inmigraciones irregulares en tránsito de Turquía a la Europa Occidental vía Grecia. Por tanto, la migración irregular y el tráfico de inmigrantes parecen agravar las relaciones bilaterales entre Grecia y Turquía, ya tensas por los asuntos de Chipre, el Mar Egeo y los derechos de las minorías de Tracia Occidental y Estambul.

La migración irregular y los flujos de refugiados fueron usados por el país de origen como triunfos en las negociaciones entre estados, para forzar a los países de destino para hacer concesiones políticas, comerciales, económicas o estratégicas<sup>52</sup>. Gil LOESCHER ha argumentado que un país de origen que expresa incapacidad para controlar la salida de población o no demuestra buena voluntad para manejarla, está en posición de lograr concesiones estratégicas y política exterior del país receptor<sup>53</sup>. Por ejemplo, el gobierno de Albania ha condicionado su coopera-

(50) M. TEITELBAUM: “Immigration, Refugees and Foreign Policy”, op. cit., p. 447.

(51) Acelerando y amplificando el fenómeno de la migración irregular, los traficantes de migrantes socavan las reglas gubernamentales de entrada, los procedimientos de asilo e inmigración. En los años 90 el sur de Europa se convirtió en un mayor “polo de atracción” para los traficantes de migrantes, tanto como área de tránsito como región de destino. Los inmigrantes son metidos como contrabando en Grecia, principalmente desde Albania, Turquía, Bulgaria y FYROM (la antigua república de Macedonia). Turquía se convierte en un mayor país de tránsito para migrantes irregulares iraníes, paquistaníes, sur asiáticos y africanos que quieren desesperadamente entrar en la Europa Occidental. Los últimos años Grecia ha aumentado las patrullas guardacostas y ha movilizado sus ejércitos para restaurar el control efectivo en sus fronteras contra los flujos de inmigrantes clandestinos transportados por traficantes de seres humanos.

(52) Ch. TSARDANIDIS: “Immigration and Foreign Policy of Greece”, *Agora Without Frontiers*, vol. 6, núm. 4, 2001, (en griego), p. 366.

(53) G. LOESCHER: “International Security and Population Movements” in R. COHEN (ed.): *The Cambridge Survey of World Migration*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) p. 559.

ción en el control de la migración irregular y el tráfico de personas a la petición de ayuda financiera y oportunidades de emigración legal hacia los gobiernos de Grecia e Italia, y vía Italia y Grecia a la Unión Europea<sup>54</sup>.

La inmigración forzosa también puede ser un instrumento para la política exterior de un país de origen. Puede presionar a un estado vecino a proporcionar ayuda para parar el flujo de inmigrantes. Un examen tanto histórico como contemporáneo a los movimientos de población demuestra de este modo que los países de emigración tienen más control sobre los flujos internacionales de población de lo que normalmente se tiene en cuenta por los analistas políticos, y que lo que a menudo aparece como emigración espontánea y movimientos de refugiados puede representar políticas deliberadas de emigración por parte de los países emisores<sup>55</sup>.

Segunda, los países que favorecen la emigración, por cualquier razón, es de esperar que se opongan a los esfuerzos de los países de destino para regular la entrada de sus nacionales. Tal oposición se puede expresar a través de canales diplomáticos, a través de críticas en los medios internos e internacionales, a través de medidas vengativas, o incluso a través del apoyo a ciertos grupos políticos del país receptor<sup>56</sup>.

Tercera, los inmigrantes y refugiados pueden tratar de convencer al país de acogida para apoyar su causa contra el régimen del país de origen a través de presión diplomática, y así elevar las posibilidades de tensiones bilaterales particularmente cuando el país receptor puede apoyar activamente a los refugiados en su lucha por cambiar el régimen de su país de origen<sup>57</sup>. El país receptor puede no tener tal intención, pero incluso cuando sus motivos son humanitarios el mero hecho de garantizar asilo basado en que el miedo a la persecución existe puede ser tratado por el país de origen como una interferencia en sus asuntos y puede ser suficiente para crear una relación antagónica con el país emisor. Sin embargo si la seguridad nacional del estado de acogida está amenazada depende de la habilidad del país de origen para responder al de acogida. Por ejemplo, aunque el gobierno de Cuba pueda objetar a las actividades de oposición de los cubanos-americanos, Cuba no tiene capacidad para ser una amenaza creíble a la seguridad nacional de los EEUU. Sin embargo, las actividades de los migrantes pueden crear problemas de política exterior para los países de acogida, incluso si esos problemas no suponen una amenaza a la seguridad nacional<sup>58</sup>.

(54) R. LOHRMANN: "Migrants, Refugees and Insecurity. Current Threats to Peace", op. cit., p. 10.

(55) M. WEINER: "Introduction: Security, Stability and International Migration", op. cit., p. 8.

(56) M. TEITELBAUM: "Immigration, Refugees and Foreign Policy", op. cit., p. 448.

(57) Los gobiernos democráticos generalmente permiten a sus refugiados hablar con claridad de su país de origen, les permite acceder a los medios de comunicación y les permite enviar información y dinero a casa para apoyar la oposición.

(58) K.J. FRANZBLAU: "Immigration's Impact on U.S. National Security and Foreign Policy", (Washington, U.S. Commission on Migration Reform, 1997), p. 3, <http://www.utexas.edu/kbj/uscir/respapers/ii-oct97.pdf> (se accedió el 3.3.2007).

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

Por otra parte los gobiernos del país de acogida están con frecuencia preocupados porque los refugiados a los que dan protección se puedan volver contra ellos si no están dispuestos a asistir a los refugiados en su oposición al gobierno de su país de origen<sup>59</sup>.

Cuarta, los refugiados han sido utilizados como instrumento de lo que se podría llamar “policías extranjeros privados”. Los grupos de inmigrantes también pueden suponer una amenaza a la seguridad para los países de acogida aliándose con grupos internos de oposición. Tal uso surge cuando grupos no gubernamentales del país de acogida contrarios al régimen extranjero concreto ven en los éxodos en masa de esos países un arma para dramatizar las razones de su oposición y ejercer por esta vía presión a su gobierno para cambiar su política exterior<sup>60</sup>. Así, algunos de los más activos abogados de inmigrantes y refugiados kurdos en Grecia estaban más preocupados primero en desacreditar y luego en cambiar el régimen en Turquía que en la causa de los refugiados mismos. El uso de las admisiones de refugiados como instrumento de política exterior es por tanto un creciente juego peligroso como ha probado el caso Ocalan. Puede salir el tiro por la culata, tanto en política interior como exterior.

Quinta, los propios inmigrantes se pueden convertir en un foco de controversia entre el país de origen y el de acogida, entre grupos rivales dentro de los inmigrantes/diáspora, o entre secciones de los inmigrantes y el gobierno local<sup>61</sup>. Los inmigrantes y refugiados normalmente mantienen vínculos personales con su tierra natal. Pueden apoyar partidos políticos, facciones o grupos étnicos en su país de origen a través de representación, lobbies políticos o, más directamente, a través del reclutamiento y el envío de dinero y armas. Aunque carecen del derecho de voto y apoyo oficial, los extranjeros residentes pueden tener un efecto en la conducta de la política exterior. Pero se pueden observar ejemplos menos ortodoxos y potencialmente violentos. El pasado reciente ha visto conflictos entre griegos nacionalistas e inmigrantes nacionalistas eslavomacedonios en Canadá y en Australia. Pero también en Grecia ha habido choques e incluso acciones violentas entre inmigrantes albaneses derechos e izquierdos.

Sexta, la presencia de un número sustancial de inmigrantes y diáspora, podría ser movilizado por el país emisor en apoyo de sus propias posiciones en tratados con el país receptor. Las presiones domésticas de las comunidades greco-americanas jugaron un importante papel en los años 70 en la política exterior de los EEUU a consta del problema de Chipre, la disputa Grecia-Turquía en los años 90 por la llamada cuestión de Macedonia. Dos factores limitan no obstante el poder político de los grupos inmigrantes y diásporas en el hacer política nacional de su país de acogida. El primero es la cohesión del grupo inmigrante, basado en la capacidad organizativa y material. El segundo es el acceso del grupo al poder político, determinado en gran medida por las instituciones políticas de cada sociedad de acogida. De este modo, en países que facilitan

(59) Los refugiados en ocasiones han lanzado ataques terroristas en su país anfitrión, traficado ilegalmente con armas, se han aliado con la oposición contra la política del gobierno de acogida, participado en el tráfico de drogas y en otras formas de erosionar la buena voluntad de los gobiernos para admitir refugiados. Véase, M. WEINER: “Introduction: Security, Stability and International Migration”, op. cit., p. 13.

(60) M. TEITELBAUM: “Immigration, Refugees and Foreign Policy”, op. cit., p. 440.

(61) M. WINER: “Introduction: Security, Stability and International Migration”, op. cit., p. 13.

la adquisición de la ciudadanía y garantizan otros derechos organizativos, los grupos de inmigrantes que son fuertes, homogéneos y bien organizados tendrán mayor influencia en la política exterior de su país de acogida. Por el contrario, en los países donde los inmigrantes están menos organizados y son menos capaces de participar en el proceso político, tendrán menos influencia. Últimamente, no obstante, la influencia de los inmigrantes preocupa sólo si las preferencias de los inmigrantes son diferentes de las de la sociedad de acogida<sup>62</sup>.

Séptima, cuando el país de origen ejerce presión diplomática sobre el país de acogida quejándose del tratamiento que reciben los inmigrantes en ese país. Grecia ha sentido presiones diplomáticas similares desde los países emisores para facilitar la salida de emigrantes, a menudo de los ministros de exteriores de los países de origen. El gobierno de Albania, por ejemplo, se ha opuesto a las propuestas griegas para restringir la inmigración ilegal o para tomar medidas para limitar la entrada ilegal a través de la frontera griega. Sin embargo, la primera preocupación de Grecia con respecto a Albania fue evitar el conflicto, ya que las tensiones entre griegos y albaneses en Grecia han llevado con frecuencia a movilizaciones nacionalistas en Albania en apoyo de los inmigrantes albaneses en Grecia. Esto podría consecuentemente afectar a la comunidad inmigrante albanesa en Grecia y perjudicar las relaciones bilaterales de Grecia con Albania. Por ejemplo, la mejorada situación de los inmigrantes albaneses ha experimentado periódicamente muchas aberraciones, que van desde la insuficiencia del mercado laboral para absorber la mano de obra extranjera a la capacidad social limitada para aceptar a los recién llegados. Las deportaciones de inmigrantes albaneses indocumentados han estado también motivadas por motivaciones electorales o preocupaciones de la comunidad griega en Albania acerca del infrincumplimiento de los derechos étnicos, humanos, educacionales o culturales. La reacción albanesa ha sido inmediata: pronunciamientos parlamentarios, presión mediática, coerción de la minoría griega y retrasos en la apertura de escuelas en áreas de población griega de Albania<sup>63</sup>. Sin embargo, miembros del Ministerio de Asuntos Exteriores griego rechazaron la sugerencia de que la política de inmigración dependía de consideraciones de relaciones bilaterales con los países de acogida, como Albania, aunque ellos reconocían que tenían impacto en esas relaciones<sup>64</sup>.

Los representantes diplomáticos de países musulmanes en Grecia como Pakistán, Arabia Saudí, Marruecos, Libia, Jordán, Kuwait e Indonesia, también han mostrado interés en el bienestar de las emergentes comunidades musulmanas en Grecia. Los esfuerzos diplomáticos se han centrado en el establecimiento de una Mezquita Central y un Centro Cultural Islámico en los barrios de Atenas. Por otro lado, la organización islámica que está activa en Grecia, el Ahmadiyya Anjuman Isha'at Islam Lahore (el movimiento Lahore Ahmadiyya), está más interesado en traducir

(62) M. ÖGELMAN, J. MONEY y P. MARTIN: "Immigrant Cohesion and Political Access in Influencing Foreign Policy", op. cit., p. 145.

(63) K. BARJABA: "Migration and Ethnicity in Albania: Synergies and Interdependencies", *Brown Journal of World Affairs*, vol. 11, núm. 1, 2004, p. 237.

(64) K. LINOS: "Understanding Greek Immigration Policy", en D. DERIDIS, E. BURSAC y N. YATROMANOLAKIS (eds.): *New Approaches to Balkan Studies*, vol. 2, (Dulles, VA, Brassey's, 2001), p. 320.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

libros del islam al griego y al albanés así como en convertir a los inmigrantes albaneses en Grecia en devotos musulmanes<sup>65</sup>.

### IV. LA INMIGRACIÓN COMO UNA HERRAMIENTA DE LA POLÍTICA EXTERIOR GRIEGA

El efecto de la inmigración en la política exterior de un país receptor se determina como señala Kenneth J. FRANZBLAU por un número de consideraciones: si el número de inmigrantes es pequeño o son fácilmente asimilados en la sociedad, los impactos en la política exterior del país anfitrión es probable que sean pequeños<sup>66</sup>. Sin embargo, si el país receptor percibe tanto que el nivel de inmigración es demasiado alto como que un número sustancial de los inmigrantes está entrando en el país fuera de su marco legal, como es el caso de Grecia, la política exterior puede ser usada como un instrumento para prevenir la emergencia de la deslocalización y la migración masiva o, si el movimiento no se puede parar, regular la migración y mantenerla fuera del país<sup>67</sup>. Por otro lado, a nivel de política oficial, los estados sólo pueden movilizar inmigrantes de primera y segunda generación para que ayuden a conseguir proyectos concretos de política exterior, como hizo el gobierno americano movilizando (con gran habilidad) inmigrantes afganos para construir una nación en Afganistán, y contando con americanos palestinos como negociadores en varias conversaciones de paz en el Medio Oriente<sup>68</sup>.

De acuerdo con Jorge DOMÍNGUEZ “la disuasión de la inmigración ilegal es más compleja que la disuasión normal en política exterior, que normalmente está dirigida por un gobierno concreto para asegurar que algo no se convierta en un comportamiento indeseable. Para impedir la migración ilegal, sin embargo, es también necesario disuadir a los individuos que actúan por su cuenta”<sup>69</sup>.

Grecia afrontó durante los últimos 18 años elecciones en política exterior que eran complejas, emocionales y profundamente relacionadas con asuntos internos. Está claro que la experiencia en inmigración de Grecia también difiere de la de otros países europeos con respecto a:

Primero, al cambio, durante los años 90, del estatus de emigración al de inmigración. Grecia de repente se dio cuenta que aparecían nuevos temas en su agenda de política exterior. Produjo

(65) D. ANTONIOU: “Muslim Immigrants in Greece: Religious Organization and Local Responses”, op. cit., p. 167.

(66) K.J. FRANZBLAU: “Immigration’s Impact on U.S. National Security and Foreign Policy”, op. cit., p. 167.

(67) H.J. AXT: “The Impact of German Policy in Refugee Flows”, en R. MUNZ y M. WEINER (eds.): *Migrants, Refugees and Foreign Policy*, (Providence, Berghan Books, vol. 2, 1997), p. 3.

(68) F. ADAMSON: “Crossing Borders International Migration and National Security”, *International Security*, vol. 31, núm. 1, 2006, p. 190.

(69) J. DOMÍNGUEZ: “Immigration as Foreign Policy in US. Latin American Relations”, en R. TUCKER, C. KEELY y L. WRIGLEY (eds.): *Immigration and US Foreign Policy*, (Boulder, Westview Press, 1990), p. 158.

también efectos en los debates acerca del impacto de la inmigración a las prioridades de su política exterior.

Segundo, la prevalencia de un solo país de origen. Cerca del 65 por 100 de los inmigrantes participantes en el programa de regulación griego vienen de Albania, mientras que el segundo país más importante, Bulgaria, cuenta con sólo el 7 por 100. Los albaneses emigran a Grecia en primer lugar por causas económicas. No se encuentra un grado similar de dominación en otros países del Sur de Europa<sup>70</sup>.

Tercero, las presiones de inmigración son exacerbadas por inestabilidad política y una economía fallida en los países emisores vecinos. La inestabilidad política en los países de origen puede salpicar a Grecia, impactando así en el posterior orden público y política exterior hacia el país de origen.

Las políticas de inmigración griegas estaban exclusivamente diseñadas con vistas a combatir la inmigración ilegal a través de los siguientes instrumentos políticos, todos los cuales han tenido efectos sobre la política exterior griega:

*El primero fue buscar mejores instrumentos de control y establecer y reforzar regímenes fronterizos más estrictos.* Esto implicaba mejorar las patrullas en las extensas fronteras griegas, usando controles de policía interna para prevenir sobreestancias, endureciendo los procedimientos de visado y lanzando campañas en los medios y/u operaciones policiales para desanimar a los inmigrantes ilegales a entrar.

*Un segundo instrumento fue desarrollar estrategias de prevención e intervención para restringir los flujos existentes de inmigrantes a través de instrumentos de política exterior.* Tales estrategias se basaban en negociaciones diplomáticas, presiones, sanciones económicas, expulsiones de inmigrantes ilegales y retirando asistencia financiera y al desarrollo. Donde la generosidad no funcionó o no era financieramente viable, los países receptores estaban recibiendo variedad de amenazas para detener la emigración<sup>71</sup>. Por tanto las presiones diplomáticas, incluyendo la diplomacia coercitiva, se ejercieron<sup>72</sup>. Sin embargo la fuerza ejercida por los países destino no se debería subestimar, porque la emigración es considerada por muchos países de origen como un recurso económico esencial. La migración de mano de obra puede contribuir en gran medida al desarrollo y bienestar económico del país de origen a través de los envíos de los trabajadores y el alivio de la presión en el mercado laboral local<sup>73</sup>. Los países origen de este modo han sabido de su dependencia de la migración y han reconocido que cualquier flujo repentino de migrantes retornados crearía un problema en la seguridad interior.

(70) J. CAVOUNIDIS: "Migration in Southern Europe and the Case of Greece", *International Migration*, vol. 40, núm. 1, 2002, p. 62.

(71) R. LOHRMANN y S. GUERRA: "Migrants, Refugees, and Insecurity in International Relations", op. cit., p. 151.

(72) M. WEINER: "Introduction: Security, Stability and International Migration", op. cit., p. 23.

(73) J. SALT, A. SINGLETON y J. HOGARTH: *Europe's International Migrants*, (London, HMSO, 1994), p. 189.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

La situación de los migrantes albaneses irregulares en Grecia ilustra este punto. La migración clandestina entre Albania y Grecia se convirtió en uno de los aspectos más destacados de sus relaciones bilaterales. Desde comienzos de los 90, muchos albaneses han emigrado clandestinamente a Grecia. A mediados de los 90 los trabajadores migrantes albaneses enviaban a casa fondos estimados por varias fuentes por valor de entre 300 millones y 1 billón por año<sup>74</sup>. Esto representa la mayor fuente de ingresos externos del país después de la ayuda y equivale a un tercio del GDP. También fue muchas veces el valor de las exportaciones de Albania<sup>75</sup>. El gobierno griego eligió tratar con el flujo de migrantes ilegales usando oleadas esporádicas de deportaciones administrativas y expulsiones masivas. Se unía también la regularización de los inmigrantes clandestinos de Albania, por las autoridades de Tirana, con el respeto de los derechos de la minoría griega que vivía en el sur de Albania<sup>76</sup>. Las autoridades griegas han deportado así cerca de 2,3 millones de inmigrantes desde 1990. Se estima que solo 764.000 migrantes irregulares han sido deportados de Grecia entre enero de 1991 y agosto de 1994 –de esos el 96 por 100 eran albaneses– cuando los incidentes comprometiendo la minoría griega de Albania tuvieron lugar, supuso una importante presión social y económica para el gobierno albanés. No obstante muchos de esos deportados durante ese período han cruzado ilegalmente la frontera griega muchas veces desde entonces. Como resultado las discusiones empezaron en primavera de 1995 entre Grecia y Albania y culminaron con la firma de un acuerdo en marzo de 1996. Bajo las condiciones de este acuerdo, Albania aceptaba la creación de un consulado griego en Corisita, la apertura de dos nuevos puestos fronterizos y el establecimiento de más escuelas para la minoría griega. Por otra parte, Grecia aceptó recibir trabajadores temporeros albaneses y estudiar la regularización de los inmigrantes clandestinos de Albania que ya viven en su suelo. No obstante, a través de extensas y costosas operaciones policiales, el gobierno griego continuó expulsando inmigrantes ilegales, apaciguando a los residentes domésticos.

Las políticas de expulsión sin embargo parecían tener éxito limitado porque primero otros inmigrantes estaban entrando en el país como (falsos) turistas, estudiantes o trabajadores legales a corto plazo y después se quedaban más tiempo y segundo a pesar de la creación de una fuerza policial especial para proteger las fronteras, la entrada ilegal de inmigrantes al país no se reducía en absoluto, sino que continuaba sin disminución. Una razón era que los decretos para el castigo de las infractores –ambos, los trabajadores extranjeros ilegales y sus empleadores griegos– apenas eran aplicados<sup>77</sup>.

(74) Sus giros, evaluados por el Banco Mundial eran en 1994 de 265 millones de dólares. Los fondos de los migrantes representaban en 2004 el 10 por 100 del GDP de Albania. Véase A. MANSOOR y B. QUILLIN (eds.): *Migration and Remittances. Eastern Europe and the Former Soviet Union*, (Washington, D.C. The World Bank, 2006), p. 6.

(75) N. MAI y S. SCHWANDNER-SIEVERS: "Albanian Migration and New Transnationalism", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 9, núm. 6, 2003, p. 941.

(76) G. LAZARIDES y J. POYAGO-THEOTOKY: "Undocumented Migrants in Greece: Issues of Regularization", *International Migration*, vol. 37, núm. 4, 1999, p. 730.

(77) P. KIPRIANOS, S. BALLAS y V. PASSAS: "Greek Policy towards Immigration and Immigrants", *Social Policy & Administration*, vol. 37, núm. 2, 2003, p. 157.

*Un tercer instrumento era dirigir las consecuencias sociales, económicas y políticas que real o potencialmente genera la emigración masiva a los países de origen. Se ha demostrado que la liberalización del mercado, la inversión extranjera y la asistencia al desarrollo pueden reducir la presión de la emigración creando oportunidades de generación interna, reduciendo el desempleo y mejorando los sueldos en los países de origen. Cinco instrumentos de política exterior se usan en este contexto:*

El primer instrumento es la liberalización del mercado el concepto clave en las relaciones económicas internacionales hoy en día. Con respecto a la migración forzosa, se asume que el mercado libre promoverá el crecimiento económico y el desarrollo social y de este modo disminuirá las presiones migratorias. A corto plazo, sin embargo, un ascenso en el desempleo del país de origen llevaría a esperar un aumento del empuje adicional de las presiones migratorias. “Bajo estas circunstancias puede haber un período crítico en la migración, quiere decir que las mismas políticas que disminuyen la presión de la inmigración a largo plazo pueden incrementarla a corto plazo”<sup>78</sup>.

La inversión directa extranjera es el segundo instrumento. En una economía global, el volumen e importancia de las inversiones extranjeras es cada vez más importante. Las inversiones y el consecuente desarrollo económico pueden jugar un papel en la reducción de la inmigración o en cambiar la dirección de las migraciones<sup>79</sup>.

El tercer instrumento es la ayuda extranjera. La importancia de la ayuda privada y pública para el desarrollo socio-económico sigue siendo significativa. En los últimos años, esta ayuda se ha endurecido como resultado de una alegada fatiga de los donantes y la necesidad expresada de usar los fondos de desarrollo para alivio de emergencias. La presencia de grandes poblaciones de inmigrantes y minorías étnicas de los países en desarrollo en los países europeos, sin embargo, podría ayudar a revitalizar el interés en los programas de desarrollo. Además, hay buenos ejemplos para la involucración de los inmigrantes en apoyo de proyectos de desarrollo en sus países de origen.

El cuarto instrumento, es la promoción de los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno, que podría tener un efecto positivo en el clima general de un país, resultando un creciente desarrollo socio-económico, mayores oportunidades y con base en esto, la eliminación de al menos algunas de las causas de la migración forzosa. Los gobiernos de los países donantes están mejorando las condiciones de ayuda al progreso en estas áreas. Las ONG están vigilando las prácticas de las compañías transnacionales y demandando su respeto a los derechos humanos fundamentales de los países en los que operan.

(78) P. MARTIN, 1997: “Economic Instruments to Affect Countries of Origin”, en R. MUNZ y M. WEINER (eds.): *Migrants, Refugees and Foreign Policy*, op. cit., p. 232.

(79) J. NIESSEN: “International Migration on the EU Foreign Policy Agenda”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 1, núm. 4, 1999, p. 495.

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

De los instrumentos anteriores la política exterior griega ha usado todos en particular hacia los países de los Balcanes excepto el libre comercio, que sin embargo ha sido puesto en práctica con Bulgaria y Rumanía a través de la Asociación Europea de Acuerdos y la admisión de negociaciones y con los países de los Balcanes Occidentales a través del Proceso de Asociación y Estabilización.

Desde mediados de los años 90 se hizo gradualmente más claro que Grecia tenía mayores intereses económicos y políticos en los Balcanes y que un nuevo acercamiento político reflejándolo –incluida la inmigración– había sido necesario. Por tanto, las prioridades de la política exterior griega y los intereses de los negocios griegos han empezado a ir juntos como nunca antes.

En lo que se refiere a la Inversión Directa Extranjera miles de compañías griegas (la mayoría aliadas con socios locales) han establecido operaciones a lo largo de los Balcanes. La mayoría de las inversiones griegas en el período post 1996 fueron no privadas –venían de compañías para-estatales griegas como la compañía estatal de telecomunicaciones y la de petróleo–. El establecimiento de bancos griegos en la región ha sido promovida, en gran medida, por la presencia de inmigrantes y ha facilitado los giros y su canalización a inversiones productivas en su hogar<sup>80</sup>. Un objetivo mucho más ambicioso para la política exterior griega es un proyecto de ayuda hacia los países balcánicos llamado Plan Helénico para la Reconstrucción de los Balcanes. Aunque se anunció en 1999 por varias razones su puesta en práctica empezó en 2002. La ayuda total acordada para el Plan podría alcanzar la suma de 550 millones de euros. El 25 por 100 de esta ayuda se daría exclusivamente a compañías griegas para invertir en la región y el resto a proyectos para mejorar la reconstrucción y promover la democracia y el buen gobierno<sup>81</sup>.

Sin embargo, a pesar del hecho de que Grecia ha surgido como un donante sustancial y un gran inversor en los Balcanes más allá de eso no hay signos de que la inmigración de estos países haya sido reducida. Por ejemplo se duda de que la mano de obra excedente de Albania o Bulgaria y otros países vecinos del norte se haya convertido en cierto modo dependiente de las oportunidades de empleo de la inversiones griegas y de este modo la gente esté desanimada a emigrar. Por consiguiente, está lejos de ser cierto que los instrumentos de inversión o ayuda podrían restringir la inmigración ilegal y de ese modo servir a los intereses de la política exterior griega en inmigración. Con el mérito que estos instrumentos tienen, no hay evidencia de que puedan reducir la emigración a corto plazo<sup>82</sup>.

*Un cuarto instrumento para impedir los flujos de inmigración a Grecia fue enfatizar los acuerdos bilaterales de negociación con los países emisores.* La negociación es un instrumento relativamente nuevo y prometedor para el desarrollo de la política en el área del control de la inmigración. Los acuerdos bilaterales entre estados emisores y receptores presentan más detalles de cómo estos países intentan regular la migración y proteger los derechos de las partes involucra-

(80) N. GLYTSOS y L. KATSELI: "Greek, Migration: The Two Faces of Janus", op. cit., p. 378.

(81) Ch. TSARDANIDIS y A. HLIARAS: "The Rise and the Fall of the Hellenic Plan for the Reconstruction of the Balkans (ESOAV)", *Agora without Frontiers*, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 34-58 (en griego).

(82) M. WEINER: "Introduction: Security, Stability and International Migration", op. cit., p. 22.

das. Tales acuerdos pueden alentar vínculos entre estados y podrían tener un impacto positivo en otros campos de cooperación.

La amplia relativa latitud ejecutiva de Grecia en política exterior ofrecía alguna justificación para usar este acercamiento para limitar los flujos. De hecho, las negociaciones han sido retrasadas particularmente con Albania y Turquía, en los últimos 10 años. Por ejemplo en 1999, Turquía y Grecia empezaron a negociar un total de 10 acuerdos. Uno de ellos fue sobre inmigración ilegal. La mitad de estos acuerdos se firmaron en Ankara cuando el Ministro de Exteriores griego Andreas Papandreu realizó una visita histórica a Turquía del 19 al 22 de enero de 2000, la primera en las últimas tres décadas. La otra mitad se firmó en Atenas durante la visita del Ministro de Exteriores turco Ismail Cem entre el 1 y el 3 de febrero de 2002. Un protocolo para combatir el crimen, especialmente el terrorismo, el crimen organizado, el tráfico ilegal de drogas y la inmigración ilegal se firmó entre Grecia y Turquía en noviembre de 2001. El protocolo establecía detallados procedimientos de cooperación para la readmisión de ciudadanos de ambos país o de un tercer país, que entraban en cualquiera de los dos países ilegalmente.

Christopher MITCHELL observa que hay cuatro factores entre otros con los que podría mantener que las negociaciones para acuerdos bilaterales no es un instrumento efectivo: las naciones emisoras pueden preferir el *status quo* y ver pocas razones para negociar; los gobiernos emisores pueden carecer de capacidad administrativa para restringir la emigración; los negociadores de los países receptores tienen carta política limitada para prometer ciertos niveles de acceso de migración legal; las dudas de los gobiernos de acogida para proporcionar “pagos unilaterales” en correspondencia por la prohibición por los países emisores<sup>83</sup>.

En 2006, se hizo claro que aunque Turquía estaba aceptando algunas readmisiones, había considerables retrasos y problemas. De acuerdo con las autoridades griegas, entre abril de 2002 y noviembre de 2006, habían emitido 1.892 casos (que cubrían 23.689 extranjeros) de los que Turquía aceptó retornar 2.841 personas, pero en realidad sólo acogió 1.463<sup>84</sup>.

*Un quinto instrumento fue la cooperación regional.* La inmigración no solo influye las relaciones bilaterales entre el país receptor y el país de origen; también puede tener implicaciones para la antigua política exterior regional. Desde el principio de los años 80 la Asamblea General de las Naciones Unidas ha dicho que los flujos masivos de refugiados no solo afectan el orden doméstico y la estabilidad de los países receptores sino que también ponen en peligro la estabilidad social y política y el desarrollo económico de todas las regiones y así arriesgan la seguridad y paz internacional. Consecuentemente, los gobiernos de varias regiones del mundo reconocen ahora que la puesta en práctica de acercamientos innovadores a los problemas de los

(83) C. MITCHELL: “International Migration, International Relations and Foreign Policy”, op. cit., p. 70.

(84) M. BALDWIN-EDWARDS: “Migration Between Greece and Turkey: From the «Exchange of Populations» to Non-recognition of Borders”, *South East Europe Review*, núm. 2, 2006, p. 5, [http://aei.pitt.edu/7043/01/Migration\\_between\\_Greece\\_and\\_TurkeyV3a.pdf](http://aei.pitt.edu/7043/01/Migration_between_Greece_and_TurkeyV3a.pdf) (se accedió el 3.3.2007).

## Hacer frente a la inmigración: su impacto en la política exterior griega

movimientos internacionales de población y desplazamientos humanos necesitan el establecimiento de marcos regionales para reemplazar actividades unilaterales inefectivas<sup>85</sup>.

Los intereses nacionales de Grecia particularmente en los Balcanes en lo que se refiere al tema de la inmigración se ven mejor servidos desde 1999 vía esfuerzos multilaterales, más que unilaterales o bilaterales. No solo la política oportunista nacionalista de principios de los 90 se abandonó, sino también el marco bilateral fue considerado como secundario al multilateral. Por tanto, el miedo de Grecia a que la inestabilidad política y económica en los Balcanes y los países del Sur del Mediterráneo pudieran disparar un importante flujo migratorio, junto con otros Estados miembros del sur de la Unión Europea, intentó involucrar a la Unión Europea en políticas más activas y consistentes hacia la migración. Esta actitud podría ser también explicada de un lado por la falta de experiencia en temas de migración de las instituciones griegas y por otro lado porque el gobierno griego con frecuencia usa la Unión Europea como un chivo expiatorio, para justificar medidas relacionadas con los inmigrantes, que habría puesto en práctica de cualquier modo<sup>86</sup>.

En este contexto Atenas estaba y todavía está a favor de hacer de la migración en la Unión Europea un tema horizontal, un pilar en las relaciones externas de la Unión Europea, e incorporar cláusulas estándar de readmisión en todos los acuerdos de cooperación y asociación realizados por la Unión Europea con terceros países. Por tanto, el condicionamiento continuaría dominando las relaciones con los nuevos Estados miembros y los vecinos del Este y el Sur de la Unión, que tradicionalmente han sido países de emigración o países de tránsito para los inmigrantes. “Esta forma de transferencia política útil e institucionalizada se ha convertido en un elemento central del acercamiento de la Unión Europea a la inmigración, y es un medio por el que extender el alcance de las políticas comunes para manejar problemas más allá del territorio común”<sup>87</sup>. Por ejemplo, el Acuerdo de Asociación con Turquía y el Acuerdo de Cooperación con tres países del Magreb (Túnez, Argelia y Marruecos) incluyen provisiones sobre migración. De hecho, estos acuerdos bilaterales no podían ignorar la alta proporción de trabajadores inmigrantes de origen magrebí o turco que residen en Estados miembros, y los países mediterráneos insistieron que este tema debería ser parte integral de la política de cooperación. Las provisiones ofrecen a los trabajadores turcos y del Magreb residentes en la Unión protección contra la discriminación en las condiciones de trabajo, remuneración y seguridad social<sup>88</sup>.

Grecia también ha puesto en su agenda el tema de la inmigración en el marco de otros esquemas de cooperación regional como el Proceso de Cooperación del Sureste europeo, la Organización de Cooperación Económica del Mar Negro y el Foro Mediterráneo.

(85) R. LOHRMANN: “Migrants, Refugees and Insecurity. Current Threats to Peace”, op. cit., p. 17.

(86) K. LINOS: “Understanding Greek Immigration Policy”, op. cit., p. 319.

(87) S. LAVENEX y E. UCARER: “The External Dimension of Europeanization. The Case of Immigration Policies”, *Cooperation and Conflict*, vol. 39, núm. 4, 2004, p. 436.

(88) J. NIESSEN: “International Migration on the EU Foreign Policy Agenda”, op. cit., p. 492.

## V. CONCLUSIONES

El artículo se centra en las implicaciones de la inmigración para la seguridad nacional y la política exterior de Grecia. Llegamos a la conclusión de que la migración internacional, particularmente la migración irregular, se ha convertido en una preocupación básica en la seguridad nacional de Grecia, ya que se percibe cada vez más como una amenaza a la identidad nacional y a la estabilidad política. Por otra parte, la inmigración influye grandemente la formulación de la política exterior griega hacia tanto los países individuales de origen, principalmente esos del este del Mediterráneo y la región de los Balcanes, como un todo. Crea tensiones con ellos o agrava las ya tensas relaciones bilaterales con otros, impactando de ese modo en la estabilidad regional. Por otro lado los gobiernos griegos han usado a los inmigrantes no solo como un instrumento político para imponer restricciones sobre las acciones de los gobiernos de origen o para impedir los flujos de población, sino como un instrumento para lograr sus propios objetivos de política exterior.

La aversión del gobierno griego para aceptar la inmigración como un hecho de la sociedad moderna griega estuvo en un primer momento relacionado con la novedad y el carácter inesperado del fenómeno. La impresión dominante en el discurso político y público era que los inmigrantes consideraban Grecia como “la sala de espera”, el lugar para estar un par de años para pagar la deuda a los contrabandistas y financiar el segundo viaje a otros países europeos<sup>89</sup>. A pesar de los sucesivos programas legislativos Grecia continúa afrontando un problema de inmigración como los flujos de inmigrantes ilegales y el coste de la integración continúa aumentando. Por tanto, los costes netos asociados con su pacífica integración en el mercado laboral de acogida y en la sociedad griega han elevado la preocupación sobre el alcance y la efectividad de las políticas de inmigración. Por esta razón Grecia ha advertido de la necesidad de desarrollar iniciativas de cooperación bilateral y multilateral, para mitigar el real o/y percibido impacto desestabilizador de la migración internacional sobre su seguridad nacional. Los que hacen política exterior griega dicen que sólo el marco de la Unión Europea puede proveer los medios para cimentar una política de inmigración consistente. La Unión Europea podría hacer posible por un lado los medios para planear y poner en práctica una política de adaptación con éxito de sus propios inmigrantes y por otro lado podría, a través del desarrollo de políticas comunes de la Unión Europea y otras medidas, detener la llegada de nuevos inmigrantes.

(89) A. PAPADOPOULOU: “Smuggling into Europe: Transit Migrants in Greece”, *Journal of Refugee Studies*, vol. 17, núm. 2, 2004, p. 175.

NICOLÁS PÉREZ SOLA

Universidad de Jaén  
(nperez@ujaen.es)

II

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000\*

### RESUMEN

#### LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA: COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVAS A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 8/2000

El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de aquellos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 que sometían el ejercicio de los derechos de reunión, asociación, libertad sindical, huelga y justicia gratuita a la disposición de autorización de residencia o trabajo en el territorio nacional. Respecto al acceso a la enseñanza no obligatoria se ha determinado como únicos requisitos el mérito y la capacidad y, por tanto, se ha declarado la inconstitucionalidad de la exigencia de residencia legal del menor extranjero para acceder a la educación no obligatoria. Sin embargo, el Alto Tribunal no ha apreciado inconstitucionalidad en el resto de los preceptos impugnados en relación con el control judicial de resoluciones administrativas acordadas con ocasión de expedientes de expulsión o retorno.

### ABSTRACT

#### THE RECENT CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN THE MATTER OF ALIENAGE: A COMMENT TO THE CONSTITUTIONAL COURT'S SENTENCES ON THE UN CONSTITUTIONALITY OF THE LAW 8/2000

Recent Constitutional Court's sentences had declared unconstitutionals those articles of the *Ley Organica* that subjects the exercise of immigrants rights to meet, associate, unionize,

(\* El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05368 *El estatuto jurídico y los derechos de los inmigrantes* dirigido por E. AJA.

strike and free access to justice to comply with the immigration rules on permission to work and residence. As to education, in its decisions the Court declared that the only mandatory requirement for primary students is to have passed exams, therefore, the Court concluded that the legal provision that imposes the requirement of residence permission on minor's immigrants is unconstitutional. However the Constitutional Court found that the rest of articles challenged, related to judicial control over administrative decisions on expulsion or return procedures are constitutional.

# SUMARIO

## I. Introducción.

**II. Las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.** A) Derecho de Reunión (artículo 7.1). B) Derecho de Asociación (artículo 8). C) Derecho a la Educación (artículo 9.3). D) Libertad Sindical (artículo 11.1). E) Derecho de huelga (artículo 11.2). F) Intimidación familiar y reagrupamiento familiar (artículos 16.2, 17,2 y 18,4). G) Denegación de visado (artículos 20.2 y 27.5). H) Asistencia Jurídica Gratuita (artículo 22.2).

**III. Los Procedimientos Especiales.** A) El principio *non bis in idem*: expulsión de los extranjeros condenados (artículo 57. 1, 2, 5, 6, 7 y 8). B) Limitaciones a la libertad. a) Residencia obligatoria como medida cautelar previa a la expulsión [artículo 61.b)]. b) Retorno (artículo 60). c) Ingreso en centro de internamiento (artículo 62.2). C) La ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas de expulsión (artículo 63.2y 4). D) Ejecución de expulsión (artículo 64).

## IV. Consideraciones conclusivas.

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto esencial de este comentario se encuentra en la STC 236/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Navarro y la STC 259/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía relativos ambos a la impugnación de diversos artículos de la vigente regulación de extranjería. Sin embargo, como es notorio, la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social introducida por la Ley Orgánica 8/2000 fue objeto de diferentes recursos de inconstitucionalidad también resueltos por el Tribunal Constitucional, si bien estas resoluciones posteriores han reiterado en términos generales los aspectos sobre los que

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

ya se había pronunciado el Tribunal en las citadas sentencias<sup>1</sup>. Ahora bien, como ha precisado el Alto Tribunal el objeto de consideración ha sido la regulación de la extranjería contenida en la Ley Orgánica 8/2000, no por tanto una evaluación global de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Aun admitiendo que son posibles “diversas opciones” y por tanto legislaciones en materia de extranjería, el objeto de enjuiciamiento se ha limitado a concretar si determinados preceptos de dicha norma “han excedido o no los límites impuestos por la CE”.

La formulación de diversos recursos de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 ha requerido por parte del Tribunal Constitucional un esfuerzo de concreción respecto de la adecuación constitucional de los límites al ejercicio de determinados derechos incorporados por aquella norma, por la situación de irregularidad en la que se encuentren los extranjeros, ya que su ejercicio queda restringido a situaciones de regularidad administrativa. De un lado, esta limitación alcanza, entre otros, al ejercicio de los derechos de reunión, asociación, educación, huelga y sindicación. Por otra parte, también han sido objeto de impugnación preceptos que a la luz de la vigente regulación presentan una serie de situaciones administrativas en las que la privación de la libertad acordada por la autoridad gubernativa pudieran entrar en contradicción con el texto constitucional, en cuanto a las garantías derivadas de la tutela judicial, que puedan ser obviadas por la inexistencia de un efectivo control judicial sobre las resoluciones administrativas que afectan a los extranjeros. Dos son pues las cuestiones que nos suscitan un mayor interés en este comentario a la reciente jurisprudencia constitucional en materia de la vigente regulación de la extranjería: las restricciones a los extranjeros por su situación irregular para el ejercicio de derechos constitucionalizados y los supuestos de indefensión que se puedan derivar de la ausencia de control judicial efectivo de los actos administrativos acordados en materia de extranjería. Sin perjuicio de todo ello habrá que hacer alguna consideración respecto de otros preceptos relativos a justicia gratuita, reagrupación familiar y denegación de visado no motivada que completan el conjunto de preceptos impugnados ante el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, se debe analizar si, como consecuencia de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y el reconocimiento expreso de derechos a los extranjeros, si bien restringido su ejercicio de modo previo y colectivo a su situación de regularidad administrativa, dicha regulación pudiera constituir una extralimitación del legislador orgánico que contraviniera el orden constitucional. Así para determinar si diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 se adecuan a la Constitución es inexcusable plantear una reflexión en torno a la cuestión relativa a la existencia de unos límites en el ordenamiento jurídico a los que debe sujetar su actuación el legislador orgánico. En la medida en que la regulación de extranjería resultante de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 haya respetado estos límites, nada habría que objetar al legislador. En caso

(1) Nos referiremos en concreto no sólo a la STC 236/2007 y la STC 259/2007, sino también a la STC 260/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco, STC 261/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, STC 262/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, STC 263/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad de Aragón, STC 264/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Extremadura y STC 265/2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Principado de Asturias.

contrario, si el legislador orgánico hubiera superado dichos límites, estaríamos ante un supuesto de inconstitucionalidad de dicha regulación.

El marco de referencia en el que debe operar el legislador orgánico aparece condicionado por diversos presupuestos que nos conectan, de un lado, con preceptos constitucionales e interpretaciones de los mismos realizadas por el Tribunal Constitucional que no pueden ser desconocidas y, de otro, con el ordenamiento internacional. Por lo que respecta al marco constitucional, éste viene delimitado por el reconocimiento a los extranjeros de las “libertades” que se garantizan en el Título I de la CE, si bien “gozarán” de éstas “en los términos que establezcan los tratados y la ley”(artículo 13 de la CE).

Superadas por la jurisprudencia constitucional las dificultades interpretativas del alcance de las “libertades públicas”, ya que “el término libertades públicas” no tiene obviamente significado restrictivo (STC 107/1984) y, por tanto, afirmado que su entendimiento como derechos fundamentales y libertades públicas, son “los términos” en que tratados y ley precisan su goce y disfrute, corresponde ahora analizar si estamos en presencia de derechos predicables en su caso de todas las personas o circunscritos al parecer del legislador nacional. Debemos comenzar por recordar la diversidad de fórmulas empleadas por el constituyente para definir la titularidad de derechos constitucionalizados que genera, en una primera aproximación al texto constitucional, cierta perplejidad, ya que en el Título I se recogen las más variadas referencias a la titularidad de los mismos, desde la expresa exclusión de los “derechos reconocidos en el artículo 23” para los extranjeros (artículo 13 de la CE) hasta formulaciones impersonales en las que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas” o “el derecho de asociación “ (artículo 22 de la CE).

Debe a continuación dirigirse nuestra atención sobre el alcance del artículo 13 de la CE, cuyo enunciado literal nos remite al legislador para configurar los términos exactos del ejercicio de los derechos de los extranjeros. Ahora bien, sin cuestionar este extremo, debemos recordar que el legislador de los derechos fundamentales no goza de una absoluta libertad para regular las condiciones del ejercicio de los mismos, aun cuando sus titulares no sean nacionales. De una parte, el propio contenido esencial del derecho fundamental actuará como un límite insalvable para el legislador, de otro, los tratados internacionales completan el marco de referencia en el que debe operar el legislador orgánico.

El Tribunal Constitucional en su temprana STC 107/1984 fundamentó un primer intento de sistematización a través de una clasificación tripartita de los derechos. Así el Tribunal lejos de extraer una conclusión homogénea, afirmaba en dicha sentencia que “la igualdad en el ejercicio de los derechos (...) depende, pues, del derecho afectado”, por lo que el propio Tribunal reconocía la existencia de derechos que corresponde “por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos”, otros de los que estarían excluidos los extranjeros y, finalmente “aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

Ciertamente hay una referencia incompleta en la STC 107/1984 a la ubicación de los distintos derechos proclamados en el Título I de la CE en cada una de estas categorías, como más tarde

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

se verá, pero por lo que respecta a los incluidos en este primer grupo cabe prescindir “para modular el ejercicio del derecho” de la nacionalidad de sus titulares y, por tanto, afirmar así “una completa igualdad entre españoles y extranjeros”, como ocurre respecto de derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”, que fundamenta nuestro sistema político. En este grupo expresamente el Alto Tribunal señaló el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc. Así para el Tribunal Constitucional estos derechos “corresponden a los extranjeros por mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”.

En otras ocasiones, puede recaer en la nacionalidad el elemento esencial para la determinación de sus titulares y por ello no resultaría de aplicación el principio de igualdad, como sucede con la participación en los asuntos públicos. Aunque esta afirmación fue matizada por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 que propició la única reforma constitucional acaecida en nuestra Carta Magna de 1978.

Finalmente, existiría a la luz de esta jurisprudencia constitucional un grupo de derechos constitucionalizados que, de conformidad con el artículo 13.1 de la CE, su goce por los extranjeros se realizará en los “términos de la ley”. No ha habido sin embargo por parte del Tribunal Constitucional inicialmente una invocación expresa de qué derechos fundamentales serían incardinables en este grupo, y solo la jurisprudencia posterior ha permitido su identificación.

### II. LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hechas las anteriores precisiones debemos centrarnos en los fundamentos de las impugnaciones efectuadas ante el Tribunal Constitucional, para con posterioridad analizar la resolución alcanzada por el Alto Tribunal. Entendemos que la fundamentación genérica que descansa en las impugnaciones de inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000 coincide en la convicción de los recurrentes en que en esta regulación, tras el reconocimiento de la titularidad de los derechos a todas las personas, se encuentra la confirmación de la exclusión de su ejercicio a los extranjeros en situación irregular en nuestro país. El legislador orgánico habría vaciado de sentido el reconocimiento de la titularidad de derechos a los extranjeros, en la medida en que restringe su ejercicio a situaciones administrativas concretas en las que, más allá de determinada regulación legal de las condiciones para la obtención del permiso de residencia o estancia se encuentra la discrecionalidad administrativa.

Por tanto, la primera cuestión de alcance general que requiere consideración por el Tribunal en este grupo de sentencias es la relativa a “la libertad que el artículo 13.1 de la CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales”. Es objeto pues de cuestionamiento en los diversos recursos de inconstitucionalidad “la legitimidad constitucional” de aquellos preceptos de la norma de extranjería que,

a criterio de los recurrentes de inconstitucionalidad, “condiciona el ejercicio de determinados derechos constitucionales por parte de los extranjeros” a la disposición de la autorización de estancia o residencia en nuestro país. La consecuencia negativa de esta regulación sería que el disfrute efectivo de estos derechos quedaría circunscrito solamente a quienes se encuentren en situación de regularidad administrativa. Por tanto compete al Alto Tribunal dilucidar si la “diferencia de trato” basada en la situación administrativa establecida por el legislador tiene encaje constitucional o carece de dicha cobertura. No se trata pues de una denegación de derechos con alcance general a todos los extranjeros, cuanto a aquellos que carecen de autorización de estancia o residencia. Parece evidente que tal distinción no se ha recogido en la Constitución. Ahora bien, de lo que se trata es de determinar si la actuación del legislador incorporando esta diferente situación jurídica es conforme a la Constitución o, en su caso, si puede vulnerar alguno de sus preceptos.

El otro elemento de referencia que ha de ser observado de forma complementaria, de conformidad con el artículo 10.2 de la CE, es la hipotética contradicción entre los preceptos legales objeto de recurso y determinadas normas de ámbito internacional ratificadas por España relativas a derechos y libertades que pudieran constituir “parámetro de constitucionalidad” de nuestras normas y por ello obliga a plantear también el análisis de dichos preceptos a la luz del artículo 10.2 de la CE.

A partir de aquí se hace necesario un análisis pormenorizado de cada uno de ellos ya que “el problema de su titularidad y ejercicio depende del derecho afectado” (STC 107/1984). A continuación el Tribunal realiza dos afirmaciones generales: “La remisión a la ley que contiene el artículo 13.1 de la CE no supone pues una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los «términos» en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la CE, y especialmente los contenidos” en el artículo 10 de la CE. Es más “la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I, interpretados sistemáticamente”. En efecto, para el Alto Tribunal el mandato del artículo 13 de la CE no deja abierto el camino hacia la “desconstitucionalización” de la “posición jurídica de los extranjeros” respecto de los derechos y libertades constitucionalizados, en la medida en que el origen del reconocimiento de esos derechos no está en las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino que debemos referirnos a derechos fundamentales que “garantiza” el Título I de la CE, en los términos que establezcan los tratados y la ley. Hablamos en todo caso de derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, que son sin género de dudas “derechos constitucionales”, que se benefician por tanto de la protección constitucional que emana de su carácter de norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, si bien, pese a su reconocimiento constitucional hablamos de derechos fundamentales de “configuración legal”.

En segundo lugar se afirma que “el legislador al que remite el artículo 13.1 de la CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del Título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado”. Debemos pues olvidar cualquier intento de

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

formular una teoría general sobre los derechos de los extranjeros para llevar a cabo un análisis pormenorizado de cada uno de los mismos.

La fundamentación esencial en la que descansa el posterior análisis y resolución del Alto Tribunal es la dignidad humana y su mayor o menor grado de conexión con ella de los derechos afectados por la impugnación de inconstitucionalidad. Es pues el propio Tribunal el que reconoce que “el criterio fijado en su día (...) para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”.

En efecto, el criterio determinante para el Tribunal será “el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho” puesto que el legislador no goza de una ilimitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Por tanto, el legislador no puede en la elaboración de la norma, “modular o atemperar su contenido (STC 99/1985), ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano»”. Es decir, “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 242/1994)<sup>2</sup>.

Reiterando criterios establecidos por el Tribunal en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se afirma la necesidad de llevar a cabo un análisis individualizado de cada derecho para determinar “en qué medida” nos encontramos ante un derecho inherente a la dignidad humana (STC 91/2000). Por tanto, la dignidad de la persona se erige en un límite a la libertad del legislador orgánico para llevar a cabo la tarea de regular los derechos y libertades de los extranjeros. Ahora bien, será necesario en cada caso concretar “el grado de conexión” del derecho analizado con la dignidad, atendiendo esencialmente al contenido y naturaleza del mismo, para “precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona” como titular de derechos de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), los tratados y acuerdos internacionales a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE.

A partir de aquí se hace una distinción a los efectos de determinar la libertad del legislador a la hora de conformar el reconocimiento y ejercicio de los derechos por los extranjeros. Así, de un lado se afirma que el legislador estará “limitado” al regular aquellos derechos que “la Constitución reconoce directamente a los extranjeros”, frente a la “mayor libertad” de la que goza para la regulación de los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la “medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes”, es decir “aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales «aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles»”. Es en la regulación de estos derechos donde el legislador cuenta con mayor libertad puesto que “puede modular las condiciones de ejercicio «en función de la nacionalidad de

(2) “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 de la CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...) constituyendo, en consecuencia un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar” (STC 91/2000).

las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros», si bien aquella libertad “no es en modo alguno absoluta” (STC 94/1993). Por tanto, estas “restricciones y limitaciones” no resultan ilimitadas ya que en ningún caso pueden afectar a “aquellos derechos que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»”<sup>3</sup>. En resumen, si bien del artículo 13 de la CE cabe deducir que se otorga una amplia libertad al legislador para llevar a cabo la regulación de los derechos de los extranjeros incluso con la fijación de condiciones para su ejercicio, lo cierto es que para su regulación se ha de observar “el grado de conexión” de cada derecho con la “garantía de la dignidad humana”, atendiendo también al “contenido preceptivo del derecho” tratándose de derechos reconocidos “directamente” a los extranjeros en la Constitución. Se debe atender también al “contenido delimitado” para el derecho por la CE y los Tratados Internacionales.

La cuestión acerca de si los tratados internacionales ratificados por España a tenor del artículo 10.2 de la CE “se convertirían en canon de la constitucionalidad de las leyes españolas” también es objeto de consideración por el Tribunal, pese a que contamos ya con algunos pronunciamientos del mismo sobre este precepto constitucional y su correcta interpretación. La precisión del Tribunal ayuda a situar los citados tratados indicando que “el significado de la «interpretación» contenida en el artículo 10.2 de la CE no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”<sup>4</sup>.

Pues bien al objeto de la correcta interpretación del artículo 10.2 de la CE cabe recordar que, como señalara el Tribunal, este precepto “no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia CE, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios”. ¿En qué radica pues la operatividad de los tratados y acuerdos para resolver la inconstitucionalidad de la norma?, la respuesta no es otra que la de llevar a cabo un juicio al objeto de “determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex artículo 10.2 de la CE por las normas internacionales que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados” en la CE. La operatividad de los tratados internacionales para determinar la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados de la Ley Orgánica 8/2000 es pues objeto de acotación: dichos tratados “no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos”. Por tanto, corresponde al Tribunal llevar a cabo un ejercicio de contraste de los preceptos impugnados con los preceptos constitucionales que declaran los derechos y libertades de los extranjeros, eso sí “interpretados de acuerdo con el contenido” de los tratados y convenios ratificados por España. En todo caso, el recurso al tratamiento en los tratados internacionales de cada derecho objeto de impugnación

(3) En este grupo se encontraría según el Tribunal Constitucional el derecho al trabajo, a la salud, a la percepción de una prestación por desempleo así como el derecho de residencia y desplazamiento si bien con algunas puntualizaciones.

(4) “no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” (STC 64/1991).

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

de inconstitucionalidad permitirá hacer un análisis más detenido de su concepción, alcance y jurisprudencia internacional sobre el mismo.

Una vez precisado el alcance del artículo 10.2 de la CE el procedimiento desarrollado por el Tribunal para constatar la vulneración del contenido constitucionalmente declarado de estos derechos pasa, en una primera fase, por examinar el contenido esencial del derecho y, posteriormente, analizar “su vinculación” con la dignidad de la persona con el objeto de constatar “si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible” de conformidad con lo preceptuado en la DUDH, así como en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

### A) Derecho de reunión (artículo 7.1<sup>5</sup>).

Los recurrentes fundamentan la inconstitucionalidad del precepto en la ausencia de cobertura constitucional para distinguir entre españoles y extranjeros a efectos del ejercicio de este derecho que entienden derivado de la dignidad humana. En cambio la Abogacía del Estado considera que la distinción introducida por el legislador orgánico con la exigencia de la autorización de estancia o residencia tiene “un significado constitutivo de un derecho de configuración legal”.

El Tribunal ha reiterado en diversas sentencias “el relieve fundamental que este derecho –cauce del principio democrático participativo– posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho”. También se ha hecho eco nuestro Alto Tribunal de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que ha destacado “la conexión entre el derecho de reunión y la libertad de expresión”. En esta dimensión y atendiendo a la DUDH como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), así como al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) parece concretarse la conexión del derecho de reunión con la dignidad. En todo caso el Tribunal considera que “la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, impone al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre”. En concreto, el Tribunal admite que el legislador orgánico establezca condiciones para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia, “siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre”. Sin embargo, el legislador orgánico en la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 no ha llevado a cabo “una modulación del derecho de reunión” al objeto de precisar cuáles son las condiciones para ejercerlo, sino que ha negado el derecho de reunión a los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia. La conclusión pues no puede ser otra que la de constatar que la regulación efectuada vulnera el artículo 21 de la CE y por ello se acuerda su inconstitucionalidad.

(5) “Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

## B) Derecho de asociación (artículo 8<sup>6</sup>)

Cabe recordar que sobre el derecho de asociación de los extranjeros ya se pronunció el Tribunal en la STC 115/1987, su nivel de protección no admite duda a la luz del artículo 11 del CEDH y permite concluir al Alto Tribunal la vinculación del derecho de asociación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, ya que “protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática”. Atendiendo pues a que estamos en presencia “de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial”, entiende el Tribunal que no resulta “constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio” a aquellos extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia.

Por tanto, se declara la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Orgánica 8/2000, ya que “al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España ha vulnerado el artículo 22 de la CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE”.

## C) Derecho a la educación (artículo 9.3<sup>7</sup>)

El objeto de impugnación de inconstitucionalidad recae sobre el impedimento de acceso a la enseñanza no obligatoria a los extranjeros menores de 18 años que no dispongan de residencia legal en nuestro país. La fundamentación de los recurrentes recae en la consideración de que para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad debiera ser inherente a toda persona el derecho a la educación sin limitación a la etapa obligatoria, sino atendiendo a criterios de mérito y capacidad académica. No existirían pues razones para justificar la continuidad de diferencias “razonables” en el contenido del derecho a la educación del menor establecidas por el legislador entre nacionales y extranjeros sin regularizar.

En todo caso, la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto 2393/2004 relativa al acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria faculta a las administraciones educativas, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley Orgánica 8/2000, para “facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza postobligatoria no universitaria y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad”.

El proceso analítico que desarrolla el Alto Tribunal principia por el examen del contenido esencial del derecho a la educación, “específicamente en su dimensión prestacional”, para constatar con posterioridad si resulta conforme al mandato constitucional recogido en el artículo 27 de la

(6) “Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

(7) “Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.”

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

CE “la exclusión” de la educación no obligatoria establecida por el legislador para los menores extranjeros que carezcan de la condición de residentes. El reconocimiento del derecho fundamental a la educación y su conexión con el pleno desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana está plenamente recogido en las diferentes normas internacionales tales como la DUDH (artículo 26), el PIDCP (artículo 18.4), el Protocolo Adicional del CEDH (artículo 2), la Convención relativa a la lucha contra la Discriminación en la Enseñanza (artículo 5) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 13 (en adelante PIDESC). Este último texto internacional además vincula el pleno ejercicio del derecho a la educación con el proceso de adquisición de la formación que capacita a las personas para su participación plena en la sociedad (artículo 13).

En efecto, el Tribunal constata “la inequívoca vinculación” de este derecho con “la garantía de la dignidad humana”, su carácter imprescindible para la consecución del desarrollo de la personalidad, como instrumento de integración en la sociedad, en el que se incluye el conocimiento de “los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para «establecer una sociedad democrática» avanzada”. Se trata sin duda de un derecho fundamental sobre cuyo contenido ya se ha pronunciado el Tribunal indicando que incorpora “junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional” que obliga a los poderes públicos a “procurar” su efectividad.

La conclusión a la que se llega por el Alto Tribunal en atención a la interpretación del artículo 27 de la CE a la luz de los textos internacionales de conformidad con el artículo 10 de la CE, es que forma parte del contenido esencial del derecho a la educación el acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad sin autorización para residir, y su ejercicio sólo puede quedar sujeto a los requisitos de mérito y capacidad.

### D) Libertad sindical (artículo 11.1<sup>º</sup>)

Según los recurrentes no sería respetuoso con el reconocimiento del derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE) la exigencia de autorización de trabajo para su ejercicio por un extranjero. Por el contrario, el Abogado del Estado entiende que la carencia de autorización para residir conlleva la imposibilidad de disponer de autorización para realizar cualquier actividad laboral y, por ello, también a ejercer cualquier otro derecho conectado con dicha actividad laboral. Ciertamente el criterio interpretativo *ex* artículo 10.2 de la CE es decir de la DUDH (artículo 23), PIDCP (artículo 22), PIDESC (artículo 8), CEDH (artículo 11), la Carta Social Europea (artículo 5), el Convenio núm. 87, sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 2) y el Convenio núm. 98 relativo a la aplicación de los principios de derecho de asociación y negociación colectiva de la citada OIT, reiteran la ausencia de distinción respecto de la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia cómo el derecho a la actividad sindical forma parte del contenido esencial de este derecho fundamental. Por tanto a

(8) “Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.”

juicio del Tribunal no debe prosperar una interpretación restrictiva del contenido del precepto impugnado ya que de conformidad con el contenido esencial del derecho a la libre sindicación concretado por el Alto Tribunal, “no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad (...) para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros aun cuando sí resulte exigible la situación de regularidad administrativa para considerar válidamente celebrado un contrato de trabajo”.

En parecidos términos a los anteriores pronunciamientos del Tribunal se reitera por éste que es perfectamente factible el establecimiento por el legislador orgánico de limitaciones o excepciones a su ejercicio, pero en ningún caso “la exclusión total” del derecho de libertad sindical de los trabajadores extranjeros que carezcan de autorización de estancia o residencia en España. La decisión final del Tribunal se concreta en la afirmación según la que no se corresponde el reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical con su ejercicio restringido exclusivamente a los trabajadores que se encuentran en situación legal ya que la titularidad de este derecho posibilita, entre otras finalidades posibles “la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal”. Por tanto, el legislador orgánico podrá estipular en la norma “condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación” respecto del extranjero carente de la prescriptiva autorización de estancia o residencia, pero en todo caso ha de ser respetuoso con el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho “a cualquier persona independientemente de la situación en que se encuentre”. Aquí se matiza por el propio Tribunal la inconstitucionalidad de ese inciso “viene referida exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional”.

### E) Derecho de huelga (artículo 11.2)

La impugnación se dirige contra este precepto por considerar que se somete a la condición de disponer de la autorización para trabajar o el permiso de residencia para el ejercicio del derecho de huelga. La argumentación del Abogado del Estado se limita a cuestionar el sentido del recurso ya que “quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar del derecho de huelga”. Nuevamente el proceder del Tribunal sigue las pautas establecidas para concretar cuál sea el contenido constitucionalmente declarado del derecho de huelga, para, a continuación, valorar si la limitación impuesta por el legislador orgánico resulta constitucionalmente lícita a la luz del contenido esencial del derecho, “teniendo en cuenta el criterio interpretativo derivado del artículo 10.2 de la CE, que obliga a interpretar los derechos y libertades consagrados en la CE de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

Como tuvo ocasión de señalar de forma temprana el Alto Tribunal nos encontramos ante un derecho subjetivo del trabajador “necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos soioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces constitucionales” (STC 123/1992). Además el criterio interpretativo ex artículo 10.2 de la CE en atención a lo proclamado en el PIDESC [artículo 8.d)] y la Carta Social Europea que contemplan este derecho confirman la relevancia del mismo. La conclusión que alcanza el Tribunal es que nos encontramos ante un derecho

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

reconocido a la persona en razón de su condición de trabajador y, por tanto, no se adecua a la Constitución la exigencia de una determinada nacionalidad y situación administrativa en el territorio nacional para poder ejercer este derecho. Por tanto, concluye el Tribunal “no resulta constitucionalmente admisible que se prive al trabajador de una protección cuya razón de ser es la propia defensa de sus intereses”.

### F) Intimidad familiar y reagrupamiento familiar (artículos 16.2º, 17.2º<sup>10</sup> y 18.4º<sup>11</sup>).

La doctrina ya ha evidenciado la errónea formulación de este precepto, así como el equívoco al que conduce su inadecuada redacción. La distinción es evidente entre el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 de la CE) y la protección de la familia que tiene su encaje en el artículo 39 de la CE y no admite una consideración conjunta.

La impugnación de inconstitucionalidad se dirige frente a la remisión reglamentaria que realizó el legislador orgánico que, en opinión de los recurrentes, supondría una vulneración de la reserva de ley orgánica. Al objeto de determinar la procedencia de dicha impugnación el Alto Tribunal constata que las remisiones reglamentarias se producen respecto de la reagrupación familiar que no en relación con la intimidad.

Frente al criterio de los recurrentes, el Tribunal, pues, considera que los preceptos impugnados no regulan ni desarrollan las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la intimidad familiar, ya que la remisión a desarrollo reglamentario se dirige a “la posibilidad de conservar la residencia por parte del cónyuge que la adquirió en virtud de reagrupación, y sus familiares” una vez que ha finalizado el vínculo matrimonial. Entiende el Tribunal que el “derecho de reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la CE que regula la intimidad personal”. Según el Tribunal este derecho conlleva “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988).

En todo caso y más allá de las consideraciones que se puedan derivar del artículo 8 del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH coincidiendo con la opinión del Abogado del Estado se señala que “nuestra Constitución no reconoce un «derecho a la vida familiar» en los términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el artículo 8.1 del CEDH, y menos aún un derecho

(9) “el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición. Reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos” (artículo 16.2).

(10) “El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

d) Los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

2. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación y, en especial, del que corresponda a quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación” (artículo 17.1 y 2).

(11) “Reglamentariamente se determinarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación por quienes hayan adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación” (artículo 18.4).

fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la CE”.

La conclusión final a la que llega el Tribunal es que no ha de prosperar la impugnación de inconstitucionalidad por cuanto los preceptos impugnados no afectan a las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la intimidad familiar, ni por tanto opera en este ámbito la reserva de ley orgánica.

### **G) Denegación de visado (artículos 20.2<sup>12</sup> y 27.5<sup>13</sup>).**

En la definición del Estado de derecho destaca indudablemente el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la ley, de tal forma que todos los actos de los poderes públicos puedan ser objeto de un control por los órganos jurisdiccionales. En síntesis, esta idea se completa con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el sometimiento de todos los actos administrativos al control jurisdiccional (artículo 106 de la CE). Es en este sentido en el que los recurrentes de inconstitucionalidad han señalado cómo la adecuación entre ambos preceptos constitucional y orgánico presenta dificultades, ya que la omisión de motivación de actos administrativos denegatorios de solicitudes de visado impide conocer las causas esgrimidas por la Administración para alcanzar tal resolución denegatoria. Por esta razón, no es posible determinar si el proceder de la Administración se ha ajustado a derecho en ese caso concreto, al igual que repercute en la tutela judicial efectiva del interesado, en la medida en que desconoce frente a qué razonamientos o argumentaciones de la Administración puede plantear un recurso. Este precepto, pues, podría colisionar con la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, que de modo reiterado ha venido afirmando la necesidad de la motivación para el conocimiento y defensa de sus derechos del administrado también respecto de las resoluciones administrativas.

Por tanto, las impugnaciones de inconstitucionalidad descansan en que esta nueva regla introducida por la Ley Orgánica impide que se pueda llevar a cabo el mandato constitucional de revisión jurisdiccional de los actos administrativos, para constatar la adecuación a derecho de dicha resolución alejada de cualquier sombra de arbitrariedad o discriminación. Entienden pues los recurrentes que existirían serias dificultades para poder adecuar a la Constitución la redacción introducida en la Ley Orgánica 8/2000 respecto de la denegación de visados en determinados supuestos en los que la Administración no queda obligada a motivar la denegación de

(12) “Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de normas, contradicción, audiencia al interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.”

(13) “La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio.

La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.”

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

la solicitud de visado (artículo 27). Existiría un riesgo real para el ejercicio material del derecho fundamental a obtener una resolución motivada y razonada en derecho sobre la pretensión ejercitada, porque se puede sufrir indefensión a través de una restricción legal. Como es notorio “cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita basarse en una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscible los motivos que la legitiman”. La motivación es un requisito indispensable del “acto limitativo del derecho y el contenido necesario de ésta” (STC 146/1997). Los recurrentes consideran pues que la indefensión se caracteriza por suponer una privación o una limitación del derecho de defensa que, en este caso, se produce por vía legislativa y sobrepasa el límite del contenido esencial de la tutela judicial prevenido en el artículo 53 (STC 48/1984).

Los argumentos esenciales del Abogado del Estado son, de un lado, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho del extranjero a la obtención del visado ya que se trata de un instrumento de política de inmigración ejercitable por el Estado soberano y, de otro, porque el legislador sólo ha exigido a la administración la necesidad de motivar la denegación en tres supuestos concretos, por lo que el legislador tampoco impone la no motivación, sino que como compartirá el Tribunal “simplemente no se exige” en el resto de los supuestos.

En efecto, el Tribunal Constitucional señala que la fundamentación de la inconstitucionalidad descansa en la “exoneración del deber de motivación referido no a una resolución judicial, sino a una resolución administrativa denegatoria de un visado, con las excepciones mencionadas”. Coincidimos con el Tribunal en que el precepto que se impugna “no contempla propiamente la restricción de un derecho, pues la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero”, ya que como se ha indicado por el Tribunal “el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros” *ex* artículo 19 (STC 75/2005). A juicio del Tribunal “la exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios del visado establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al artículo 24.1 de la CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental”. Respecto a la alegada contradicción de este precepto con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (9.3 de la CE) y con el obligado control de la actuación administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales (artículo 106.1), se considera por el Alto Tribunal que no existe ninguna incompatibilidad. Por tanto se concluye con la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad, ya que pese a los términos en que está redactado el precepto impugnado, “nada impide que se pueda llevar a cabo el correspondiente control jurisdiccional de estos actos administrativos quedando garantizada la exigencia del artículo 106 de la CE”.

### H) Asistencia jurídica gratuita (artículo 22.2<sup>14</sup>)

Respecto de la impugnación de inconstitucionalidad de este precepto cabe recordar que el Tribunal ya se pronunció con anterioridad determinando “la conexión instrumental” entre el de-

(14) “Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan.”

recho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, el Alto Tribunal ya ha afirmado en pronunciamientos precedentes la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los extranjeros, “con independencia de su situación jurídica” (STC 95/2003). En lógica sintonía con la jurisprudencia anterior el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

### III. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Diversos son los preceptos de la regulación de extranjería sobre los que se ha formulado alguna impugnación de inconstitucionalidad en la medida en que pueden propiciar, desde la estricta aplicación literal de sus términos, la indefensión del extranjero que se encuentre de modo irregular en el interior o en la frontera de nuestro territorio. Ciertamente, aun cuando una primera afirmación sobre la titularidad de la tutela judicial efectiva se contiene en el artículo 20 de la vigente Ley Orgánica 8/2000, la regulación contenida en diversos preceptos de aquélla plantea desde la perspectiva de los recurrentes un indudable debilitamiento de la eficacia del control judicial de las actuaciones administrativas previas que pudiera desdibujar la eficacia de la tutela judicial efectiva, e incluso generar supuestos de indefensión. En este sentido, la aplicación literal de algunos de estos preceptos de la norma de extranjería, a juicio de los recurrentes, conlleva un elevado riesgo de debilitamiento del control judicial sobre actos administrativos de los que son destinatarios los extranjeros con gravosas consecuencias para ellos.

#### A) El principio *non bis in idem*: expulsión de los extranjeros condenados (artículo 57. 1<sup>15</sup>, 2<sup>16</sup>, 5, 6, 7 y 8<sup>17</sup>)

Las motivaciones esgrimidas por los recurrentes de inconstitucionalidad frente a varios de los apartados de este artículo se concretan, al objeto de su comentario sintético y más allá de la alegación de vulneración de los principios de reeducación y reinserción social, en la infracción del principio *non bis in idem* en relación con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones (artículo 25.1 de la CE). En concreto, la impugnación descansaba en la consideración de que estaríamos ante una duplicidad de sanciones, una administrativa y otra penal que recaerían sobre el mismo sujeto, idénticos hechos y fundamento. Por su parte, la Abogacía del Estado esgrime que no procede tal impugnación, ya que “los hechos y los fundamentos de la sanción penal y los de la expulsión, que constituyen la base para determinar la

(15) “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas tipificadas como muy graves, conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondientes expediente administrativo.”

(16) “Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

(17) “Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.”

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

existencia de aquélla”, son diferentes. Como señala el Tribunal ambas medidas responden a dos lógicas diversas. Así la imposición de la pena encuentra su fundamento en la protección de bienes jurídicos, mientras que la sanción de expulsión obedece a la política de extranjería, al control de los flujos migratorios para la consecución de la integración y convivencia en la sociedad. Además la expulsión está contemplada en la Directiva 2003/109 de la CE del Consejo cuando concurren motivos de orden público o de seguridad pública así como en el CEDH y la jurisprudencia del TEDH ha reconocido la “amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros de su territorio”. También se desestima la impugnación del precepto por entender los recurrentes contrario a los principios de reeducación y reinserción social, ya que el Tribunal considera que el mandato se dirige al legislador penitenciario y a la Administración “para la orientación de la política penal y penitenciaria pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería” (STC 236/2007).

La existencia de pronunciamientos anteriores del Alto Tribunal allanan el camino para resolver el motivo de impugnación del apartado octavo de este precepto. Así como ya se señaló en el ATC 409/2007 “el precepto cuestionado no define conductas, sino que establece sanciones para las conductas tipificadas en el artículo 53 de la Ley, disponiendo que cuando aquéllas se realicen podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”. Ahora bien, el riesgo de arbitrariedad en el proceder de la administración que se pudiera derivar del precepto reseñado no existe para el máximo intérprete de la constitución: ya que “el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica” (artículo 25.1 y 9.3 de la CE). En todo caso considera el Alto Tribunal 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 tipificable como infracción grave [artículo 53.a)] y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992”. Por tanto no prospera ninguna de las impugnaciones formuladas a este precepto de la norma de extranjería.

### B) Limitaciones a la libertad

Hay una serie de previsiones legales que implican limitaciones a la libertad y hacen necesario el subsiguiente control jurisdiccional de la detención (artículos 60.1, 61.1, 62). Debemos recordar aquí nuevamente la jurisprudencia constitucional contenida en la STC 115/1987 respecto del derecho a la libertad y sus limitaciones, pues “la voluntad del mandato constitucional es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad”<sup>18</sup>. Aun cuando en aquella ocasión el Tribunal Constitucional entendió que podía interpretarse a la luz de la Constitución el término “interesar”, en dicha sentencia el Tribunal afirmó que “el internamiento del extranjero debe regirse

(18) “La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez (...) en el plazo de setenta y dos horas” (artículo 26 Ley Orgánica 7/1985).

por el principio de excepcionalidad, (...) lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de la libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”. Dicha valoración se concretará en el correspondiente auto judicial una vez constatada la concurrencia de alguna de las circunstancias recogidas en la Ley Orgánica 8/2000 [artículo 53.a), d), f) y artículo 54.1.a) y b)].

En este sentido, varios son los supuestos en los que de un modo directo el legislador ha previsto en la Ley Orgánica 8/2000 la limitación de la libertad de los extranjeros a través de la “detención cautelar” y su “internamiento preventivo” en un centro *ad hoc* más allá del ámbito penal. De un lado, como medida para asegurar los procedimientos de retorno (artículo 60.1) y de otro el de expulsión (artículo 62). Si bien entre las medidas cautelares se recoge la posibilidad de adoptar la limitación de la libertad del extranjero afectado por dichos procedimientos (artículo 61), a nuestro juicio resulta insuficiente la regulación de los internamientos y de los lugares en los que se concreta su ingreso, sobre los que la propia norma parece denominar de modo diverso. Sin duda las ulteriores reformas llevadas a cabo por la Ley Orgánica 11/2003 y 14/2003 han clarificado la situación jurídica de los extranjeros internados aun cuando su regulación entendemos que sigue presentando insuficiencias.

#### **a) Residencia obligatoria como medida cautelar previa a la expulsión [artículo 61.b)]**

Para los recurrentes de inconstitucionalidad este precepto constituiría una “severa limitación de la libertad del afectado” que conculcaría el artículo 17 de la CE así como el artículo 5.1.f) del CEDH. Sin embargo desde la Abogacía del Estado se sostiene que estaríamos ante una medida cautelar que sí efectivamente conlleva restricción de la libertad de residencia y circulación (artículo 19 de la CE) pero no de la libertad personal y que “resulta proporcionada a fin de asegurar la expulsión que se persigue”. Por su parte el Tribunal desestima este motivo de inconstitucionalidad compartiendo el criterio esgrimido con anterioridad por la Abogacía del Estado y reiterando conforme a jurisprudencia anterior que “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado” así como el derecho a residir en su interior “no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano”.

#### **b) Retorno (artículo 60<sup>19)</sup>)**

Los recurrentes impugnan este precepto por entenderlo contrario al derecho a la libertad (artículo 17.1 y 2 de la CE) al entender que la redacción del primer apartado de este precepto no permite al juez adoptar una decisión diferente al internamiento. En efecto, los extranjeros incursos en este precepto están privados del derecho de libertad, pero la norma sólo hace referencia a la comunicación de la Autoridad gubernativa que acuerde el retorno al Juez de Instrucción cuando el retorno “fuera a retrasarse más de setenta y dos horas”, a los efectos de que por el Juzgado

(19) “Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno...”.

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

de Instrucción se “determine el lugar donde hayan de ser internados”. Pero de este precepto parece derivarse con toda claridad la obligación de la autoridad gubernativa, ya que expresamente el legislador indica que ésta “se dirigirá”, sin cuestionar la necesidad de que el control judicial opere sobre la situación personal del extranjero en frontera. Recuérdese en este sentido la previsión de la Ley de Asilo y Refugio respecto al solicitante de asilo, que hubiese presentado la petición en frontera, que no podrá ser expulsado en tanto no sea resuelto el trámite de admisión, debiendo permanecer en el puesto fronterizo, “habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello”<sup>20</sup>.

El Tribunal considera de conformidad con su jurisprudencia anterior que dicho precepto debe entenderse “como equivalente a demandar o solicitar del juez autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión” y, por tanto, este precepto es susceptible de una interpretación conforme a la CE ya que siempre corresponderá al órgano judicial “adoptar libremente la decisión” y aunque nada indica, debemos entender que se trataría de una limitación cierta, circunscrita en el tiempo. De todas formas hubiese sido deseable una mayor claridad expositiva por parte del Tribunal y no la mera remisión a la jurisprudencia anterior para resolver este extremo de la impugnación de inconstitucionalidad.

### c) Ingreso en centro de internamiento (artículo 62.2<sup>21</sup>)

El tercer supuesto en el que se prevé como medida cautelar la detención y el internamiento preventivo con carácter general es en el procedimiento de expulsión (artículo 62.1). Aun cuando la privación temporal de la libertad puede tener origen en una diversidad de situaciones, el control judicial de la misma constituye un imperativo constitucional (artículo 17 de la CE) y convencional (artículo 5.1 del CEDH<sup>22</sup>) que no puede ser obviado. Ahora bien, cuando se concreta el alcance del procedimiento de expulsión en alguna de las causas previstas en los artículos 54.1.a) y b) y 53.a), d) y f) los términos del precepto varían sustancialmente, pues la autoridad

(20) Cuestión esta que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y resuelto por el Tribunal Constitucional en STC 53/2002, en la que se establecía la constitucionalidad del artículo 5.7.3 de la LAR. En dicha resolución el Tribunal Constitucional estimó que el solicitante de asilo goza del derecho a la libertad reconocida a todas las personas pero lo determinante es “la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español”. Por tanto, para el Alto Tribunal estaríamos “ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal”. La conclusión que alcanza el Tribunal Constitucional es que la restricción a la libertad derivada del artículo 5.7.3 de la Ley 9/1994 tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España y resulta compatible con la Constitución en la medida en que se trata de una restricción cierta, limitada respecto de los sujetos afectados, circunscrita en el tiempo y el espacio y “plenamente controlada en vía administrativa como judicial”.

(21) “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquier de las causas previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.”

(22) “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...). Toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.”

gubernativa en estos casos “podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador” (artículo 62.1).

A juicio de los recurrentes de inconstitucionalidad este precepto conllevaría “una radical privación de la libertad” contraria a los artículos antes mencionados. Por nuestra parte, consideramos criticable la redacción de este precepto en la medida en que omite la exigencia constitucional de la puesta a disposición judicial del extranjero en el plazo de las setenta y dos horas, a tenor del carácter restringido que la jurisprudencia constitucional ha dado a la interpretación del artículo 17 de la CE. De los términos de este precepto no parece derivarse una obligación concreta para la autoridad gubernativa como sucedía en los artículos 60 y 61 de la Ley Orgánica 8/2000 y a salvo de una interpretación conjunta de ambos preceptos (artículos 61 y 62), la duda de inconstitucionalidad de este último estaría justificada. Recuérdese que con ocasión de la STC 115/1987 ya se salvó la inconstitucionalidad a través de una interpretación quizá forzada (“lo que el precepto legal establece”). También nos parece forzado el recurso que el Tribunal hace a las garantías del procedimiento de habeas corpus que “equivale a las que pudiera alcanzarse” en el precepto impugnado. Debemos insistir en este aspecto de control judicial efectivo de las privaciones de libertad porque se trata de supuestos de verdadera limitación temporal de la misma, en la que se debe postular la garantía del control judicial de la libertad, ya que el propio artículo 17.4 de la CE así lo recoge<sup>23</sup>.

Pero la previsión contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica 8/2000, pese a sus limitaciones ya indicadas, ha posibilitado una interpretación constitucional con manifiestas repercusiones en la operatividad de instar el procedimiento de habeas corpus. Por ello, aunque deben ser saludadas favorablemente las cautelas que acompañan este precepto en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, a la que expresamente se hace mención en el texto de la STC 260/2007, por parte del Tribunal parece que se orilla la insuficiencia del precepto impugnado salvando su inconstitucionalidad con esta nueva redacción, ya que se prevé un procedimiento específico de control judicial de la privación de libertad del extranjero a través de previa audiencia, que debe concretarse en auto motivado, no se nos oculta la previsible duplicidad de instrumentos de control judicial de la privación de libertad que se puede derivar de esta previsión normativa. La efectividad de dicha duplicidad o el carácter innecesario del habeas corpus en aplicación del procedimiento previsto en el artículo 62 de la Ley Orgánica 8/2000 plantea, en nuestra opinión, la necesidad de reformas en su caso en el procedimiento actual de habeas corpus, en el sentido de su conversión en una medida cautelar quizá para asegurar la presencia del afectado en la tramitación del expediente administrativo y posterior desarrollo del recurso contencioso administrativo, aunque por razones de extensión no podemos detenernos en esta cuestión.

(23) “La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad. No deja de ser relevante al respecto la previsión contenida en el artículo 117.4 de la Constitución que permite la atribución por ley de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales en garantía de cualquier derecho, y, en el presente caso, para la garantía de la libertad del extranjero afectado” (STC 115/1987).

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

El Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre este procedimiento y su compatibilidad o redundancia con el de habeas corpus al invocarse este último procedimiento por el afectado por la limitación de libertad y la aplicación de la normativa de extranjería. En efecto con la STC 303/2005 comienza una serie de sentencias relativas a la inadmisión o admisión a trámite de la solicitud de habeas corpus formuladas por ocupantes de pateras<sup>24</sup> tras haber sido interceptados cuando arribaban a las costas españolas, en las que se impetra ante el Alto Tribunal la supuesta vulneración de los derechos de libertad personal y de habeas corpus por inadmisión del mismo acordado en auto judicial<sup>25</sup>.

El Tribunal reitera el pronunciamiento ya efectuado en al STC 115/1987 así como la nueva redacción más garantista que introdujo la Ley orgánica 11/2003. Por tanto se resuelve la no inconstitucionalidad de este precepto, si bien mantenemos la necesidad de que se realice una afirmación tajante en la norma en el sentido inequívoco de que ante la privación de la libertad existe la imperiosa necesidad de la existencia real y efectiva de un control judicial sobre la misma.

### C) La ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas de expulsión (artículo 63.2<sup>26</sup> y 4<sup>27</sup>)

Ocurre que situaciones como la contemplada en la Ley Orgánica 8/2000 relativa a la ejecución preferente de la orden de expulsión (artículos 21.2 y 63.4), pueden ser polémicas desde la perspectiva de la privación de libertad del extranjero y su control judicial. Así, el elemento central de los procedimientos de expulsión administrativa, más allá de su ejecutividad inmediata, no es otro que la viabilidad de un control de legalidad por parte de los órganos jurisdiccionales vía recurso del afectado que, en su caso, pueda conllevar la suspensión de la misma. La importancia de la tutela cautelar en este supuesto es absoluta.

(24) “Nada acredita una situación de riesgo para la integridad de dicho derecho. Y es que el procedimiento de habeas corpus queda manifiestamente fuera de lugar cuando, como es el caso, la intervención judicial ya se ha producido con la aplicación de la Ley de extranjería, sin que todavía hubiera transcurrido el plazo que para la duración del internamiento se había fijado por el Juez” (STC 303/2005).

(25) La conclusión que se alcanza es que “aun cuando la autoridad judicial prevé que, en virtud de la legislación de extranjería, va a tener que intervenir en breve para la decisión de internamiento del extranjero solicitante de habeas corpus, esta institución está configurada en nuestro ordenamiento jurídico de manera absolutamente independiente de cualquier otro mecanismo de garantía de la libertad personal y únicamente en los casos en los que por mera coincidencia temporal se ha llevado a cabo el control judicial de la situación del detenido con anterioridad a la decisión de admisión o no del procedimiento de habeas corpus podrá entenderse constitucionalmente legítima la decisión de inadmisión de plano de dicho procedimiento”.

(26) “Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.”

(27) “La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.”

Los recurrentes de inconstitucionalidad consideraban que el plazo de 48 horas atribuido al extranjero para formular alegaciones en su defensa (artículo 63.2) constituye una vulneración del artículo 24 de la CE así como del artículo 6 del CEDH. Además con esta celeridad se habría pretendido “sustraer a los tribunales la posibilidad de suspender la ejecución” de dicha expulsión (artículo 63.4). Por su parte la Abogacía del Estado entendía que se trataba de un procedimiento administrativo si bien más abreviado de expulsión para “causas de muy sencilla apreciación o de especial gravedad” pero sujeto a control judicial y, que no se privaba en ningún caso de la posibilidad de acordar la suspensión cautelar de la expulsión.

De otro lado, como antes se apuntó, el hecho de que “la ejecución de la orden de expulsión” en estos supuestos se efectúe de forma inmediata, aunque no se haya agotado la vía administrativa, constituye una nota de extremado rigor en esta regulación, que excepciona el régimen general según el que la ejecutividad recaerá en las resoluciones que agotan la vía administrativa. En suma, la ejecutividad inmediata sólo podrá evitarse a través de la petición y, en su caso, adopción de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional o por la formalización de la petición de asilo.

No hablamos ya de las garantías formales de acceso al recurso judicial contra la resolución administrativa, emanada en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración en materia de extranjería, cuanto de las condiciones reales en las que se puede ejercitar con eficacia este derecho. Es evidente que nos encontramos ante un ámbito en el que las actuaciones administrativas deben sujetarse al control judicial, en especial en aquellos procedimientos administrativos sancionatorios que pueden conllevar la expulsión del territorio nacional o la limitación de la libertad para el extranjero. Por ello, en este ámbito se debe conectar la tutela judicial efectiva con el derecho a la tutela cautelar a través, en su caso, de la adopción de medidas cautelares de carácter provisional orientadas a garantizar la situación del extranjero, en tanto recae una resolución judicial definitiva.

La trascendencia de esta tutela cautelar ha sido destacada por el propio TEDH y ha tenido su recepción tanto en la jurisprudencia constitucional como en la doctrina. Pero la justificación de dicha tutela cautelar también dimana del Estado de Derecho, en la medida en que se posibilita “la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el artículo 106 de la CE” y, por tanto, “comporta que el control judicial se extienda al carácter inmediatamente ejecutivo de los actos de la administración” (STC 238/1992). Esta doctrina constitucional se podría resumir afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva “se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida” al control del órgano jurisdiccional, que podrá acordar la suspensión cuando de la resolución final estimatoria del recurso se pudieran derivar “difíciles fórmulas reintegrativas”, generando situaciones irreversibles o limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción. En caso contrario se podría lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/1993). Es por esta razón que nuestro Alto Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que “impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración” (SSTCE 238/1992 y 115/1987).

Debemos pues, para centrar este análisis, retomar aquí la jurisprudencia constitucional emanada al hilo de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985, que

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

establecía que “en ningún caso puede acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley”. En aquella ocasión, afirmó nuestro Alto Tribunal que “la regla de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos puede ser perfectamente válida como regla general y puede justificarse para la salvaguardia de otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, si ésta exige la comprensión de los derechos de los extranjeros. Pero esta comprensión de los derechos de los extranjeros, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima perturbación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias” previstas por la ley. El Tribunal entendía que no podía defenderse “la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para la salvaguardia de los derechos fundamentales”, pero tampoco se debía desconocer que “la efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la CE establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que, cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva”, como declaró en aquella ocasión el Tribunal Constitucional, “de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la CE”.

Quizá la inutilidad de la adopción de medidas cautelares judiciales se haga patente cuando ya se ha procedido a la expulsión administrativa, por lo que el control judicial de legalidad debe operar con inmediatez para resultar efectivo. Además, estas consideraciones deben completarse con el tratamiento de la suspensión de las resoluciones administrativas contenido en el artículo 130 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el que se acude a la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”, para acordar la medida cautelar “cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. La ponderación en “forma circunstanciada” permitirá, a juicio del órgano jurisdiccional, denegar la medida cautelar propuesta, cuando de dicha suspensión “pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros”, lo contrario significaría que la ejecución de la decisión de expulsión haría perder “la finalidad legítima del recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación”.

Entendemos, por tanto, que esta regulación objeto de impugnación de inconstitucionalidad, no sólo no facilita la interposición de recurso contra la resolución administrativa, sino que por vía de hecho deviene en no necesario, porque aun cuando pueda llevarse a cabo un control judicial de la resolución administrativa las consecuencias reales para el afectado no van a ser operativas. Un tratamiento conjunto de la ejecutividad “inmediata de las órdenes de expulsión preferente” con las limitaciones a un plazo máximo de 48 horas para la preparación de alegaciones y defensa del extranjero, generan una situación de debilitamiento de la tutela judicial que difícilmente puede compatibilizarse con el derecho reconocido en los procedimientos sancionadores a “formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes” (artículo 135 de la LRJP-PAC) y un elevado riesgo de

indefensión. En primer lugar, por la limitación real para la formulación de un recurso contencioso. En segundo lugar, para que se interese y, en su caso, se provea una intervención cautelar del órgano judicial.

Desde la correcta interpretación del artículo 6.3.b) y d) del CEDH es exigible que todo acusado tenga como mínimo “un tiempo para preparar la defensa, así como de las facilidades necesarias para ello y del derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar la declaración de los de descargo”. El reducido plazo de 48 horas establecido en la Ley Orgánica 8/2000 difícilmente posibilitará la formulación de la defensa en los términos previstos en este Convenio. Resulta pues difícil de compatibilizar la premura del plazo señalado en el denominado procedimiento preferente con el tenor del artículo 6.3.b) del CEDH, pues la redacción del artículo 63.4 de la Ley Orgánica 8/2000 creemos que hace inviable, desde la perspectiva material, el ejercicio del derecho a la tutela judicial con todas las garantías, ya que el procedimiento sancionador queda constreñido en el tiempo y resulta complicado imaginar el desarrollo del mismo en sus distintas fases en tan breve plazo de tiempo.

En efecto, como antes se apuntó, el hecho de que “la ejecución de la orden de expulsión” en estos supuestos se efectúe de forma inmediata, aunque no se haya agotado la vía administrativa, constituye una nota de extremado rigor en esta regulación, que excepciona al régimen general según el que la ejecutividad recaerá en las resoluciones que agotan la vía administrativa. Pese a que el Alto Tribunal considera que “el principio de celeridad en el proceso (...) es constitucionalmente inobjetable” por entender la regulación del legislador “responde a una finalidad razonable y necesaria”. Entendemos que la ejecutividad inmediata sólo podrá evitarse a través de la petición y, en su caso, adopción de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional o por la formalización de la petición de asilo y pese a que el Tribunal ha afirmado que “no cabe interpretar este precepto en el sentido que limita las formas de tutela judicial previstas en el ordenamiento”, quizá existe un debilitamiento real de la tutela judicial.

Pese a los anteriores argumentos que han sido objeto de consideración por el Alto Tribunal y sobre los que descansan las objeciones esenciales formuladas por los recurrentes, el Alto Tribunal ha considerado que este procedimiento es compatible con la tutela judicial efectiva y, por tanto, ha desestimado este motivo de impugnación.

#### **D) Ejecución de expulsión (artículo 64)**

Las consecuencias que se derivan de este precepto para la inmediatez de la expulsión y la falta de operatividad de las medidas cautelares legalmente previstas justificarían la impugnación de inconstitucionalidad de este precepto. En concreto, los supuestos en este precepto contemplados conllevarían la vulneración de la tutela judicial efectiva a juicio de los recurrentes, bien cuando se trate de un procedimiento preferente por el carácter perentorio que se impone al abandono del territorio nacional, o bien por la imposibilidad de llevar a cabo en el plazo de 72 horas la expulsión y por tanto la posibilidad de solicitar la medida de internamiento. Los argumentos de la Abogacía del Estado son reiterativos respecto de los ya esgrimidos con ante-

## La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería

II

rioridad. El Tribunal en lógica sintonía con los anteriores pronunciamientos considera que no existe vulneración del artículo 24 de la CE ya que en todo momento está asegurado el sometimiento a la autoridad judicial del control sobre la ejecutividad del acto administrativo.

### IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En cuanto a los efectos de las sentencias objeto de este comentario por parte del Tribunal se ha señalado una doble consecuencia de la aceptación de aquellos motivos de impugnación de inconstitucionalidad que han prosperado. De un lado, para el Alto Tribunal cabe recordar que “no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión»”. Por tanto, no se resuelve la nulidad de los preceptos relativos al inciso “y que podrán obtener cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España” correspondiente a los derechos de reunión, asociación y sindicación al objeto de evitar “un vacío legal”. Por el contrario procede acordar la inconstitucionalidad y la nulidad respecto del inciso “residentes” de los preceptos relativos a la educación de naturaleza no obligatoria y el derecho de asistencia jurídica gratuita de los extranjeros. Idéntico razonamiento se esgrime respecto de la declaración de inconstitucionalidad que conlleva también la nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” en relación con el reconocimiento del derecho de huelga.

Baste por último brevemente indicar que las sucesivas resoluciones del Tribunal que contienen varios votos particulares se centran esencialmente en la discrepancia respecto de la interpretación del artículo 13 de la CE que consideran los magistrados discrepantes “supone una diferenciación” entre las posiciones de los españoles y extranjeros. También se discrepa del fallo del Pleno en la apreciación de la apelación a la dignidad humana que se entiende insuficientemente “consistente” en los términos de “generalidad” con que es utilizado a su criterio en dichas sentencias. Por último, constituiría una exageración para los Magistrados discrepantes la consideración de inherentes a la dignidad humana de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga.



NURIA ARENAS HIDALGO

Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Huelva, España

Visiting Scholar Centre for Migration Law

Radboud University Nijmegen

The Netherlands

Beca “José Castillejo”, Ministerio de Educación y Ciencia

(nuria@dpub.uhu.es)

III

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado. Derecho comunitario y práctica española\*

# RESUMEN

### LA “VIOLENCIA DOMÉSTICA” Y LA POSIBILIDAD DE ADQUIRIR EL ESTATUTO DE REFUGIADO. DERECHO COMUNITARIO Y PRÁCTICA ESPAÑOLA

La consideración del asilo como medio de protección de víctimas extranjeras de la violencia doméstica, se ha convertido en un tema de acuciante actualidad en España no sólo por la concesión, por primera vez en nuestro país, del estatuto de refugiada a una mujer por estos motivos –noticia calificada por la prensa de “histórica” en materia de admisión de extranjeros–, sino también y en consonancia con el precedente anterior, por la reciente modificación de la Ley de asilo con objeto de incorporar la persecución originada por motivos de género como causa para solicitar el estatuto de refugiada en España. Ambos hechos gozan de una relevancia jurídica incuestionable y vienen a coronar una reciente trayectoria de reivindicaciones en este sentido.

Tras un breve estudio de la aproximación institucional (ACNUR), académica, gubernamental (*guidelines*) y jurisprudencial internacional a las demandas por motivos de género, que ocupará la primera parte de este artículo, se ofrece un análisis sobre la “violencia doméstica” como motivo de persecución a la luz de la normativa comunitaria, en concreto la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* (conocida como Directiva de Cualificación), así como la práctica española: se expondrán los razonamientos de las tres sentencias que abarcan la jurisprudencia española

(\*) Quisiera expresar mi agradecimiento a la Oficina de Asilo y Refugio, en las personas de Dña. María Teresa MUÑOZ BENAVENTE (Jefa de Área de Documentación, Estudios e Informe) y al Director General de Asilo, D. Julián PRIETO HERGUETA, por permitirme acceder a los expedientes despersonalizados relativos a la concesión de asilo por violencia doméstica en España, sin los cuales este artículo no hubiera dispuesto de tan valiosa información de contraste.

Mi más sincero agradecimiento, igualmente, a la Dra. ANNE WALTER, Dra. KARIN ZWAAN y KARINA FRANSSEN (Centre for Migration Law), por su ayuda imprescindible para la traducción de las normativas alemana y holandesa que se comparan en la segunda parte de este estudio.

Nuria Arenas Hidalgo

III

en relación a las demandas de asilo por violencia doméstica hasta el momento (SAN de 12 de noviembre de 1999, recurso núm. 661/1998; SAN de 8 de febrero de 2005, recurso núm. 119/2005; y STS de 11 de octubre de 2005, recurso núm. 4178/2002), así como los tres casos recientemente resueltos de forma favorable, en primera instancia, por la Oficina de Asilo y Refugio. Todo ello con objeto de exponer las dificultades a las que se enfrentan estas solicitudes no sólo en la teoría sino en la vertiente más práctica, medio inmejorable de verificar el auténtico calado de los principios generales en el orden interno, así como los límites del legítimo, pero a su vez fiscalizable, margen de apreciación que se reconoce a los Estados.

## ABSTRACT

### DOMESTIC VIOLENCE AND THE POSSIBILITY TO ACQUIRE THE REFUGEE STATUS. COMMUNITY LAW AND SPANISH PRACTICE

The importance of asylum as a means to protect foreign victims from “domestic violence” has become a topic of current urgency in Spain, not only because of the recognition, for the first time in our country, of the refugee status to a woman for this reason –which has been considered as a “historical” event–, but also in accordance with the above mentioned precedent, because of the recent amendment of the Law of asylum with the aim to include pursuit for gender reasons as a cause to apply for the refugee status in Spain. Both facts are of unquestionable legal relevance and are the topping of a recent series of related claims.

After a brief study of the institutional (UNHCR), academic, governmental guidelines and international jurisprudence approach to the demands for reasons of gender, which will cover the first part of this article, an analysis of “domestic violence” is offered as a reason for pursuit according to Community Law, specifically the: *Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted* (known as Qualification Directive), as well as Spanish practice. Reasons will be laid out for the three rulings included in Spanish jurisprudence with regard to the demands for asylum for domestic violence so far (SAN of 12 November 1999, appeal no. 661/1998; SAN of 8 February 2005, appeal no. 119/2005; and STS of 11 October 2005, appeal no. 4178/2002), as well as the three cases recently ruled favourably at the first instance by the Asylum and Refugee Office (OAR). All this aims at exhibiting the difficulties these applications have to face not only in theory but also in practice, which is the best means to verify the real significance of the general principles in the internal order, as well as the limits of the legitimate, but also controlled, discretionary power vested in the States.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

III

## SUMARIO

I. Introducción. Las solicitudes de asilo por motivos relacionados con el género y su complejo engarce en los parámetros del Derecho internacional de los refugiados.

II. Construcción teórica y aplicación práctica en el ámbito institucional internacional (ACNUR), académico (doctrina feminista *lato sensu*), gubernamental (*guidelines*) y jurisprudencial. Hacia un difícil consenso en torno a las demandas de asilo por motivos relacionados con el género.

III. Consideraciones sobre la “violencia doméstica” como motivo de persecución en la Directiva de Cualificación y práctica española: Oficina de Asilo y Refugio (OAR), Audiencia Nacional (AN) y Tribunal Supremo (TS). A) La violencia doméstica puede tener carácter persecutorio. La aplicación del test de Lord Hoffman/Lord Steyn en la interpretación española de la noción de persecución. B) El reconocimiento de un actor no estatal como agente de persecución primario. C) El nexo causal con el “determinado grupo social” y la renuncia a valorar el trasfondo “político” de una persecución por motivos de género. D) La “alternativa de huida interna” aplicada a casos de persecución por violencia doméstica: el criterio de la “razonabilidad” del retorno y el “perfil social” del solicitante.

IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN. LAS SOLICITUDES DE ASILO POR MOTIVOS RELACIONADOS CON EL GÉNERO Y SU COMPLEJO ENGARCE EN LOS PARÁMETROS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

La consideración del asilo como medio de protección de víctimas extranjeras de la violencia doméstica, se ha convertido en un tema de acuciante actualidad en España no sólo por la concesión, por primera vez en nuestro país, del estatuto de refugiada a una mujer por estos motivos –noticia calificada por la prensa de “histórica” en materia de admisión de extranjeros<sup>1</sup>–, sino también y en consonancia con el precedente anterior, por la reciente modificación de la Ley de asilo con objeto de incorporar la persecución originada por motivos de género como causa para

(1) El 1 de junio de 2005 todos los diarios nacionales se hacían eco de la noticia. La Comisión Interministerial de Asilo y Refugio concedía, por primera vez en España, el estatuto de refugiada (estatuto cualificado de extranjería) a una mujer por motivos de “violencia doméstica”. La señora de 38 años, que fue secuestrada siendo menor y obligada a casarse, era habitualmente maltratada por su marido (y la familia de éste) –lo que le ocasionó lesiones tan graves que debió ser hospitalizada en varias ocasiones–; además de sufrir el ostracismo de su entorno por intentar divorciarse –lo cual era imposible sin el consentimiento de su pareja, en virtud de la legislación del país de origen– y por “quejarse” de la violación de sus derechos fundamentales, sin que las autoridades policiales o judiciales hicieran nada para remediarlo. Para el Ministerio de Interior las mujeres que sufren este tipo de maltrato “pertenecen a un grupo social de especial vulnerabilidad acreedor de la condición de refugiado en España”.

solicitar el estatuto de refugiada en España<sup>2</sup>. Ambos hechos gozan de una relevancia jurídica incontestable y vienen a coronar una reciente trayectoria de reivindicaciones en este sentido<sup>3</sup>.

En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, las escasas solicitudes de asilo motivadas por cuadros de “violencia contra la mujer” –léase casos de violencia doméstica, crímenes de honor, mutilación genital femenina, matrimonios forzados, trata de blancas y otras violaciones de los derechos humanos de la mujer en conflicto armado– o bien se habían rechazado, o bien, en casos extremos en los que no se podía devolver a la persona al lugar del cual temía sufrir persecución, se acudía a modelos de acogida de carácter temporal, con menor nivel de protección y asistencia<sup>4</sup>. Así y por lo que respecta a España, a nivel jurisprudencial, se puede consultar la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 12 de noviembre de 1999, precedente español en un caso de malos tratos, y que a pesar de contener importantes similitudes con el citado anteriormente, no se resuelve con la concesión del estatuto de refugiado sino con la disposición de protección “por razones humanitarias”<sup>5</sup>.

Si bien *toda persona* tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país, en caso de persecución (artículo 14 Declaración Universal de los Derechos Humanos), sin sufrir ningún tipo de discriminación, no es menos cierto que las solicitudes de asilo femeninas en estas circunstancias han de superar obstáculos, a menudo insalvables. No es de extrañar, en consecuencia, que se hayan convertido, hasta hace pocos años, en una “minoría olvidada”<sup>6</sup>.

(2) Se trata de la Disposición adicional tercera añadida por “la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, (BOE, núm. 71 de 23 de marzo de 2007), cuya disposición adicional vigésimo novena dispone:

“Se añade una nueva Disposición Adicional Tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos:

«Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las *mujeres* extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir *persecución por motivos de género*”. La cursiva es de la autora.

(3) Así, se ha de recordar la aprobación por unanimidad de una Proposición no de ley en la Comisión mixta de Derechos de la Mujer, en su sesión de 2 de abril de 2001 en la que se instó al Gobierno a utilizar los instrumentos de la Convención de Ginebra y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante la concesión de residencias humanitarias para proteger a las mujeres obligadas a abandonar su país debido a cualquier forma de violencia de género, así como adoptar instrucciones procedimentales para el estudio de estas solicitudes de asilo, y plantear en el marco de la Unión Europea la necesidad de una especial atención a estas circunstancias. P. SANTOLAYA MACHETTI: *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Editorial Lex Nova, 2001, p. 117.

(4) H. CRAWLEY y T. LESTER: *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, Evaluation and Policy Unit (EPAU), UNHCR, EPAU/2004/05, mayo 2004.

(5) SAN de 12 de noviembre de 1999 (recurso núm. 661/1998).

(6) Según estudios de Derecho comparado, tan sólo el 25% de las solicitudes de asilo en Europa son presentadas por mujeres. Las estadísticas varían entre unos países y otros, mas alrededor de la misma cifra. Ver más concretamente: H. CRAWLEY y T. LESTER: *Comparative Análisis of Gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, op. cit., especialmente las páginas: 11-19.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

El artículo 3 de la *Ley 5/1984, de 26 de marzo*, modificada por *Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado*<sup>7</sup>, determina que:

“Se reconocerá la condición de refugiado y, por tanto, se concederá asilo a todo extranjero que cumpla con los requisitos previstos en los instrumentos internacionales ratificados por España, y en especial en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.”

El Convenio de Ginebra de 1951 es la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), y, en ese sentido, España incorpora en su legislación el concepto dispuesto por éste. Así, en virtud del artículo 1 A (2) del citado Tratado, se considera refugiado a toda persona que:

“(…) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”<sup>8</sup>.

Como Convenio fruto de la segunda guerra mundial, y redactado en plena guerra fría, eran los disidentes comunistas, perseguidos por motivos políticos o ideológicos, los que se esperaba pudieran obtener protección en los países signatarios; no es de extrañar pues, que el término “sexo” se rechazara expresamente durante la redacción del Tratado<sup>9</sup>. No obstante, tras más de cincuenta años de andadura, la específica persecución que puede sufrir una mujer a diferencia de sus compatriotas masculinos exige de una adaptación progresiva del Convenio; si bien ésta ha resultado hartamente diferente según los países.

Efectivamente, el Convenio de Ginebra otorga un amplio margen de apreciación a los Estados y son éstos los que proceden a definir, de forma más pormenorizada, el término refugiado en virtud de su normativa interna. Al menos en Occidente, la consideración de una “experiencia netamente masculina”, así como el excesivo y restrictivo apego al literal del Convenio de 1951 han resultado las constantes al uso. Ello ha provocado, por lo que aquí respecta, que no se haya garantizado un equiparable acceso de mujeres y hombres al procedimiento de determinación del estatuto de refugiado<sup>10</sup>.

(7) BOE, núm. 74, de 27 de marzo de 1984 y núm. 122, de 23 de mayo de 1994 respectivamente.

(8) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. La cursiva es de la autora.

(9) La propuesta del Delegado yugoslavo se encontró con la oposición de países como Austria, Colombia, Italia, Suiza, Turquía, Reino Unido o los Estados Unidos. Vid. Ch. BEYANI: “The need of refugee women: a human-rights perspective”, *Gender and Development*, vol. 3, núm. 2, 1995, pp. 29-35.

(10) A. BLOACH, TR. GALVIN y B. HARREL-BOND: “Refugee Women in Europe: Some Aspects of the Legal Policy Dimensions”, *International Migration*, vol. 38, núm. 2, 2000, p. 171.

En contra de esta valoración que comparte la mayoría de la doctrina, véase: J.W. VAN WETTEN, C.J.H. BIJLEVELD, F. HEIDE, N. DIJKOFF: “Female Asylum-Seekers in the Netherlands: an empirical Study”, *International Migration*, vol. 39, 3, 2001, 93:

Si bien las mujeres pueden huir por los mismos motivos que los hombres, a menudo tienen que hacer frente a formas de persecución específicas –como aquéllas relativas a la violencia sexual–, así como a atentados a su vida y su libertad directamente relacionados con su género<sup>11</sup>. Entiéndase que éstas abarcan, generalmente, actividades no consideradas políticas, actos de violencia sexual, o castigo por transgredir los valores y costumbres culturales/sociales o la discriminación severa, entre otros. De todos los citados, la “violencia doméstica” podría considerarse el supuesto más difícil de encajar en los parámetros normativos; he ahí la relevancia de la decisión española. Si bien se empieza a vislumbrar cierto consenso favorable a la consideración de la ablación del clítoris o el matrimonio forzado, como atentados de carácter persecutorio, quizá por tratarse de prácticas ajenas a nuestra cultura y por hallarse en contextos de grave discriminación contra la mujer, lo cierto es que no resulta tan fácil en relación con la violencia doméstica, fenómeno que nos resulta, desgraciadamente, más cercano. El maltrato contra la mujer es considerado una “lacra” en todo el mundo. Las cifras llegan a ser tan alarmantes que, al menos en Europa, se ha llegado a considerar que la violencia contra la mujer constituye “a major obstacle to citizens’ security and democracy”<sup>12</sup>.

“(…) we have found no evidence of women asylum seekers being consistently and sizeable disadvantaged relative to their male counterparts”.

(11) Lo cierto es que si bien el término *gender-related persecution* se ha convertido en un denominador común en el discurso doctrinal, institucional o jurídico, no se halla exento de matizaciones. MACKLIN distingue, así, tres acepciones: *gender persecution*; *persecution on ground of gender*; y *persecution because of gender*. En concreto dispone: “In my view, however, it is a mistake to equate «gender persecution» with «persecution on ground of gender» or «persecution because of gender». «Gender persecution» includes, but it is not limited to «persecution on ground of gender». (...) For example, one may be persecuted *as a woman* (e.g. raped) for reasons unrelated to gender (e.g. membership in a opposition political party), not persecuted *as a woman* but still *because of gender* (e.g. flogged for refusing to wear a veil), and persecuted *as and because one is a woman* (e.g. genital mutilation)”. A. MACKLIN: “Refugee Women and the Imperative of Categories”, *Human Rights Quarterly*, 17 (1995), pp. 258-259.

Somos conscientes de la actual discusión doctrinal en torno a las «bondades» de la utilización del término «género» en lugar de «sexo». No obstante, en este estudio se apoya la perspectiva mayoritaria que considera el uso del concepto «género» de mayor aprehensión del fenómeno, lo que no es más que optar por la rigurosidad científica. En palabras del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): “Género se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según hayan sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno u otro “sexo”; por otro lado, el sexo está determinado por condiciones biológicas. El género no es estático, ni innato, pero adquiere un sentido de base social y cultural a lo largo del tiempo. Vid. ACNUR: *Directrices sobre la Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967*, HCR/GIP/O2/O1, 7 de mayo de 2002, para. 1.1 y 1.3.

Entre la doctrina española, partidario de la utilización del término “sexo”, véase el excelente trabajo del Profesor Santolaya: P. SANTOLAYA: “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”, *Mujer y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 561-593.

(12) CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence. 30/04/2002.

Según el Fondo de Desarrollo de Naciones Unidas para la Mujer, al menos una de cada tres mujeres en todo el mundo ha sido golpeada, coaccionada sexualmente o ha sufrido otro tipo de abuso en su vida (siendo el culpable de los abusos generalmente un conocido). La violencia contra las mujeres y las niñas es un problema de proporciones epidémicas, quizá la violación de derechos humanos más generalizada de las que conocemos hoy en día. NACIONES UNIDAS. UNIFEM. 2004.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

## III

Si bien no existe un consenso definitivo sobre qué ha de entenderse por “violencia doméstica”, en nuestro estudio y a modo de ejemplo, véase la definición adoptada por el grupo de investigación británico Refugee Women»s Resource Project:

“Domestic violence is the physical, emotional, sexual or financial abuse of women or girls perpetrated by partners, ex-partners, relatives, close friends or their agents, self-appointed or otherwise. This violence does not have to occur within the family home”<sup>13</sup>.

Durante años, este tipo de violencia contra la mujer ha sido ignorado no sólo por el DIR sino también por el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), en su consideración de maltrato de carácter esencialmente “privado” (personal), “no persecutorio”. A pesar de que los atentados más graves contra la mujer se producen en el ámbito familiar, éstos han permanecido inmunes a la acción del ordenamiento internacional<sup>14</sup>, reacción nada sorprendente –nos indica GOODWIN-GILL– pues no incumbían al Estado o a la penalización de éste<sup>15</sup>. MACKLIN va más allá y defiende que esa inacción o tolerancia del Estado es la principal causa de su perpetuación<sup>16</sup>.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Así,

“At its most complex, domestic violence exists as a powerful tool of oppression. Violence against women in general, and domestic violence in particular, serve as essential components in societies which oppress women, since violence against women not only derives from but also sustains the

(13) REFUGEE WOMEN»S RESOURCE PROJECT. *Refugee Women and Domestic Violence: Country Studies*, September 2001, 11. Según la Relatora de Naciones Unidas para la Violencia contra la Mujer: “In an effort to expose its various forms and dimensions, this report defines violence in the family as violence perpetrated in the domestic sphere which targets women because of their role within that sphere or as violence which is intended to impact, directly and negatively, on women within the domestic sphere. Such violence may be carried out by both private and public actors or agents. This conceptual framework intentionally departs from traditional definitions of domestic violence, which address violence perpetrated by intimates against intimates, or equates domestic violence with woman-battering. It is more in keeping with the United Nations Declaration on the Elimination of Violence Against Women which, in article 2, defines violence as encompassing, but not being limited to “physical, sexual and psychological violence occurring in the family, including battering, sexual abuse of female children in the household, dowry-related violence, marital rape, female genital mutilation and other traditional practices harmful to women, non-spousal violence and violence related to exploitation”. NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences, Ms, Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85, E/CN.4/1996/53, 06/02/1996*, para. 28.

(14) P.A. SAÉNZ DE SANTAMARÍA: *Mujer e investigación* (pp. 87-97). D. MOLINA, I. CARRERA, R. CID, y otros (eds): *La mujer desde la perspectiva del Derecho Internacional Público*, Universidad de Oviedo y Dirección Regional de la mujer del Principado de Asturias, Oviedo, 1995, p. 94.

(15) G.S. GOODWIN-GILL: *The Refugee in International Law*, (Second Edition), Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 363.

(16) A. MACKLIN: “Cross-Border Shopping for Ideas: A critical Review of United States, Canadian and Australian Approaches to Gender-Related Claims”, *Georgetown International Law Journal*, 1998, 13, p. 48.

dominant gender stereotypes and is used to control women in the one space traditionally dominated by women, the home”<sup>17</sup>.

En función del desarrollo progresivo de esta materia en la esfera internacional, podemos afirmar que los Estados tienen la obligación internacional de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia contra la mujer, ya sean perpetrados por agentes gubernamentales o por personas privadas, y proporcionar la debida protección a las víctimas; dejando al margen la consabida obligación de luchar contra toda discriminación inherente a estas prácticas<sup>18</sup>. Cuando esto no ocurre, en consecuencia, se debería garantizar el derecho de estas mujeres a solicitar protección, no es otra, pues, la función subsidiaria del DIR.

Desde el momento en que Europa reconoce que estas prácticas constituyen una violación de la integridad física, psicológica y sexual de la mujer, al tiempo que les impide el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales y en función de la severidad, la devolución de una mujer en estas circunstancias podría poner en riesgo su derecho a la vida y a no ser sometido a tortura, o trato inhumano o degradante, todos ellos prohibidos por el CEDH.

No cabe duda, pues, que la necesidad de proporcionar una adecuada respuesta a estas demandas ha protagonizado alguno de los más importantes desarrollos normativos y jurisprudenciales del DIR contemporáneo, no en vano, su análisis evidencia alguno de los más importantes retos a los que se enfrenta este ordenamiento jurídico en la actualidad, piénsese en la evolución de la noción de persecución, la controvertida obsolescencia del concepto de refugiado, la diferenciación entre agentes públicos y privados de persecución, o la aplicación de la llamada “alternativas de huida interna”.

Así, la mujer que ha sufrido un cuadro de “violencia doméstica” y ha logrado huir de su país (posibilidad harto difícil en estos casos, de ahí el escaso número de solicitudes por motivos relacionados con el género del demandante<sup>19</sup>) debe demostrar que dichos atentados han alcanzado la severidad de la “persecución”. La persecución cuando existe debe estar ligada (lo que se

(17) NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences, Ms, Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*, op. cit., para. 27.

Al respecto se puede citar la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979*; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

(18) Vid. *inter alia*, CONSEJO DE EUROPA. Comité de Ministros. Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence. 30/04/2002. Recomendación núm. II.

(19) H. CRAWLEY, y T. LESTER: *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, op. cit., 2004.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

conoce como “nexo causal”) a alguno de los motivos tasados convencionalmente: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Y ello, al menos en Occidente, se determina de manera individualizada, de tal forma que cada solicitante de asilo defenderá su demanda en una entrevista en la que el relato debe superar el criterio de la “verosimilitud”.

El primer escollo se observa en la ausencia de este tipo de persecución entre los contemplados en la Convención de 1951 lo que ha supuesto importantes inconvenientes a la hora de probar el nexo causal entre la persecución y las causas tasadas.

Por otro lado, si no sufren una persecución de origen estatal deben demostrar que su país es tolerante o incapaz de protegerlas de la “violencia doméstica”. Si bien en otros casos de persecución por motivos de género se ha conseguido aceptar que la persecución puede tener su origen en un agente no estatal –como en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo canadiense *Ward*<sup>20</sup>–, lo cierto es que cuando la violencia es ejercida por maridos o parejas de hecho, demostrar la “responsabilidad” estatal subsidiaria resulta una condición de especial complejidad.

Además, se tiende a pensar que la mujer que sufre un maltrato en el seno familiar puede obtener protección desplazándose hacia otro lugar de su propio país, lo que se entiende como “*internal flight alternative*”, relevando así, en última instancia, de sus obligaciones al Estado de acogida.

Finalmente, las solicitudes de asilo por estas circunstancias no sólo se enfrentan a obstáculos de carácter sustantivo sino que también tienen que superar especiales dificultades en el procedimiento. No resulta suficiente albergar un temor a sufrir persecución sino que ésta debe estar “bien fundada”. El énfasis en la presentación de las “pruebas” de la persecución resulta, en estos casos, un requisito a menudo insalvable, sin entrar en la necesidad de que la entrevista atienda a las especiales dificultades sociales, culturales y de orden psicológico o traumático que pueden padecer estas mujeres y que han de afectar al desarrollo normal del procedimiento de determinación.

Hoy en día se consideran superadas las discusiones doctrinales y gubernamentales sobre la posible incorporación de un sexto motivo de persecución, relacionado con el “sexo” o “género”, en el Convenio ginebrino –similar al que se ha incorporado en España–. Cualquier cambio normativo del mismo podría tener un carácter más restrictivo que aperturista. No obstante y a sabiendas de que todo Tratado internacional debe ser leído a la luz de los tiempos (el objeto y fin del mismo resulta una de las reglas hermenéuticas de interpretación<sup>21</sup>), y gracias a los avances jurisprudenciales (especialmente los de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda), el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la práctica de algunos Estados se conside-

(20) *Attorney General (Canada) v. Ward* (1993) 2 SCR, 689.

(21) Artículo 31.1 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969*: “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin”.

ra que con una interpretación “adecuada” del concepto de refugiado es posible dar cabida a este tipo de vejaciones.

Así, tras un breve estudio de la aproximación institucional (ACNUR), académica, gubernamental y jurisprudencial internacional a este tipo de demandas, que ocupará la primera parte de este artículo, se ofrece un análisis de la normativa europea aplicable, en concreto la *Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (en adelante Directiva de Cualificación)*<sup>22</sup>. Al hilo de sus disposiciones y bajo su prisma, se expondrán los razonamientos de las tres sentencias que abarcan la jurisprudencia española en la materia hasta el momento (SAN de 12 de noviembre de 1999, recurso núm. 661/1998; SAN de 8 de febrero de 2005, recurso núm. 119/2005 y STS de 11 de octubre de 2005, recurso núm. 4178/2002)<sup>23</sup>, así como los tres casos recientemente resueltos de forma favorable, en primera instancia, por la Oficina de Asilo y Refugio<sup>24</sup>. Todo ello con objeto de exponer las dificultades a las que se enfrentan estas solicitudes no sólo en la teoría sino en la vertiente

(22) *DOUE* L 304, 30 de septiembre de 2004.

(23) En la SAN de 12 de noviembre de 1999, (recurso núm. 661/1998), la Sra. Yoryani, nacional de Colombia solicita asilo por el maltrato al que se ve sometida por su marido, un cuadro de palizas, violaciones e incluso disparo de cinco tiros. El Tribunal inadmite a trámite la solicitud de asilo ya que no existe un temor fundado de ser perseguido por alguna de las causas amparadas por la Convención de Ginebra, pero reconoce el derecho de la actora a permanecer en España por razones humanitarias.

En la SAN de 8 de febrero de 2005, (recurso núm. 119/2005), Dña. Montserrat solicita asilo por los malos tratos causados por su marido. El Tribunal desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia que inadmite a trámite la solicitud pues, en palabras del Tribunal, hasta la fecha, la llamada “violencia doméstica” no está comprendida dentro de las causas que, a tenor de la Ley de Asilo y/o Convención de Ginebra permitiría la admisión a trámite de una solicitud de asilo.

En la STS de 11 de octubre de 2005, (recurso núm. 4178/2002), Dña. Amparo nacional de Guinea Ecuatorial solicita asilo por el maltrato al que la somete su esposo desde que supo su relación con el Partido del Progreso. El Tribunal estima el recurso de casación porque la violencia a la que es sometida la víctima por parte de su marido, no es un suceso más de violencia doméstica, sino que tiene raíces políticas.

(24) En el Informe de Instrucción 2004, la solicitud que se considera está basada en alegaciones de grave violencia doméstica, sufrida por la solicitante a lo largo de veinte años, frente a la cual no habría podido encontrar protección en su país de origen, Irán. La Instrucción emite criterio favorable al reconocimiento de la interesada como refugiada, tras haber establecido suficientemente la violencia doméstica como persecutoria, e ineludible en su propio país, pues no puede ser protegida por sus autoridades debido, precisamente, a los defectos estructurales del sistema legal y social iraní. Se considera que la solicitante pertenece a un grupo social determinado, el de las “mujeres casadas iraníes”.

En el Informe de Instrucción 2006, la solicitud que se considera está basada en un relato de persecución, en concreto de violencia sexual, por un agente no estatal, el padrastro de la solicitante nacional de Irán. Debido a la gravedad de la continuidad de los malos tratos recibidos, se considera que la solicitante establece suficientemente haber sufrido una violencia doméstica que puede identificarse con la noción de persecución, por la cual no iba a ser protegida por sus autoridades debido a defectos estructurales del sistema legal y social iraní.

En el Informe de Instrucción 2007, la solicitud que se considera está basada en un relato de graves agresiones por parte de la madre y hermano de la solicitante de origen marroquí, tras quedar embarazada y negarse su amante a contraer matrimonio. La Instrucción emite criterio favorable a su reconocimiento como refugiada tras disponer que en Marruecos la “mujer embarazada sin estar casada” o la “madre soltera” constituyen un grupo social a efectos de la definición recogida en la Convención de Ginebra.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

más práctica, medio inmejorable de verificar el auténtico calado de los principios generales en el orden interno, así como los límites del legítimo, pero a su vez fiscalizable, margen de apreciación que se reconoce a los Estados.

## II. CONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL ÁMBITO INSTITUCIONAL INTERNACIONAL (ACNUR), ACADÉMICO (DOCTRINA FEMINISTA *LATO SENSO*), GUBERNAMENTAL (*GUIDELINES*) Y JURISPRUDENCIAL. HACIA UN DIFÍCIL CONSENSO EN TORNO A LAS DEMANDAS DE ASILO POR MOTIVOS RELACIONADOS CON EL GÉNERO

Las particularidades de las mujeres en el exilio fueron obviadas durante décadas hasta que la “feminización de las migraciones” (más del 80% de la población refugiada a cargo de ACNUR son mujeres y niños) obligó no sólo a una toma de conciencia sino también a dar una adecuada respuesta jurídica por parte de un Derecho de los Refugiados caracterizado por su parquedad, lentitud, falta de neutralidad y excesivo margen de maniobra concedido a los Estados<sup>25</sup>. Sus progresos, pues, fueron de la mano de la evolución de otras parcelas del ordenamiento jurídico internacional, especialmente el DIDH. Tras la celebración del Decenio de Naciones Unidas para la Mujer, en cuyos debates describían a las mujeres refugiadas como “the forgotten majority”<sup>26</sup>, el Comité Ejecutivo de ACNUR adopta en 1985 la primera resolución exclusivamente dedicada a las “mujeres refugiadas”, en la cual recomienda a los Estados considerar las demandas de asilo de aquellas que “transgreden costumbres sociales” como constitutivas de un determinado grupo social según los términos del Convenio ginebrino<sup>27</sup>. Aún tenían que pasar diez años para que se contemplase la violencia doméstica entre las formas de persecución por motivos de género. Así, en 1996 la Representante especial del Secretario General de la ONU sobre la violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy dispone:

“Refugee and asylum law should be broadness to include gender-based claims of persecution, including *domestic violence*”<sup>28</sup>.

La primera *Guideline on Refugee Woman* de ACNUR de 1991 sigue centrándose en los problemas de protección y asistencia de la mujer en los campos de refugio; no es, por tanto, hasta el año 2002 cuando encontramos instrucciones realmente omnicomprendivas en este ámbito de materias: las *Directrices sobre Protección Internacional: la persecución por motivos de género en*

(25) N. ARENAS HIDALGO: “Mujeres refugiadas: entre el silencio jurídico y la aplicación de las perspectivas de género”, M. GALLEGO DURÁN y R. GARCÍA GUTIÉRREZ (eds.): *El legado plural de las mujeres*, Ediciones Alfar, Sevilla, 2005, p. 74.

(26) G. CAMUS-JACQUES: “Refugees and International Relations”, G. LOESCHER y L. MOHANAN (eds.): *Refugee Women. The Forgotten Majority*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 141.

(27) ACNUR: “Las mujeres refugiadas y la protección internacional”, Conclusión número 39, 1985, 36.º período de sesiones, para. k): “Reconoció que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, eran libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo que se enfrentaban a tratos crueles o inhumanos debido a haber trasgredido las costumbres sociales de la sociedad en que vivían, podían ser consideradas como «un grupo social», según lo dispuesto en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”.

(28) NACIONES UNIDAS. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences, Ms, Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85*, op. cit. La cursiva es de la autora.

el contexto del Artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967<sup>29</sup>, donde se proporcionan claves para un adecuado examen de las demandas de asilo relacionadas con el género y dirigidas a todos los operadores jurídicos, no sólo el personal de Alto Comisionado, sino también abogados, encargados nacionales de la toma de decisiones y jueces.

En atención a estas directrices y con base en otros documentos del Alto Comisionado (ver Bibliografía), podemos considerar que éstas son sus principales recomendaciones en la materia:

- Es un principio básico que la definición de refugiado se debe interpretar con una perspectiva de género.
- Si el Estado, ya sea por política o práctica no reconoce ciertos derechos ni concede protección contra abusos graves, entonces la discriminación puede equivaler a persecución. En este contexto entrarían los casos de “violencia doméstica”.
- Si bien los actos de persecución son normalmente perpetrados por las autoridades de un país, el trato gravemente discriminatorio y otro tipo de ofensas perpetradas por la población local o por individuos pueden equiparse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo.
- En situaciones en las que exista un riesgo de ser perseguido por un agente no estatal (cónyuge o compañero, por ejemplo) y esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención, el nexo causal también se establece. En cualquier caso, el hecho de que la protección estatal sea efectiva no es un asunto separado ni esencial, sino uno de una serie de elementos concomitantes en la determinación del estatuto de refugiado.
- La posibilidad de huida interna (*internal flight alternative*) no es aplicable a los casos de “violencia doméstica” pues se interpreta que las autoridades locales ejercen autoridad en todas las partes del país.
- Las solicitudes por motivos de género pueden deberse a uno o más motivos de la Convención. El énfasis atribuido al motivo de grupo social ha implicado que otros motivos igualmente aplicables, tales como la religión o las opiniones políticas, hayan sido inadvertidos (ACNUR no establece un vínculo causal concreto en casos de “violencia doméstica”). En general, las mujeres pueden constituir un determinado grupo social bajo ciertas circunstancias fundamentadas en una característica común, como el sexo, tanto si se asocian entre ellas como si no lo hacen.
- Por lo que respecta al procedimiento, las mujeres deberán ser entrevistadas por separado; deberán ser informadas de su derecho a elegir entrevistadoras y en un lenguaje que ellas entiendan; es fundamental proporcionar un ambiente abierto y establecer una relación de confianza; se le deberá informar que el contenido de la entrevista no será transmitido a los miembros de su familia; la entrevistadora será neutral, compasiva, objetiva y culturalmente sensible.

(29) ACNUR. HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

- No se requiere prueba documental como tal para que las autoridades reconozcan una solicitud de estatuto de refugiado. Ante la ausencia de las mismas, pueden ayudar formas alternativas de información (testimonios orales y escritos de mujeres en situación similar; ONGs, etc.).

Desde entonces y a pesar del carácter meramente recomendatorio de sus decisiones, el Comité Ejecutivo no ha dejado de subrayar la necesidad de incorporar esa perspectiva de análisis en las normativas nacionales de asilo, única forma de vincular a los operadores jurídicos y jueces nacionales<sup>30</sup>.

Si bien todos estos avances institucionales son relevantes, se ha de subrayar el esfuerzo de los particulares, activistas de derechos humanos y la doctrina especializada, a la hora de obtener una mayor sensibilización de los Estados que, a la postre, pudiera provocar cambios en su legislación interna sobre la materia, algo que seguía perteneciendo al campo de sus decisiones discrecionales.

La incidencia de la doctrina feminista del DIR ha resultado de especial influencia. Véanse desde las primeras aportaciones más deconstruccionistas de Meijer o Indra, pasando por la aproximación desde la perspectiva de los derechos humanos de Greatbatch o Kelly, hasta la *anti-essentialist critique* del profesor Spijkerboer o Macklin. Sus análisis sobre la ausencia de neutralidad jurídica, androcentrismo, relativismo cultural, roles y estereotipos sociales, diferenciación entre las esferas pública y privada, etc., han resultado esenciales para el desarrollo progresivo del DIR de la última década.

Estas propuestas de avance tanto institucionales como de origen doctrinal se hacen notar en algunos Estados. En 1993 se adoptan unas Directrices específicas para tratar casos de persecución por motivos de género en Canadá (*Guidelines on Women Refugee Claimant Fearing Gender-Related Persecution*: enmendada en 1996), en 1995 en Estados Unidos (*Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims From women*), y en 1996 en Australia (*Guideline on Gender Issues For Decisionmakers*) –países aún de inmigración, nótese– que dan respuesta a las cuestiones anteriormente planteadas, si bien por su carácter no vinculante no han sido garantía de coherencia judicial en casos similares<sup>31</sup>.

(30) Véanse, por ejemplo, las resoluciones núm. 73, 1993; 79 (o) 1996; 81 (t) 1997 u 87 (n) 1999. Si bien es cierto que el Alto Comisionado tiene designadas competencias de control en la aplicación del Convenio (artículo 35 del Convenio de Ginebra), sus Conclusiones tienen la consideración de recomendaciones y no son de carácter vinculante para los Estados. No obstante, dado que no se previó ningún mecanismo o comité específico de seguimiento, control y sanción en el Convenio de Ginebra y en virtud del amplio número de países de distinta procedencia geográfica que componen el Comité Ejecutivo de ACNUR, sus decisiones gozan de constante referencia y considerable respeto.

(31) No obstante, en este sentido, SANTOLAYA recuerda el caso Narváez, de 9 de febrero de 1995, en el que la Corte Federal Canadiense señaló que: “aunque no son leyes (...) deben ser respetadas a menos que las circunstancias aconsejen un análisis diferente”. P. SANTOLAYA, “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”, op. cit., p. 588.

Se puede observar los siguientes aspectos coincidentes entre ellas: parten de una perspectiva de derechos humanos; admiten que existen formas de persecución inflingidas única o predominantemente a las mujeres; incluyen a la mujer en “determinado grupo social”; aceptan la figura del agente no estatal siempre que el Estado no quiera o sea incapaz de proteger a la víctima; la “violencia doméstica” es expresamente considerada como forma de persecución salvo en las directrices australianas, aunque está implícita en su concepción; y, por último, ninguna es vinculante.

Al contrario de lo que algunas fuentes subrayaron, en la prensa nacional, sobre el carácter excepcional y único en el mundo de la decisión española, al menos a escala jurisprudencial hemos de referirnos a algunos casos anteriores a la misma –si bien relativamente recientes–, en los que se otorga el estatuto de refugiada a mujeres que habían sufrido cuadros de “violencia doméstica”. Así, la sentencia de House of Lords en *Shah* (1999), la decisión de la Corte Federal australiana en *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* (2000); el caso de Nueva Zelanda, *Refugee Appeal* núm. 71427/99 (2000); o el famoso caso de Rodi Alvarado en Estados Unidos, *Immigration Appeal»s decisión In re R-A* (2000)<sup>32</sup>. Todas muestran la complejidad en la determinación de la “responsabilidad estatal”.

Europa, sin embargo, parecía permanecer ajena a la problemática. En un estudio reciente, que incluye más de 40 países, se concluye sobre la escasez de directrices específicas; falta de transparencia en las estadísticas y consistencia en las decisiones judiciales; así como un “abuso” de la protección por “motivos humanitarios” en fraude de asilo<sup>33</sup>.

En estos momentos y a pesar de hallarse en pleno proceso de construcción de un “sistema europeo común de asilo”, se observa una gran disparidad tanto en el tratamiento formal de esta materia como en los criterios utilizados en su determinación; falta de armonización que la Directiva de cualificación –como se verá a continuación– no va a solventar *a priori*. Los Estados se debaten entre la modificación de sus leyes de asilo para dar cobijo a las demandas por motivos de género o adoptar directrices que ayuden a los operadores jurídicos en el tratamiento de estas demandas. La primera opción suele ser imprecisa, pero tiene carácter vinculante, lo que no puede predicarse de las segundas, cuya virtualidad práctica habrá de analizarse en los próximos años.

Véanse: (US) Department of Justice, Immigration and Naturalisation Service, Office of International Affairs, Consideration for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims From Women, 26/05/1995. Nos parece importante subrayar la influencia de la academia en la redacción de estas directrices. En ella puede leerse: “Like the Canadian guidelines, this guidance is a collaborative effort developed after consultations with interested governmental and non-governmental organisation (NGOs) and individuals. The Women Refugee Project (WRP) of the Harvard Immigration and Refugee Program, Cambridge and Somerville Legal Service, initially highlighted these concerns to INS and was instrumental in the development of this guidance”.

(Australia) Department of Immigration and Multicultural Affairs, Refugees and Humanitarian Visa Applicants, Guideline on Gender Issues for Decision Makers, July 1996.

(Canada) Immigration and Refugee Board of Canada, Guideline 4: Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution: Update 25/11/1996.

(32) *Islam (AP) v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah (AP)*, (1999), W.L.R., 1015 (House of Lords).

*Minister of Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* (2002) HCA, 14 (Australian High Court).

Refugee Appeal núm. 71427/99, (Refugee Status Appeals Authority 2000), New Zealand.

*Matter of R.A.*, 22 I & N, (B.I.A. June 11, 1999).

En relación a los últimos casos de violencia doméstica resueltos favorablemente en Estados Unidos, puede consultarse: *Center for Gender and Refugee Studies*: <http://cgrrs.uchastings.edu>.

(33) H. CRAWLEY, y T. LESTER, 2004: *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, op. cit.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

España, Alemania e Irlanda han incorporado el “género” como motivo por el que se puede solicitar asilo, si bien en la normativa irlandesa y alemana, a diferencia de la española, se dispone que el “género” se interprete dentro del concepto de “determinado grupo social”. En concreto, Alemania incorpora un inciso en la section 60 (prohibition of deportation) de su Residence Act según el cual:

“(W)hen a person’s life, freedom from bodily harm or liberty is threatened solely on account of their sex, this may also constitute persecution due to membership of a certain social group”<sup>34</sup>.

La ausencia de mención explícita a la “violencia doméstica” no excluye la aplicación de dicha disposición a esos supuestos, como evidencia la reciente jurisprudencia alemana al respecto, muy poco clara, por otro lado, hasta esta fecha en relación con las demandas de asilo por motivos de género<sup>35</sup>.

En Suecia, modificar la normativa aplicable con objeto de incorporar el “género” entre las características que pueden definir a un determinado grupo social se consideró “excesivo”, por lo que, finalmente, se encuentran entre los países europeos con “directrices” específicas para el tratamiento de estas solicitudes<sup>36</sup>. En todos ellos –Holanda, Irlanda, Reino Unido y Suecia– se dedica el apartado más importante a las garantías procedimentales de las que gozan las solicitudes por estos motivos. Por lo demás, pocas similitudes. Salvo la irlandesa que no menciona la “violencia doméstica” como causa de persecución, en el resto se hace alguna consideración específica<sup>37</sup>.

En Holanda se contaba con unas instrucciones de carácter interno, relativas a la determinación de las solicitudes por motivos de género (Work Instruction núm. 148) en la cual la única mención a la violencia doméstica, como posible causa persecutoria, sólo pretendía recordar que en esos casos resulta de aplicación la alternativa de protección interna<sup>38</sup>. Dichas instrucciones han

(34) Téngase en cuenta que el término “género” no existe en la lengua alemana, por tanto, se puede interpretar que pretende un significado equivalente. Ministry of Interior. Residence Act (30 June 2004) last amended by Act Amending the Residence Act and other acts of 14 March 2005 (Federal Law Gazette I, p. 721). (Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz-AufenthG), BGBl 2004, 1950.

No se dispone de mayor explicación sobre esta disposición en los “Comments of Federal Ministry of Interior on Residence and Free-Movement Act”.

(35) Véanse: VG Stuttgart 09.03.2006 Az:A 11K 1112/04 y VG Dusseldorf 2 Kammer 24.10.2006 Az: A 2K 3222/06. Sobre la valoración de la jurisprudencia alemana en relación con la persecución por motivos de género, Vid: M. PELZER: “Geschlechtsspezifische Verfolgung: Das neue Flüchtlingsrecht in der Praxis”, *Asylmagazin*, núm. 5, 2006. B. ANKERBRAND: “Refugee Women and German Asylum Law”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 14, núm. 1, 2002, p. 52.

(36) H. CRAWLEY, y T. LESTER: 2004. *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, op. cit., p. 28.

(37) IRISH REFUGEE COUNCIL: “Guiding Principles on Asylum-Seeking and Refugee Women”, June 2001. En estas directrices puede leerse: “(...) all claims for refugee status by women should be assessed under each of the definition grounds to see if the harm from which the woman is fleeing amounts to persecution. Each of these grounds, in particular religion, political opinion and social group should be interpreted appropriately as to encompass gender related persecution claims”.

(38) Work Instruction núm. 148: “Women in the asylum procedure”: “In assessing the requirements for granting a residence permit for humanitarian reasons, the existence of an internal flight alternative should be examined (unless the usual «trauma» policy applies). This is more important if the asylum ground relate to: (...) human rights violation, committed

quedado subsumidas en las más generales Aliens Circular, cuya disposición C2/2.11 se centra, de nuevo en las demandas de las que nos ocupamos. En ellas, la severidad del castigo y el nexo causal tienen una relevancia especial. Así, por ejemplo, se dispone que la sanción penal por la violación de códigos de conducta impuestos a la mujer en determinadas sociedades, podrá ser considerada persecución sólo si el castigo es desproporcionadamente severo y siempre que se refiera a algunos de los motivos de la Convención. La propia discriminación que puede llevar aparejada el castigo es necesario que se refiera a algunas de las causas ginebrinas. En todo caso, no se hace mención expresa a la violencia doméstica.

Las directrices británicas, sin duda las más exhaustivas, elaboradas gracias a la inspiración y estímulo del Refugee Women's Legal Group, consideran que la "violencia doméstica" puede ser objeto de protección asilar en dos sentidos: como constitutivo de persecución como *serious harm*, o bien, en el caso de que ese maltrato no reciba equivalente protección por la ley del país de origen como indicativo de una discriminación que puede equivaler a persecución. El nexo causal "will be satisfied either where the «serious harm» was inflicted for a conventional ground or there is a failure of State protection for a conventional ground [see: *Islam v. SSHD*; *Rv AT ex parte Shah* (HL) (1999) INLR 144, (1999) Imm AR283]"<sup>39</sup>.

BLOCH y otros han criticado a España por no disponer de unas directrices específicas en materia de género que orienten la determinación del estatuto de refugiado<sup>40</sup>. Las directrices, dado su carácter no vinculante, no son garantía de coherencia judicial; sólo si fueran normas públicas, obligatorias para las autoridades encargadas de la tramitación de la solicitud, y alegables ante los Tribunales, serían plenamente eficaces<sup>41</sup>. No obstante, sí resultan útiles con objeto de sentar las bases para una progresiva determinación de las solicitudes de asilo en una perspectiva de género. Su virtualidad radica en la sensibilización y concienciación de operadores jurídicos hacia este fenómeno.

Igual consideración merecen las memorias estadísticas que, además, ayudan a la fiscalización del trabajo en primera instancia. En España se ha hecho un esfuerzo importante en este sentido ofreciendo, el Ministerio de Interior, una memoria estadística tan exhaustiva que sorprende que no contemple datos sobre el motivo de las demandas de asilo. De poco sirve conocer que el 35,6% de los solicitantes de asilo fueron mujeres o que entre 2003 y 2007, la mayor parte de las solicitudes de mujeres con resultado favorable procedían de Colombia o Rusia<sup>42</sup>; el análisis

in the private sphere". Translation prepared by UNHCR, of Dutch Immigration and Naturalization Service (IND) Work Instruction no. 148: "Women in the Asylum Procedure". Puede verse en: T. SPIJKERBOER: *Gender and Refugee Status*, Ashgate, Dartmouth, 2000, anexo 7.

(39) IMMIGRATION APPELLATE AUTHORITY: "Asylum Gender Guidelines", November 2000, pp. 12, 18, 28. La nueva Ley de asilo británica, Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, no incorpora ninguna modificación en este sentido.

(40) A. BLOACH, Tr. GALVIN, y B. HARREL-BOND: "Refugee Women in Europe: Some Aspects of the Legal policy Dimensions", *International Migration*, vol. 38, núm. 2, 2000, p. 174.

(41) P. SANTOLAYA MACHETTI: *El derecho de asilo en la Constitución Española*, op. cit., p. 116.

(42) MINISTERIO DEL INTERIOR. Secretaría General Técnica. "Memoria Estadística de la Oficina de Asilo y Refugio", Madrid, 2006. Según la Memoria, sólo en 2006 se presentaron 1.884 solicitudes por mujeres, lo que suman un 35,6% del total. En

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

## III

queda huero si desconocemos si las solicitudes se debieron a los mismos motivos que empujaron a huir a sus compatriotas masculinos o, por el contrario, se debieron a una persecución específicamente dirigida contra la mujer.

En ese esfuerzo de modernización y sensibilización, debe encuadrarse la reciente publicación Guía de Buenas Prácticas para la formalización de las solicitudes de asilo del Ministerio del Interior<sup>43</sup>. Como el propio texto dispone, la Guía está dirigida a los empleados públicos que tienen la responsabilidad de recibir las solicitudes de asilo, pero busca también ser de utilidad a otros actores implicados en el proceso, ya que fija unas pautas de procedimiento y unos niveles de calidad que deben ser conocidos y demandados por todos los profesionales que asisten a los solicitantes de asilo que, en un sistema como el español donde las solicitudes se pueden presentar en cualquier provincia y todos los puestos fronterizos, son muchas las personas que pueden entrar en contacto con el demandante, de ahí la importancia de contar con un texto de referencia. Así las cosas, no sorprende que la Guía se centre en cuestiones más procedimentales que sustantivas, por lo que tampoco aquí encontramos cuál es la interpretación española en la determinación de las demandas por motivos relacionados con el género, en concreto respecto a la violencia doméstica<sup>44</sup>. No se nos informa sobre cuál es el concepto de persecución recomendado, qué requisitos se exigen en relación con la persecución por agentes no estatales o respecto al nexo causal o los grupos que pueden conformar el determinado grupo social. Estas preguntas obtienen una relativa respuesta en la jurisprudencia, a la vista de lo escueta y en ocasiones alejada de los principios internacionales recomendados en materia de género. En ese sentido, la única vía de contraste son las decisiones en primera instancia, pero no se ha de olvidar que éstas son confidenciales.

Si bien no se cuenta con unas directrices específicas en materia de género, sí se puede afirmar que España es el único país europeo que ha incorporado un sexto motivo entre las causas convencionales por las cuales se puede alegar persecución, de forma independiente al grupo social

la memoria se pueden consultar datos sobre número de solicitantes por países y continentes; lugar de presentación de la demanda; edades; género; estudios; actividad realizada; documentación presentada; admisión a trámite; número de recursos; colectivos más significativos que interpusieron recurso; datos comparativos con la UE; así como estudios sobre: residentes con estatuto de refugiado en vigor; solicitantes de asilo; admisión e inadmisión a trámite de las peticiones de asilo; aplicación del Reglamento Dublín; resoluciones de asilo; recursos y sentencias.

(43) MINISTERIO DEL INTERIOR, Dirección General de Política Interior, “Formalización de Solicitudes de Asilo, Guía de Buenas Prácticas”, Madrid, junio de 2007.

(44) La violencia de género se tiene en cuenta en el apartado relativo a “los solicitantes con necesidades especiales”. Así, puede leerse “(...) las mujeres pueden sufrir persecuciones específicamente motivadas por su género o ser víctimas de formas de persecución o ataques distintos de los sufridos por los varones. Por ejemplo, en situaciones de conflicto es frecuente que sean víctimas de abusos sexuales en mucha mayor medida que los hombres. Igualmente existe una muy variada gama de situaciones de violencia de género que afectan sólo a las mujeres. El entrevistador debe ser consciente de estos condicionantes y asegurar que la formalización de la solicitud tiene lugar en un ambiente propicio para que la solicitante proporcione la información necesaria. Cuidar al máximo todo lo relativo con la privacidad e insistir en la idea de que se respetará escrupulosamente la confidencialidad de las manifestaciones de la solicitante son elementos especialmente importantes en estos casos. MINISTERIO DEL INTERIOR, Dirección General de Política Interior, “Formalización de Solicitudes de Asilo, Guía de Buenas Prácticas”, op. cit., p. 18.

determinado, en cuyo seno se suelen albergar este tipo de demandas en la mayor parte del mundo.

Según la Disposición adicional tercera añadida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres:

“Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las *mujeres* extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir *persecución por motivos de género*.”

Pueden considerarse incorrecciones técnicas el que no se disponga la debida referencia a los apátridas o sólo se considere la persecución en los países de origen y no la que pueda proceder de cualquier tercer país<sup>45</sup>, sin embargo la referencia explícita a “mujeres” y la negativa a utilizar un lenguaje neutro supone una clara opción del legislador. Se pretende, así, en consonancia con la ley de la que trae causa, disponer una “discriminación positiva” a favor del colectivo femenino, con lo que conlleva de exclusión de las demandas presentadas por varones por motivos relacionados con el género.

En opinión de la doctrina mayoritaria y tal y como ha venido aplicándose por la jurisprudencia, la ausencia de referencia explícita en el texto ginebrino a “sexo” o “género” no resulta óbice para que los Estados tengan una obligación, ésta sí explícita, a la luz del objeto y fin del Convenio, de proteger a hombres y mujeres por igual, lo que requiere, en todo caso, una interpretación sensible e inclusiva en materia de género. Su incorporación con carácter vinculante, para algunos autores, podría suponer incluso cierta marginalización de la mujer<sup>46</sup>.

Sin embargo, hemos de subrayar que con su inclusión formal existe una obligación explícita para el operador jurídico de valorar la demanda a la luz de los condicionantes que en materia de género puede haber sufrido la víctima. Ya no se trata sólo de una obligación de interpretación de la norma bajo el prisma del principio de no discriminación, sino una obligación firme de análisis de ese motivo en particular, que en los próximos años la jurisprudencia se habrá de encargar de llenar de contenido con su aplicación en la práctica. Efectivamente, se habrá de dar respuesta a la consideración de la persecución de lesbianas, homosexuales y transexuales. Sería difícil de entender que en circunstancias similares de persecución, unas demandas se resolvieran en relación con el “género” porque son presentadas por mujeres y el resto por su pertenencia a “determinado grupo social”. También será necesario aclarar en

(45) *Boletín Jurídico de Estudios y Jurisprudencia sobre Extranjería, Inmigración y Asilo*, (Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA, coordinadores), núm. 7 (segundo semestre de 2006), p. 214, (en adelante, *Boletín Jurídico* núm. 7, 2006).

(46) R. HAINES: “Gender-related persecution”, *Refugee Protection in International Law (UNHCR Global Consultation on International Protection*, op. cit., 323. En palabras del autor: “Quite apart from the fact that there is not realistic prospect of the Convention being expanded in this way, the argument in favour of a sixth ground may have the unintended effect of further marginalizing women if misinterpreted as an implicit concession that sex and gender have no place in refugee law at the present. The failure of decision makers to recognize and respond appropriately to the experiences of women stems not from the fact that the 1951 Convention does not refer specifically to persecution on the basis of sex or gender, but rather because it has often been approached from partial perspective and interpreted through a framework of male experiences. The main problem facing women as asylum seekers is the failure of decision makers to incorporate the gender-related claims of women into their interpretation of the existing enumerated ground and their failure to recognize the political nature”.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

qué marco se han de encuadrar las solicitudes de asilo de hombres que temen sufrir persecución por transgredir los estrictos roles sociales impuestos en sus países de origen<sup>47</sup>. Es cierto que son las mujeres las principales víctimas de la violencia de género o, al menos, sufren un castigo desproporcionadamente más severo, no obstante, si bien escasas, las demandas de protección de compatriotas masculinos que aleguen una persecución por motivos similares requiere de una respuesta que, en términos de coherencia, sólo cabría interpretar en relación con el género.

Finalmente, la inclusión del género como motivo de persecución independiente podría llevar aparejado la posible renuncia a valorar el carácter político que a menudo tienen estas demandas, rara vez reconocido por instructores y jueces. El auténtico desafío de las solicitudes de asilo por motivos relacionados con el género se encuentra en la consideración de una actuación guiada por “opiniones políticas” a la “pasiva oposición” que, a menudo, protagonizan las mujeres que se hallan en estas circunstancias. Se trata, quizá, del reto a largo plazo de la disciplina, lograr incorporar una interpretación femenina en el desarrollo progresivo del concepto de “opiniones políticas” como causa de persecución en el DIR del siglo XXI.

### III. CONSIDERACIONES SOBRE LA “VIOLENCIA DOMÉSTICA” COMO MOTIVO DE PERSECUCIÓN EN LA DIRECTIVA DE CUALIFICACIÓN Y PRÁCTICA ESPAÑOLA: OFICINA DE ASILO Y REFUGIO (OAR), AUDIENCIA NACIONAL (AN) Y TRIBUNAL SUPREMO (TS)

De acuerdo con el artículo 63.1 del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) se otorgaba al Consejo un período transitorio de cinco años para adoptar “medidas en materia de asilo, con arreglo a la convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes (...)”. Tan sólo unos meses antes de la finalización de dicha limitación temporal (1 de mayo de 2004) se consigue el consenso en torno a los requisitos para el reconocimiento de refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional (artículos 63.1 y 63.2 del Tratado), sin duda la más trascendente de todas las normas relativas al “sistema europeo común de asilo”.

De esta forma, se obtiene la armonización en conceptos que, como el de “refugiado” o “protección subsidiaria” pertenecían a la esfera más íntima de la soberanía estatal, de exclusiva competencia del Estado. No es de extrañar que su transposición al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la UE vaya a provocar, como en el caso de España, una modificación legislativa

(47) Nicole Laviolette analiza solicitudes de asilo de lesbianas, homosexuales y transexuales, así como, demandas de protección de hombres que albergaban temor de persecución por motivos de género, en el sentido de oposición a roles sociales asignados a hombres y mujeres en relación a casos de servicio militar obligatorio y crímenes de honor. En su opinión, las Guidelines canadienses, especialmente pensadas para dar cabida a las particularidades de las mujeres en exilio, no han sabido dar adecuada cobertura a las de hombres en similares circunstancias. Véase: LAVIOLETTE, núm. “Gender-Related Refugee Claims: Expanding the Scope of Canadian Guidelines”, *International Journal of Refugee Law*, 2007, pp. 169-214.

completa en materia de asilo para acoger a la doble categoría de “personas internacionalmente protegidas”<sup>48</sup>.

No obstante, es importante retener que se trata de una norma de Derecho derivado que tan sólo impone normas mínimas, como se desprende de su base jurídica. En esta materia, pues, la Comunidad tan sólo ostenta una competencia de atribución que como tal resulta limitada y expresa, pues deriva de una competencia soberana anterior cuyo ejercicio se ha convenido compartir en el ámbito comunitario. Dichos parámetros pueden explicar el prudente equilibrio que caracteriza a la Directiva en su regulación de la materia que se aborda y que no viene sino a confirmar la tendencia europea en su análisis de los últimos años.

Si bien es verdad que no se dedica ni siquiera un “considerando” a la aplicación de una perspectiva de género en las demandas de acogida—el legislador es sumamente prudente a este respecto— y se renuncia expresamente a incorporar la “persecución por motivos de género” como causa independiente y separada de las demás, la Directiva sí opta por incorporar algunas de las claves más importantes para el adecuado análisis de estas demandas en sede asilar: por un lado, incorpora la posibilidad de que una grave discriminación pueda tener carácter persecutorio; y por otro, considera que la fuente del daño pueda tener un origen privado, siempre y cuando no se tenga acceso a una efectiva protección estatal.

Coherente con la regulación comunitaria tradicional en materia de asilo, se conserva intacto el concepto de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951. Así y aunque no se dedica ninguna disposición a la “violencia doméstica”, ésta sí estaba en la mente del legislador comunitario junto con el resto de prácticas persecutorias que, tradicionalmente, se han considerado relacionadas con el género del demandante. La Comisión, en su análisis de los artículos de la *Propuesta del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de terceros países y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios*

(48) Según lo establecido en el artículo 38.1 de la *Directiva de Cualificación* (adaptación del Derecho Nacional): “Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 10 de octubre de 2006. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. (...)”.

En atención al artículo 2.c) de la Directiva se entenderá por: “«refugiado»: nacional de un tercer país que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o a causa de dichos temores no quiera regresar a él, y al que no se aplica el artículo 12”. Y el artículo 2.e) entiende que la:

“«persona con derecho a protección subsidiaria»: nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede, o a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país”. Los riesgos a los que alude el artículo 15 (Daños graves) son: “a) la condena a la pena de muerte o su ejecución, o b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

de otro tipo de protección internacional<sup>49</sup> –precedente de la actual Directiva– considera que es un tipo de violencia contra la mujer que la hace merecedora del estatuto de refugiada como “determinado grupo social”. La Institución comenta:

“La interpretación debería también permitir la inclusión de grupos de individuos que son tratados como «inferiores» o de «segunda clase» a los ojos de la ley, tolerando así la persecución a manos de particulares u otros agentes no estatales, o cuando el Estado utilice la ley de manera discriminatoria y se niegue a invocar la ley para proteger a ese grupo. Puede ser el caso en situaciones en que las mujeres son víctimas de violencia doméstica (...).”

En definitiva y como consecuencia más importante de la regulación comunitaria, subráyese que la Directiva se halla en disposición de coadyuvar a evitar la práctica tradicional de los Estados de derivar los casos de violencia doméstica directamente a la protección subsidiaria. Se daría, así, un giro de 180 grados a la perspectiva habitual de análisis europea<sup>50</sup>.

Sus disposiciones en torno a los conceptos de persecución, fuentes de persecución, disponibilidad efectiva de protección estatal, nexo causal y alternativa de huida interna serán del todo relevantes. Véase a continuación, más concretamente, la regulación que la Directiva hace de estos conceptos y su aplicación práctica en España.

### A) La violencia doméstica puede tener carácter persecutorio. La aplicación del test de Lord Hoffman/Lord Steyn en la interpretación española de la noción de persecución

Tanto la jurisprudencia como la instrucción se han venido apoyando en la normativa de armonización europea –primero en la Posición común de 4 de marzo de 1996 y en el artículo 9 de la Directiva de Cualificación, después<sup>51</sup>– con objeto de delimitar qué se ha de entender por “perse-

(49) DOCE C 51 E, 26 de febrero de 2002.

(50) Llama la atención el estudio de la transposición de la Directiva de Cualificación en Francia que revela cómo desde enero de 2004, una de las áreas que en mayor medida se había otorgado protección subsidiaria era aquella relacionada con una persecución por agente privado, como los casos de matrimonio forzado, adulterio, prostitución forzosa, y violencia doméstica. V. CHETAIL: “The Implementation of the Qualification Directive in France: One Step Forward and Two Steps Backwards”, *The Qualification Directive: Central Themes, Problems Issues, and Implementation in Selected Member States*, (ZWAAN, Karin ed.), Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007, pp. 92-93.

(51) Posición común, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea sobre la aplicación armonizada de la definición del término “refugiado” en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al estatuto de refugiado, DOCE L 63, de 13 de marzo de 1996.

En el segundo semestre de 2005, diversas sentencias de la AN y del TS (STSS de 7 de julio, recurso núm. 1729/2002; de 15 de diciembre, recurso núm. 6286/2002; de 15 de diciembre, recurso núm. 6302/2002; de 15 de diciembre, recurso núm. 6305/2002; 4 de noviembre, recurso núm. 5490/2002; 25 de noviembre, recurso núm. 5944/2002; 22 de diciembre, recurso núm. 7106/2002; 22 de diciembre, recurso núm. 7110/2002; SANS de 1 de julio, recurso núm. 920/2003; de 7 de julio, recurso núm. 377/2004; de 22 de septiembre, recurso núm. 947/2003) adoptan la noción de “persecución” recogida en la Posición Común, subrayando que existe una persecución protegible a través de la institución del asilo cuando los hechos acaecidos, o que se tema puedan ocurrir, sean lo suficientemente graves, por su naturaleza o su repetición para constituir un atentado grave a los derechos humanos o impedir de manera evidente la continuación de la vida de la persona en su país de origen. *Boletín Jurídico* núm. 5, 2005.

cución”. No obstante, se ha de subrayar que la norma de Derecho derivado renuncia, finalmente, a una definición concreta del término y opta por disponer el contenido de los llamados “actos de persecución”.

Así, en el Informe de Instrucción 2006 se afirma, tras relatar el acoso sexual y sometimiento religioso al que era sometida la menor por parte del padrastro que “parece fuera de toda duda que la solicitante puede albergar un temor fundado a ser objeto de unas acciones encuadrables (sic) en la noción de persecución, la cual como se define en la Directiva europea «de cualificación», engloba actos «lo suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales...»”. El mismo razonamiento, y tenor literal, se utiliza en el Informe de Instrucción 2004, en relación con un caso de grave violencia doméstica sufrido por la demandante, nacional de Irán, durante más de veinte años.

Si bien la disposición europea precisa que se refiere, en especial, a la violación de los derechos inderogables (artículos 2, 3, 4.1 y 7), nada impide su aplicación en relación al resto de derechos fundamentales –piénsese en la prohibición de discriminación del artículo 15 del CEDH– siempre y cuando se trate de una violación “suficientemente grave”; así se desprende también del listado de actos de persecución que, en forma de *numerus apertus*, dispone el apartado segundo del artículo 9<sup>52</sup>.

No obstante, aunque cada vez con mayor frecuencia, se tiende a considerar las graves discriminaciones de derechos humanos como constitutivas de persecución, huelga decir que ni la discriminación por sí misma, ni el componente de gravedad en exclusiva es suficiente para considerar un caso merecedor de protección asilar. En palabras de Haines, “A distinction must be drawn between a breach of human rights and persecution. Not every breach of a refugee claimant’s human rights constitute persecution. It is only in certain circumstances that discrimination will account persecution. This would be so if measures of discrimination lead to

La misma fundamentación se utiliza en el primer y segundo semestre de 2006. *Boletín Jurídico* núm. 6 y 7, 2006.

En el caso de la instrucción, se cita de forma expresa la Directiva de cualificación en el Informe de Instrucción 2006.

(52) Artículo 9: “1. Los actos de persecución en el sentido de la sección A del artículo 1 de la Convención de Ginebra deberán: a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de sus derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no pueden ser objeto de excepciones al amparo del apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien b) ser una acumulación de varias medidas, incluidas las violaciones de los derechos humanos, que sea lo suficientemente grave como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a). 2. Los actos de persecución definidos en el apartado 1 podrán revestir, entre otras, las siguientes formas:

- a) Actos de violencia física o psíquica, incluidos actos de violencia sexual;
- b) Medidas legislativas, administrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o se apliquen de manera discriminatoria;
- c) Procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios;
- d) Denegación de la tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias;
- e) Procesamientos o penas por la negativa a cumplir el servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento del servicio militar conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado 2 del artículo 12;
- f) Actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o niños”.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

## III

consequences of a substantially prejudicial nature for the person concerned”<sup>53</sup>. El DIR es un mecanismo de protección dispuesto sólo para casos de violación del núcleo duro de derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que, como ha reconocido la AN –en uno de los casos que desestima asilo por violencia doméstica– el derecho de asilo, reconocido en el artículo 13.4 de nuestra Constitución es consecuencia del respeto a la dignidad humana y a los derechos inviolables que a la misma le son inherentes, auténtico fundamento del orden político y la paz social<sup>54</sup>, el DIR sirve de instrumento para valorar el desarrollo progresivo en materia de derechos humanos; tan lejos como llegue el DIR podrá definirnos qué consideramos nuestros valores esenciales, merecedores de protección más allá de las fronteras nacionales.

Por lo que respecta al grado de severidad exigido en Derecho para considerar un atentado como persecutorio, cabe recordar la definición de persecución de la SAN de 28 de junio de 2005: “existencia de una conducta sistemática tendente a producir daño en la vida o derechos inherentes a la dignidad de la persona y dirigida contra un individuo o un grupo, por razones o motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”. Se hace necesario, pues, demostrar el carácter continuo, sistemático y duradero de la persecución<sup>55</sup>, así como su “nexo causal” con alguno de los motivos ginebrinos. Recuérdese, en este sentido, que el artículo 3 de la Directiva de Cualificación exige que los actos de persecución “estén relacionados” con alguno de los motivos de persecución; el nexo causal es, en consecuencia, inevitable.

No obstante, la línea jurisprudencial española –al estilo de la británica, australiana o neocelandesa– no parece exigir una valoración del “ánimo del perseguidor” con objeto de hallar indicios que relacionen su conducta con alguno de los motivos del Convenio ginebrino. HORGAN recuerda que “The United States, for example, requires proof of the persecutor’s motivation, rather than evidence of a casual connexion between the harm and suffered and one of the five ground. Thus, if applicants fail to provide evidence of the persecutors’ intent to harm because of the five grounds, they will not satisfy the nexus requirement. Numerous commentators criticize this approach for being out of step with the humanitarian purpose of the refugee law, which is not designed to establish the persecutor’s liability but rather to provide State protection from persecution”<sup>56</sup>. Esta línea de argumentación nos llevaría a rechazar la mayor parte de las demandas de asilo por motivos de género y, en especial, las relacionadas con la violencia doméstica, por la dificultad de probar que el maltrato responde a objetivos que van más allá de

(53) R. HAINES: “Gender-related persecution”, *Refugee Protection in International Law (UNHCR Global Consultation on International Protection)*, (FELLER, E.; TÜRK, V. y Nicholson, F. eds.), Cambridge University Press, 2003, p. 331.

(54) SAN de 12 de noviembre de 1999 (recurso núm. 661/1998), fundamento de derecho segundo.

(55) Véanse: SAN de 6 de julio (recurso núm. 1106/2003) o STS de 8 de septiembre (recurso núm. 3356/2002) y 18 de julio (recurso núm. 2599/2002). En esta lógica, la STS de 7 de julio (recurso núm. 1729/2002), la STS de 4 de noviembre (recurso núm. 5490/2002), la STS de 8 de septiembre (recurso núm. 3356/2002), la STS de 18 de julio (recurso núm. 2599/2002) y la SAN de 6 de julio (recurso núm. 1106/2003), subrayaban que cuando nos hallamos ante medidas ocasionales, carentes de entidad o sin carácter sistemático y duradero, no podemos hablar de la existencia de una persecución con la entidad suficiente.

(56) O. HORGAN: “Establishing a Nexus in Domestic Violence Asylum Claims: The Relevance of Power and Control in *Matter of R.A.*”, May 18, 2004: [www.law.berkeley.edu/centers/csj/students\\_papers/horgan.pdf](http://www.law.berkeley.edu/centers/csj/students_papers/horgan.pdf). También HATHAWAY, J. “Foreword: The Causal Nexus in International Refugee Law”, *Michigan Journal of International Law*, 23, 2002, p. 23.

los puramente personales. Llevar este argumento hasta sus últimas consecuencias sería extremadamente desproporcionado, como cuando se rechazó la demanda de asilo por violencia doméstica de la Sra. Rodi Alvarado porque su marido, el agente perseguidor, sólo había mostrado interés en maltratar a la solicitante de asilo, a nadie más en el grupo social<sup>57</sup>.

En realidad, no se trata de valorar los motivos del agente perseguidor sino, en línea con los fundamentos del DIR, comprobar que el Estado no ha querido o no ha sido capaz de proporcionar protección en relación con alguno de los motivos de Ginebra (en este caso, suele sustentarse en el “determinado grupo social”). Así se satisface el nexo causal. Ésta es la fórmula dispuesta por Lord Hoffman y Lord Steyn en el caso británico *Ex parte Shah*, y que actualmente es secundada por la mayor parte de la jurisprudencia internacional –y como se verá a continuación, también en el caso de España–. El término persecución englobaría dos elementos: “un daño suficientemente grave” y el “fracaso del Estado en su deber de protección”.

Así explica Lord Hoffman el doble test: “What is the reason for the persecution which the appellants fear? Here it is important to notice that it is made up of two elements. First, there is a threat of violence to Mrs. Islam by her husband and his political friends and to Mrs. Shah by her husband. This is a personal affair, directed against them as individuals. Secondly, there is the inability or unwillingness of the state to do anything to protect them. There is nothing personal about this. The evidence was that the state would not assist them because they were women. It denied them a protection against violence which it would have given to men. These two elements have to be combined to constitute persecution within the meaning of the convention”<sup>58</sup>. HAINES en el caso de Nueva Zelanda, en el mismo sentido, explica “This means that if a refugee claimant is at real risk of serious harm at the hands of a non-state agent (e.g. husband, partner or other non-state agent) for reasons unrelated to any of the Convention grounds, but the failure of state protection is for reason of a Convention ground, the nexus requirement is satisfied (...)”<sup>59</sup>.

Así y gracias a la claridad expositiva del Informe de Instrucción 2006, en la aplicación del test, puede leerse:

“Ante ello, esta Instrucción entiende que nos encontramos ante una mujer que en el momento en que suceden los hechos es prácticamente una niña indefensa, en un país en el que la mujer tiene sus

(57) “(...) the record indicates that (Alvarado)s husband) has targeted only the respondent. The respondent)s husband has not shown interest in any member of this group other than the respondent herself”. BIA. *In Matter of R.A.*, para. 920. De esta forma, se estaría añadiendo un requisito más, este es, la prueba de que el sujeto hubiera perseguido a más de un miembro del particular grupo social, requisito que no proviene de la Convención de Ginebra.

(58) *Ex parte Shah*, (1999) 2 All ER. Para. 564-565. Siguen el mismo razonamiento: Refugee Status Appeals Authority of New Zealand (*Refugee Appeal núm. 71427/99*) y Federal Court of Australia (Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar (2000) FCA 1130. Sobre el case law relacionado con violencia doméstica y la aplicación de la fórmula de persecución, véase: B. ANKER: “Refugee Status and Violence Against Women in the «Domestic» Sphere: the non-State Actor Question”, *Georgetown Immigration Law Journal*, 15 (2001), pp. 391-402.

(59) Vid. B. ANKER: “Refugee Status and Violence against Women in the «Domestic» Sphere: the non-State Actor Question”, op. cit, p. 396.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

derechos fundamentales sensiblemente discriminados, y sometida a los deseos de un hombre ante cuyo poder, no sólo en el ámbito familiar (cabeza de familia) sino social (recordemos aquí la importancia de un juez en Irán) no tiene alternativa ni protección. Como consecuencia de ello, la violación de derechos que refiere haber sufrido la solicitante constituyen para esta Instrucción actos que han ocasionado en ella tal sufrimiento y daño mental y físico que sin duda fundamentan un temor de persecución en un doble sentido.

Por un lado, por el hecho en sí. Es decir, refiere una situación en la que sin haber cumplido la mayoría de edad física y mucho menos mental para comprender la dimensión de la situación en la que se encuentra, se ve sometida a tocamientos, violaciones de su intimidad por parte de un hombre desconocido que ejerce la autoridad dentro del hogar y fuera. Abusos sexuales a una menor que constituyen de por sí, para esta Instrucción, una violación de derechos fundamentales tan abusiva que sin duda se considera que tiene un carácter persecutorio.

Por otro lado, la propia actitud del Estado y por ende, de las leyes iraníes en relación a la mujer y a la violencia doméstica (*Refugee women and domestic violence, Iran, Asylum Aid*, 2001-2002), pues, estructuralmente el ordenamiento iraní está configurado de tal forma que no contempla la protección a las mujeres víctimas de la violencia doméstica ni tampoco facilita las posibilidades de escapar de los malos tratos y menos aún, en el caso de una menor sometida a la custodia del supuesto agente perseguidor (...).”

Efectivamente, la Instrucción considera el doble test, en este caso claramente diferenciado en los dos párrafos transcritos anteriormente. En primer lugar, se analiza si el daño sufrido es suficientemente grave –en este caso, el acoso sexual se estima suficientemente grave por su naturaleza– para, a continuación, valorar la capacidad del Estado para proporcionar protección en estos casos –se observa una falta de voluntad en el Estado iraní que no dispone de mecanismos correctores de este comportamiento. Ambos elementos conforman el test de persecución que va seguido del estudio de la posibilidad de aplicación del “traslado interno” que se analizará más adelante.

De esta forma se supera el tradicional escollo de las demandas de asilo fundamentadas sobre actos de persecución de componente sexual, habitualmente considerados de “naturaleza privada”. La incapacidad del Estado para proteger de este tipo de amenazas convierte lo supuestamente privado en público. Conforme con su naturaleza subsidiaria de la protección estatal, el asilo se ha de centrar en analizar en qué medida el Estado de origen cumple con sus obligaciones esenciales para con sus ciudadanos. En el caso de las demandas por motivos de género, además, se trata de luchar contra presunciones de inferioridad y estereotipos tradicionales que someten a la mujer a formas de discriminación intolerables. HAINES precisa: “(P)ractices such as female genital mutilation, suttee, bride burnings, forced marriages, rape, and domestic violence are not only a violation of liberty and security of the person, they are clearly dangerous and degrading to women and an expression of the inherently inferior standing which women hold in many societies. The right to safety, dignity of the life, and freedom from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is not a cultural derived, but stems the common humanity of the individual”<sup>60</sup>.

(60) R. HAINES: “Gender-related persecution”, op. cit., p. 334.

En cualquier caso, esto no significa que cualquier mujer que viva en tales condiciones de desprotección en sus derechos fundamentales resulta una potencial refugiada. La persecución debe ser “personalizada”.

## B) El reconocimiento de un actor no estatal como agente de persecución primario

A pesar de la férrea oposición alemana<sup>61</sup>, la Directiva termina por avalar la práctica de la gran mayoría de los Estados miembros en virtud de la cual, la fuente del perjuicio no tiene que ser, necesariamente, estatal sino que puede emanar de un agente privado o particular. Ello no persigue otro objetivo que el general del DIR, este es en palabras de la Comisión europea, procurar que todo el mundo tenga derecho a estar libre de persecución u otros peligros graves, y que ante tal peligro se pueda acceder a una protección estatal<sup>62</sup>. La fuente de la persecución o del perjuicio injustificado se considera irrelevante. Lo realmente definitorio es si un solicitante de asilo puede o no obtener protección efectiva contra el perjuicio en el país de origen, provenga ésta de agentes gubernamentales o de ciudadanos privados.

Según el artículo 6:

“Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros:

- a) el Estado;
- b) partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable del territorio;
- c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7.”

El apartado c) del artículo citado resulta de especial relevancia para los casos de solicitudes de asilo por violencia doméstica, desde el momento en que dicho daño suele infringirse por parejas o por la propia familia de la víctima.

En el marco de las relaciones interestatales que protagonizaban las relaciones internacionales cuando surge el DIR, era el Estado de quien se temía una vulneración de los derechos fundamentales. Tras más de medio siglo desde la adopción de su convenio marco, los conflictos armados internos, las situaciones de violencia generalizada o los Estados fallidos han cambiado la dinámica de las relaciones internacionales y los escenarios de vulneración de derechos. No obstante, el objetivo sigue siendo el mismo, se valora la capacidad de protección del Estado que en estos casos y en manos de agentes privados, deja de atender a sus obligaciones internacionales si no de forma directa, de forma indirecta, ya sea por connivencia, pasividad o impotencia.

(61) ECRE *Information note on the Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted*, European Council on Refugees and Exiles, IN1/10/2004/ext/CN, p. 2.

(62) Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, DOCE C 051, 26 de febrero de 2002, Comentario al artículo 9 (nuevo artículo 6), p. 13.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

## III

Resulta imprescindible desterrar la presunción generalizada de que los maltratos en el seno familiar son un asunto netamente privado; clásico obstáculo que ha impedido a sus víctimas el acceso a la protección asilar. Detrás del ataque de ira está la percepción de que se puede descargar esos sentimientos contra la mujer con total impunidad y eso convierte a la violencia en una persecución en razón de género. La complicidad estatal convierte el maltrato en persecución estatal *de facto*. En palabras de Patricia SEITH, “(W)hen domestic violence occurs, it also functions as societal reinforcement of male power; physical and sexual violence is the manifestation of the power that men use to maintain control over women. The target of that subordination is not purely, or even principally, the individual women; all women are targeted and subsequently injured by such subordination. Therefore, classifying domestic violence as a purely private harm is a misconception. When a government is not willing or able to intervene in this institutionalized inequality and, as result, violence and subordination of women pervades society, domestic violence becomes *de facto* public persecution”<sup>63</sup>. Cuando un Estado no proporciona los medios suficientes para protegerse de ese abuso, es la misma estructura estatal la que perpetúa la subordinación.

Evidentemente, no se puede considerar cualquier fracaso de protección como constitutivo legítimo de una petición de asilo. En palabras del Juez Lindgren, del Tribunal Federal de Australia, ha de demostrarse una “constante y sistemática falta de protección por parte del Estado a miembros del particular grupo social”<sup>64</sup>.

En España existe una jurisprudencia asentada sobre la capacidad de estos agentes privados de resultar fuentes de persecución. Numerosas sentencias recuerdan, *a sensu contrario*, que “no puede considerarse una persecución protegible la llevada a cabo por agentes distintos de las autoridades del país de origen del solicitante de asilo a no ser que éstas toleren la persecución o se muestren inactivas o incapaces de proteger al solicitante frente a la persecución alegada”<sup>65</sup>. Por ello resulta tan sorprendente la Sentencia del TS de 11 de octubre de 2005, por la insistencia –tanto durante la instrucción, como en el curso del procedimiento– en demostrar la vinculación entre el marido de Dña. Amparo y el Gobierno de Guinea Ecuatorial, como si de otra forma el daño alegado por la víctima no pudiera calificarse como persecutorio. Según la Alta Instancia

(63) P. SEITH: “Escaping Domestic Violence: Asylum As a Mean of Protection for Battered Women”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6 (October 1997), pp. 1810-1811.

(64) M.G. HEYMANN: “Domestic Violence and Asylum: Toward a Working Model of Affirmative State Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 17, núm. 4, 2005, p. 735.

(65) Sólo en el segundo semestre de 2005, pueden consultarse (STSS de 22 de julio, recurso núm. 3122/2002; de 8 de septiembre, recurso núm. 3311/2002; de 6 de octubre, recurso núm. 2098/2002; de 14 de octubre, recurso núm. 4553/2002; de 4 de noviembre, recurso núm. 4963/2002; de 10 de noviembre, recurso núm. 4085/2002; SANS de 6 de julio, recurso núm. 1106/2003; de 13 de julio, recurso núm. 13/2004; de 13 de julio, recurso núm. 1158/2003; de 13 de julio, recurso núm. 23/2004; de 20 de julio, recurso núm. 10/2004; de 30 de julio, recurso núm. 244/2003; de 7 de septiembre, recurso núm. 17/2004; de 14 de septiembre, recurso núm. 257/2005; de 15 de septiembre, recurso núm. 837/2003; de 21 de septiembre, recurso núm. 268/2005; de 28 de septiembre, recurso núm. 26/2005; de 28 de septiembre, recurso núm. 28/2005; de 22 de septiembre, recurso núm. 917/2003; de 22 de septiembre, recurso núm. 947/2003; 30 de septiembre, recurso núm. 358/2004; de 5 de octubre, recurso núm. 1311/2003; de 5 de octubre, recurso núm. 39/2005; de 19 de octubre, recurso núm. 482/2003). *Boletín Jurídico* núm. 5, 2005.

judicial, “remitida la solicitud al ACNUR, éste remitió informe favorable a la admisión a trámite de la petición de asilo, señalando que «si el marido de la interesada fuera una persona relevante del Gobierno ecuatoguineano, la interesada podría albergar un fundado temor de persecución. Por eso, sería necesario realizar las oportunas averiguaciones en relación con las alegaciones de la interesada» (...) realizadas las oportunas averiguaciones ante nuestra Embajada en Malabo, su marido no es una persona relevante del Gobierno de su país, quien, hipotéticamente pudiera abusar de su posición y convertir esa violencia en una persecución estatal”<sup>66</sup>.

La oportunidad de las averiguaciones no se cuestiona; se considera, no obstante, un análisis incompleto y poco riguroso, desde el momento que obvia afirmar que el carácter persecutorio no depende del puesto de responsabilidad pública que ostente el marido sino de la actuación estatal a través de sus agentes públicos o, de forma indirecta, cuando no se protege eficientemente de los ciudadanos privados. En ningún caso se hace un análisis semejante, ni siquiera por parte de la Oficina del Alto Comisionado. Finalmente, el TS resuelve en este sentido mas con cierta ambigüedad, así dispone que “(...) carece de relevancia el dato de que el marido de la solicitante sea o no un alto cargo del Gobierno Guineano, porque aunque no lo sea (...) puede someter a su mujer a vejaciones y malos tratos, de los que, siendo él afiliado al partido del Gobierno, es *presumible que tenga ella difícil defensa* (la violencia ha llegado a tal extremo que él mandó a gente a que acuchillara a la hermana de la actora, en cuya casa ésta se había refugiado, lo que da muestra de la violencia de los golpes y maltratos)”<sup>67</sup>. Se trata de una valoración indirecta de la falta de voluntad del Gobierno en proteger y de la ausencia de mecanismos eficaces.

La jurisprudencia española no aporta datos sobre cuáles son los parámetros para medir la eficacia de la protección estatal, en qué consiste, en definitiva, el “estándar de diligencia debida”.

Según la normativa aplicable –artículo 7 de la Directiva de cualificación– debe existir un sistema de protección nacional y un dispositivo para la detección, procesamiento y castigo de las acciones que constituyen persecución u otro perjuicio grave. La cuestión es si tal sistema en conjunto ofrece un nivel suficiente y accesible de protección a todos los miembros de la población. Según su tenor literal:

“1. Podrán proporcionar protección: a) el Estado, o b) partidos u organizaciones, incluidas las organizaciones internacionales, que controlen el Estado o una parte considerable de su territorio.  
2. En general, se entenderá que existe protección cuando los agentes mencionados en el apartado 1 tomen medidas razonables para impedir la persecución o el sufrimiento de daños graves, entre otras, la disposición de un sistema jurídico eficaz para la investigación, el procesamiento y la sanción de acciones constitutivas de persecución o de daños graves, y el solicitante tenga acceso a dicha protección (...)”<sup>68</sup>.

(66) STS de 11 de octubre de 2005 (recurso núm. 4178/2002), fundamento de derecho segundo.

(67) STS de 11 de octubre de 2005 (recurso núm. 4178/2002), fundamento de derecho, tercero. La cursiva es de la autora.

(68) El apartado 3.º dispone: “Al valorar si una organización internacional controla un Estado o una parte considerable de su territorio y proporciona la protección descrita en el apartado 2, los Estados miembros tendrán en cuenta la orientación que pueda desprenderse de los actos pertinentes del Consejo”. En este sentido, la Comisión cita expresamente a la ONU y la OTAN y a su capacidad para proporcionar una protección similar a la del Estado internacionalmente reconocido. La

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

La protección para ser efectiva ha de resultar accesible, disponible a todos los ciudadanos sin excepción y sin consideración a cualesquiera aspectos de su identidad. Es evidente que la “demostración” debe correr a cargo de las autoridades del país de acogida, pues son quienes están en disposición de poder comprobar que el Estado [letra a)] o los partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio están en disposición de proporcionar la protección adecuada contra la “violencia doméstica”.

En realidad y según la Comisión Europea, habría dos fases en la evaluación, una relativa a la determinación de si efectivamente el Estado ha tomado o cabía esperar razonablemente que tomara las medidas adecuadas para controlar o combatir la materialización del perjuicio, y la segunda destinada a determinar si el solicitante tiene acceso razonable a la protección estatal, para lo cual, se tienen en cuenta factores como si el solicitante puede presentar pruebas de que los presuntos perseguidores no están sujetos al control del Estado; la naturaleza del acceso a la protección, y en su caso, pasos dados por el solicitante para obtener la protección de funcionarios del Estado y la respuesta del Estado a estas tentativas<sup>69</sup>.

En atención a los Informes de Instrucción, en primera instancia se suele comprobar la diligencia debida en atención al sistema legal en su vertiente formal (si existen leyes que penalizan el comportamiento y si se puede denunciar), así como su eficacia en la práctica y todo ello con informes internacionales de contraste.

En el Informe de Instrucción 2004, se indica que en Irán la violencia doméstica está muy extendida y “no existen apenas remedios legales frente a ella (...) de hecho la sanción de los malos tratos familiares se limita al terreno económico (...)”. En suma, dispone el citado informe: “(...) si bien es patente que el agente perseguidor no es inicialmente un representante del poder iraní, la solicitante describe una situación en que sus autoridades no están en condiciones de protegerla frente a la persecución que sufre no por una imposibilidad coyuntural (ninguna autoridad puede proteger a todos sus ciudadanos todo el tiempo frente a toda amenaza) o por un insuficiente funcionamiento de los mecanismos de protección (debido, por ejemplo, a escasez de recursos materiales), sino porque estructuralmente el ordenamiento iraní está con-

disposición parece abusiva pues es de sobra conocido que estos organismos no tienen capacidad para imponer la ley ni están sujetos a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Son numerosos los casos de la reciente práctica internacional en los cuales la presencia de fuerzas internacionales de pacificación no resultaron suficientemente garantistas. Ver: J. McADAM: “The Qualification Directive: an Overview”, *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, op. cit., p. 13.

(69) La Comisión estipula que los Estados miembros deben considerar los siguientes factores:

a) condiciones generales del país de origen; b) complicidad del Estado en la materialización del perjuicio; c) naturaleza de las políticas de Estado en cuanto al perjuicio de que se trata, incluyendo si en él rige un Derecho penal que castigue los ataques violentos por los perseguidores con condenas proporcionadas a la gravedad de sus delitos; d) influencia de los presuntos perseguidores en funcionarios del Estado; e) Si las medidas oficiales eventualmente adoptadas son significativas o meramente formales, incluyendo una evaluación de la voluntad de los organismos de aplicación de la ley de detectar, procesar y castigar a los delincuentes; f) si hay un hábito de pasividad estatal; g) denegación de los servicios del Estado; h) si el Estado ha adoptado alguna medida para prevenir la realización del perjuicio. Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, op. cit., p. 14.

figurado de forma tal que no contempla la protección de las mujeres víctimas de la violencia doméstica ni tampoco facilita las posibilidades de escapar de los malos tratos mediante la disolución del vínculo matrimonial<sup>70</sup>.

Como en el caso anterior, el Informe de Instrucción 2007, no duda en basarse en la falta de eficacia del ordenamiento marroquí, a pesar de que “ni la legislación califica como tipos punibles el embarazo y maternidad fuera del matrimonio, ni las autoridades persiguen esta conducta”. Lo realmente definitivo es que las autoridades marroquíes no tienen mecanismos de respuesta ante el colectivo de madres solteras que sufren violencia por parte de sus familias<sup>71</sup>.

Y todo ello basado en informes internacionales públicos y de contrastada solvencia (Informe del Reino Unido: *Iran Country Report* de octubre de 2004. *Refugee women and domestic violence Irán. Asylum Aid. 2001-2002*. Informe del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (28 período de sesiones, de 13 a 31 de enero de 2003), así como el acta resumida de la 627.<sup>a</sup> sesión del mismo para el 29.<sup>a</sup> período de sesiones del mismo Comité, reveladores de la situación de la mujer en Marruecos).

No obstante, si bien no se refleja en los casos resueltos favorablemente en primera instancia, una cuestión que sigue produciendo una jurisprudencia oscilante es si resulta necesaria la denuncia de los hechos ocurridos ante las autoridades del país de origen para que pueda considerarse que la persecución se encuadra en la Convención de Ginebra. En este sentido, lo que parecen exigir nuestros tribunales es que los actos de persecución llevados a cabo por agentes no estatales sean conocidos por las autoridades del país y que, por tanto, se pueda constatar de algún modo que tuvieron oportunidad de protegerles y no lo hicieron. Así, en los casos en los que los hechos no podían ser conocidos por las autoridades sino a través del propio solicitante, los tribunales parecen exigir que se haya denunciado la persecución sufrida ante las autoridades y éstas hayan permanecido inactivas o hayan sido incapaces de proteger<sup>72</sup>.

(70) Se utiliza el mismo razonamiento en el Informe de Instrucción 2006, también, se recuerda, relativo a Irán.

(71) “En Marruecos, en tales casos, el agente perseguidor no es estatal (...). Son los propios familiares los que pueden generar episodios de violencia, con la indiferencia cuando no complacencia, del entorno social, y con la *pasividad institucional*, en la que aún está arraigada la creencia de que estos actos de violencia corresponden al ámbito de la privacidad y honor familiares. La falta de formación y capacitación profesional tanto de la afectada como de su familia, un entorno social de pobreza, la ausencia de otros horizontes vitales que el íntimo familiar, el fuerte arraigo de ciertos patrones culturales tradicionales de gran fuerza social en los estratos más humildes y un tanto más relajados en las capas medias urbanas, son factores que pueden hacer que la familia transforme la vergüenza en violencia contra la afectada. La afectada ni puede (ni puede siquiera plantearse en algunas ocasiones) pedir protección a unas autoridades que de forma muy mayoritaria *comparten* la mentalidad del agresor. De hecho, la propia afectada puede compartir las razones y justificaciones del agresor y solamente una situación de violencia insoportable y su deseo de no abortar o de no abandonar al recién nacido la empujan a abandonar el entorno familiar (...) En definitiva, la solicitante, dadas sus particulares circunstancias personales y su pertenencia a un concreto grupo social, ha sido objeto de torturas por parte de su familia, que así se convierte en agente de persecución.”

(72) Varias sentencias rechazan las pretensiones de aquellos solicitantes de asilo que alegaron sufrir una persecución por agentes no estatales y que no denunciaron los hechos ante las autoridades de su país: *Inter alia*, STS de 11 de octubre, recurso núm. 4226/2002; de 10 de noviembre, recurso núm. 5697/2002; de 22 de diciembre, recurso núm. 6370/2002; de 22 de diciembre, recurso núm. 7566/2002; SANS de 8 de julio, recurso núm. 673/2003; de 13 de julio, recurso núm. 1161/2003; de 27 de julio, recurso núm. 208/2005; de 7 de septiembre, recurso núm. 5/2005; de 28 de septiembre, recurso núm. 368/2004;

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

No obstante, este requisito ha de entrar en diálogo con el resto de particularidades del caso, especialmente las circunstancias personales de la víctima. No puede exigirse en todo tiempo y lugar, y ese margen de apreciación resulta excesivo en manos de nuestros tribunales. Puede afirmarse, en definitiva, un uso a menudo arbitrario del requisito de la denuncia<sup>73</sup>.

### C) El nexo causal con el “determinado grupo social” y la renuncia a valorar el trasfondo “político” de una persecución por motivos de género

La SAN en el recurso 661/1998, reproduciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirma que: “aunque se haya probado que en un determinado país se den las circunstancias de hecho que pueden dar origen a la aplicabilidad en España del derecho de asilo, o la concesión de la condición de refugiado, es indispensable que la persona que lo solicite pruebe de manera satisfactoria que tiene temor de ser perseguido por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de actividades políticas, siendo ésta la razón determinante de ese temor, de forma que pueda llegarse a la convicción precisa de que procede otorgar el asilo o conceder la condición de refugiado”.

Así, y después de examinar la documentación aportada en el expediente, y de los hechos alegados y reproducidos en la demanda que describen un cuadro severo de violencia doméstica la AN dispone:

“(…) no se desprende la existencia de un temor racional y fundado que, desde la perspectiva subjetiva de la actora y de los indicios objetivos que le rodean permitan afirmar, con una elemental racionalidad, que exista un temor fundado de ser perseguido por alguna de las causas amparadas por la Convención de Ginebra para los refugiados. *La situación descrita, dicho sea con todos los respetos para la actora, es más propia de un supuesto de malos tratos que, propiamente de un*

de 7 de octubre, recurso núm. 1238/20023), que retiraron la denuncia no dando a las autoridades de su país posibilidad de actuar (STS de 6 de octubre, recurso núm. 3228/2002), o que denunciaron los hechos, pero sin proporcionar toda la información necesaria a la policía de su país (STS de 22 de diciembre, recurso núm. 6633/2002).

(73) Así, por ejemplo, en casos relacionados con demandas de asilo por motivos relacionados con el género, resulta un caso particular el analizado en la sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2006. En este asunto, una mujer nigeriana que huyó de su país para evitar que se le practicara una ablación del clítoris, que sí sufrió su hermana, solicitaba asilo. La AN rechaza sus pretensiones porque la persecución no fue llevada a cabo por agentes estatales sin que constara que éstos consintieron o se abstuvieron de perseguir tales conductas. Sin embargo, parece necesario destacar que la solicitante había subrayado que no denunció los hechos ante las autoridades porque en Nigeria la ablación es una práctica constante. También se rechaza la demanda en la SAN de 18 de enero de 2003 porque la ablación está tipificada en Nigeria desde 1999 en su Código Penal y los poderes públicos reprimen estas actividades. Sin embargo, en STS de 28 de febrero de 2003 se relata una persecución por razón de sexo en un caso de matrimonio forzado. Si bien no hubo denuncia ante las autoridades nigerianas, la justificó la recurrente por el miedo que tenía a las consecuencias de la puesta en conocimiento de los hechos ante las autoridades, siendo un hecho conocido –en el que incide el ACNUR–, que los derechos de las mujeres se violan de forma rutinaria en Nigeria y que, incluso, su Código Penal establece atenuantes para los delitos violentos cuando los sufren las mujeres.

Véanse: SAN de 20 de septiembre de 2006, recurso núm. 112/2006. *Boletín Jurídico* núm. 7, 2006. SAN de 18 de enero, recurso núm. 56/2005. STS de 28 de febrero, recurso núm. 735/2003.

*supuesto de asilo por razones de raza, religión, actividades políticas o pertenencia a grupo social determinado*<sup>74</sup>.

La expresión utilizada es suficientemente representativa de la valoración que han merecido esta clase de demandas no sólo en la jurisprudencia española sino en toda la de nuestro entorno. Llama la atención que incluso ACNUR informa desfavorablemente<sup>75</sup>. Si bien es cierto que las directrices del Alto Comisionado son de 2002, no es menos cierto que el personal de la oficina debiera conocer los fundamentos jurídicos que se esbozan ya en la sentencia de *House of Lords en Shah*, de 1999. Estábamos, por tanto, muy lejos de sus presupuestos.

No hay excusas, en cambio, para dicha fundamentación en el caso de la SAN número 119/2005, de 8 de febrero donde la magistrada dispone:

“El relato de persecución de la demandante que, como se ha manifestado se basa, sintéticamente, en los malos tratos de su esposo, consiste en una persecución que procede de su propia familia. Es cierto que tal relato se acompaña de un indicio probatorio consistente en una copia de la denuncia que obra en el folio 44 del expediente administrativo, mas basta poner de manifiesto dicho resumen de los motivos de persecución para concluir (...) que no se está poniendo de manifiesto un relato de persecución por alguno de los motivos encuadrables en la Convención de Ginebra de 1951 pues, al menos hasta la fecha la llamada «violencia doméstica» no está comprendida dentro de las causas que, a tenor de la Ley de Asilo y/o Convención de Ginebra permitiría la admisión a trámite de una solicitud de asilo”<sup>76</sup>.

Nos parece de especial gravedad que el caso se resuelva sin más análisis en el año 2005. La pobreza y parquedad argumental de nuestras altas instancias judiciales resulta especialmente llamativa en relación a estas demandas. Es evidente que no se trata de que todas las formas de persecución se hallen explícitamente recogidas en el tenor literal de la ley o la Convención sino de interpretar cuándo un daño grave puede llegar a ser persecución, sea a través de la violencia doméstica, la violación, la discriminación severa, y que ella se halle relacionada con uno de los motivos ginebrinos.

Habitualmente, ha resultado más fácil otorgar cobertura asilar a las demandas por malos tratos si éstos se hallaban relacionados con algún motivo de los tasados convencionalmente. Así en la STS de 11 de octubre de 2005 (recurso núm. 4178/2002) se toma en consideración la demanda de la actora gracias a su conexión con las ideas políticas. “Del relato de la Sra. Amparo (...), se dedu-

(74) SAN de 12 de noviembre de 1999 (recurso núm. 661/1998), fundamento jurídico tercero y cuarto. La cursiva es de la autora.

La Sala considera, finalmente, de conformidad con la recomendación hecha por ACNUR, otorgar asilo por razones humanitarias, llamando la atención a la Administración sobre las características de dicha potestad discrecional, pero arbitraria, por lo que demostrados los presupuestos objetivos, suficientemente acreditados en este caso, se debió proceder a su concesión en primera instancia.

(75) ACNUR informa desfavorablemente la admisión a trámite el 8 de julio de 1998. SAN de 12 de noviembre de 1999 (recurso núm. 661/1998), fundamento de derecho primero, para. 2.

(76) SAN recurso núm. 119/2005, fundamento de derecho cuarto *in fine*. Es necesario matizar que la petición de asilo no sólo se deniega porque la Sra. Mahcer no alega ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra, sino también y con sustento en el artículo 5.6 de la Ley de asilo, por ausencia de verosimilitud.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

## III

ce de forma clara que la violencia de la que es víctima por parte de su marido no es un suceso más de violencia doméstica, sino que tiene raíces políticas. En su relato dijo que “su marido es del PDG y en 1993 se enteró de que la solicitante era del PP y comenzó a maltratarla”, así que ninguna duda cabe de que los maltratos nacieron a causa de las ideas políticas de la actora, configurando así una persecución protegible mediante la institución del asilo (...)”<sup>77</sup>.

Se constata la ausencia de una jurisprudencia coherente y constante en materia de solicitudes de asilo por motivos de género, en especial por razones vinculadas con la violencia doméstica y, según los estudios realizados por Anita Sinha aquéllas favorables suelen tener como trasfondo prácticas o costumbres ajenas a Occidente; la jurisprudencia se ve animada por erróneos estereotipos raciales y de género, en lugar de verse informada por la correcta aplicación del Derecho. Así, la autora señala como paradigmática de este fenómeno la reciente decisión *In re S.A.* en la cual la Corte norteamericana concede asilo a la demandante, víctima de violencia doméstica, gracias al papel pivote que juega la religión fundamentalista en su persecución<sup>78</sup>. Rituales africanos relacionados con la ablación del clítoris en comparación con la violencia doméstica que no se puede predicar de una raza, una cultura o una religión sino que se trata de un mal endémico de nuestras sociedades hacen más complejo su engarce en el segundo de los supuestos.

En atención a la doctrina especializada en la materia, podríamos afirmar que gracias a las *guidelines* y cierta jurisprudencia se habría producido una mayor sensibilización jurídica en torno a la interpretación de las solicitudes de asilo por motivos de género y entre ellas, las relacionadas con la violencia doméstica, no obstante, lo que Sinha vendría a matizar es que si bien se pueden hallar más resoluciones favorables, ello no quiere decir que respondan a una adecuada interpretación de las buenas prácticas propuestas y los estándares internacionales exigen<sup>79</sup>.

Lo que sí queda fuera de toda duda es la vinculación jurídica de las demandas relacionadas con cuadros de violencia doméstica con el “determinado grupo social”. Como se verá a continuación, tanto la jurisprudencia como la instrucción renuncian siquiera a esbozar la posibilidad de que estas manifestaciones puedan albergar alguna connotación política.

La STS de 14 de diciembre de 2006 (recurso núm. 8233/2003) delimita con mayor detalle cuáles pueden ser los elementos comunes que definan al grupo social y lo diferencien del resto de los miembros de la sociedad de origen. En este sentido, se hace eco de la definición del artículo 10.d) de la Directiva de Cualificación. Según la citada disposición:

(77) STS de 11 de octubre de 2005 (recurso núm. 4178/2002), fundamento de derecho tercero.

(78) BIA June 27, 2000. Este fenómeno perpetúa el debate sobre el llamado “colonialismo feminista”. SINHA, A.: “Domestic Violence and US Asylum Law: Eliminating the «Cultural Hook» for Claims Involving Gender-Related Persecution”, *New York University Law Review*, vol. 76, November 2001, pp. 1562-1598.

(79) El considerable avance producido que defiende Patricia A. Seith, en su opinión gracias la aplicación de las *guidelines* en materia de género por los operadores jurídicos, es matizada por Anita Sinha quien a pesar de los resultados no considera que estas directrices se apliquen correctamente. P. SEITH: “Escaping Domestic Violence: Asylum As a Mean of Protection for Battered Women”, *Columbia Law Review*, vol. 97, núm. 6 (October 1997), pp. 1804-1843. A. SINHA: “Domestic Violence and US Asylum Law: Eliminating the «Cultural Hook» for Claims Involving Gender-Related Persecution”, op. cit.

“Se considera que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular:

- los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y
- dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá considerarse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Podrían tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo”<sup>80</sup>.

La Comisión en sus comentarios al articulado de la norma de Derecho derivado, dispone que el término se ha elaborado “deliberadamente” de manera abierta y que necesita interpretarse de manera amplia, si bien, la referencia al sexo o la orientación sexual no implica que este motivo de persecución cubra necesariamente a todas las mujeres y homosexuales. Su aplicabilidad dependerá de circunstancias particulares y contexto del país de origen y las características de la persecución y los perseguidos. “La interpretación debería también permitir la inclusión de grupos de individuos que son tratados como «inferiores» o de «segunda clase» a los ojos de la ley, tolerando así la persecución a manos de particulares u otros agentes no estatales, o cuando el Estado utilice la ley de manera discriminatoria y se niegue a invocar la ley para proteger a ese grupo. Puede ser el caso en situaciones en que las mujeres son víctimas de violencia doméstica (...)”<sup>81</sup>. La intención del legislador comunitario es clara al respecto.

Los grupos sociales particulares que se identifican en los Informes de Instrucción analizados en casos de violencia doméstica parecen seguir las directrices comunitarias y comparten todos la misma estructura argumental, tan sólo cambia el contenido del grupo en sí. Así, en el Informe de Instrucción 2006:

“Establecida la existencia de un temor fundado de la solicitante y el agente perseguidor, un último requisito exigido por la definición de refugiado (en este caso refugiada) contenida en la CG51 es que la persecución obedezca a uno de los cinco motivos que la Convención menciona. En el caso que aquí nos ocupa, es claro que los motivos relacionados con las opiniones políticas, la raza, o la nacionalidad de la solicitante son irrelevantes.

También resulta inaplicable la motivación centrada en la religión de la solicitante.

(80) *Gender* en la versión inglesa. Dicha disposición de la Directiva ha sido criticada porque parece requerir que se satisfagan los dos test clásicos (social identity test/common characteristics test) y también por la pobre referencia a los problemas relacionados con el género. N.P. BERKOWITZ: “Gender and EU Asylum Law”, *EU Immigration and Asylum Law*, (PEERS, S.; ROGERS, N. eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2006, p. 561. Parece lógico que se exijan con carácter alternativo no acumulativo.

(81) Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, op. cit., Comentario al artículo 12 (nuevo artículo 10), p. 17.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

Quedaría por tanto por analizar la posibilidad de que la persecución sufrida por la solicitante tuviera su origen en su pertenencia a un grupo social determinado.

La definición de grupo social ha dado lugar a numerosas discusiones que abarcan desde cuál es la posible extensión de ese «grupo» (¿puede considerarse un «grupo social» a la mitad de la población, como serían las mujeres de un determinado país?) hasta qué elementos lo definirían (¿el hecho de sufrir un determinado tipo de persecución convierte a las víctimas en un grupo social?).

La posición que aquí se seguirá es que el grupo social deberá estar constituido por personas que compartan uno o varios rasgos que son, precisamente, los que identifica el agente perseguidor como causa de la persecución. Consecuentemente, no se entiende que sea particularmente importante la extensión del grupo, que vendrá determinada por el mayor o menor número de personas en los que se cumpla la definición antes mencionada.

Los hechos alegados, que ya de por sí tienen un carácter persecutorio con independencia del sexo del o la solicitante, adquieren una dimensión mayor si atendemos al sexo de la solicitante. En efecto, de acuerdo con la información existente sobre el país de origen, la desigualdad y la falta de derechos sociales y legales que afectan a todas las mujeres iraníes permite identificar su situación como una verdadera discriminación de género y definir a las mujeres iraníes sometidas a abusos continuados por parte de los hombres que socialmente ejercen su custodia (marido, padre) como un grupo social definido por características innatas e inmutables y que sin duda, reciben un trato diferenciado al de los hombres”<sup>82</sup>.

En el Informe de Instrucción 2004 siguiendo este criterio general,

“se estima que puede hablarse de un grupo social constituido por las mujeres casadas en Irán, que no sólo compartirían rasgos comunes (su condición femenina y su estado civil), sino que, además, estarían siendo delimitadas como tal grupo por las propias autoridades, quienes a través de normas discriminatorias específicamente dirigidas a limitar los derechos de la mujer, fomentan implícitamente el abuso contra las mujeres casadas.”

Por su parte en relación al caso de la madre soltera marroquí:

“En la actualidad en Marruecos la mujer embarazada sin estar casada y la madre soltera constituyen un grupo social a efectos de la definición recogida en la Convención de Ginebra: el hecho evidente del embarazo y del posterior nacimiento del hijo y la mera presencia del nacido hace que la embarazada y la madre soltera posean rasgos específicos definidores del grupo social que constituyen, elementos visibles física y socialmente imposibles de eludir, salvo mediante el aborto o el abandono del recién nacido. En la actualidad, en Marruecos, la embarazada y la madre solteras soportan un estigma social como consecuencia de una conducta considerada vergonzosa que, en determinados casos, puede dar lugar a situaciones de persecución.

Es decir, la solicitante forma parte de un grupo social claramente definido en Marruecos”<sup>83</sup>.

No obstante, es importante recordar que no basta con pertenecer a un grupo social determinado sino que la citada persecución ha debido manifestarse en la persona interesada. Se han dado

(82) Informe de Instrucción 2006, p. 7-8.

(83) Informe de Instrucción 2007, p. 2.

casos en la jurisprudencia española en los que aun perteneciendo el solicitante de asilo al grupo social presuntamente perseguido no es capaz de demostrar cómo se ha concretado la persecución genérica del grupo en su persona, no procediendo la admisión a trámite de la solicitud<sup>84</sup>.

De forma habitual se ignora el carácter político de la violencia doméstica. Es como si se castigara a una mujer que ha sufrido violencia doméstica porque en el fondo ella también tuviera una conciencia machista. En nuestro caso es llamativa la frase: “la mueve su sentimiento de ser madre”. No se hace el más mínimo esfuerzo por considerar la oposición de la demandante de asilo a interrumpir su embarazo como una toma de conciencia política. Como señaló la posición disidente en *In re R.A.* “(o)pposition to male domination and violence against women, and support for gender equity constitute a political opinion”<sup>85</sup>.

El prototipo de refugiado es alguien con una actitud crítica, convicciones políticas, abierto a llevar una actitud de resistencia contra el orden establecido y que sufre temor a causa de estas actividades. Se trata de un sujeto con una actividad pública. Sin embargo, en muchos países, éste es un terreno reservado a los hombres. Las mujeres pueden tener una actitud de resistencia menos prominente, desarrollada en la esfera privada, no obstante, estos casos no se suelen considerar razonables motivos de persecución.

En opinión de SANTOLAYA, debemos evitar entender el término “político” en un sentido restringido como posición frente a un gobierno para incluir en él actitudes contrarias al entramado de creencias, por ejemplo religiosas o sociales, sobre los que se apoya ese régimen y que constituyen su credo oficial, que está dispuesto a imponer, incluso en la esfera privada, utilizando todo su poder coercitivo<sup>86</sup>.

Olivia HORGAN considera “(t)he dynamic of power and control is relevant to establishing a nexus based on political opinion. If a husband forbids his wife to leave the house and she decides to disobey him and leave anyway, then she is expressing resistance to male domination and control, which is a political opinion. Violence or retribution that occurs in response to the expression of such opinion is persecution on account of political opinion. Domestic violence research clearly shows that violence often escalates when the battered feels that his dominance and control are being challenged”<sup>87</sup>.

El auténtico desafío de las demandas de asilo por motivos de género en los años venideros será romper con este estereotipo, una vez se consiga una interpretación de opiniones políticas que consiga encajar estas nuevas formas de expresión de una legítima oposición.

(84) En esta lógica, *inter alia*, STS de 16 de octubre de 2006 (recurso núm. 7266/2003), en relación con un solicitante de asilo de etnia gitana.

(85) A. SINHA: “Domestic Violence and US Asylum Law: Eliminating the «Cultural Hook» for Claims Involving Gender-Related Persecution”, *op. cit.*, p. 1593.

(86) P. SANTOLAYA: “Derecho de asilo y persecución relacionada con el sexo”, *Mujer y Constitución*, *op. cit.*, p. 575.

(87) O. HORGAN: “Establishing a Nexus in Domestic Violence Asylum Claims: The Relevance of Power and Control in *Matter of R.A.*”, *op. cit.*, p. 29.

## D) La “alternativa de huida interna” aplicada a casos de persecución por violencia doméstica: el criterio de la “razonabilidad” del retorno y el “perfil social” del solicitante

El análisis de la posibilidad de reubicación interna del solicitante de asilo se ha incorporado al examen de la determinación de la demanda, como una pieza imprescindible de su engranaje, confirmando una práctica relativamente reciente que la Directiva termina por confirmar<sup>88</sup>. Si bien ya se hacía alguna mención a la posibilidad de que los temores de ser perseguido no se refiriesen a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad, en el Manual de ACNUR de 1979<sup>89</sup>, lo cierto es que los Estados no habían hecho uso de este concepto hasta la década de los noventa; se trata, pues, de un medio característico de la dinámica de contención de flujos que emprende Occidente y que juega un papel importante en la denegación del estatuto de refugiado<sup>90</sup>. La inconsistencia de su fundamento, imprecisión, amplio margen de apreciación de los Estados la convierte en un arma imprevisible.

El artículo 8 de la Directiva, titulado “protección interna”, estipula:

“1. Al evaluar la solicitud de protección internacional, los Estados miembros podrán establecer que un solicitante no necesita protección internacional si en una parte de su país de origen no hay fundados temores de ser perseguido o un riesgo real de sufrir daños graves, y si es *razonable* esperar que el solicitante se quede en esa parte del país.

2. Al examinar si otra parte del mismo país de origen se ajusta a lo establecido en el apartado 1, los Estados miembros tendrán en cuenta las circunstancias generales reinantes en esa parte de país y las circunstancias personales del solicitante en el momento de resolver la solicitud.

3. El apartado 1 podrá aplicarse aunque existan obstáculos técnicos al retorno al país de origen”<sup>91</sup>.

(88) Como subraya la Comisión en los comentarios a la Directiva, sólo si la solicitud de protección internacional fuera admisible y, por tanto, el solicitante demuestra un temor fundado a ser perseguido, pueden los Estados miembros considerar la opción de protección interna. Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, op. cit., Comentario al artículo 10 (nuevo artículo 8), p. 14.

(89) En concreto, puede leerse: “Los temores de ser perseguido no siempre han de referirse a la totalidad del territorio del país de la nacionalidad del refugiado. Así, en los conflictos étnicos o en caso de graves disturbios que entrañen una situación de guerra civil, la persecución de un grupo étnico o nacional determinado puede darse sólo en una parte del país. En tales situaciones, una persona no quedará excluida de la condición de refugiado simplemente porque podía haber buscado refugio en otra parte del mismo país si, a la luz de todas las circunstancias del caso, no hubiera sido razonable, contar con que así lo hiciera”. ACNUR: *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*, Ginebra 1979, para. 91. Obsérvese el criterio de “razonabilidad” que incorpora y que ha sido asimilado, mayoritariamente, por la jurisprudencia internacional y también por la Directiva; consideramos que ese criterio se encuentra en el origen de una errónea interpretación del concepto de reubicación interna, con consecuencias negativas en garantías de derechos y coherencia judicial.

(90) J. HATHAWAY: “Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an aspect of refugee status determination”, *Refugee Protection in International Law (UNHCR Global Consultation on International Protection)*, (FELLER, E.; TÜRK, V. y NICHOLSON, F. eds.), Cambridge University Press, 2003, p. 360.

(91) La cursiva es de la autora.

Se trata de un tema fundamental en las demandas relativas a persecución en razón de género y, en concreto, sobre violencia doméstica, porque, como subraya la Comisión: “(...) hay una fuerte presunción contra la posibilidad de que la protección interna esté disponible si el agente de la persecución es el Gobierno nacional, o actúa a instancias de éste. Es muy probable que la protección interna sea viable cuando es un agente no estatal quien amenaza con el perjuicio”<sup>92</sup>.

Sin embargo, consideramos que este planteamiento es erróneo. Cuando la persecución se origina en condiciones de guerra civil o casos de conflictos étnicos, es posible que se pueda obtener protección en otro lugar del mismo país donde las autoridades que ejercen la persecución o la toleran no ejerzan jurisdicción. Sin embargo, en los casos relativos a violencia doméstica, la connivencia o incapacidad estatal para proporcionar protección a las mujeres en estas circunstancias suele ser la misma en todo el territorio nacional. No es éste, sin embargo, el criterio adoptado por el legislador comunitario. El test sobre la capacidad de protección estatal efectiva cede el paso al test de la “razonabilidad” en el acceso al lugar de realojamiento, provocando incongruencia y discrecionalidad.

Efectivamente, la Directiva de cualificación, siguiendo las instrucciones de ACNUR, adopta el criterio de la razonabilidad, pero ¿qué se ha de entender por acceso razonable a esa parte del país? Berzowitz se pregunta.

“(...) what does it means in practice? Where the local police refuse to get involve in «domestic matters» will a woman be said to have access if there exists the legal possibility of complaining to a higher authority? What about if she requires money to access to higher authority which she does not have, or if it is a long way away and women have difficulty travelling without male chaperones? Does a woman obliged stay inside the house by her family have «access»? Does a women have «access» if he law contains discriminatory evidential provisions?”<sup>93</sup>.

Según el tenor literal del artículo 8 se procederá a un examen que tiene en cuenta tanto criterios objetivos relativos a las condiciones de seguridad, así como a las particularidades sociales y políticas que prevalezcan en esa parte del país, así como, criterios subjetivos relativos a las circunstancias personales del solicitante de asilo, en atención a cualquier punto vulnerable del mismo<sup>94</sup>.

La Comisión es mucho menos explícita y exhaustiva en relación a los requisitos que debe cumplir el lugar de realojamiento que en relación al examen del Estado como agente de persecución, lo cual no deja de ser paradójico. Nada dice ACNUR, sin embargo, que parece preocupado

(92) Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, op. cit., Comentario al artículo 10 (nuevo artículo 8), p. 14.

(93) N.P. BERKOWITZ: “Gender and EU Asylum Law”, *EU Immigration and Asylum Law*, (PEERS, S.; ROGERS, N. eds.), op. cit., p. 554.

(94) Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional*, op. cit., Comentario al artículo 10 (nuevo artículo 8), p. 15.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

sólo por la negativa del legislador comunitario a atender las dificultades de carácter técnico que pudieran albergar los potenciales desplazados (artículo 8.3 de la Directiva de Cualificación).

Tampoco resulta ilustrativo, en este sentido, el análisis de los Informes de Instrucción, pues como se verá, no se detienen en el estudio de “las circunstancias reinantes en esa parte del país de origen” (elemento objetivo del test de razonabilidad) sino que se centran, exclusivamente, en el análisis de la capacidad personal de la solicitante de asilo para emprender una nueva vida en otro lugar de su propio país. El llamado “perfil social” se identifica con el test de razonabilidad en una suerte de criterios que, si bien pueden considerarse bienintencionados, conllevan una gran inseguridad jurídica<sup>95</sup>.

Así, en los tres informes de instrucción con decisión favorable a la concesión de asilo por cuestiones de violencia doméstica resulta determinante “la ausencia de cualificación profesional de la demandante y su dependencia familiar”, con objeto de no serle aplicable la alternativa de huida interna.

En el Informe de Instrucción 2004, puede leerse:

“Por otro lado, no parece posible que la solicitante pueda eludir estos actos dentro de su propio país, fundamentalmente por el hecho de que su conducta, al abandonar su país y a su esposo de forma «atípica», puede dar lugar a acusaciones por delitos tipificados en el derecho iraní que, con independencia de cuáles fueran sus consecuencias, en todo caso permitirían a su esposo o a la familia de éste localizarla a medio o largo plazo. Adicionalmente, el perfil social de la solicitante, sin una especial cualificación profesional y sometida a lo largo de toda su vida a la dependencia de sus padres, es otro factor que dificultaría un eventual traslado interno dirigido a escapar de la persecución alegada.”

Por su parte, el Informe de Instrucción relativo a la joven iraní acosada por su padrastro, en términos similares dispone:

“Adicionalmente, el perfil social de la solicitante, menor y sin una especial cualificación profesional y sometida a la dependencia de sus familiares, es otro factor que dificultaría un eventual traslado interno dirigido a escapar de la persecución alegada.”

Por último, por lo que respecta a la madre soltera en Marruecos, la Instrucción explica:

“(…) el problema en tales casos es a dónde ir; qué posibilidades existen objetivamente, siempre en condiciones de dignidad, de huida interna. En tales casos de mujeres embarazadas o madres solteras procedentes de entornos urbanos, con formación profesional, de entornos familiares en los que el peso de las fórmulas morales tradicionales puede ser menor y la vergüenza familiar desemboca en menos ocasiones en violencia, las posibilidades de que surja la violencia intrafamiliar son menores, y mayores las posibilidades de sobrevivir fuera de ese entorno si se decide huir del mismo. Recordemos que la embarazada y la madre solteras en un entorno urbano, en una familia de clase media y con estudios y posibilidades laborales puede, no sin cierto estigma social, llevar una vida

(95) “Many of the factors frequently taken into account by decision makers in the context have more relevance to immigration law-based humanitarian applications than to determination under the Convention definition”. J. HATHAWAY: “Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an aspect of refugee status determination”, op. cit., p. 387.

más normal, aunque su situación puede acarrearle desde cierta marginación social a posibles problemas laborales.”

El hecho de que la solicitante víctima de la violencia doméstica disponga de una alta cualificación profesional no cambia el hecho de que las autoridades de su país por pasividad o negligencia no le proporcionen la protección debida. Resulta ilustrativa en este sentido, la decisión canadiense de aplicar la alternativa de huida interna en un caso de violencia doméstica de una profesora que, por su cualificación profesional se entendió que podía encontrar protección en otra parte de Lima, Perú. La Corte rechaza dicha argumentación,

“(In rejecting the claimant»s application, the Immigration and Refugee Board) failed to address the applicant»s evidence that the applicant»s husband is a sophisticated, vindictive and obsessed individual and that, based on his past conduct, he would be able to track down the applicant anywhere in Perú, even without his political connexions (to the Shinnig Path). *Inter alia*, the Board suggested that a reasonable (IPA) existed outside Lima, as the applicant could find employment as a teacher. However, it did lead with the submission that the applicant»s husband could trace her through the Ministry of Education. Further, despite finding state protection had been refused in the past, the Board offered no substantive reason to justify that the applicant would be safe outside Lima”<sup>96</sup>.

Tampoco se trata de valorar la capacidad del agente perseguidor, si puede éste o no controlar el territorio o acceder al lugar de realojamiento propuesto –SAN de 8 de julio de 2005 (recurso núm. 673/2003)<sup>97</sup>–. Insistimos en que lo realmente determinante ha de ser el control de la capacidad del Estado de proporcionar protección en ese lugar del territorio nacional<sup>98</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La violación de la integridad física, psicológica y sexual que supone la violencia doméstica fue ignorada, durante años, por el Derecho internacional como maltrato de carácter esencialmente “privado”, no persecutorio. Hoy día, en cambio, en función del desarrollo progresivo de esta materia en el ámbito del DIDH y en la esfera interna, es posible afirmar que los Estados tienen *la obligación internacional de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia contra la mujer ya sean perpetrados por agentes gubernamentales o personas privadas y proporcionar la debida protección a las víctimas*. Cuando esto no ocurre, en conse-

(96) J. HATHAWAY: “Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an aspect of refugee status determination”, op. cit., p. 395.

(97) En un caso de matrimonio forzado, la Alta Instancia judicial dispone: “(...) además no consta tampoco que dicho pretendiente domine de forma total y con plena eficacia la totalidad del territorio nacional, por lo cual, perfectamente, pudo haber cambiado su domicilio y/o residencia”. Fundamento jurídico cuarto.

(98) Para el profesor HATHAWAY y la Corte Neocelandesa, resulta imprescindible entrar a valorar el grado de disfrute de derechos humanos en esa parte del territorio. La mujer que es realojada no debiera tolerar la ausencia de un disfrute de sus derechos humanos según los estándares internacionales. En contra del análisis de HATHAWAY y la Corte Neocelandesa, resulta muy ilustrativa la sentencia británica *House of Lords Januzi v. Secretary of State, Hamid v. Secretary of State, Gaafar v. Secretary of State, Mohammed v. Secretary of State*, Session 2005-06 (2006) UKHL 5, 15 de febrero de 2006.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

cuencia, se debería garantizar el derecho de estas mujeres a solicitar protección en el extranjero, no es otra, pues, la función del DIR.

La responsabilidad del Estado frente a la debida protección de los derechos fundamentales es el corolario esencial de la protección de los refugiados, en lo que contribuye a eliminar las causas originarias de los exilios. El DIR tan sólo puede ser un modo de protección subsidiario. En este sentido, quisiéramos recordar el artículo 4 de la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*, según el cual: “Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir sus obligaciones de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer (...)”. Algunas de las fórmulas que estipula en su articulado podrían servir de vara de medir esa “responsabilidad subsidiaria”.

El DIR no pretende ser la solución a la violencia doméstica como tampoco lo es de la discriminación basada en la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social. Defendemos, no obstante, una estricta aplicación del principio de *non refoulement*, en virtud del cual, la devolución de un sujeto al país donde teme sufrir un atentado grave a la vida o libertad (casos graves de violencia doméstica) que no obtenga la debida protección estatal puede comprometer las obligaciones de los Estados conforme a la normativa internacional (artículo 33 Convención de Ginebra) y, en el caso de los europeos, también la regional (artículo 3 CEDH).

No cabe duda de que, más allá del logro de una aplicación adecuada del principio de no devolución, la determinación del estatuto de refugiado en casos de violencia doméstica puede considerarse uno de los supuestos de más difícil engarce en los parámetros ginebrinos. La concepción del asilo desde una experiencia netamente masculina ha negado un equiparable acceso de mujeres y hombres al procedimiento. Si bien las mujeres pueden huir por los mismos motivos que los hombres, a menudo tienen que hacer frente a formas de persecución específicas, como aquéllas relativas a la violencia sexual, así como atentados a su vida y su libertad directamente relacionados con su género. Gracias a la evolución experimentada a nivel institucional (especialmente en lo que se refiere a las Directrices del Alto Comisionado de 2002) y con el apoyo insustituible de la doctrina y activistas de derechos humanos se empieza a introducir una perspectiva de género en el análisis de las demandas. La redacción de *Guidelines on gender-related persecution* en Canadá, Estados Unidos o Australia, así como la rica jurisprudencia británica, neocelandesa o canadiense coadyuva a introducir las bases jurídicas para una interpretación adecuada del concepto de refugiado que pudiera dar cabida a estas demandas sin necesidad de enmendar un Convenio de Ginebra ajeno, en lo formal, a la persecución relativa al sexo o género.

En lo relativo al marco estrictamente comunitario y con motivo de la adopción del último informe del Parlamento Europeo sobre el “sistema europeo común de asilo”, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género no duda en hacer una severa crítica a la falta de interés de la Institución comunitaria en abordar los aspectos relacionados con la igualdad y los derechos

de la mujer. En concreto, denuncia el vacío jurídico provocado por la ausencia de directrices concretas sobre la persecución basada en el género, como instrumento que contribuya a una correcta interpretación de las solicitudes de asilo basadas en este motivo y solicita, entre otras medidas, la inclusión formal de la dimensión de género en el examen de las solicitudes de asilo así como, en particular,

“(…) solicita a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para que se otorgue plena protección a las mujeres víctimas de (...) la *violencia doméstica* que se atreven a denunciar su situación y solicitan asilo por motivos de persecución básica basada en el género”<sup>99</sup>.

En plena construcción del “sistema europeo común de asilo”, sorprende la gran disparidad existente tanto en el tratamiento formal de esta materia como en los criterios utilizados para su determinación –falta de armonización que la Directiva de cualificación no va a solventar *a priori*–. Hay Estados (España, Alemania e Irlanda) que hacen mención expresa en sus leyes de asilo con objeto de dar cobijo a las demandas por motivos de género, opción que suele ser imprecisa, pero tiene carácter vinculante. Otros Estados (Holanda, Reino Unido y Suecia) han adoptado directrices técnicas con objeto de orientar el trabajo de determinación de los operadores jurídicos, disposiciones no vinculantes y cuya virtualidad práctica habrá que comprobar en los próximos años. Entre los países que han incorporado el “género” como motivo por el que se puede solicitar asilo (Alemania e Irlanda), éste suele ir ligado a la interpretación del concepto de “determinado grupo social”, en consecuencia, hemos de concluir que se trata de España el único país europeo que ha procedido a incorporar un sexto motivo entre las causas convencionales por las cuales se puede alegar persecución, de forma independiente al grupo social determinado, en cuyo seno se albergan este tipo de demandas en la mayor parte del mundo. Sin obviar las evidentes ventajas de la expresa mención con objeto de disponer de una obligación jurídica claramente delimitada, que a la postre animará a presentar un mayor número de demandas en este sentido, no obstante, la exclusión artificial del género masculino hará difícil entender que en circunstancias similares (piénsese por ejemplo en casos de violencia doméstica) las demandas presentadas por mujeres se resuelvan en relación al “género” y las de sus compatriotas masculinos por referencia a un “determinado grupo social”. En definitiva, no allana el camino hacia la necesaria interpretación progresiva del concepto de “opiniones políticas” que pudiera dar cabida, también, a este tipo de demandas. Cada solicitud de asilo por motivos de “violencia doméstica” es única e intransferible. Las autoridades se ven compelidas a tomar en consideración todos los elementos subjetivos y objetivos de la demanda. En consecuencia y en nuestra opinión, un cuadro de “violencia doméstica” podría encuadrarse en cualquiera de los motivos tasados en Ginebra, no sólo en el de “grupo social determinado” o, en el caso de España, en relación al “género”.

En atención a la normativa europea, concluimos que la Directiva de cualificación no dispone la obligación de aplicar una “perspectiva de género” en el análisis de las demanda de acogida, así como renuncia expresamente a incorporar la persecución por motivos de género como causa independiente y separada de las demás. No obstante, la norma de Derecho derivado conserva

(99) PARLAMENTO EUROPEO: *Informe sobre el asilo: cooperación práctica, calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo común de asilo* [2006/2184(INI)]. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. A6-0182/2007, 14/05/2007, para. 2-5. La cursiva es de la autora.

## La “violencia doméstica” y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado

### III

en su haber tres importantes hitos en relación con el estudio de las solicitudes de asilo relacionadas con el género del demandante: en primer lugar, confirma que una grave discriminación puede tener carácter persecutorio; en segundo lugar, reconoce que la fuente del daño puede tener un origen privado, siempre y cuando no se tenga acceso efectivo a la protección estatal; y por último, está coadyuvando a extender que la persecución por motivos de género no es sólo fiduciaria de formas subsidiarias de protección.

Del análisis de la norma y la jurisprudencia e instrucción española, se puede extraer tres importantes conclusiones:

En primer término, se confirma que la violencia doméstica puede tener carácter persecutorio. En España se aplica el test de Lord Hoffman/Lord Steyn en la interpretación de la noción de persecución, según la cual la grave discriminación puede equivaler a persecución, siempre y cuando se produzca con un determinado grado de severidad (continuo, sistemático y duradero) y con la connivencia, indiferencia o impotencia del Estado en su deber de protección. En atención a los informes de instrucción, se suele comprobar esta diligencia debida con un estudio en dos fases: primero se analiza el sistema legal en su vertiente formal (existencia de leyes que penalicen el comportamiento y permitan su denuncia), así como un estudio de su eficacia en la práctica, todo ello bajo el prisma de informes internacionales de contraste. La jurisprudencia es oscilante en cuanto a la necesidad de denuncia previa.

En segundo lugar, comprobamos que el nexo causal se suele realizar con el “determinado grupo social”, renunciando a valorar el trasfondo político de la persecución por motivos de género. Se han identificado en la Instrucción tres tipos de grupos sociales en casos de violencia doméstica: “mujeres iraníes sometidas a abusos continuados por parte de los hombres que socialmente ejercen su custodia”, “mujeres casadas iraníes sometidas a abusos continuados por sus parejas”, y “mujer marroquí embarazada y soltera”. En el futuro y gracias a la reciente incorporación del “género” entre las causas de asilo, es previsible que tanto la Instrucción como la jurisprudencia opten por establecer el nexo causal con el concepto de “género”, siempre y cuando se trata de demandantes femeninas y en aquellos casos de más complejo engaste en los dictados del Convenio ginebrino.

Por último, la Directiva termina de asentar en Europa el análisis de la posibilidad de reubicación interna del solicitante de asilo incorporado al examen de la determinación de la condición de refugiado. Se sigue el criterio de la “razonabilidad” de la reubicación siguiendo la confusa línea de interpretación de ACNUR. La instrucción trata, así, de analizar las circunstancias reinantes en el país de origen y las subjetivas de la víctima, esto es, el llamado “perfil social” del sujeto (cualificación profesional, dependencia familiar, etc.), con criterios que si bien pueden ser bien-intencionados, conllevan una enorme inseguridad jurídica.

En España, los esfuerzos gubernamentales en esta materia no deben olvidar la imprescindible formación de los operadores jurídicos, administración y poder judicial, especialmente a la vista de la pobreza argumentativa, parquedad expositiva y ausencia de una línea coherente en la jurisprudencia española en materia de solicitudes de asilo por motivos de género. España se

halla en un momento crucial, mientras modifica su legislación de asilo, para proporcionar una mayor cobertura a supuestos como la “violencia doméstica” tan difíciles de tratar en la práctica. La expresa mención del “género” en su articulado, así como disposiciones específicas sobre cómo se debe atender estos casos demostraría al igual que ha hecho la decisión de 2004, 2005 y 2007 que la legislación de Extranjería, en general, puede coadyuvar a ofrecer protección a extranjeros en casos verdaderamente excepcionales.

AURORA LÓPEZ AZCONA

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza  
(alopaz@unizar.es)

IV

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

# RESUMEN

### EL TRATAMIENTO DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN DERECHO ESPAÑOL

El presente trabajo aborda la problemática jurídica de los menores extranjeros que llegan a territorio español sin ningún familiar o adulto responsable de su cuidado, en cuanto su presencia en nuestro país provoca situaciones de desamparo a las que el Derecho no puede dejar de dar respuesta. En particular, se examinan cuestiones tan variadas como la determinación de la edad, su posible capacidad procesal, la repatriación, las medidas de protección a adoptar en caso de permanencia en nuestro país, la autorización de residencia o la autorización de trabajo. El examen de los problemas planteados se ha efectuado, en todo caso, desde la perspectiva del interés superior del menor.

# ABSTRACT

### THE TREATMENT OF UNACCOMPANIED IMMIGRANT CHILDREN IN SPANISH LAW

The purpose of this paper is to give a general account of the legal condition of unaccompanied immigrant children in Spain. Special attention is given to those children in abandonment *status* (situación de desamparo), whose situation must be addressed by Spanish Law, providing them, if necessary, with alternative care. The author also tackles issues such as the determination of child's age, his or her legal capacity, ways of repatriation, care measures to be taken if the child remains in Spain, and conditions for obtaining residence or work permit. The analysis done keeps always in mind the best interest of the child

Aurora López Azcona

IV

## SUMARIO

I. Introducción.

II. La condición legal de menor de edad.

III. La determinación de la edad.

IV. La repatriación.

V. La permanencia en España. A) Medidas de protección. B) Medidas de integración. a) La autorización de residencia. b) La autorización de trabajo.

VI. La posible existencia de conflicto de intereses entre el menor extranjero tutelado y la Administración que tiene atribuida su tutela.

VII. Conclusión final: La prevalencia del interés del menor.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se dedica a exponer la problemática jurídica de los menores extranjeros que llegan a territorio español sin ningún familiar o adulto responsable de su cuidado, en cuanto su presencia en nuestro país provoca situaciones de desamparo a las que el Derecho no puede dejar de dar respuesta.

Conviene, por ello, desde el principio ofrecer una definición de estos menores, así como describir brevemente las características del fenómeno en nuestro país, para con posterioridad abordar el tratamiento que les dispensa el Derecho español.

Por menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENA)<sup>1</sup> debe entenderse, con el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas y la Organización *Save the Children*,

(1) Ello de acuerdo con la terminología adoptada por numerosos organismos e instituciones. Otras denominaciones empleadas son las de MEINA (menores extranjeros inmigrantes no acompañados), MINA (menores inmigrantes no acompañados) y NNA (niños no acompañados).

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

aquellos menores de dieciocho años que están fuera de su país de origen y separados de sus padres o de su cuidador habitual<sup>2</sup>.

Esta noción es completada por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas que, en su Observación General núm. 6 (2005) relativa al Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, los define como “los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”<sup>3</sup>.

Un concepto más preciso nos ofrece el Derecho comunitario, según el cual son menores no acompañados los menores de dieciocho años, nacionales de terceros países o apátridas, que lleguen al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable, así como a aquellos menores a los que se deje solos tras su entrada en los Estados miembros. Tal noción se recogió inicialmente en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, de donde ha pasado a las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE, incorporando la referencia a los apátridas<sup>4</sup>.

La llegada de los MENA a nuestro país se inscribe en el contexto de las actuales migraciones masivas. En efecto, la huida del hambre y de las guerras determina que numerosos grupos de personas emprendan camino hacia aquellos países donde suponen que van a verse colmadas

(2) Tal definición se incluye en la *Declaración de Buenas Prácticas* elaborada por el Alto Comisionado para los Refugiados de las Naciones Unidas y la Organización *Save the Children* en el marco del programa conjunto “Menores no acompañados en Europa” (3.ª ed., [www.separated-children-europe-programme.org](http://www.separated-children-europe-programme.org)). Un concepto similar se recoge en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados* desarrolladas por el Grupo de Trabajo Inter-agencial sobre niños y niñas no acompañados y separados, integrado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, el Comité de Rescate Internacional, el ACNUR, *Save the Children* y *World Vision Internacional* ([www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf](http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3534.pdf)).

(3) CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005. En fechas recientes esta definición ha sido acogida por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación CM/Rec(2007)9 a los Estados miembros sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007.

(4) En concreto, el artículo 1 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C 221/03, DOCE, núm. C 221, de 19 de julio de 1997) tiene el siguiente tenor: “La presente resolución se refiere a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos. La presente Resolución podrá aplicarse también a los menores nacionales de países terceros que, después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros, sean dejados solos. Las personas contempladas en los dos párrafos anteriores de denominarán en lo sucesivo *menores no acompañados*”. Por su parte, las Directivas citadas ofrecen la siguiente definición del MENA, comprensiva, como se ha indicado en texto, de los apátridas: “el nacional de un tercer país o el apátrida menos de dieciocho que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en los territorios de los Estados miembros” [artículo 2.h) Directiva 2001/55/CE, artículo 2.f) Directiva 2003/9/CE y artículo 2.f) Directiva 2003/86/CE, publicadas respectivamente en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* L 212 de 7 de agosto de 2001, *Diario de la Unión Europea* L 31 de 6 febrero 2003 y *Diario Oficial de la Unión Europea* L 251 de 3 octubre 2003].

sus expectativas de una vida mejor<sup>5</sup>. Si bien este fenómeno hasta fechas recientes estaba circunscrito generalmente a personas mayores de edad, en la actualidad es posible identificar un nuevo sujeto migratorio ya no sólo en España, sino en toda Europa: los menores de edad.

La migración de los MENA se inicia en nuestro país a mediados de la década de los noventa del pasado siglo. Su presencia en los sistemas de protección de menores se generaliza en toda España hacia el año 2000 y en la actualidad la llegada de menores inmigrantes no acompañados es constante, sobre todo a las Comunidades de Canarias y Andalucía, así como a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, habiendo experimentado un fuerte incremento en los últimos años<sup>6</sup>.

Los datos más recientes –a la par que fiables– de que disponemos son los que ha proporcionado recientemente el Gobierno en las Cortes a interpelación de un senador del Partido Popular. Según estos datos, en 2006 más de dos mil quinientos menores inmigrantes no acompañados fueron acogidos por las diversas Comunidades Autónomas y ciento uno, repatriados<sup>7</sup>.

Con todo, su número exacto en nuestro país resulta muy difícil de especificar, básicamente por dos razones: primera, los MENA constituyen un colectivo irregular que habitualmente no tiene intención de darse a conocer; y segunda, se trata de una población con un alto índice de movilidad, que se traslada con mayor frecuencia y facilidad que los adultos, de tal manera que el mismo menor puede ser acogido por servicios de protección de menores de diferentes Comunidades Autónomas<sup>8</sup>.

Respecto al perfil del menor inmigrante no acompañado en España, los diversos estudios realizados coinciden en identificar los siguientes rasgos<sup>9</sup>: a) la mayoría son varones; b) en un alto

(5) Puede consultarse al respecto el artículo “Esbozo de la situación de los niños no acompañados en el mundo” publicado por el Servicio Social Internacional en su *Boletín*, núm. 5, 2007, pp. 6-8.

(6) Según datos proporcionados por Luis Carlos NIETO GARCÍA, “Menores y extranjeros: Un solo marco jurídico”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 104, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 17.

(7) Según se ha podido leer en la prensa (<http://www.canariasahora.es/noticia/10422>; y <http://www.eldia.es/2007-08-15/vivir/vivir4.htm>).

(8) Coinciden en esta apreciación Cristina GOENECHEA PERMISÁN: “Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad”, ponencia presentada al *I Congreso Internacional d'Educació a la Mediterrànea* celebrado del 11 al 12 de mayo de 2006 en Palma de Mallorca ([http://web.caib.es/Documentacio/jornades/Web\\_I\\_Cong\\_Medit/menorsz.htm](http://web.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong_Medit/menorsz.htm)); Ángeles DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes no acompañados”, en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, E. AJA, A. MONTILLA y E. ROING (coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 540; y Daniel SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas, 2007, p. 25.

(9) De acuerdo con los datos proporcionados por Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica del menor inmigrante*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 71-80; C. GOENECHEA PERMISÁN: ídem; Amparo MARZAL MARTÍNEZ: *Menores no acompañados*, ponencia presentada a la Conferencia regional sobre “Las Migraciones de los menores no acompañados: Actuar de acuerdo con el interés superior del menor” organizada por el Consejo de Europa y celebrada en Torremolinos el 27 y 28 de octubre de 2005, pp. 2-3; Á. DE PALMA DEL TESO: ídem, pp. 540-541; e Isabel LÁZARO GONZÁLEZ: “Menores extranjeros no acompañados. La situación en España”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, vol. X, núm. 19, 2007, p. 151. Cen-

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

## IV

porcentaje proceden de Marruecos, si bien es posible apreciar un reciente incremento de menores originarios de otros lugares, especialmente de África subsahariana y Europa del Este<sup>10</sup>; c) la edad oscila entre los quince y los diecisiete años, aunque cada vez resulta más frecuente la llegada de menores con edades inferiores; d) la gran mayoría vivía con su familia en su país de origen; e) sus circunstancias personales, familiares y sociales eran muy penosas en su país de origen; f) la familia no siempre es un elemento activo en la planificación de la marcha del menor, aunque en la mayoría de los casos se muestra de acuerdo con la misma; g) presentan importantes carencias de escolarización y de formación laboral; h) sus expectativas personales suelen verse frustradas ante la realidad con que se encuentran al llegar a nuestro país; i) vienen en su mayoría solos; y j) puede apreciarse un nomadismo constante, lo que –como ya se ha señalado– dificulta su cuantificación exacta.

En particular, los menores marroquíes y subsaharianos entran en nuestro país bien cruzando clandestinamente la frontera terrestre de Ceuta y Melilla escondidos en los bajos de camiones, en barco como polizones o en pateras cruzando el Estrecho de Gibraltar o hasta Canarias. Otra vía de acceso consiste en venir acompañados por algún adulto familiar o amigo de la familia, quedando después en situación de abandono. En el caso de los menores rumanos, su acceso suele producirse de forma regular por los puestos fronterizos, sin perjuicio de que algunos se encuentran en manos de traficantes y mafias<sup>11</sup>.

Los motivos que impulsan a estos menores a abandonar sus países son variados: pobreza, catástrofes naturales, guerras, desestructuración familiar, desprotección institucional, etc. Otros menores huyen además por miedo: miedo a la persecución, a sufrir las consecuencias de un conflicto armado o graves disturbios en su país de origen o a sufrir situaciones que impliquen violaciones de derechos humanos. En este sentido, existen algunas violaciones de derechos humanos específicamente dirigidas a los menores como son la explotación sexual o laboral, el reclutamiento forzoso, la ablación, el matrimonio forzoso u otras prácticas tradicionales perjudiciales. Estos menores, según indica el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, podrían tener la condición de refugiados y, por tanto, acceder a la protección especial que se deriva de la concesión de asilo<sup>12</sup>. Con todo, por lo que se refiere a España, al igual que otros países del sur de Europa, en cuanto carecen de tradición como países de asilo, los MENA suelen obedecer al perfil de inmigrantes por razones económicas<sup>13</sup>.

trándose en Marruecos, Amina BARGACH, Elena ARCE y Mercedes JIMÉNEZ: “El reto de los menores e(in)migrantes”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 250-251.

(10) De acuerdo con las estadísticas ofrecidas por D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 27, de los MENA llegados a España en 2004 el 49% eran marroquíes, el 42% subsaharianos y el 9% rumanos.

(11) Cfr. I. LÁZARO GONZÁLEZ: “Menores extranjeros no acompañados...”, cit., p. 151. Nótese que esta autora –en otros– constata desde 2003 un fenómeno creciente de “paterización” de los MENA.

(12) Cfr. ACNUR, Informe *Los menores no acompañados y la protección de asilo* (<http://www.acnur.org/index.php>).

(13) Según hacen constar la Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, voz “menores solicitantes de asilo”, *Diccionario de Asilo*, Bilbao, 2006, p. 38; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., pp. 5 y 30. No obstante, según puede leerse en el Informe *Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados de las islas Canarias* elaborado por de Human Rights Watch en 2007, “de las entrevistas que hemos realizado

Tras esta mera aproximación al fenómeno de los MENA, procede ya adentrarnos en el análisis de aquellos aspectos más importantes de su régimen jurídico. No obstante, como primera apreciación cabe constatar, con la Fiscalía General del Estado (Instrucción 6/2004 y Circular 2/2006), la especial complejidad del tratamiento jurídico de que es objeto este colectivo, como consecuencia de su doble condición de extranjeros y menores. Ello obliga a ponderar ambas circunstancias a la hora de resolver los problemas jurídicos que puedan suscitarse, pero atendiendo siempre al interés superior del menor<sup>14</sup>.

## II. LA CONDICIÓN LEGAL DE MENOR DE EDAD

El examen del régimen jurídico de los MENA exige con carácter previo abordar la cuestión relativa a la concreción de la edad hasta la cual un extranjero que accede a nuestro país sin nadie que lo acompañe puede ser considerado menor de edad y, por consiguiente, acreedor de los derechos y obligaciones de los MENA en España. La cuestión no resulta sencilla habida cuenta de la falta de previsión específica al respecto tanto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en adelante, LO de Extranjería– como en el artículo 92 del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la precitada Ley –en adelante, Reglamento de Extranjería–, así como de la inexistencia de solución inequívoca en la normativa nacional e internacional.

Así, el Código civil prevé en su artículo 9.1 que la mayoría de edad se rige, en todo caso, por la ley personal del sujeto. De esta solución discrepa parcialmente el artículo 1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor –que constituye un trasunto del artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño–, en cuanto establece un límite máximo de edad,

se deduce que las autoridades tratan habitualmente a estos menores como inmigrantes económicos sin verificar si pueden existir motivos que justifiquen la presentación de una solicitud de asilo u otras formas de protección internacional, incluidas las pretensiones basadas en formas de persecución específicamente infantil” ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/)).

(14) Merece la pena reproducir la siguiente declaración de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado: “Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtaponen la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que como dispone el artículo 3 del Convenio de Derechos del Niño *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992 de 8 de julio), (...) Igualmente, el artículo 11.2.a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el artículo 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de bóveda en Derecho de Menores es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (vid. SSTS 1.ª 415/2000, de 24 abril; 548/1998, de 11 junio entre otras) y del TEDH (vid. SSTEDH caso *E.P. contra Italia* de 16 de noviembre de 1999 y caso *Bronda contra Italia* de 9 de junio de 1998)”; declaración que reproduce parcialmente la Circular 2/2006, de 27 de julio.

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

aunque con carácter subsidiario al fijado por la ley personal del sujeto. Este límite máximo se encuentra en los dieciocho años, aunque cede si la ley aplicable al sujeto en razón de su nacionalidad establece una edad inferior para alcanzar la mayoría.

Esta falta de uniformidad normativa ha originado el consiguiente debate doctrinal, pudiendo identificarse dos interpretaciones al respecto. Así, algunos autores y la propia Fiscalía General del Estado entienden que, para fijar qué concreta edad conlleva la mayoría de edad del sujeto afectado, debe acudirse a la ley personal del sujeto por mandato del artículo 9.1 del Cc, siempre que pueda acreditarse su nacionalidad y, sólo en su defecto, acudir el artículo 9.10 del referido cuerpo legal y aplicarle la legislación española que, como es sabido, fija la mayoría de edad con carácter general en dieciocho años<sup>15</sup>. Otro sector doctrinal, en cambio, se decanta por la aplicación de forma coordinada de las legislaciones de extranjería y de protección de menores, de tal manera que la mayoría o minoría de edad de un MENA que accede a territorio español viene determinada por su ley personal con el límite máximo de los dieciocho años, de tal modo que puede considerarse mayor de edad si tal ley fija la mayoría a una edad anterior<sup>16</sup>.

Por mi parte, considero, sin embargo, que estas opiniones son matizables por diversas razones. En primer lugar, puede defenderse que la regulación jurídica de los MENA entra en el ámbito de los derechos humanos, cuyos textos internacionales estipulan, como principio general, que las disposiciones contenidas en los mismos no serán de aplicación en un Estado si el mismo ofrece una regulación más beneficiosa al sujeto afectado, ya sea porque esté vinculado por otro instrumento internacional sobre la misma materia o porque así lo disponga su Ordenamiento interno. Puede citarse, a título de ejemplo, la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 41 prevé que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) el Derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”. Por añadidura, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 3.2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, según el cual “los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el Ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad (...) o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social”. Pues bien, en atención a dichas previsiones, entiendo que hacer depender la aplicabilidad del régimen jurídico

(15) Optan por la aplicación del artículo 9.1 del Cc la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, de 21 de diciembre e Instrucción 3/2003, de 23 de octubre; y, en la doctrina, Manuel DE LORENZO SEGRELLES, en *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, obra en coautoría con Carlos ESPLUGUES MOTA, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 298-299, y en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, C. ESPLUGUES MOTA (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 863-864; y A. DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes...”, cit., p. 542.

(16) Tal es la tesis de B. CAMPUZANO DÍAZ, en *El nuevo Derecho de extranjería*, A. RODRÍGUEZ BENOT y C. HORNERO MÉNDEZ (coords.), Ed. Comares, Granada, 2001, p. 255, y *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (dtora.) y J.C. ALONSO BURÓN (coord.), Ed. Laborum, Murcia, 2005, p. 208. Parecen optar, asimismo, por la misma interpretación Cristóbal MOLINA NAVARRETE, Gloria ESTEBAN DE LA ROSA y Elena ARCE JIMÉNEZ: *La inmigración extranjera*, Centro de Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 2005, p. 118; y G. ESTEBAN DE LA ROSA: “Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas”, *La Ley*, 2003-1, D-32, p. 1620.

de los MENA del criterio preferente de la ley nacional y, por ende, del lugar de nacimiento del extranjero constituye una vulneración del artículo 14 de la Constitución y del orden público español.

Ante esta situación, conviene averiguar si existen otras normas jurídicas que den cobertura al principio de igualdad en el tratamiento de los MENA en España, en relación con el límite de edad. Pues bien, no puede obviarse que el Derecho Comunitario ofrece una respuesta uniforme sobre esta materia y que permite afirmar, dada la primacía del mismo sobre el Derecho español, que el límite biológico de la mayoría de edad se encuentra, en todo caso, en los dieciocho años. Así lo disponen, en concreto, las Directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE [artículo 2.h)], 2003/9/CE [artículo 2.f)] y 2003/86/CE [artículo 2.f)], ya que, en la definición que ofrecen de los MENA, los caracterizan como menores de dieciocho años, según se ha hecho constar *ab initio*. Ciertamente tales Directivas todavía no han sido transpuestas al Derecho español, no obstante lo cual cabe entender que poseen “efecto directo”<sup>17</sup>, en atención a los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria, favorables a que “en todos los casos en que las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado” (STJCE 8/81 de 19 de enero de 1982, caso *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*).

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria y en atención al tenor de las citadas Directivas, parece poder afirmarse que éstas tienen efecto directo en nuestro Ordenamiento jurídico, con lo que cabe entender que todos los extranjeros que se encuentren en territorio español no acompañados y tengan menos de dieciocho años deben gozar de los mismos derechos y obligaciones en el ámbito que nos ocupa, con independencia de su nacionalidad, y sin tener en cuenta otro criterio de fijación de la minoría de edad que el hecho de que no hayan cumplido los dieciocho años.

Un argumento adicional que refuerza la tesis que aquí se suscribe se encuentra en el tenor del artículo 17.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, en cuanto reconoce el derecho del extranjero residente a reagrupar con él en España a sus hijos “siempre que sean menores de dieciocho años” (letra b), así como a “los menores de dieciocho años (...) cuando el residente extranjero sea su representante legal” (letra c). Si bien resulta obvio que tal precepto se refiere a un ámbito muy concreto como es el de la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España, en lo que aquí interesa sitúa la mayoría de edad en los dieciocho años, con lo que quizá cabría defender la aplicación analógica del mismo a los MENA, en atención a la finalidad esencial perseguida por el legislador en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Extranjería y el artículo 92 del

(17) Como es bien sabido el “efecto directo” de las Directivas constituye una solución para evitar que la no transposición a su Ordenamiento jurídico por un Estado miembro de este instrumento normativo en los plazos previstos o la transposición incorrecta o incompleta prive de efecto útil a la Directiva e impida que los particulares invoquen ante las autoridades correspondientes los derechos que la misma les otorga.

Reglamento, que no es otra que el retorno del menor a su país de origen a efectos precisamente de reagrupación familiar.

### III. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD

Habiéndose optado en el anterior epígrafe por atribuir la minoridad a los menores de dieciocho años con independencia de su nacionalidad, la primera cuestión a abordar en relación con los MENA es la relativa a la comprobación efectiva de su menor edad, toda vez que su condición de menor unida a la ausencia de las personas responsables de su cuidado determina la preceptiva declaración de desamparo y la subsiguiente asunción de la tutela por la Administración, siempre que no se encuentre emancipado.

La edad del menor normalmente se prueba, como su identidad, mediante un documento identificativo, ya sea el pasaporte o cualquier otro documento válido que permita acreditar aquella de modo fehaciente. Ahora bien, si la documentación exhibida presenta indicios de falsedad, de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, el Ministerio Fiscal podrá autorizar la práctica de pruebas conducentes a la determinación de edad<sup>18</sup>.

No obstante, lo habitual es que los menores que entran en nuestro país irregularmente lo hagan sin documentación. Cuando se da esta circunstancia, la primera actuación a llevar a cabo es la conducente a la determinación de su edad, sin perjuicio de que se les deba prestar atención inmediata por los servicios de protección de menores, de acuerdo con el artículo 35.1 de la Ley Orgánica de Extranjería y el artículo 92.1 del Reglamento de Extranjería<sup>19</sup>.

(18) Cuando el pasaporte exhibido sea auténtico, parece que habrá de dar prevalencia en todo caso a la edad que refleje éste sobre la que resulte de la práctica de las pruebas de determinación de la edad. De hecho, en tales términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 18 de diciembre de 2007 que revoca la SJPI núm. 3 de San Sebastián de 17 de abril de 2007, desestimatoria de una demanda interpuesta contra una Orden de la Diputación Foral de Guipúzcoa que modificó la fecha de nacimiento de un MENA, tras haberle sido practicada, a instancia del fiscal, una prueba médica que fijó su edad en una superior (diecisiete años) a la que resultaba de su pasaporte (catorce años). Y es que para la Audiencia, en contra del criterio del Juez *a quo*, el pasaporte del actor cumple los requisitos exigidos legalmente en España para acreditar su edad *ex* artículo 323 de la LEC. Ello es así, porque en el caso de autos no se ha cuestionado que tal pasaporte se otorgase sin observarse los requisitos exigidos en su país de origen –Marruecos– para que haga prueba plena, sin que, por lo demás, sea necesaria, en principio, su legalización en España en atención a lo dispuesto en el artículo 19 del RD 155/1996. Por consiguiente, a juicio del Tribunal, “lo que tenía que haber hecho [la Diputación Foral] era cotejar el mismo mediante su comprobación a la vista del certificado de nacimiento de N., lo cual no ha hecho, no siendo de recibo que modifique un acto recogido en un documento público y que, en principio, es veraz, en base a una prueba médica elaborada a instancias de la Fiscalía en un ámbito [jurisdiccional] muy distinto al que nos encontramos (...), no debiendo tampoco perder de vista la finalidad de la práctica de las mentadas diligencias, que (...) no puede ser otra más que la protección de los menores de edad, finalidad esta que ha quedado totalmente desvirtuada con la actuación de la Diputación Foral, ya que en virtud de la prueba médica realizada, se otorgó a N. una mayor edad que la que figuraba en su pasaporte”, de tal manera que N. cumplió la mayoría de edad el 26 de septiembre de 2006, “mientras que en el documento que acredita su identidad seguirá figurando como menor de edad, siendo ello un contrasentido que le puede acarrear importantes perjuicios en todos los ámbitos”.

(19) En cualquier caso, como hace constar la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006, no será necesario recurrir a las pruebas de determinación de edad, al menos con carácter urgente, cuando el menor extranjero indocumentado sea por sus características físicas indubitadamente menor de edad.

La determinación de la edad del extranjero resulta de gran trascendencia, toda vez que de ella depende la concreta medida a adoptar de las previstas en la legislación de extranjería. Así, en el supuesto que de las pruebas de determinación de la edad resulte que se trata de un extranjero indocumentado mayor de edad, automáticamente se convertirá en infractor de la normativa de extranjería por encontrarse irregularmente en territorio español [artículo 53.a) de la LO 4/2000], hecho que constituye una infracción grave de las que pueden sancionarse con la expulsión del territorio español (artículo 57.1 de la LO 4/2000). En cambio, si la determinación de la edad confirma que estamos ante un menor de edad, deberá ser puesto a disposición de los servicios de protección de menores, a la par que habrá de resolverse entre su repatriación o permanencia en España (artículo 35.2 y 3 de la LO 4/2000, y artículo 92.2 y 4 del RD 2393/2004)<sup>20</sup>.

El responsable último de determinar la mayor o menor edad del extranjero en la legislación vigente es el Ministerio Fiscal<sup>21</sup>, toda vez que, con arreglo al artículo 35.1 de la Ley Orgánica de Extranjería, el fiscal debe “disponer” la prueba de la determinación de la edad<sup>22</sup>. Tal responsabilidad del Ministerio Fiscal viene confirmada por el artículo 92.1 del Reglamento de Extranjería, y para llevarla a cabo ha de autorizar la práctica de pruebas médicas que permitan determinar la edad del interesado<sup>23</sup>, previa consulta en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados de los antecedentes que, en su caso, existan del presunto menor, a fin de constatar que

(20) Así resulta de la siguiente afirmación vertida por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 2/2001, de 28 de junio: “El artículo 35 (RD 2393/2004) se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996)”. En términos similares se expresa en su Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre de 2004: “no puede incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y, en particular, aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad”.

(21) Nótese que el artículo 32.2 de la LO 4/2000 en su redacción originaria atribuía tal responsabilidad al Juez de Menores. Las mismas pautas seguía el Proyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, siendo la redacción final fruto de la aceptación de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán (enmienda 306, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 18 de octubre de 2000, núm. 12-5, pp. 117-118), favorable a privar de esta competencia al Juzgado de Menores para no criminalizar la mera presencia de los MENA en España y, asimismo, para evitar procedimientos judiciales.

(22) Según advierte la Instrucción 2/2001, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Extranjería no se refiere al supuesto de extranjeros indocumentados presuntos responsables de infracciones penales. En este caso, precisa la referida Instrucción, “lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción que es el único competente –al igual que si se tratase de ciudadanos españoles– para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad”. Y es que “corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquellos a quienes se impute la comisión de un delito –sean españoles o extranjeros– cuando existan dudas sobre la misma”.

(23) Tal y como resulta del *Protocolo de Menores Extranjeros No Acompañados* aprobado por acuerdo adoptado por el Grupo de Menores No Acompañados del Observatorio de la Infancia –adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales– el 14 de noviembre de 2005.

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

tales pruebas no se han verificado con anterioridad<sup>24</sup>. Evidentemente, tales pruebas habrán de practicarse por las instituciones sanitarias oportunas, con carácter prioritario y urgente, según matiza el precitado artículo 92.1 del Reglamento<sup>25</sup>.

La dificultad radica en que todavía no existe un método científico capaz de determinar con total exactitud la edad, sino únicamente técnicas –básicamente de carácter radiológico– que realizan una estimación de la misma con un margen de error que los expertos cifran en dos años arriba o abajo<sup>26</sup>. Si a ello se añade que tales pruebas prescinden de considerar aspectos raciales, étnicos, nutricionales, medioambientales, psicológicos y culturales que tienen una influencia directa en el desarrollo de los individuos, puede afirmarse que su virtualidad resulta más que discutible<sup>27</sup>. Por ello, cuando la edad sea dudosa se recomienda por diversas organizaciones internacionales conceder el beneficio de la duda al menor no acompañado y presumir su minoridad<sup>28</sup>. En esta línea se sitúa, por lo que se refiere a nuestro país, la Fiscalía General del Estado,

(24) Ello de acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, donde puede leerse la siguiente afirmación: “Los Sres. Fiscales deberán velar por que la decisión sobre la práctica de las pruebas se adopte –en la medida de lo posible– después de que la Fuerza actuante consulte los antecedentes que pudieran existir del presunto menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados regulado en el artículo 111 del RE y en el que debe hacerse constar el resultado de la prueba médica de determinación de la edad [vid. letra f)]. Por consiguiente, si consultado el Registro consta practicada dicha prueba, habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión”.

Según clarifica la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001, en este Registro, creado en el seno de la Dirección General de la Policía, deben constar, entre otros, los siguientes datos de los menores: su impresión dactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de edad, así como otros datos que puedan facilitar, en su caso, las investigaciones previas a la repatriación, tales como el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia en el país de procedencia. En cualquier caso, según resulta de los artículos 35,5 de la LO 4/2000 y 111 del RD 2393/2004, los datos que constan en el Registro tienen como única finalidad la identificación del menor. Por ello, el Reglamento de extranjería dispone que la puesta a disposición de los órganos de las Administraciones públicas de los datos relativos a inmigrantes para el ejercicio de sus competencias en materia de inmigración se refiere únicamente a los obrantes en el Registro Central de Extranjeros (artículo 109.2) y no a los que constan en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados.

(25) Tal celeridad se justifica, de acuerdo con la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/2006, por la situación de privación de libertad que implica la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo mientras no sea determinada su edad. Con todo, como advierte D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 32, el legislador no ha fijado unos plazos máximos en los que el sujeto afectado deba quedar en libertad ni ha previsto que se le preste asistencia jurídica durante este proceso, lo que puede ir en detrimento de la seguridad jurídica.

(26) Según indica FJ. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., p. 15, existen diversas técnicas, entre las cuales la más utilizada en nuestro país consiste en estimar la edad mediante radiografías de los huesos de la muñeca y mano izquierda, y su posterior comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades. Una descripción más detenida de estas técnicas puede verse en el Dossier “Évaluation de l’age des enfants étrangers non accompagnés” elaborado por B. VAN KEIRSBLOCK, J.P. JACQUES y O. DIAMANT BERGER y publicado en el *Journal du droit des jeunes*, núm. 229, 2003, pp. 14-30.

(27) Cfr. ACNUR, Informe *Los menores no acompañados y la protección de asilo*, cit., aptdo. 5.

(28) En tales términos se expresa el precitado Informe del ACNUR, aptdo. 5; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 31; la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa “Menores no acompañados en Europa” desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, p. 18; el Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional de *Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia*, p. 25; el artículo “Niños no acompañados: su protección, su acogimiento y sus derechos a su llegada al país de acogida” publicado por el propio Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 8, 2007, p. 8; y el Informe elaborado por *Human Rights Watch* bajo el título

en cuanto en su Instrucción 2/2001 señala que debe tomarse como edad de referencia la menor que resulte de las pruebas médicas realizadas<sup>29</sup>.

En cualquier caso, una vez practicadas las oportunas pruebas conducentes a la determinación de la edad, de acuerdo en la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado –adoptada previa recomendación del Defensor del Pueblo–, debe dictarse por el fiscal resolución motivada en la que se determine si el extranjero debe considerarse menor de edad y, en caso afirmativo, se acuerde su puesta a disposición a los servicios de protección de menores. La referida resolución habrá de concretar, asimismo, la edad del menor de forma aproximativa. Ahora bien, la misma tendrá carácter meramente provisionalísimo, no constituyendo, por tanto, una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada. De este modo, queda abierta la posibilidad de que el juez autorice la práctica de pruebas complementarias en el curso de cualquier procedimiento ulterior en el que se discuta la edad del menor<sup>30</sup>.

Una última cuestión en torno a la determinación de la edad es la referente a la posibilidad (o no) de practicar las correspondientes pruebas en caso de negativa del extranjero a someterse a ellas. Pues bien, la respuesta a esta cuestión parece que ha de ser afirmativa en atención a la STC 35/1996, de 11 de marzo, que admite la práctica de pruebas radiológicas sin contar con el consentimiento del afectado, por entender que con ellas no se vulnera el derecho a la integridad física, debido a la poca intensidad de las radiaciones y al poco tiempo de la exposición<sup>31</sup>. Ahora bien, lo que no resulta tan claro es determinar a quién compete autorizar tales pruebas,

*Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/)). Interesa señalar que el Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional de Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia ya ha sido acogido favorablemente por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre promoción y protección de los derechos del niño de 16 de noviembre de 2007 (Resolución A/C.3/62/L.24/Rev.1), apdo. 16 y su aprobación final está prevista en la sesión de la referida Asamblea de finales de 2008.

(29) Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado: “Dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto, habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior a dicha horquilla”. La misma línea de actuación se recomienda en la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las Responsabilidades de las Administraciones Públicas respecto a los Menores no Acompañados*, aprobada en octubre de 2006, principio de actuación núm. 4.

(30) De acuerdo con la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado. Como se ha indicado en texto, esta Circular responde a una recomendación del Defensor del Pueblo a la Fiscalía General del Estado contenida en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, Madrid, 2005, pp. 339-340, de la que se ofrece el siguiente extracto: “La experiencia acumulada (...) por el Defensor del Pueblo pone de manifiesto cómo en la mayoría de las ocasiones se asume como edad de la persona sometida a las pruebas médicas la que aparece en el dictamen médico que se ha efectuado, sin que exista un acto expreso del Fiscal en el que realice una interpretación jurídica de ese dictamen, el cual puede ser complementado por otras pruebas (...). En opinión del Defensor del Pueblo (...) sería deseable que en todos los casos existiera un pronunciamiento jurídico expreso en el que el Fiscal valorando las pruebas se pronunciara sobre la edad del menor. Debe tenerse en cuenta que tanto la Ley como el Reglamento son excluyentes en esta materia, el que dispone la edad de esa persona es el Fiscal, no el médico que emite el informe” (<http://www.defensordelpueblo.es>).

(31) Así lo entiende el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 340. La STC 35/1996, de 11 de marzo, puede consultarse en el BJC, núm. 180, 1996, pp. 71-82; vid., en concreto, su fundamento jurídico IV. Discrepa, sin embargo, Á. DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes...”, cit., p. 545, para exigir el consentimiento del menor siempre que tenga suficiente juicio y, en su defecto, autorización judicial.

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

de no consentir el afectado, si al fiscal o a la autoridad judicial. Personalmente, pese a la falta de claridad tanto del artículo 35.1 de la Ley Orgánica de Extranjería como del artículo 92.1 de su Reglamento de desarrollo, creo que estos preceptos habilitan al Fiscal para adoptar esa decisión aun con la oposición del afectado. En efecto, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta al fiscal a adoptar órdenes de detención preventiva, puede aceptarse también que la legislación de extranjería atribuya esta otra facultad limitativa de libertad al Ministerio Público, aun con la oposición del afectado<sup>32</sup>.

#### IV. LA REPATRIACIÓN

Uno de los temas fundamentales del régimen jurídico de los MENA tiene que ver con su posible repatriación. Y es que no debe olvidarse que los MENA sólo pueden ser objeto de expediente de repatriación (artículo 35.3 de la LO 4/2000 y artículo 92.4 del RD 2393/2004), ya que por su minoría de edad no procede una sanción de expulsión como corresponde a los extranjeros irregulares mayores de edad<sup>33</sup>. Es más, de lo dispuesto en estos preceptos resulta que la finalidad de la repatriación no puede ser otra que la reagrupación del menor con su familia, bien a su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares, o, subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen, tratándose de evitar así las expulsiones encubiertas<sup>34</sup>.

No es extraño, por tanto, que la normativa de extranjería parezca ir dirigida a propiciar que el menor retorne a su país de origen, en aras del principio de reagrupación familiar<sup>35</sup>. Ahora bien,

(32) Ello sin perjuicio de alguna opinión discrepante, como la de C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica...*, cit., pp. 119-122; y Á. DE PALMA DEL TESO: "Los menores inmigrantes...", cit., p. 546, partidaria de que la competencia la ostente en tal caso la autoridad judicial.

(33) En tales términos se expresa la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 y en su Instrucción 6/2004.

(34) Interesa reproducir al respecto la siguiente declaración vertida por el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 327: "el menor extranjero no puede ser expulsado, devuelto o retornado. La salida de un menor extranjero de nuestro país sólo podría producirse utilizando el mecanismo de la *reagrupación familiar* al tratarse de un derecho que impediría el uso de las otras vías claramente sancionadoras previstas para los adultos", declaración que reproduce en términos similares en la p. 430 en sede de conclusiones.

(35) La misma lectura de la legislación española ofrece la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004; así como la generalidad de la doctrina (vid. p.e. C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica...*, cit., p. 124; Marcos Francisco MASSÓ GARROTE: *Nuevo régimen de extranjería*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 265; Pascual AGUELO NAVARRO y Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 617; M. DE LORENZO SEGRELLES: *El nuevo régimen jurídico...*, cit., p. 299; C. GOENECHEA PERMISÁN, "Menores inmigrantes no acompañados...", cit.; B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de Extranjería...*, cit., p. 428; F.J. DURÁN RUIZ: "Las Administraciones públicas...", cit., pp. 24 y 29; I. LÁZARO GONZÁLEZ: "Menores extranjeros no acompañados...", cit., p. 155; M. DE LORENZO SEGRELLES, en *Comentarios a la Ley de extranjería*, cit., p. 866; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: "El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2004, p. 63, y *Situación y tratamiento...*, cit., p. 41).

A nivel internacional, consideran, igualmente, medida preferente el retorno del menor a su país de origen a efectos de reagrupación familiar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no

tal medida se encuentra supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos o garantías dirigidas a asegurar el respeto del principio del interés superior del menor.

El primer requisito a cumplir consiste en la necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen, para lo que deberán verificarse las gestiones necesarias por parte de la Comisaría General de Extranjería ante las embajadas y consulados correspondientes. Esto salvo que no exista representación diplomática en España, en cuyo caso, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (artículo 92.4.4 *in fine* del RD 2393/2004).

Como segunda garantía, ha de respetarse el derecho del menor a ser oído en el expediente de expediente de repatriación (artículo 92.4.1 del RD 2393/2004)<sup>36</sup>. Advierte el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia jurídica a los extranjeros en España* que este derecho se garantiza no sólo con preguntarle su opinión, sino que incluye el derecho previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que se cuenta<sup>37</sup>. Este trámite de audiencia al menor debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración, según recomiendan el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, así como el Consejo General de la Abogacía Española<sup>38</sup>. En

acompañados nacionales de terceros países, artículo 3.3; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdos. 81 a 83; y el Proyecto UNICEF-Servicio Social Internacional de *Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia*.

(36) Por añadidura, el derecho del menor a ser oído se encuentra reconocido genéricamente en el artículo 9 de la LO 1/2006 de protección jurídica del menor, así como en las diferentes leyes autonómicas de protección de menores (p.e. artículo 13 de la Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón, artículo 14 de la Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja y artículo 54 de la Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears); y, en el plano internacional, en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 25, y en las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños no Acompañados y Separados*, p. 11.

(37) Cfr. Defensor del Pueblo, *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 320.

(38) Vid. *Informe del Defensor del Pueblo sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., pp. 327-329 y 436; *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados de 2006*, principio de actuación num. 5; y Consejo General de la Abogacía Española, *Recomendación sobre la asistencia jurídica a menores extranjeros no acompañados* adoptada en acuerdo de 19 de enero de 2007. En esta dirección se ha pronunciado, igualmente, la organización internacional *Rights Watch* en su informe *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/7.htm](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/7.htm)); y el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, "Actualidad de las migraciones en Derecho español (conclusiones de las sesiones 2005-2007)", *Cuadernos Intermigra*, núm. 3, 2005-2007, pp. 23-24.

Nótese, por lo demás, que esta exigencia se ha materializado en la Comunidad Autónoma de Cantabria en la firma de un convenio en 2007 entre la Delegación del Gobierno y el Colegio de Abogados a fin de proporcionar a los MENA asistencia jurídica a prestar por letrados adscritos al turno de extranjería del referido Colegio. No obstante, en Aragón, según hace constar el Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, "Actualidad de las migraciones...", cit., p. 23, no hay presencia de letrado en ningún momento del procedimiento de repatriación, "ya que la ley no recoge esta exigencia".

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

cualquier caso, su omisión supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 152/2005, de 6 de junio).

Otra garantía igualmente relevante en orden a resolver si el menor debe reintegrarse con su familia o, al menos, retornar a su país de origen se vincula a la información que necesariamente debe conseguirse respecto de su identidad y circunstancias personales y socio-familiares<sup>39</sup>. Y es que, aun en el caso de haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto, a los servicios de protección de menores del país de origen, el Reglamento prevé que la repatriación sólo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen (artículo 92.4.1 *in fine*) y, adicionalmente, que no procederá la repatriación de verificarse la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares (artículo 92.4.5 *in fine*)<sup>40</sup>. Por ello, aunque la reintegración familiar sea, en principio, lo más conveniente para el menor, tal decisión no puede ser adoptada sino tras la realización de un informe individualizado de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Esta función informativa corresponde, en concreto, a los servicios de protección de menores a cuyo cargo se encuentra el menor, de acuerdo con el artículo 92.4.1 del Reglamento<sup>41</sup>. Las mismas razones aconsejan que, en caso de no ser posible la reagrupación familiar, el retorno al país de origen no se efectúe “sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia del menor”<sup>42</sup>.

La regularidad del proceso de repatriación se garantiza, asimismo, mediante la comunicación de todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso del mismo al Ministerio Fiscal (artículo

(39) De la importancia de obtener tal información se hacen eco diferentes textos internacionales, tales como la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa “Menores no acompañados en Europa” desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, cit., p. 18; la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 20; las *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre Niñas y Niños No Acompañados y Separados*, pp. 19-20; y el *Proyecto de Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia* elaborado conjuntamente por UNICEF y el Servicio Social Internacional, núm. 151. Vid., en el mismo sentido, las afirmaciones vertidas por el Servicio Social Internacional en sus *Boletines* núms. 8/2007 y 10/2007, pp. 7-8 y 6 respectivamente.

(40) En términos similares se pronuncia la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 27.

(41) Sobre la forma de averiguar los datos personales y socio-familiares del menor por parte de los servicios de protección de menores vid. F.J. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., nota 55, pp. 28-29.

(42) En tales términos se expresa la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 85. Por añadidura, la referida Observación señala en su apdo. 84 como circunstancias a tener en cuenta para determinar que el retorno al país de origen responde al interés del menor las siguientes: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular, socioeconómicas que encontrará el menor a su regreso; la existencia de mecanismos para la atención individual del menor; las opiniones del menor, así como las de las personas que le atienden; el nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Declaraciones similares pueden leerse en la Recomendación CM/Rec(2007)9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007, apdo. II.8.v.

92.4.3 del RD 2393/2004), dado que le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores, de acuerdo con el artículo 3.7 de su Estatuto Orgánico. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la repatriación de los MENA, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado ordena a los fiscales verificar que en la tramitación de los expedientes de repatriación se ha respetado el contenido mínimo exigido por la normativa de extranjería y, por ende, el interés del menor; esto es, que se ha respetado el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe de los servicios de protección de menores, que la repatriación se ha acordado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y que no se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares. Sólo así el Ministerio Fiscal podrá comprobar si la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor, según precisa la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

En todo caso, la decisión de repatriación debe atender, como ya se ha apuntado *a priori*, al interés superior del menor<sup>43</sup>. Este principio, si bien ya se encontraba contemplado tanto en el Derecho internacional (artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) como en el Derecho interno [artículos 2 y 11.2.a) de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor] no se ha recogido explícitamente en la normativa de extranjería sino hasta fechas recientes<sup>44</sup>. En concreto, se ha incorporado expresamente al artículo 92.4.1 del Reglamento de Extranjería, para señalar, a continuación, que la repatriación del menor a su país de origen sólo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores de su país de origen. Por consiguiente, aunque el interés del menor se encuentre, en principio, vinculado a su derecho a no ser separado de su familia, no siempre la reintegración familiar es lo que más interesa al menor. Así lo ha entendido tanto la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004<sup>45</sup>, como el Defensor del Pueblo en su Informe de 2001<sup>46</sup> y los Comisionados Parlamentarios Auto-

(43) Ello obliga, según hace constar el Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 10, 2007, pp. 6-8, a adoptar una serie de medidas para asegurar que el regreso del MENA a su país de origen responda a las necesidades y los derechos del niño, tales como la preparación y apoyo tanto al menor como a su familia o la cooperación de los países de acogida con los países de origen en la creación de estructuras apropiadas para el regreso de los menores. En concreto, en lo que hace a España, la segunda de las medidas referidas ha sido recogida explícitamente en los diversos Acuerdos suscritos con los principales países emisores de MENA –Rumanía, Marruecos y Senegal– a que me refiero *infra* en nota 55.

(44) A la necesidad de que la reagrupación familiar responda, en todo caso, al principio del interés superior del menor se refieren, asimismo, la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 6/2004 y el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 430; y, en el plano internacional, *Las Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niños y niñas no acompañados y separados*, pp. 11 y 22, y el Servicio Social Internacional en su *Boletín* núm. 10, 2007, p. 6.

(45) En concreto, para la Fiscalía General del Estado, “la repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país” (Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004).

(46) Así, en su Informe de 2001 afirma que “parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia con su entorno pueda configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores. En consonancia con lo anterior, esta Institución considera que el automatismo de las repatriaciones a

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

nómicos en su *Declaración sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006<sup>47</sup>, en línea todos ellos con la Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros<sup>48</sup>.

En definitiva, en la vigente normativa de extranjería se articula un marco legal que establece mecanismos de control para evitar que lo que es una repatriación en interés del menor se convierta en una expulsión de hecho. No obstante, la práctica demuestra –y, de hecho, así también se viene denunciando por diversas instituciones y organizaciones de derechos humanos<sup>49</sup>– que en los expedientes de repatriación tales garantías no siempre son debidamente respetadas, habiéndose detectado importantes irregularidades al respecto. El problema finalmente ha llegado a los Tribunales y, lo que es más importante, se están dictando resoluciones judiciales que están resolviendo en el sentido de impedir las repatriaciones de menores cuando no son acordadas en interés del menor, sino como medidas de expulsión carentes de cobertura jurídica. De algunas de estas sentencias nos hacemos eco a continuación. Así, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2007 que confirma la sentencia del juez *a quo* revocatoria de una resolución de repatriación, por ausencia del preceptivo informe de los servicios de protección de menores y vulneración del derecho del menor a ser oído; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de julio de 2007, igualmente confirmatoria de la sentencia de instancia, por considerar que en la tramitación del expediente la Administración no localizó ni identificó la familia del menor ni se puso en contacto con los servicios sociales del país de origen a los efectos de verificar si daban los requisitos necesarios para la adecuada

fin de reintegrar al menor no constituye una práctica acorde con el cumplimiento de los tratados internacionales ratificados por España en materia de protección de menores y cuando menos sería contraria al espíritu de la vigente legislación sobre la materia”. De estas palabras posteriormente se hace eco en su *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*.

(47) *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006, principio de actuación núm. 3: “Los menores no deben ser repatriados a sus países de origen salvo que existan garantías de que la reintegración a su núcleo familiar de origen (o recurso de protección alternativo) asegure el mejor interés para el menor. La decisión debe tener en cuenta el propio punto de vista del menor –que tiene derecho a ser escuchado– y sólo puede llevarse a cabo después de un estudio detenido de los recursos disponibles en su país de origen”.

(48) Así, la ya citada Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros establece en su artículo 55.1 que el menor sólo podrá ser devuelto a su país de origen cuando éste reúna “las condiciones adecuadas de acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía”. En el aptdo. 4 del mismo precepto se añade que, en ningún caso, podrá devolverse un menor a un país tercero si dicho retorno fuera contrario a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

(49) Vid. en este sentido el Informe de *Human Rights Watch* de 2002 *Callejón sin salida: Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños inmigrantes* (<http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/spnrmorco502sp.pdf>); el *Second rapport sur l’Espagne de la Commission européenne contre le racisme et l’intolérance* adoptado el 13 de diciembre de 2002, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2003, p. 17; el *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los trabajadores migrantes en España* de fecha de 14 de enero de 2004, párr. 55; el *Informe anual 2007 sobre el racismo en el Estado español* elaborado por la Federación de Asociaciones SOS Racismo del Estado Español, pp. 7 y 13 (<http://www.sosracismo.org>), así como su *Informe Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos* de 2005 ([www.mugak.eu/ef\\_etp\\_files/view/Informe\\_menores\\_retornados.pdf?package\\_id=9185](http://www.mugak.eu/ef_etp_files/view/Informe_menores_retornados.pdf?package_id=9185)); o las manifestaciones vertidas por las organizaciones internacionales *Save the Children* (<http://www.savethechildren.es>) y Amnistía Internacional (<http://www.amnesty.org/es>).

tutela del menor, vulnerando así el derecho a su integridad; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de febrero de 2008 que revoca la sentencia de instancia y anula una orden de repatriación por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al no haberse dado audiencia al menor en el procedimiento ni habersele notificado la resolución de repatriación; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006 que anula una resolución de repatriación por falta de notificación de la misma y, por ende, por vulneración de los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006 que anula una resolución de repatriación acordada pese a que el expediente contaba con informes de los servicios sociales a favor de la permanencia del menor en España por no darse las condiciones adecuadas para su reagrupación familiar y no haberse efectuado ninguna gestión con los servicios sociales del país de origen en orden a la asunción de su tutela, vulnerándose, además, el derecho del menor a ser oído en el procedimiento; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 1 de mayo de 2007 que anula una resolución de repatriación por ausencia total del procedimiento previsto en el artículo 92 del Reglamento de Extranjería y, por ende, violación de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva e integridad, en atención a las siguientes circunstancias: primera, ausencia de informe de los servicios sociales constatando la concurrencia de las condiciones para la reagrupación familiar del menor; y segunda, el menor no ha sido informado de la incoación del procedimiento ni ha sido oído durante el mismo ni se le ha notificado la resolución de repatriación; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 26 de Madrid de 22 de octubre de 2007 que anula una resolución de repatriación por vulneración del derecho del menor a ser oído y por “la falta de fundamento de la repatriación”, en cuanto la propia madre pretende que su hijo permanezca en España y no retorne a su país de origen; y, finalmente, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007 que estima la pretensión anulatoria del demandante de la resolución por la que se ordenaba su repatriación, por considerar vulnerados los derechos de audiencia y asistencia jurídica independiente, así como por haberse constatado la oposición de la propia familia al retorno del menor a su país de origen.

Una vez expuestas las garantías previstas legalmente en orden a la repatriación de los MENA, interesa hacer algunas precisiones de índole procedimental. Así, en primer lugar, conviene reparar en que la competencia decisoria en orden a la repatriación corresponde a la Administración del Estado, la cual actúa a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno (artículo 35.3 de la LO 4/2000 y artículo 92.4.1 y 7 del RD 2393/2004). Ello es así, por ser ésta la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería, en atención a lo dispuesto en el artículo 149.1.2.<sup>ª</sup> de la CE. No obstante, en caso de que el menor esté imputado en un proceso judicial –que no será otro que el procedimiento que prevé la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores–, la repatriación se condiciona por el artículo 92.4.6 del Reglamento de Extranjería a la concesión de autorización judicial, análogamente al supuesto de autorización de la salida o expulsión de un extranjero mayor que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito, lo que se explica, de acuerdo con la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, porque en ambos casos la salida del extranjero supone una renuncia del Estado español al ejercicio del *ius punendi*, algo que corresponde autorizar exclusivamente a

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

la autoridad judicial. En relación a esta cuestión conviene reparar en el distinto tratamiento dispensado por la Ley y su Reglamento de desarrollo. Así, mientras el artículo 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería exige la audiencia previa del Ministerio Fiscal, el artículo 92.4.6 del Reglamento se limita a decir que “deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal”. Ante esta falta de concordancia entre ambos preceptos, la Fiscalía General del Estado en la Circular precitada aboga por una interpretación sistemática de los mismos, según la cual es preciso el dictamen previo del fiscal para que el juez pueda autorizar la repatriación. En todo caso, el órgano judicial a quien compete autorizar la repatriación es el Juzgado de Menores, según precisa la referida Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, con base en el artículo 2.3 de la LO 5/2000 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

En segundo término, por lo que se refiere a la incoación del expediente de repatriación, según prevé el artículo 92.4.2 del Reglamento de Extranjería, puede iniciarse de oficio por la Administración del Estado –que, ya se ha puntualizado, es la competente en este caso– o a instancia de la entidad pública que ejerza la tutela del menor. Carece de legitimación, sin embargo, el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que se le deban comunicar todas las actuaciones que se lleven a cabo en el procedimiento, con arreglo en lo dispuesto en el artículo 92.4.3 de la misma norma.

Asimismo, importa señalar que el procedimiento administrativo debe finalizar mediante una resolución en virtud de la cual el Delegado o Subdelegado del Gobierno acuerde la repatriación o, en su caso, la permanencia del menor en España. Esta resolución, necesariamente motivada, ha de notificarse al menor y a la Administración que ejerza su tutela, con indicación de los recursos que caben contra la misma, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPPAC), aplicable por remisión de los artículos 20 y 21 de la LO 4/2000, a formalizar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según matiza la Fiscalía General del Estado en su Circular 3/2001 e Instrucción 6/2004. En lo que atañe al procedimiento a seguir para interponer el recurso, habrá de acudirse al procedimiento abreviado de los artículos 78 y ss. de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), salvo que se alegue vulneración de derechos fundamentales, en cuyo caso la resolución administrativa podrá recurrirse a través del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, contemplado en los artículos 114 y ss. de la LJCA. La legitimación para recurrir corresponde no sólo a la Administración tutora en su condición de representante legal del menor, sino también al propio interesado por aplicación del artículo 18 de la LJCA<sup>50</sup> e, igualmente, al Ministerio Fiscal, según sostiene la Fiscalía General del Estado en la Circular e Instrucción precitadas, con base en el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y en el artículo 8.2 de la LEC<sup>51</sup>.

(50) Ello de acuerdo con la tesis de algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo favorable a reconocerle capacidad procesal para la defensa de sus intereses en el orden contencioso-administrativo, cuestión esta que se tratará más detenidamente en el epígrafe VI.

(51) Vid. en el mismo sentido C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica...*, cit., 130; y Á. DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes...”, cit., p. 569.

Naturalmente, acordada la repatriación, ésta es susceptible de ejecución como cualquier acto administrativo *ex* artículo 56 de la LRJAPPAC, si bien, como se acaba de indicar, la resolución puede ser objeto de impugnación por parte de los interesados, quienes, igualmente, podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de la decisión de repatriación. A este respecto importa dar noticia de diversas resoluciones judiciales que conceden como medida cautelar la suspensión de la repatriación, en aplicación de los presupuestos de las medidas cautelares de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (p.e. las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre, 6 de noviembre y 23 de noviembre de 2007, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 20 de junio de 2006 y el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander de 7 de septiembre de 2006)<sup>52</sup>. En este punto, no está de más recordar que en los artículos 129 a 136 de la precitada LRJAPPAC la concesión de las medidas cautelares se supedita a la pérdida de la finalidad legítima del recurso, debiendo el juez realizar una valoración de los intereses en presencia. Pues bien, en las resoluciones consultadas que acceden a la concesión de la medida cautelar se hace patente, por un lado, la generación de perjuicios de muy difícil reparación en caso de ejecución inmediata de la repatriación del menor, a la vez que desde la perspectiva de los intereses en juego se constata la preeminencia del interés del menor sobre otro tipo de consideraciones<sup>53</sup>. Por lo demás, en el ámbito de la extranjería no es infrecuente que se soliciten las medidas cautelares o provisionalísimas del artículo 135 de la LJCA, esto es, aquellas que se conceden de inmediato y sin oír a la Administración, debido a la situación de urgencia que impide tramitar de modo ordinario la pieza separada de medidas cautelares. De hecho, se ha podido localizar algún auto –en particular, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de 31 de julio de 2006– que adopta la medida cautelarísima dirigida a la suspensión de la orden de repatriación recurrida, en razón de las circunstancias concurrentes –posible inmediata salida de territorio español y procedencia de valorar los intereses en presencia al estar implicado un menor de edad–, a fin de evitar una frustración de la eventual concesión de la medida cautelar, como ocurriría si previamente a la misma se llegase a ejecutar el acto impugnado.

(52) Sobre la competencia para la adopción de medidas cautelares en materia de extranjería –entre las que se encuentra, obviamente, la suspensión de la ejecución de las órdenes de repatriación– interesa advertir que, aunque corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en virtud de Acuerdo adoptado el 28 de noviembre de 2007, ha modificado el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, a fin de habilitar a los Juzgados de Guardia para acordar dichas medidas cuando sean instadas en día y hora inhábil y exijan intervención judicial inmediata.

(53) Sirva de ejemplo la siguiente declaración de la STS) de Madrid de 9 de octubre de 2007: “A la vista de lo expuesto [permanencia del menor en España desde 2005, informes educativos favorables, integración educativa y deseo manifestado del menor de continuar en España] y primando el superior interés del menor sobre cualquier otro, se considera más adecuado confirmar la suspensión acordada por el Auto apelado hasta tanto se dicte sentencia, no sólo por el perjuicio que supondría la ejecución de la repatriación y volver a reintegrarle en nuestro país, caso de estimarse el recurso, sino también porque se haría perder la finalidad legítima del recurso, dado que no es difícil pensar que se produciría una situación fáctica irreversible; sin que, por otro lado, la adopción de la medida cautelar lesione los intereses generales o de un tercero”.

Similares consideraciones ofrece el Defensor del Pueblo en su *Informe sobre Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, cit., p. 332, para recomendar la adopción de dichas medidas cautelares.

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

En cualquier caso, la ejecución de la repatriación debe llevarse a cabo por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, quienes procederán a la entrega del menor a las autoridades de frontera del país al que se repatrie (artículo 92.4, 1.ª parte del párr. 5.ª y párr. 7.º del RD 2393/2004). Ahora bien, teniendo en cuenta que el principio que inspira esta medida es el de reagrupación familiar, la entrega a las autoridades de frontera sólo es factible cuando esté debidamente garantizado que el menor será reintegrado a su familia o, subsidiariamente, será puesto a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen y, por supuesto, que no exista riesgo o peligro para su integridad (artículo 92.4.5 *in fine* del RD 2393/2004)<sup>54</sup>. Por lo que se refiere a los gastos derivados de la repatriación, de acuerdo con el artículo 92.4.8 del RD 2393/2004, su desembolso corresponde a la familia del menor o servicios de protección de menores de su país y, subsidiariamente, al Estado español. No obstante, este extremo se ha visto matizado ulteriormente en lo que se refiere a los MENA procedentes de aquellos países con los que España ha firmado acuerdos de repatriación a que me referiré acto seguido. Así, en el acuerdo firmado con Senegal en 2006 el Estado español se compromete a cofinanciar las acciones de repatriación (artículo 7) y en el firmado con Marruecos en 2007 (artículo 7) a financiarlas en exclusiva.

No pueden obviarse, con todo, las dificultades que se plantean en la práctica a la hora de ejecutar las repatriaciones de los MENA, ya sea por la imposibilidad de localizar a la familia, por las carencias de los servicios de protección de menores de los países de origen, por la falta de colaboración de sus autoridades o por la oposición de las familias y del propio menor al retorno. Pese a ello, lo cierto es que las autoridades españolas siguen apostando por esta política en coherencia con las previsiones de la normativa de extranjería, mediante la firma de acuerdos con los principales países emisores de MENA —a fecha de hoy, con Rumanía, Marruecos y Senegal— dirigidos a la repatriación de dichos menores a sus países de origen, sin olvidar la previsión de acciones sobre prevención de la emigración y protección de los MENA que se encuentren en territorio español<sup>55</sup>. De momento, no obstante, los resultados de esta política están pendientes

(54) No obstante, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia viene alertando desde hace años sobre la práctica de malos tratos a los menores repatriados por parte de la policía de frontera de sus países de origen, por lo que exhorta a las autoridades españolas a que entreguen directamente los menores repatriados a sus familiares o los servicios de protección de menores de su país (*Troisième rapport sur l'Espagne* adoptado el 24 de junio de 2005, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2006, pp. 17 y 18, a consultar en [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri)). Igualmente, denuncian malos tratos a los menores repatriados, en concreto, por parte de la policía marroquí el *Informe* elaborado en 2004 por SOS Racismo bajo el título *Menores en las fronteras: de los retornos efectuados sin garantías a menores marroquíes y de los malos tratos sufridos*; y el *Informe* elaborado en 2006 por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía bajo el título *Entre la represión y la protección: Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*.

(55) En particular, el Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos es de fecha de 15 de diciembre de 2005, el Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad senegaleses no acompañados, su protección, repatriación y reinserción es de fecha 5 de diciembre de 2006 y el Acuerdo entre el reino de España y el Reino de Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado es de fecha 6 de marzo de 2007. No obstante, cabe cuestionarse la vigencia del Acuerdo suscrito con Rumanía desde la incorporación de este país a la Unión Europea, toda vez que, silenciada esta cuestión tanto en el Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea como en las Medidas transitorias para Rumania (*Diario Oficial de la Unión Europea*, L 157, 21 de junio 2005), entiendo que los menores rumanos que acceden a nuestro país deben ser tratados como menores comunitarios.

de ser constatados<sup>56</sup>, si bien ha sido muy contestada por diversas asociaciones de derechos humanos<sup>57</sup>.

## V. LA PERMANENCIA EN ESPAÑA

### A) Medidas de protección

El Estado español tiene la obligación de proteger a todos los menores que se encuentren en su territorio, incluidos los MENA, tal y como resulta tanto de los textos internacionales (artículo 20 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño)<sup>58</sup> como nacionales (artículo 9.6 del Cc y artículo 1 de la LO 1/1996 de Protección del Menor). Por consiguiente, todo menor extranjero que accede a territorio español es destinatario de la protección que dispensa nuestro Ordenamiento jurídico a los menores, en igualdad de condiciones que un menor nacional<sup>59</sup>.

De hecho, la intervención de los servicios de protección de menores se inicia desde el momento de la localización de un MENA en territorio español, en cuanto la legislación de extranjería (artículo 35.1 de la LO 4/2000 y artículo 92.1 del RD 2393/2004) prevé que aquéllos le prestarán la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección de menores<sup>60</sup>. En aplicación de esta normativa, la concreta medida de protección a adoptar habrá de traducirse, a mi juicio, en la asunción de la tutela por la entidad pública de modo provisional. Conviene recordar a este respecto que, en general, las legislaciones autonómicas de protección de menores facultan a la Administración para adoptar la referida medida cautelar en aquellos

(56) En concreto, por lo que se refiere a Senegal, según se ha podido leer en prensa (<http://www.eldia.es/2007-12-31/canarias/canarias1.htm>), este país tiene serias dificultades para aceptar de forma inmediata a sus menores repatriados debido, entre otras causas, a la carencia de un censo de población y a la imposibilidad de garantizar las reagrupaciones familiares. Por este motivo, Senegal ha solicitado a España que construya, a la mayor brevedad posible, centros de acogida y formación profesional.

(57) Vid. a este respecto las interesantes afirmaciones de A. BARGACH, E. ARCE y M. JIMÉNEZ: "El reto de los menores e(in)migrantes", cit., pp. 252-253.

(58) También la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, artículo 3.2; y la Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 40.

(59) De conformidad con las directrices internacionales en materia de protección de menores. Así, p.e. el apdo. 145 del Proyecto conjunto UNICEF-Servicio Social Internacional de *Normas Internacionales para la protección de los niños privados de familia* declara que "los niños/as no acompañados o separados que ya se encuentran en el extranjero, deberían gozar del mismo grado de protección y cuidado que los niños/as nativos del país en cuestión".

(60) Esta previsión resulta coherente con el artículo 14 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y, asimismo, con los postulados internacionales (vid. p.e. el Informe del ACNUR *Los menores no acompañados y la protección de asilo*, apdo. 3; o la *Declaración de Buenas Prácticas* del Programa "Menores no acompañados en Europa" desarrollado conjuntamente por el ACNUR y la organización internacional *Save the Children*, p. 20).

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

## IV

casos de urgencia con grave riesgo para el menor que exijan una actuación inmediata<sup>61</sup>. Pues bien, a mi modo de ver, no cabe duda que en tal situación se encuentran los MENA en atención a las circunstancias extremas en que acceden a nuestro país, lo que justifica, por consiguiente, que se les aplique en un primer momento tal medida de protección<sup>62</sup>. No obstante lo cual, parece ser que la Administración en numerosas ocasiones prescinde de esta previsión normativa en relación con los menores extranjeros, para limitarse a asumir una mera guarda de hecho<sup>63</sup>. En cualquier caso, ya se adopte una medida u otra, los servicios competentes para prestar la asistencia inmediata serán los de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre el menor, en cuanto las leyes autonómicas de protección de menores se rigen por el principio de territorialidad<sup>64</sup>.

Posteriormente, una vez determinada la minoridad del sujeto, entiendo que la única medida de protección aplicable de las previstas legalmente es la asunción de la tutela automática por la Administración autonómica, previa declaración de desamparo en el oportuno expediente<sup>65</sup>, sin que proceda una guarda administrativa sin tutela<sup>66</sup> o las medidas de protección vinculadas a la situación de riesgo<sup>67</sup>, por cuanto la situación en que se encuentra el MENA no es otra –a mi

(61) Vid. artículo 24.2 de la Ley 3/1995 de la infancia de la Región de Murcia, cuyo tenor reproducen en términos prácticamente idénticos el artículo 60.2 de la Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón y el artículo 37.5 de la Ley 3/1999 del menor de la C.A. de Castilla-La Mancha; artículo 33 de la Ley 1/1995 de protección del menor, del Principado de Asturias; artículo 31.2 de la Ley 7/1999 de protección de la infancia y la adolescencia, de la C.A. de Cantabria; artículo 62 de la Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León; artículo 12.3 de la Ley 4/1994 de protección y atención a menores de la C.A. de Extremadura; artículo 18.1 de la Ley 3/1997 de la familia, la infancia y la adolescencia de la C.A. de Galicia; artículo 69.1 de la Ley 17/2006 integral de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; y artículo 53.1 de la Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja.

(62) De hecho, tal es la medida de protección que adopta en la práctica el servicio de protección de menores de la C.A. de Aragón, en aplicación del artículo 60 de la Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón, según información proporcionada por los responsables del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (en concreto, por Covadonga BERJARANO BARRENA, Subdirectora provincial del IASS en Teruel y por Soledad SÁNCHEZ BLANCO, responsable del Servicio de Formación e Información del IASS en Zaragoza).

(63) Según hace constar FJ. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., p. 18.

(64) Ello es así con base en las diversas leyes autonómicas de protección de menores que extienden su ámbito de aplicación a los menores que residen o se encuentren en su territorio, cualquiera que sea su nacionalidad o vecindad civil (p.e. artículo 2 Ley 12/2001 de la infancia y la adolescencia en Aragón, artículo 1 de la Ley 37/1991 sobre medidas de protección de los menores desamparados y la adopción de la C.A. de Cataluña, artículo 2.1 de la Ley 17/2006 integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears y artículo 2.2 de la Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja).

(65) Según resulta de la propia legislación de extranjería [artículos 35.4, 40.], 41.1.k) de la LO 4/2000 y artículos 68.k), 72.3.e) y 92.5.3 del RD 2393/2004]. Así también D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: “Situación y tratamiento...”, cit., pp. 39-40.

(66) Recuérdese que una guarda administrativa sin tutela sólo procede ex artículo 172.2 del Cc cuando los padres o tutores del menor soliciten su asunción a la entidad pública competente por no poder atenderlo o cuando así lo decida el juez en aquellos casos que legalmente proceda, circunstancias que no concurren en el caso de los MENA.

(67) Discrepo en este punto de G. ESTEBAN DE LA ROSA: “Inmigrantes menores de edad...”, cit., p. 1622; y “Situación jurídica y protección de los niños extranjeros en España”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 147, para quien los MENA se encuentran en situación de riesgo. Y es que, en atención a lo dispuesto en la legislación autonómica de protección de menores (p.e. artículo 22 de la Ley 1/1998 de los derechos y la atención del menor de la C.A.

juicio y como se ha defendido anteriormente— que la de desamparo. De haberse declarado el desamparo provisionalmente en un primer momento, en este momento habrá de darse cumplimiento por la Administración a los trámites de la declaración ordinaria. En cualquier caso, la resolución administrativa de desamparo y de asunción de la tutela no impide que posteriormente se proceda la repatriación del menor a efectos de su reagrupación familiar, de considerarse lo más conveniente para el interés del menor, según puede deducirse del artículo 92.5.2 del Reglamento de Extranjería.

En caso de no procederse a la repatriación del menor a su país de origen, bien porque se haya resuelto la permanencia de éste en España o bien porque se haya acordado la repatriación del menor y ésta no haya podido ejecutarse, el menor quedará a cargo de los servicios de protección de menores ya con carácter permanente hasta su mayoría de edad o, en su caso, su emancipación<sup>68</sup>. Es el momento oportuno para que la Administración declare el desamparo y asuma la tutela *ex lege* en caso de no haberlo hecho todavía y además proceda a regularizar la situación del menor<sup>69</sup>.

En cuanto a la forma de ejercer la guarda de los MENA por parte de la Administración que tiene encomendada su tutela, interesa señalar que se ha optado preferentemente por el acogimiento residencial, sobre todo cuando se trata de menores a partir de determinadas edades<sup>70</sup>, sin perjuicio de que ocasionalmente se constituyan acogimientos familiares con familias de su misma etnia o religión<sup>71</sup>. Por añadidura, dentro de la modalidad de acogimiento residencial la práctica varía sustancialmente de unas Comunidades Autónomas a otras. Así, p.e. en Cataluña se han creado centros específicos para MENA tanto en fase de primera acogida como en fase de permanencia. En Andalucía se promueven centros de acogida inmediata de estos menores, para después tratar de integrarlos en centros en los que se realiza el acogimiento residencial de los menores españoles. La Región de Murcia actúa, sin embargo, a la inversa, en cuanto que los menores ingresan de entrada en centros de primera acogida comunes y aquellos que no son repatriados pasan posteriormente a recursos residenciales específicos gestionados normalmente por asociaciones especializadas<sup>72</sup>. Y en cuanto a Aragón, las soluciones varían según provincias; así, mientras en Zaragoza existen centros especializados de primera acogida y de allí se

de Andalucía, artículos 56 y 57 de la Ley 12/2001 de infancia y adolescencia en Aragón, artículo 47 a 54 de la Ley 14/2002 de promoción, atención y protección a la infancia de Castilla y León, y artículos 40 a 47 de la Ley 1/2006 de protección de menores de La Rioja) difícilmente puede declararse un MENA en situación de riesgo, ya que ésta implica la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, de tal modo que la actuación de la Administración se limita a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo, lo que no resulta operativo para un MENA, en cuanto ya está separado de su núcleo familiar.

(68) Y es que en el caso de los MENA no creo que resulte fácil la constitución de la tutela ordinaria y menos todavía de la adopción.

(69) De la regularización de la situación del menor me ocupo en el epígrafe 7.

(70) De acuerdo con G. ESTEBAN DE LA ROSA: “Inmigrantes menores de edad...”, cit., p. 1625.

(71) Según información aportada por G. ESTEBAN DE LA ROSA, *id. ibid.* En concreto, C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica...*, cit., p. 149, se refiere a la puesta en marcha por la Junta de Andalucía de un plan de acogimiento de MENA con familias magrebíes residentes en la Comunidad Autónoma.

(72) Datos proporcionados por D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 37.

les orienta posteriormente al recurso residencial más adecuado a sus características entre los existentes para los menores españoles, en Huesca y en Teruel entran directamente en centros de acogida comunes<sup>73</sup>.

De cualquier modo, a la hora de adoptar las concretas medidas de protección y acogimiento, es fundamental tener en cuenta las necesidades específicas del menor derivadas de su condición de MENA, así como sus propias circunstancias personales, lo que exige una formación especializada de los diferentes profesionales implicados<sup>74</sup>.

## B) Medidas de integración

En caso de consolidarse la permanencia de un MENA en nuestro país, resulta imprescindible garantizar su integración en el mismo, lo que exige, de acuerdo con el Servicio Social Internacional, la adopción de las siguientes medidas<sup>75</sup>: el ofrecerle cursos de apoyo que le permitan adquirir el conocimiento del idioma, el garantizarle el acceso a los servicios de salud y un alojamiento digno, el garantizarle la continuidad en la educación –con apoyo especial, de necesitarlo–, así como el acceso a la formación profesional y el proporcionarle información adecuada de las tradiciones culturales y sociales de nuestro país. En concreto, la propia legislación de extranjería reconoce a los extranjeros menores de dieciocho años el derecho y deber a la educación, así como el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 9 y 12.3 de la LO 4/2000).

Junto a estas medidas, la integración de los MENA pasa, asimismo, por la regularización de su situación en nuestro país a través de la correspondiente autorización de residencia y por el acceso al mercado laboral a través del oportuno permiso de trabajo. A estas dos medidas vamos a referirnos a continuación.

### a) La autorización de residencia

De la regularidad de la situación del MENA en su condición de extranjero se ocupa el artículo 35.4 de la Ley Orgánica de Extranjería, según el cual la residencia de los menores extranjeros tutelados por una Administración pública es regular a todos los efectos<sup>76</sup>.

(73) Agradezco a Covadonga BEJARANO BARRENA, Subdirectora Provincial del IASS en Teruel, el haberme proporcionado estos datos.

(74) Cfr. Servicio Social Internacional, “Niños no acompañados: Su protección, su acogimiento y sus derechos a su llegada al país de acogida”, *Boletín*, núm. 8, 2007, p. 9. En términos similares se expresa Observación núm. 6 (2005) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, apdo. 40, ofreciendo una serie de pautas al respecto.

(75) Cfr. Servicio Social Internacional, “Niños no acompañados: Las condiciones de una integración duradera en el país de acogida”, *Boletín*, núms. 11-12, 2007, p. 11.

(76) Por este motivo, según indica la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, aunque el vigente Reglamento de Extranjería no lo afirme con la rotundidad con que lo hacía el artículo 13 del Reglamento derogado, los menores extranjeros que se encuentran en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión.

En concreto, en los términos no exentos de ambigüedad en que se expresa el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería, la regularización no parece ser posible sino una vez transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores; esto es, sólo a partir del transcurso de ese plazo y no antes el menor tiene derecho a obtener de la Administración del Estado la autorización de residencia a que se refiere el precitado precepto, previa la correspondiente solicitud<sup>77</sup>. No obstante, en una lectura correctora del precepto parece razonable entender que el plazo de nueve meses es un máximo, por lo que no es necesario esperar al transcurso del mismo para tramitar la autorización de residencia<sup>78</sup>. Asimismo, dista de resultar clara la expresión “haber sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”, pudiendo interpretarse en el sentido de que el MENA haya sido incorporado al servicio de protección de menores, cualquiera que sea la medida de protección adoptada, sentido que personalmente me parece más adecuado, dada la amplitud de la fórmula legal<sup>79</sup>; o por el más restrictivo de que se haya constituido formalmente la tutela *ex lege*<sup>80</sup>.

En todo caso, el otorgamiento de la autorización de residencia se condiciona a que se acredite la imposibilidad de retorno del menor con su familia o al país de origen (artículo 35.4 de la LO 4/2000)<sup>81</sup>, requisito que debe entenderse cumplido, a mi modo de ver, no sólo cuando se haya acordado la repatriación del menor y ésta no se haya podido ejecutar como prevé el precitado artículo 92.5 del Reglamento, sino también cuando se haya resuelto la permanencia de aquél en España, una vez valoradas las circunstancias concurrentes<sup>82</sup>. Por añadidura, la Administración del Estado suele tener en cuenta los informes sobre el comportamiento de los menores y su his-

(77) De hecho, tal es la interpretación de buena parte de la doctrina. Vid., p.e. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Normativa comentada...*, cit., p. 618, para quienes se está condenando al menor a un limbo jurídico durante nueve meses, dando lugar a un incumplimiento de los principios rectores en materia de protección de menores; G. ESTEBAN DE LA ROSA: “Inmigrantes menores de edad...”, cit., p. 1622, y en coautoría con C. MOLINA NAVARRETE y E. ARCE JIMÉNEZ: *La inmigración extranjera*, cit., p. 124; M. DE LORENZO SEGRELLES, en *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., p. 867; B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de extranjería...*, cit., p. 431; y F.J. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., p. 34.

(78) Así también la *Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre las responsabilidades de las Administraciones sobre los menores no acompañados* de 2006, principio de actuación núm. 2. En la misma línea, el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, pp. 428-432 (<http://www.defensordelpueblo.es>), entiende que es posible presentar la solicitud antes de los nueve meses y que, incluso, es recomendable para evitar los perjuicios que se derivan para quienes alcanzan la mayoría de edad durante la tramitación del permiso de residencia. No obstante, según hace constar D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 44, normalmente las gestiones para solicitar la autorización de residencia no se inician antes de ese plazo, provocando retrasos considerables en la obtención de la documentación por parte de los menores.

(79) Participa, asimismo, de esta opinión la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado; y, en la doctrina, Francisco ALONSO PÉREZ: *Régimen jurídico del extranjero en España*, 4.<sup>a</sup> ed., Ministerio del Interior-Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 302; Pablo ÁLVAREZ LÓPEZ: “La concesión de la autorización de residencia a menores extranjeros no acompañados. Comentario a varias sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha”, *Actualidad Administrativa*, 2004-II, pp. 2069 y 2079; y Á. DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes...”, cit., p. 560.

(80) Tal es la interpretación de I. LÁZARO GONZÁLEZ: “Menores extranjeros no acompañados...”, cit., p. 158; y D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: *Situación y tratamiento...*, cit., p. 44.

(81) Este requisito ha sido incorporado novedosamente al artículo 35 de Ley Orgánica de Extranjería en su redacción dada por la LO 14/2003.

(82) Así también F.J. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., p. 34. En relación con este requisito, adviértase con P. ÁLVAREZ LÓPEZ: “La concesión de la autorización de residencia...”, cit., p. 2077, que una motivación bastante común en las

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

### IV

torial delictivo a la hora de conceder o denegar la autorización de residencia, lo que constituye una clara vulneración de la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal que prohíbe en su artículo 4 el uso de datos personales para finalidades incompatibles con los objetivos para los que fueron recabados<sup>83</sup>.

En cuanto a la legitimación para instar de la Administración del Estado la concesión de la autorización de residencia para el menor, se atribuye por el precitado artículo a la propia entidad pública que ejerce la tutela<sup>84</sup>, sin perjuicio de la que puedan tener otras personas en función de los criterios del procedimiento administrativo.

En cualquier caso, la autorización de residencia correspondiente a los MENA opera retroactivamente, en cuanto que, según dispone el artículo 35.4 de la Ley Orgánica de Extranjería, una vez concedida, sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor fue puesto a disposición de los servicios de protección de menores<sup>85</sup>; previsión de gran relevancia a efectos de facilitar la integración del menor en nuestro país, vía la ulterior concesión de la autorización de residencia permanente o de la nacionalidad española<sup>86</sup>.

En efecto, aunque la autorización de residencia que se otorga a estos menores tenga carácter temporal –un año renovable–, el artículo 72.3 letra e) del Reglamento de Extranjería les reconoce el derecho a la autorización de residencia permanente una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que hayan estado bajo tutela administrativa durante los cinco años consecutivos inmediatamente anteriores. Ello implica que el extranjero tiene autorización para residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (artículo 71 del RD 2393/2004). Con todo, dicha previsión no deja de ser discutible, en cuanto dispensa el mismo tratamiento a un MENA que a cualquier extranjero, al exigirle el mismo período de residencia legal de carácter temporal que se precisa con carácter general para acceder a la situación de residencia permanente (artículo 32.2 de la LO 4/2000 y artículo 72.1 del RD 2393/2004), pese a incluirse entre los supuestos especiales destinados a favorecer el acceso a esta situación<sup>87</sup>. Ello sin olvidar la problemática derivada del hecho de que muchos de estos menores, por tener edades próximas a la mayoría de edad, no alcanzan a cubrir el período de cinco años exigido

resoluciones denegatorias de autorización de residencia a los MENA es que no se haya instado la repatriación; esto es, la Administración se basa en su propia inactividad para motivar la denegación de la autorización de residencia.

(83) Según denuncia *Human Rights Watch* en su Informe *Responsabilidades no bienvenidas...*, cit. ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/)).

(84) Esta actuación de la entidad tutora se encuentra, asimismo, prevista en el artículo 10.4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

(85) Expresión esta última que, a mi juicio, debe entenderse en el sentido propuesto con anterioridad, esto es, prescindiendo de que la entidad pública haya asumido formalmente (o no) la tutela *ex lege*.

(86) Destacan, asimismo, la importancia de esta previsión normativa B. CAMPUZANO DÍAZ, en *El nuevo Derecho de Extranjería*, cit., p. 267; y Á. DE PALMA DEL TESO: "Los menores inmigrantes...", cit., pp. 561-562.

(87) Como advierte B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de extranjería...*, cit., pp. 531-532, la inclusión de los MENA entre los supuestos especiales tenía más sentido en la anterior redacción del Reglamento de Extranjería, que sólo exigía haber estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los tres años consecutivos inmediatamente anteriores [artículo 42.2.f)].

legalmente, de tal manera que, una vez que dejan de ser tutelados por la Administración, pasan a engrosar el número de inmigrantes ilegales<sup>88</sup>.

Por añadidura, los MENA gozan de un régimen privilegiado de acceso a la nacionalidad española, ya que el artículo 22.2 letra c) del CC sólo exige el plazo de un año de residencia legal al menor extranjero que haya estado bajo la tutela, guarda o acogimiento legal de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos. Resulta, por tanto, más sencillo para un MENA obtener la nacionalidad española que el permiso de residencia permanente, lo que no deja de resultar paradójico<sup>89</sup>.

Por otra parte, conviene advertir que, en atención a lo dispuesto en el artículo 92.5.2 del Reglamento, la autorización de residencia no impide la ulterior repatriación del menor, de poder efectuarse ésta. En una primera aproximación esta previsión merece una valoración positiva, en cuanto que resulta a todas luces lógico que de cambiar la situación familiar del menor tras su regularización, éste sea devuelto a su familia y país de origen, en aplicación del principio del interés del menor. No obstante lo cual, no puede dejar de reconocerse que con la misma se deja a los MENA en una cierta situación de incertidumbre que puede impedir que el trabajo de integración con estos menores resulte fructífero<sup>90</sup>.

Finalmente, interesa destacar que, para evitar que pueda resultar perjudicado el menor que alcance la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia –y es que no debe olvidarse que muchos de estos menores tienen una edad próxima a los dieciocho años–, se incorporó una nueva previsión en el Reglamento en virtud de la reforma de 2004, el artículo 92.5.3, según el cual, la entidad pública que ejerce la tutela puede recomendar la concesión al menor de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales<sup>91</sup>. En una primera valoración, esta disposición debe considerarse acertada, en cuanto da respuesta a un problema que venía planteándose en la práctica y que carecía de regulación normativa, sin perjuicio de la jurisprudencia vertida sobre el particular<sup>92</sup>. Puede formularse, sin embargo, la objeción de que otorga

(88) Esta situación ha sido denunciada por *Human Rights Watch en su Informe Responsabilidades no bienvenidas...* ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/)) y también ha podido leerse en la prensa ([http://www.elfarocetamelilla.es/index.php?option=com\\_content&task=view&id=6438&Itemid=59](http://www.elfarocetamelilla.es/index.php?option=com_content&task=view&id=6438&Itemid=59)).

(89) No obstante, según hace constar *Human Rights Watch en su Informe Responsabilidades no bienvenidas...*, cit., nunca se ha concedido la nacionalidad española a un MENA ([http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain\\_0707/](http://hrw.org/spanish/reports/2007/spain_0707/)).

(90) En tales términos se expresa el Defensor del Pueblo en su Informe de 2004, cit., p. 433, recomendando que esta previsión sea objeto de una especial medida, por la pérdida de expectativas que puede producirse en el desarrollo personal, cultural y emocional del menor. Advierten, asimismo, de este potencial peligro FJ. DURÁN RUIZ: “Las Administraciones públicas...”, cit., pp. 25, 37 y 38; e I. LÁZARO GONZÁLEZ: “Menores extranjeros no acompañados...”, cit., p. 159.

(91) La autorización de residencia por circunstancias excepcionales se contempla en el artículo 31.3 de la LO 4/2000, desarrollado reglamentariamente por el artículo 45 del RD 2393/2004.

(92) Me refiero, en concreto, a las SSTs de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2003 y de 12 y 14 de enero de 2004 que confirman las sentencias de instancia en que se reconoce a unos extranjeros tutelados por la Administración hasta la minoría de edad el derecho a la concesión de una autorización de residencia temporal por la circunstancia excepcional prevista en el entonces vigente artículo 41.3.c) del Reglamento de Extranjería, esto es, por razones humanitarias. Da cumplida noticia de estas sentencias P. ALVÁREZ LÓPEZ: “La concesión de la autorización de residencia...”, cit., pp. 2077-2079.

un amplio margen de discrecionalidad a la Administración, en atención a los términos en que se expresa (“podrá recomendar”)<sup>93</sup>. Con todo, parece razonable que se haga depender tal “recomendación” de que en el período que haya permanecido tutelado el menor haya participado “adecuadamente” en las acciones formativas y actividades programadas de dicha entidad para favorecer su integración social.

### b) La autorización de trabajo

La normativa de extranjería contiene, asimismo, una serie de preceptos que tratan de facilitar el acceso de los MENA mayores de dieciséis años al mercado laboral y, por ende, su integración en la sociedad<sup>94</sup>, aunque ciertamente dotando de un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración que ejerce su tutela, como podrá comprobarse a continuación<sup>95</sup>.

Así, tales menores, una vez que obtienen la autorización de residencia, pasan a tener un acceso preferencial—esto es, determinado por la no consideración de la situación nacional de empleo— a una autorización de trabajo. Ello resulta del artículo 40 letra k) de la Ley Orgánica de Extranjería que incluye entre los sujetos con derecho a obtener autorización de trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo a “los menores extranjeros con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente”, en concreto, para aquellas actividades que, a criterio de la referida entidad, favorezcan su integración social<sup>96</sup>.

Es más, en caso de que no cuenten con autorización de residencia, están exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo para desarrollar aquellas actividades o programas de educación o formación que redunden en su beneficio a juicio de la entidad pública que ejerza su tutela. Esta situación debe probarse con la acreditación del ejercicio de la tutela por la entidad pública correspondiente, así como mediante la presentación por parte de ésta de la propuesta de actividad que favorezca la integración social del menor [artículo 41.1.k) de la LO 4/2000 y artículos 68.k) y 92.5.1 *in fine* del RD 2393/2004]<sup>97</sup>.

Asimismo, tampoco necesitan autorización de trabajo aquellos MENA que obtengan la autorización de residencia permanente al alcanzar la mayoría de edad por reunir los requisitos del artículo 72.3 letra e) del Reglamento de Extranjería.

(93) En tales términos se expresa B. CAMPUZANO DÍAZ, en *Derecho de Extranjería...*, cit., p. 432, y en *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, cit., p. 214, cuya opinión comparto plenamente.

(94) La importancia de facilitar a los MENA el acceso al mercado de trabajo ha sido puesta de relieve por los textos internacionales. Sirva de ejemplo la reciente Recomendación CM/Rec(2007)9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los proyectos de vida a favor de los menores inmigrantes no acompañados de 12 de julio de 2007.

(95) Así también D. SENOVILLA HERNÁNDEZ: “El estatuto jurídico de los menores...”, cit., pp. 67-68.

(96) Este precepto debe su redacción a la LO 8/2000, sin que prosperase una enmienda del Grupo catalán favorable a recoger este supuesto como excepción a la autorización de trabajo, en vez de como excepción a la situación nacional de empleo.

(97) El artículo 41.1.k) fue incorporado a la LO de Extranjería por la LO 14/2003.

## VI. LA POSIBLE EXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE EL MENOR EXTRANJERO TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN QUE TIENE ATRIBUIDA SU TUTELA

Otro de las cuestiones que pueden suscitarse en relación con los MENA radica en la eventual presencia de intereses contrapuestos entre el menor extranjero tutelado y la entidad pública que tiene encomendada su tutela. Esta situación no es hipotética, en cuanto se ha localizado un Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006 en el que se nombra defensor judicial a un menor extranjero para garantizar sus posibilidades de defensa en el procedimiento en el que se conoce del recurso contra su repatriación, debido a que tanto la Administración autonómica que ostentaba la tutela como el propio Ministerio Fiscal son favorables a aquella, pese a la oposición del menor<sup>98</sup>. Uno de los aspectos de interés que suscita la citada resolución radica en la posible falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para nombrar defensor judicial, competencia que fue discutida por la letrada de la Administración autonómica. Interesa señalar, no obstante, que el Juzgado se ratificó en su competencia en virtud de Auto con fecha de 24 de abril de 2006, por entender que el nombramiento de defensor judicial puede verificarse en interés del menor por el juez que conozca del asunto principal, cualquiera que sea su orden jurisdiccional, y ello con más motivo en un procedimiento de protección de derechos fundamentales, dado su carácter urgente y sumario<sup>99</sup>. En cualquier caso, y al margen de esta polémica, con la decisión adoptada lo que hace el juez de lo contencioso es suplir la falta de capacidad procesal derivada de la minoridad del sujeto afectado. Posteriormente, esta tesis ha sido asumida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2007<sup>100</sup>.

Sin embargo, cabe defender otra tesis interpretativa de la normativa aplicable en materia de capacidad procesal del menor, esto es, el artículo 18 de la LJCA, según la cual debe admitirse la

(98) Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 6 de abril de 2006: “En el caso, en el cual tanto el Abogado del Estado, como la fiscal, como la letrada de la CA Madrid, alegaron coincidentemente que lo más favorable es que el menor fuera repatriado para reunirse con sus padres en Marruecos, a pesar de que al menor la decisión adoptada por la Comisión de Tutela de la CA de Madrid no le satisface, procede nombrar un defensor judicial. Y ello sin que en modo alguno afecte la tutela que ostenta la Comisión de Tutela, que únicamente se ve afectada por el presente procedimiento. En efecto, se está en presencia de un supuesto en el que pueden darse intereses opuestos respecto de un asunto que afecta a la esfera personal y social del menor, debiendo primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, a tenor del artículo 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero. (...), Ley esta última que debe interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención 20 de noviembre de 1989 (Convención sobre los Derechos del Niño) (...), debiendo los poderes públicos garantizar el respeto de los derechos de los menores y adecuar sus actuaciones a dicha Ley y a la normativa internacional”.

(99) Auto del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 24 abril 2006: “el procedimiento para la designación de defensor judicial puede llevarse a efecto en el seno del procedimiento en el que se suscite un conflicto de intereses entre el menor y quien ostente su representación legal, tanto más cuanto el procedimiento por el que se sustancia la solicitud lo es por el de protección de los derechos fundamentales de la persona, urgente y sumario, y como tal previsto en la Ley de Jurisdicción. Es obvio que cualquier Juzgado o Tribunal, con independencia del Orden Jurisdiccional donde se plantea el conflicto de intereses indicado debe, en interés del menor, propiciar el nombramiento de un defensor judicial”.

(100) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de noviembre de 2007: “Dado que la entidad que ha asumido la tutela del menor extranjero es partidaria de la repatriación, el Juzgado debió proceder al nombramiento de defensor judicial mediante providencia”.

## El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español

## IV

aptitud del MENA para comparecer en este tipo de procedimientos en atención a la índole personalísima de los derechos afectados, siempre –o sí– que tenga juicio suficiente. De hecho, tal fue la tesis que adoptó el juez que nombró defensor judicial en el ámbito del procedimiento administrativo al dictar sentencia anulando la resolución del Delegado del Gobierno por la que se acordó la repatriación (Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 de septiembre de 2006)<sup>101</sup>. Posteriormente, se han dictado otras resoluciones judiciales en esta misma dirección; me refiero, en concreto, a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre de 2007, a la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006, a la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 31 de mayo de 2007 y la Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007<sup>102</sup>.

(101) Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 14 de Madrid de 25 septiembre 2006: “profundizando en la posibilidad apuntada en el Auto de 24 de abril de 2006, de que podía entenderse que el menor tenía capacidad suficiente para ejercer por sí mismo su derecho, al tratarse de una acción personalísima afectante a su esfera personal, familiar o social, nombrando Letrado de su confianza que le represente en juicio, dado el tiempo transcurrido desde dicha resolución que ha permitido una mayor reflexión sobre tal alternativa indiciada entonces, cabe concluir que, al amparo de lo prevenido en el artículo 18 de la LJCA, en relación con lo dispuesto en el artículo 162.1º del Código Civil (...) el menor B.E. tiene capacidad procesal suficiente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo para la defensa de sus derechos fundamentales que invoca el dicho en el presente procedimiento, dado el carácter personalísimo de los mismos, así como la edad y madurez de aquél. En este sentido, debemos recordar que cabe diferenciar diversas etapas en la capacidad de obrar del menor, habiéndose acuñado en la doctrina el término «menor maduro». Así el menor tiene una capacidad de obrar progresiva y, aun siendo menor, puede realizar diversos actos jurídicos con plena validez y eficacia, dependiendo de la edad que ostente (...). En esta línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), en su artículo 12 expresa que *los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño* (...). Además, la conclusión que aquí mantenemos que el menor B.E., dadas sus condiciones de edad y madurez, tiene capacidad de obrar suficiente para reclamar ante este orden jurisdiccional y por sí mismo la defensa de sus derechos de la personalidad, los cuales pueden relacionarse con los derechos fundamentales de la Constitución o protegibles en amparo, tiene fundamento no sólo en los argumentos expuestos, sino que resulta conforme con el principio general recogido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme al cual *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”.

(102) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de octubre de 2007, que asume los argumentos esgrimidos por el juzgador de instancia, “que tras analizar la normativa en la materia (artículo 7 de la LEC, artículo 18 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículos 2, 3 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) llega a la conclusión de que, dado que los menores de edad tienen capacidad procesal en el orden contencioso administrativo para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin necesidad de la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela y, dado que nos encontramos en presencia de un acto que afecta a la personalidad del menor, no puede ponerse en tela de juicio su capacidad para comparecer en juicio a la vista de sus condiciones de madurez, añadiendo que el pasado 29 de julio cumplió 18 años”.

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Huesca de 13 de octubre de 2006: “La Sra. Abogado del Estado ha aducido una causa de inadmisión relacionada con la ausencia de capacidad procesal del menor, lo que difícilmente puede admitirse (...) a partir de las cláusulas generales sobre la capacidad de los menores presentes en la Ley Orgánica de Protección del Menor (artículos 2 y 9)”.

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 15 de Madrid de 31 de mayo de 2007: “La falta de capacidad del menor que se esgrime como motivo para la inadmisibilidad del recurso no puede ser compartida por el juzgado, de un lado, porque, como ya quedó dicho en su momento, (cuando se resolvió la solicitud de medidas cautelares), en la medida en que la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor no sólo contempla el derecho de que el menor tiene de ser oído en todo

## VII. CONCLUSIÓN FINAL: LA PREVALENCIA DEL INTERÉS DEL MENOR

Como reflexión final interesa subrayar que la normativa aplicable a los menores extranjeros no acompañados está condicionada por dos intereses que, en general, se encuentran contrapuestos.

En efecto, de un lado, la legislación de extranjería pretende que los extranjeros que residan en España lo hagan de modo legal, por lo que una de las consecuencias de la residencia ilegal es con carácter general la expulsión. Este principio encuentra una cierta plasmación en la figura de la repatriación de menores, en cuanto que constituye también una salida del territorio español que puede imponerse coactivamente.

Sin embargo, esta misma regulación establece una serie de mecanismos de control dirigidos a garantizar el interés del menor que pueden entrar en oposición con la anterior finalidad de repatriar a aquellos extranjeros que se encuentran en España irregularmente. Como se ha visto, la aplicación judicial ha dado prevalencia al interés del menor, lo que debe ser valorado de modo positivo, debido a que el principio de protección del menor goza del máximo reconocimiento en la regulación nacional e internacional y constituye, además, una de las señas de identidad de las sociedades democráticas avanzadas.

proceso judicial en que esté directamente implicado, sino también, cuando tenga suficiente juicio, el de que se garantice que lo pueda ejercitar por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, ningún obstáculo procesal se puede oponer a que el recurso se haya formalizado en los términos y bajo la forma en que se ha hecho [por el propio menor, otorgando posteriormente poder de representación a favor de un abogado]; y menos aún en este caso en que la situación puntal del menor que se nos plantea pone de manifiesto, bien a las claras, que su interés resulta contrapuesto al de las demás Administraciones Públicas, ya que, mientras el uno no quiere, de ninguna de las maneras, volver a su país con su familia, las otras quieren reintegrarlo; siendo de destacar, además, que por su edad, cuenta con diecisiete años y grado de madurez, y por aplicación de lo dispuesto en los artículos 162, 319, 323 y demás concordantes del Cc y legislación especial, ningún inconveniente existe para que pueda comparecer por sí ante los Tribunales de Justicia. Pero es que además, como ahora la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 18, atribuye capacidad procesal además de a las personas que la ostenten con arreglo a la LEC, a los menores de edad para la defensa de aquellos derechos e intereses legítimos cuya actuación les está permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, mal se le podría negar capacidad para promover y comparecer en éste, cuando lo que se está poniendo en cuestión es, ni más ni menos, un derecho tan personal, o personalísimo, como el de devolverlo a su país de origen; sobre todo si advertimos (...) que esta devolución o repatriación se ha llevado a cabo bajo un procedimiento que, a lo que parece, no ha respetado unas mínimas garantías de publicidad, imparcialidad y audiencia del afectado”.

Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 20 de Madrid de 4 de diciembre de 2007, que hace suyo el contenido del Auto dictado por el mismo Juzgado de fecha 19 de junio de 2007 en la pieza de medidas cautelarísimas, donde puede leerse lo siguiente: “Al amparo de dicho precepto (artículo 18 de la LJCA) y dado que se impugna un decreto de repatriación que afecta al menor, ello supone para el actor un interés legítimo indudable y procede estimar su capacidad procesal. Por todo ello y sin necesidad de proceder al nombramiento de un defensor judicial (...) que integre la capacidad procesal que se reconoce plenamente al solo efecto del presente recurso, procede desestimar la causa de inadmisibilidad”.

En la doctrina defienden esta tesis C.F. FÁBREGA RUIZ: *Protección jurídica...*, cit., p. 130; y Á DE PALMA DEL TESO: “Los menores inmigrantes...”, cit., p. 571.

# Dossier

*18 Encuentro Abogacía sobre  
Derecho de Extranjería y Asilo*



# 18 ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO

Las Palmas de Gran Canaria,  
del 22 al 24 de mayo de 2008

DESTINADO A RESPONSABLES DE EXTRANJERÍA, ABOGADOS Y  
JURISTAS ESPECIALISTAS EN LA MATERIA DE EXTRANJERÍA Y ASILO



CONSEJO GENERAL  
DE LA ABOGACÍA  
ESPAÑOLA  
Subcomisión de  
Extranjería



ILUSTRE COLEGIO DE  
ABOGADOS DE LAS PALMAS



GOBIERNO DE CANARIAS

DIRECTOR DEL CONGRESO: JAVIER MONZÓN GARCÍA

# Programa

22 DE MAYO, JUEVES

10,00 h. Entrega de documentación y acreditaciones.

10,30 h. **APERTURA DEL 18 CONGRESO.**

Excmo. Sr. Don Carlos Carnicer Díez. *Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.*  
 Excmo. Sr. Don Vicente Máximo Garrido García. *Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Canarias.*  
 Excmo. Sr. Don Antonio Castro Feliciano. *Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.*  
 Excmo. Sr. Don Joaquín Espinosa Boissier. *Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.*  
 Excmo. Sr. Don Paulino Rivero Baute. *Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

11,00 h. **PONENCIA MUSICADA.**

12,00 h. **PRIMERA PONENCIA.**

**VISIÓN DE LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (O.I.M).**

D. Brunson Mckinley. *Secretario General de la OIM.*

13,00 h. **COLOQUIO.**

MODERADOR: D. Pascual Aguelo Navarro. *Presidente de la Subcomisión de Extranjería del CGAE.*

14,00 h. Comida.

16,00 h. **SESIONES Y PORTALES.**

**1) TRABAJADORES EXTRANJEROS: POSICIÓN JURÍDICA Y SITUACIÓN LABORAL.**

MODERADORA:  
 D.ª Sonia Martínez Albiñana.  
*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Lleida.*

PONENTES:  
 D.ª Margarita Ramos Quintana.  
*Catedrática de Derecho Laboral de la Universidad de La Laguna.*  
 D. Juan de Dios Fernández Lupiáñez. *Jefe de Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Las Palmas.*

**2) REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD EN LOS PROCESOS DE EXTRANJERÍA.**

MODERADOR:  
 D. Eduard Segarra. *Abogado del ICA Barcelona.*

PONENTES:  
 Ilmo. Sr. D. César García Otero.  
*Magistrado de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Canarias.*  
 D. Pablo Saavedra Gallo. *Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Las Palmas de GC.*

**3) APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA**

MODERADORA:  
 D.ª Ana María Uría Pelayo.  
*Abogada responsable de área de extranjería del ICA Cantabria.*

PONENTES:  
 Ilmo. Sr. D. Demetrio Pintado Marrero.  
*Coordinador de la Fiscalía de Menores del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.*  
 D. Bartolomé José Martínez García.  
*Asesor Responsable de área de Inmigración y Asuntos Exteriores del Defensor del Pueblo.*

21,00 h. Cena.



## Programa del 18 Encuentro Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo

# Programa

## 23 DE MAYO, VIERNES

10,00 h.

**PRIMERA PONENCIA.****LOS NUEVOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS RECOGIDOS EN LA JURISPRUDENCIA.**Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde. *Magistrado del Tribunal Supremo.*

11,00 h.

**COLOQUIO.**MODERADOR: Excmo. Sr. D. Joaquín Espinosa Boissier. *Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.*

11,45 h.

Pausa café.

12,00 h.

**SEGUNDA PONENCIA.****LA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN.**D. Stefano Bertozzi. *Miembro de la Comisión de Justicia del Parlamento Europeo.*

13,00 h.

**COLOQUIO.**MODERADOR: D. Agustín Santana Santana. *Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.*

14,00 h.

Comida.

16,00 h.

**SESIONES Y PORTALES.****1) RELACIONES ESTRUCTURALES DE NACIONALIDAD Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA MISMA.**

MODERADORA:

D.ª Margarita Palos Nadal. *Abogada responsable de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Palma de Mallorca.*

PONENTES:

Ilma. Sra. D.ª Alicia Sánchez.

*Magistrada Juez, encargada del Registro Civil de Bilbao.*D.ª Aurelia Álvarez Rodríguez. *Doctora en Derecho. Profesora Titular del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León.***2) TRANSPOSICIÓN NORMATIVA EUROPEA.**

MODERADOR:

D. Francisco Soláns Puyuelo. *Abogado, responsable de Extranjería del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.*

PONENTES:

D. Ángel G. Chueca Sancho. *Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Zaragoza.*

D. Paolo Coso.

*Funcionario adscrito a la Comisión de Justicia del Parlamento Europeo.***3) INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL: LA EXPERIENCIA HISPANOMARROQUÍ.**

MODERADOR:

D. Antonio Zapata. *Abogado del ICA Melilla.*

PONENTES:

Ilmo. Sr. D.

Ángel Llorente Fernández.

*Juez de Enlace**con Marruecos.*

Ilma. Sra. D.ª

Nazihá Harrack.

*Magistrada de la**Corte Suprema del**Reino de Marruecos.*

19,00 h.

**ACTO DE CLAUSURA.**Excmo. Sr. Don José Miguel Ruano León. *Consejero de la Presidencia y Justicia del Gobierno de Canarias.*Excmo. Sr. Don Joaquín Espinosa Boissier. *Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.*

21,00 h.

Cena de clausura.

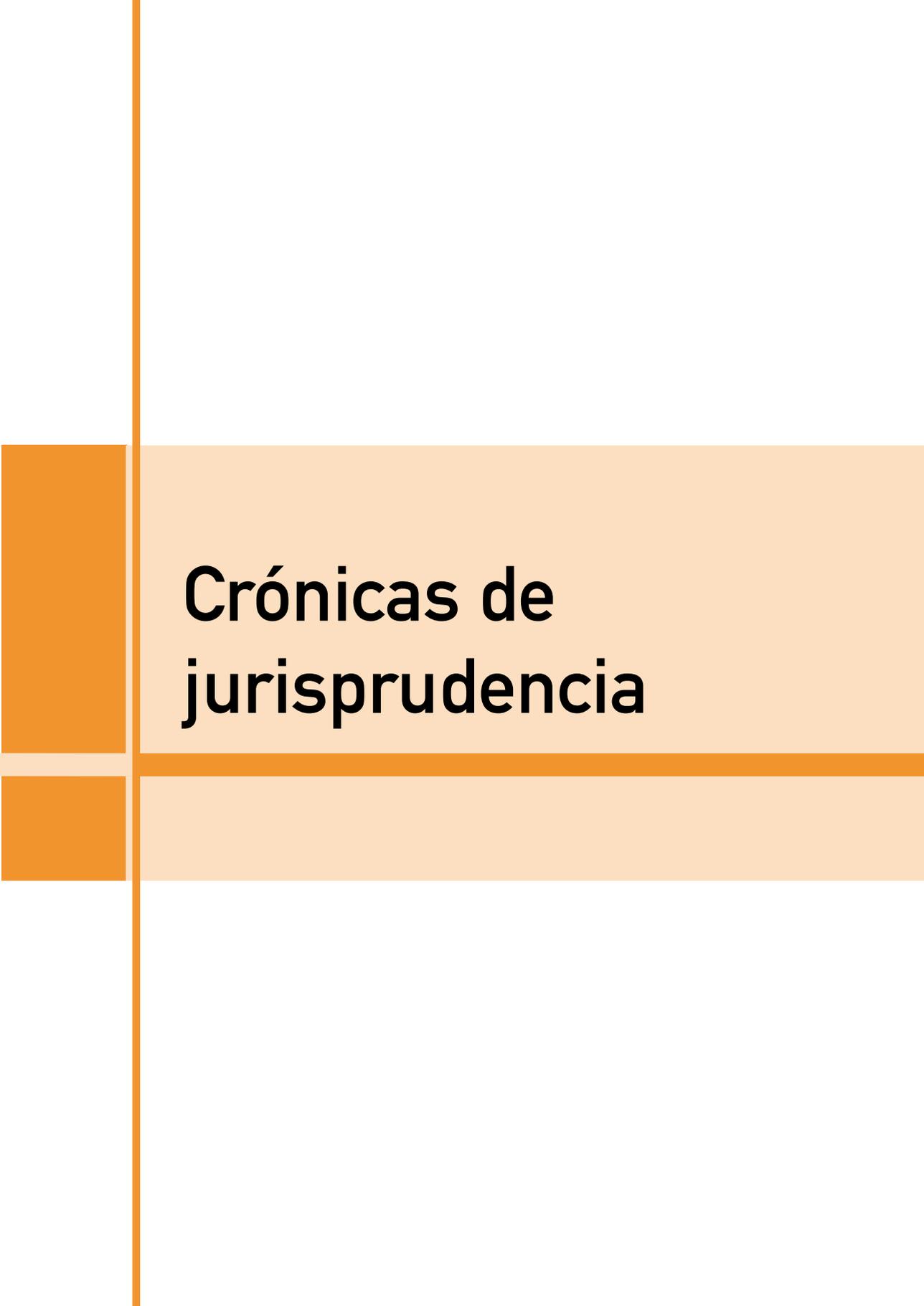
## 24 DE MAYO, SÁBADO

10,00 h.

**CONCLUSIONES.**

En el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas.



The page features a decorative design with a vertical orange line on 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 upper orange band.

# **Crónicas de jurisprudencia**



# ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

## ASILO

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 7 de noviembre de 2007.

**Recurso de Apelación:** 122/2007.

**Ponente:** Don José Guerrero Zaplana.

**Voz:** Solicitud de asilo: India.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien no ha aportado ningún detalle sobre las supuestas amenazas recibidas. No es posible transformar una situación general de inestabilidad en causa de asilo político.

“Se interpone el presente recurso de apelación contra la sentencia procedente del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo Número Cinco dictada en fecha 12 de febrero de 2007.

Dicha sentencia confirmaba la resolución recurrida que era la de fecha 1 de marzo de 2006 por la que se inadmitía la solicitud de asilo presentada por el recurrente. La inadmisión se basó en la concurrencia de la causa prevista en la letra d) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo y ello por entender que los hechos y datos en los que se basaba la petición de asilo eran inverosímiles y que el relato aportado era excesivamente genérico e impreciso.

(...).

En el caso presente procede confirmar la resolución recurrida así como la resolución que es objeto del presente recurso contencioso administrativo y ello pues el relato en el que el recurrente trata de fundar su petición de asilo parte de que en su familia son siete hermanos y entiende que su petición de asilo parte de la situación de violencia y terrorismo que

asolan la zona de la cual procede y que esta situación le impide vivir con tranquilidad; dice que no puede moverse con tranquilidad por su barrio y su ciudad pues existen grupos armados de india que lo controlan y que ha sido amenazado por los terroristas por salir de su casa y pasear. Que en los últimos años cinco amigos han sido asesinados a disparos por miembros de un grupo armado en la India y que no puede denunciar esta situación en su país pues es de origen musulmán y la policía hindú no le apoyará.

Ante este relato, y sus alegaciones reiteradas en el resumen de datos personales de que hay guerra en su país y teme que lo maten, es necesario tomar en consideración como, además de carecer la petición de asilo de ninguna justificación documental que permita identificar al recurrente, resulta que las alegaciones del recurrente parecen claramente ajenas a la realidad del país del que dice proceder.

Ni consta que en India exista ninguna situación de guerra; independientemente de que en el estado de Cachemira, del que dice proceder, exista una situación de inestabilidad y de conflicto larvado entre grupos pakistaníes e independentistas, los enfrentamientos existentes no pueden ser calificados como guerra. Según el Informe (...), resulta que no es posible admitir que no se puedan denunciar los hechos en Cachemira pues la policía hindú está deseosa de recibir denuncias contra grupos independentistas.

Resulta necesario resaltar cómo el recurrente no ha aportado ningún detalle sobre las supuestas amenazas recibidas pues no ha aportado datos sobre localización, fecha, motivo ni efectos de dichas amenazas y lo que no es posible es transformar una situación general de inestabilidad en causa de asilo político.

Además es necesario tomar en consideración como el recurrente ha tardado cinco meses desde que sa-

lió de India hasta que llegó a España y no ha sido capaz de aportar ningún dato sobre el trayecto realizado lo que permite dudar de la veracidad de las fechas de entrada y salida y hace dudar de la realidad total del relato.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 7 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2565/2004.

**Ponente:** Don José Guerrero Zaplana.

**Voz:** Solicitud de asilo: ciudadano de Sierra Leona.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El relato del actor era inverosímil porque había formulado su petición alegando una determinada nacionalidad y sin embargo desconocía cuestiones básicas del que dice ser su país.

“El interesado solicitó asilo con fecha 18 de julio de 2001, y con fecha 11 de septiembre de 2001 el Ministerio del Interior acordó la inadmisión a trámite de la solicitud. Notificada esta resolución a su destinatario el día 4 de octubre de 2001, el día 10 de diciembre siguiente interpuso contra la misma lo que calificó como recurso extraordinario de revisión, con amparo en el artículo 118 de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC). A este recurso administrativo contestó la Administración mediante un escrito de fecha 3 de enero de 2002, firmado por la Jefe del Área de recursos de la Oficina de Asilo y Refugio, por el que se comunicaba al interesado que, primero, la posibilidad de revisión no es aplicable a las solicitudes de asilo que son inadmitidas a trámite, y segundo, que si se calificara su impugnación como recurso de reposición sería inadmisibile por extemporánea.

(...).

Este recurso de casación carece manifiestamente de fundamento.

La sentencia de instancia llamó expresamente la atención sobre el erróneo y desenfocado análisis del

tema de fondo por la parte actora, pues ésta planteó equivocadamente su impugnación como si la causa de inadmisión concernida fuera la contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo, cuando la realmente aplicada por la Administración fue la letra d). Siendo esto así, sorprende que en el recurso de casación la parte recurrente, lejos de corregir su argumentación impugnatoria, persista en ese equivocado planteamiento.

Para empezar, en el antecedente de hecho 2.º del escrito de interposición dice transcribir un fundamento jurídico de la sentencia de instancia, pero esa transcripción debe corresponder a otra sentencia, pues en la aquí concernida no hay ningún párrafo que contenga lo que ahí se recoge.

Este error se proyecta sobre el razonamiento subsiguiente, y así, el recurrente aduce que «la desestimación del recurso se sostiene en una carencia de acreditación probatoria de los hechos alegados por el recurrente en su solicitud de asilo, desarrollados ulteriormente en la demanda, o que dichos hechos no constituyen causa para solicitar asilo», lo que no es cierto, pues ni la Administración ni la sentencia de instancia concluyeron que los hechos expuestos no fueran constitutivos de una persecución protegible [causa de inadmisión contemplada en el subapartado b) del artículo 5.6 de la Ley de Asilo], sino que afirmaron que el relato del actor era inverosímil [subapartado d) del mismo precepto], y esto por una razón muy concreta, a saber, porque aquél había formulado su petición alegando una determinada nacionalidad y sin embargo desconocía cuestiones básicas del que dice ser su país.

Así las cosas, lo lógico y congruente con el objeto del litigio hubiera sido que el escrito de interposición de este recurso de casación denunciara: o bien que la Sala de instancia no enjuició con la mínima extensión exigible si concurría o no la causa de inadmisión realmente concernida, o bien que al enjuiciar esto lo hizo erróneamente, o bien que desvió el objeto del litigio hacia cuestiones ajenas a la

## Asilo

realmente controvertida. Que razonara, en suma, la infracción de aquel artículo 5.6, letra d), o de algún otro precepto que guardara relación con el tema en que se basó la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo, y que centrara su impugnación en el extremo que realmente interesa, esto es, el referido a la verosimilitud de su relato en relación con las dudas sobre su nacionalidad apreciadas por la Administración y recogidas por la propia sentencia de instancia.

Pero lo que no es lógico ni congruente con el objeto del litigio es omitir en el escrito de interposición cualquier referencia a esta cuestión, como hace la parte recurrente, lo cual es particularmente reprochable habida cuenta que la misma Sala de instancia resaltó ese equivocado planteamiento del recurso, sin que la parte recurrente haya hecho nada por reconducirlo.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 7 de noviembre de 2007.

**Recurso de Apelación:** 146/2007.

**Ponente:** Doña Pilar Teso Gamella.

**Voz:** Solicitud de asilo: nacional de Uganda. Medida cautelar.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. No se aprecian, ni siquiera se han alegado, riesgos singulares para la seguridad e integridad personal del solicitante de asilo.

“Se recurre en apelación el Auto de 14 de marzo de 2007, dictado por el Juez Central de lo Contencioso-Administrativo número 10, que denegó la suspensión cautelar de la resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo del ahora apelante, nacional de Uganda.

El auto recurrido fundamenta la denegación en que «la medida cautelar, tal como la formula el recurrente, supone la concesión provisional de lo que habría de constituir el derecho reconocido en la sentencia, con lo que los efectos de dicha medida

cautelar serían, exactamente, los propios de una estimación anticipada del recurso. De forma que, si se acudiera a ello, superaríamos el ámbito propio de una justicia cautelar para instalarnos en el ámbito de una justicia provisional». Además, se señala que no se ha evidenciado que la ejecución del acto impugnado comporte un peligro para la vida y seguridad personal del solicitante de asilo, poniendo de relieve los perjuicios derivados de la ejecución del acto administrativo que se impugna.

La parte apelante fundamenta su recurso de apelación en la pérdida de la finalidad del recurso que produce la ejecución de la resolución administrativa que inadmite a trámite la solicitud de asilo, vulnerándose por tal razón la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la Administración del Estado, en su escrito de oposición al recurso de apelación, sostiene que no procede la suspensión del acto administrativo recurrido pues el recurrente se ha limitado, en el escrito de interposición del recurso, a solicitar la medida cautelar sin justificar la concurrencia de perjuicios concretos que pudieran sustentar la adopción de la medida cautelar.

(...).

De manera que ni puede considerarse que la suspensión de la inadmisión a trámite equivale a la admisión anticipada de la solicitud de asilo, participando de los efectos de un juicio adelantado propio de la sentencia, ni tampoco pueden diferirse a la posterior orden de expulsión la petición de la tutela cautelar, pues, como se señala en las sentencias parcialmente transcritas en este fundamento, la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo comporta la obligación de salida del territorio nacional y éste es precisamente el contenido que puede ser suspendido porque carece de contenido negativo, en relación con su ejecutividad.

Repárese, además, que en el otrosí del escrito de demanda, en que se solicita la tutela cautelar, se

solicita que «interesa a los intereses de mi defendido se adopte la medida cautelar de suspensión de la orden de salida obligatoria hasta que se resuelve el recurso, en aplicación de lo dispuesto al (sic) 130 de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que de otro modo haría perder la finalidad legítima al recurso planteado». De modo que se está instando la suspensión de la salida obligatoria.

(...).

Pues bien, en el presente caso, aunque la recurrente fundamenta su solicitud de suspensión del acto administrativo recurrido —la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo— en asegurar el resultado del proceso y en los daños irreparables que la ejecución del acto le ocasiona, sin embargo la previa ponderación de las circunstancias del caso avalan la denegación de la medida cautelar instada, pues no se aprecian, ni siquiera se han alegado, riesgos singulares para la seguridad e integridad personal del Uganda, según consta en el escrito de apelación. De manera que el interés particular del recurrente debe ceder ante el interés general de que se ejecute el acto administrativo de inadmisión de la solicitud de asilo político en España, pues efectivamente los intereses generales se perturban gravemente cuando se permite la estancia en España en los casos no amparados por la Ley.

Por todo cuanto antecede, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución judicial que deniega la adopción de medidas cautelares.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 8 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2672/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancero Lalanne.

**Voz:** Solicitud de asilo: nacional de Ghana.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El relato expuesto viene a describir unos

hechos que revisten, en principio, los caracteres de una persecución protegible por motivos políticos.

“Según consta en el «listado de datos personales» (...), el ahora recurrente en casación, al solicitar asilo, comenzó su exposición alegando que era analfabeto y que tenía una orden de expulsión. Manifestó que en su país de origen trabajaba junto con su padre en una fábrica de maletas. Un día dos hermanos suyos, soldados, se enfrentaron al Gobierno integrados en un grupo, por lo que se escaparon. Fueron a casa del solicitante y su padre, donde cogieron unas maletas y las llenaron con armas. Como el solicitante vivía cerca de la frontera con Costa de Marfil, ayudó a sus hermanos a cruzar la frontera con las armas, resultando que la Policía de Ghana le detuvo, le preguntaron por las armas, a lo que el solicitante contestó que no sabía nada. Por esta razón el solicitante, que sabía que estaba haciendo algo ilegal, estuvo detenido seis meses. Pasado ese tiempo su hermana mayor acudió a la Policía, pagó un dinero y le dejaron salir. Ese mismo día cruzó la frontera a Burkina Faso. Aparte de esta vez, nunca tuvo problemas con las autoridades ni sufrió detenciones.

La resolución administrativa impugnada en la instancia acordó la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo al apreciar la concurrencia de dos circunstancias, ambas recogidas en el artículo 5.6 de la Ley de asilo: en primer término, la prevista en el subapartado b) de dicho precepto, por no haberse alegado en la solicitud ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado; y en segundo término, la causa prevista en el subapartado d) por haber presentado el solicitante su solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión del territorio nacional, lo que, a juicio de la Administración, implica el carácter fraudulento de la misma, al querer utilizar la vía del asilo para obviar la normativa general en materia de extranjería, lo que hace que sus manifestaciones sean consideradas falsas o, cuando menos, inverosímiles, careciendo de todo tipo de credibilidad.

## Asilo

(...).

En el único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se alega la vulneración, por la Sala de instancia, de los artículos 3 y 8 de la Ley de Asilo, el artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 y la doctrina jurisprudencial contenida en diversas sentencias del Tribunal Supremo de las que hace cita y transcripción parcial. Considera la parte recurrente que el relato expuesto en su solicitud de asilo describe una persecución encuadrable entre las causas o motivos de asilo recogidas en aquellos preceptos, y alega que ha aportado prueba suficiente de dicha persecución, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que ha declarado que en esta materia no es exigible una prueba plena de la persecución, bastando la aportación de indicios. Añade que si no solicitó asilo en un primer momento fue por desconocimiento de la normativa aplicable, y pide al menos un pronunciamiento sobre la posibilidad de permitir su estancia en España por razones humanitarias.

Vamos a estimar el recurso de casación.

Ante todo, conviene recordar que, por lo que respecta a la causa o motivo de inadmisión resultante de la aplicación del artículo 5.6.d) de la Ley de Asilo en relación con el artículo 7.2 de su reglamento de aplicación, por tener incoada el solicitante de asilo una orden de expulsión del territorio nacional, (...), hemos declarado en distintas sentencias (...), que «la presunción establecida en el artículo 7.2 del Reglamento de la Ley de Asilo sólo tiene razón de ser y cobertura en lo dispuesto por la Ley de Asilo cuando el peticionario de asilo se demora más de un mes desde su entrada en España en solicitar el reconocimiento de su condición de refugiado, y, en consecuencia, el aludido precepto reglamentario carece de cobertura legal en cuanto establece una presunción atendiendo a la incoación de un procedimiento de expulsión».

Y por lo que respecta a la otra causa de inadmisión aplicada por la Administración, esto es, la contemplada en la letra b) del referido artículo 5.6, no podemos compartir el razonamiento concurrente de la Administración y la Sala de instancia, toda vez que el relato expuesto por el solicitante de asilo viene a describir unos hechos que revisten, en principio, los caracteres de una persecución protegible, por motivos políticos, derivada del hecho de que (siguiendo ese relato) los hermanos del actor, soldados, formaron parte de un grupo que se enfrentó al Gobierno, y el ahora recurrente les ayudó a cruzar la frontera en su huida, siendo detenido en ese momento y siendo encarcelado por ello. Estos hechos, como decimos, pudieran ser constitutivos de una persecución, por lo que merecen ser estudiados en un procedimiento abierto a tal efecto, toda vez que la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo sólo cabe respecto de solicitudes tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad, como resulta de lo ordenado en los artículos 17.1 y 18 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, que exigen para que la Oficina de Asilo y Refugio pueda proponer la inadmisión a trámite en el procedimiento ordinario, o para que pueda ser aplicado el procedimiento de inadmisión a trámite en frontera, que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 6 del artículo 5 de la Ley lo sea de modo manifiesto (el primero de dichos preceptos), o de forma manifiesta y terminante (el segundo de ellos, relativo a las solicitudes presentadas en frontera).”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 8 de noviembre de 2007.

**Recurso de Apelación:** 170/2007.

**Ponente:** Don Carlos Lesmes Serrano.

**Voz:** Solicitud de asilo: nacional de Camerún. Asistencia letrada gratuita.

**Resumen:** Se estima el recurso planteado por la recurrente. Se ha incumplido el trámite de ser adecuadamente informada de su derecho a obtener asistencia letrada gratuita.

“Así, es de ver que el demandante compareció ante la oficina de Asilo. En el mismo día y tras cumplimentar la solicitud de asilo, se procedió a efectuar la «Diligencia Informativa de los Derechos y Deberes de los solicitantes de Asilo». En la misma se indicaban al demandante los derechos que le asistían como solicitante de asilo, y, en lo que aquí importa, en el apartado segundo se expresaba literalmente que tenía derecho a «Entrar en contacto con un abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente» sin que conste referencia ni indicación alguna sobre la posibilidad de optar por la asistencia jurídica gratuita.

Pues bien, no cabe duda que la lectura de la citada diligencia hace concluir que en la misma se informa exclusivamente al demandante de la posibilidad de designar a un Letrado de su elección, pero se silencia otra información, que podía resultar esencial para sus intereses, cual es la de que en caso de insuficiencia económica, podía disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, y solicitar, por tanto, la intervención de un Letrado designado del turno de oficio.

Puede argumentarse que en la referida Diligencia Informativa estaba implícito que el recurrente podía haber optado por designar un abogado de oficio. Mas tal razonamiento no resulta aceptable atendiendo al propio contenido de las normas reguladoras del derecho de asistencia jurídica gratuita y a la realidad social. En este sentido, no parece exigible al recurrente, extranjero, que invoca una supuesta o eventual situación de persecución, conozca la regulación y alcance de este derecho en España, ni el momento o forma de solicitar su reconocimiento. Por el contrario, resulta obvio que recae sobre la Administración el deber expreso de información de los derechos al recurrente, entre los que se encuentra el de asistencia jurídica gratuita en caso de

insuficiencia económica. Así lo dispone el apartado 4.º del artículo 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo que establece: «El solicitante de asilo será instruido por la autoridad a la que se dirija de los derechos que le corresponden de conformidad con esta Ley, y en particular, del derecho a la asistencia de abogado»; en el mismo sentido el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento de la Ley de Asilo establece: «Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden de conformidad con la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada». Y de igual modo esta asistencia se garantiza en el apartado 4 del artículo 8 del citado Reglamento.

La omisión en la información o, en otras palabras, los términos en que se realizó la misma, entendemos que supone un incumplimiento por parte de la Administración demandada de los deberes que le incumben en virtud de la regulación legal y reglamentaria aplicables. La expresión «Abogado de su Elección» viene a referirse vulgarmente a los letrados que se nombran en virtud de la libre designación de la parte, cuando el individuo tiene capacidad real de elección, contraponiéndose a los letrados designados del turno de oficio para supuestos de insuficiencia económica. Pero en modo alguno, del tenor literal de la diligencia examinada se desprende una información exacta sobre lo que constituye el contenido de su derecho reconocido en el artículo 119 de la CE y que, evidentemente, incluye una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo cuando quienes deseen ejercerlo carezcan de medios económicos.

En suma, resulta claro que el recurrente careció de asistencia técnica y que ésta hubiera podido incidir en la exposición de su versión de los hechos y

## Asilo

en la eventual indicación de medios probatorios idóneos. De haber contado con asistencia letrada, hipotéticamente el demandante hubiera podido solicitar su petición en forma más fundada y podía haber articulado la correspondiente prueba, lo que lleva a concluir que se ha producido una merma sustancial de las posibilidades concretas de defensa de los intereses del demandante en el expediente administrativo en el que el relato de hechos cobraba sustancial relevancia.

Por último cabe indicar, que concurre el presupuesto de la insuficiencia de medios económicos a la vista del ulterior reconocimiento de este derecho al demandante, que en este proceso contencioso-administrativo ha contado con la asistencia de letrado de oficio, sin que ello implique una subsanación de la anterior infracción, toda vez que este derecho se garantiza en la fase administrativa.

Los indicados preceptos y la reiteración del derecho a la asistencia letrada en los procedimientos cuyo objeto sea decidir sobre el derecho de asilo; la relevancia que tanto la Ley como el Reglamento atribuyen a tal intervención letrada (de la que son muestra, las previsiones contenidas en el párrafo cuarto del artículo 5, apartado 2 del artículo 5 y apartado 4 del artículo 8 del Reglamento); y la específica función atribuida a éstos, que permite articular con plenitud de garantía de conocimiento y las situaciones de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, en que pudiera encontrarse el solicitante de asilo, desconocedor de nuestro sistema jurídico y de la específica regulación de la institución de los derechos y garantías reconocidos a los demandantes permite inferir la trascendente importancia que se atribuye a la posibilidad de intervención de Letrado en el procedimiento administrativo. Por ello, hemos de concluir que el defecto de información de los derechos al demandante, que implica no respetar lo establecido categóricamente por la Ley de Asilo y su Reglamento, determina la ausencia de un presupuesto indispen-

sable que se impone en el ordenamiento jurídico, y que tiene como finalidad garantizar la adecuada asistencia jurídica ante cualquier tipo de indefensión material.

Por ello, sin entrar al fondo del asunto, ha de concluirse que procede estimar en parte la demanda anulando la Resolución y retrotrayendo el procedimiento administrativo a su momento inicial, y se tramite con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico.

En el supuesto aquí enjuiciado, tenemos que en la diligencia de información de derechos y deberes (...) consta escuetamente el derecho que asiste al solicitante de asilo de «Entrar en contacto con un abogado de su elección, a los efectos de ser asistido jurídicamente».

No figura si el recurrente hizo o no uso de dicho derecho.

Es aplicable, por tanto, la doctrina que se acaba de exponer en el fundamento jurídico anterior, dado que del tenor literal de la indicada diligencia de información de derechos, necesariamente se ha de concluir que existe un defecto de información de los derechos a la señora Claudia, dado que de la repetida diligencia no se desprende una información exacta sobre lo que constituye el contenido de su derecho reconocido en el artículo 119 de la CE que garantiza la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar y que, evidentemente, incluye una actividad prestacional encaminada a proveer los medios necesarios para hacer que este derecho sea real y efectivo cuando quienes deseen ejercerlo carezcan de medios económicos.

Sin que ello quede paliado, contrariamente a lo que mantiene el Juez *a quo* en la sentencia de instancia, porque el solicitante de asilo fuera informado de sus derechos en forma comprensible para el mismo, al haber concurrido traductor, de lo que sigue

## Asilo

que quedó enterado de que podía beneficiarse de la asistencia de letrado, pues precisamente dicha información, a pesar de haber sido traducida, redundaba en la posible confusión que puede causarse al solicitante de asilo en cuanto lo que le asiste es el derecho a la asistencia de un abogado elegido por él, mas no de un abogado de oficio en caso de insuficiencia de recursos económicos del mismo.

En definitiva, se ha incumplido el derecho de la Sra. Claudia a ser adecuadamente informada de su derecho a obtener asistencia letrada gratuita, con incumplimiento de una de las garantías esenciales del procedimiento, causante de indefensión (artículo 24.2 de la CE) por lo que procede estimar la apelación, anulando la Resolución impugnada y la sentencia que la confirma, retrotrayendo el procedimiento administrativo a su momento inicial, a fin de que se tramite con estricta observancia de lo que dispone el ordenamiento jurídico.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 8 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2328/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancer Lalanne.

**Voz:** Solicitud de asilo: natural de Georgia. Asistencia letrada.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La falta de asistencia letrada en el momento de articular la solicitud de asilo bien pudo determinar que el relato entonces expuesto no fuera todo lo exhaustivo o preciso que pudiera haber sido.

“D. Everardo, natural de Georgia, interpone, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJ), recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de diciembre de 2003, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por él contra el acuerdo del Ministerio del

Interior de 4 de abril de 2001, por el que se inadmitió a trámite su solicitud de asilo.

La Administración inadmitió a trámite la solicitud de asilo por dos razones, a saber:

1.º Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra b) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por no haber alegado el solicitante ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificado por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, como determinantes para el reconocimiento de la protección solicitada, no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto del Refugiado señaladas en los mencionados textos legales, «habida cuenta de que el recurrente basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las autoridades de su país de origen, sin que del expediente ni de la información disponible sobre dicho país se deduzca que las autoridades referidas hayan promovido o autorizado los hechos alegados, o hayan permanecido inactivos ante los mismos»; y

2.º Por la causa prevista en el apartado d) del antes citado artículo 5.6, prevista para los supuestos en que la solicitud «se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección», en relación con el artículo 7.2 del Reglamento de la Ley de Asilo, a cuyo tenor «cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá incurso en el párrafo d) del apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y se examinará por el procedimiento ordinario

## Asilo

de inadmisión a trámite», siendo de destacar al respecto que el solicitante de asilo entró en España el 8 de marzo de 2000 y que formuló su solicitud de asilo el 2 de febrero de 2001.

Habiendo interpuesto el interesado recurso contencioso-administrativo contra esa decisión de la Administración, la Sala de instancia lo desestimó, señalando, en cuanto ahora interesa, lo siguiente:

En la demanda ni siquiera se intenta justificar la demora en la petición de asilo del recurrente, el cual estuvo prácticamente 11 meses en España antes de formular dicha solicitud, hecho que indudablemente resta credibilidad a sus alegaciones.

Pero es que, aun cuando admitiéramos —en hipótesis— que son ciertos los hechos alegados, antes referidos, tendríamos que apreciar que el demandante tampoco ha justificado, aportando el principio de prueba correspondiente al limitado objeto de este proceso, que las autoridades de Georgia, país cuya nacionalidad ostenta, han participado, propiciado o tolerado de alguna manera la persecución indicada, ni que concurren circunstancias que le impiden establecerse en Georgia. Por tanto, desde esta perspectiva y a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables al supuesto ahora contemplado procedería desestimar el presente recurso y confirmar la resolución impugnada.

(...).

No hay en el expediente ninguna diligencia por la que se ofreciera al solicitante la posibilidad de pedir la designación de Abogado de oficio o renunciar a esa facultad. Tan solo hay, (...), una diligencia informativa por la que indicaba a aquél (asistido entonces tan solo por intérprete) la posibilidad de «entrar en contacto con un Abogado de su elección a los efectos de ser asistido jurídicamente», lo que es muy distinto. Así pues, no se ofreció al solicitante la posibilidad de recabar un Abogado de oficio; ni consta en el propio expediente que aquél renuncia-

ra a ese derecho a la asistencia letrada (obviamente, no cabe admitir en esta materia renunciaciones presuntas o implícitas). Por lo demás, no existe en el expediente, ningún trámite o diligencia en que conste la firma de un Letrado que asesorase al solicitante, por lo que sólo puede concluirse que éste no contó en ningún momento con la asistencia de Letrado. Conclusión esta que se refuerza por el hecho de que, habiéndose aducido tal circunstancia en la demanda, el Abogado del Estado ni se refirió a ella en su contestación, ni aportó documento alguno que pudiera demostrar lo contrario. Así las cosas, los trámites realizados al tiempo de solicitar el asilo se desarrollaron, de hecho, sin asistencia alguna de Letrado, sin que se haya dado, por la Administración demandada, razón alguna (en vía administrativa ni luego en el curso del proceso, ni ahora en casación) justificante de tal situación.

(...) la deficiente información de derechos que se hizo al interesado, y más concretamente la falta de información sobre la posibilidad de recabar la asistencia letrada de un Abogado de oficio (sobre lo cual el impreso que la Administración utiliza es claramente defectuoso), derivó en una situación real y efectiva de indefensión para él, con trascendencia invalidante de las actuaciones administrativas que culminaron en la resolución impugnada.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 8 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2681/2004.

**Ponente:** Don Enrique Caceres Lalanne.

**Voz:** Solicitud de asilo: natural de Irak.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. El relato expuesto refiere hechos ciertamente graves, y el ACNUR, lejos de oponerse, recomendó expresamente la admisión a trámite de la solicitud.

“«Declara que nació en Irak, su madre es egipcia. En 1980 se fueron a Egipto, la familia, a visitar a unos

tíos. En esos momentos a su padre le exigieron cumplir el servicio militar, estaban en guerra con Irán. Su padre los dejó en Egipto con los tíos y se volvió a Irak para realizar el servicio militar. Permanecieron en Egipto hasta el 22 de enero del 2002, su padre había muerto en la guerra. Su hermana murió en el 98 en Egipto y su madre el año pasado. En ese momento trabajaba en una tienda en Egipto. Llegó una inspección y le exigieron la documentación, un certificado sanitario, y tuvo problemas con el inspector, quería un soborno. Le denunció a la policía y le detuvieron y le pidieron documentación. [¿Qué documentación tenía en Egipto?] la que le había mandado su tío, desde Irak, le mandó también el certificado de matrimonio de su padre, le detiene la policía y al no tener documentos le envían a su país, Irak. Llega el 22 de enero del 2002, con un Simón, y se presentó a la policía. Le dijeron que volviera a los tres días, cuando volvió le vendaron los ojos y le esposaron, y le enviaron a una cárcel, perteneciente a los Servicios Secretos, en Bagdad en Kasmia. Le acusaron de ser espía, [¿en base a qué?] le dijeron que su documentación era falsa, y le acusaron de muchas cosas. Le preguntaban y le torturaban. Estuvo detenido unos 33 días, estaba en una celda individual, vino uno que muchas veces van con capucha, le dijo ven que te vamos a interrogar, y cuando subió arriba le quitaron las esposas, le dejaron vendado, por el aire sentía que estaba fuera, le metieron en un maletero de un coche una media hora. Le sacaron y le entregaron a una persona, y le dijeron éste es el recado. Después le subieron en un coche verde, cada equis distancia hay control. Y así fue escondido hasta Mousel-Zajo. Permaneció un tiempo, tres o cuatro meses, su tío fue quien le liberó, cuando le sacaron del coche, se encontraba allí su tío. Pasó la frontera a Turquía. [¿debía alegar algo más?] no».

Remitido el expediente para informe al ACNUR, éste aconsejó la admisión a trámite de la solicitud, razonando que:

«alega estar acusado de espionaje en Irak por haber vivido en Egipto, dada la situación de conflicto que

actualmente se está viviendo en este país, no parece que las alegaciones sean inverosímiles, por lo que debería ser admitida a trámite para proceder a un estudio en profundidad de las mismas».

(...).

Resulta evidente que la situación del país del que es nacional el recurrente (IRAK) ha cambiado radicalmente en los últimos tiempos y parece razonable entender que la persecución a la que decía temer no se vaya a producir en la actualidad pues las autoridades del país han cambiado así como el régimen político.

Por lo demás, resulta suficientemente acreditado que concurre la circunstancia señalada en el artículo 7.2 del RD 203/1995 según el cual: «Cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá incurso en el párrafo d) del apartado 6 del artículo 5 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite». Por lo tanto es procedente la declaración de inadmisión frente a la que se recurre.

Por último, la cercanía de fechas entre la solicitud de la petición de asilo y la iniciación del procedimiento administrativo de expulsión debe ser interpretada, también, como que lo que se pretende es la paralización de dicho expediente.

(...).

Queda, pues, por examinar si la tardanza del solicitante en la presentación de su petición de asilo pudiera justificar la inadmisión a trámite de la solicitud. Pues bien, en reiteradas sentencias hemos declarado que esta concreta causa de inadmisión (...), cabalmente entendida, no debe entenderse en el sentido de que el retraso en la formulación de la

## Asilo

solicitud de asilo priva de credibilidad a las afirmaciones del solicitante, sino más bien en el sentido de que cabe presumir que, a la vista de ese retraso, no hay en el caso del solicitante una necesidad real de protección, o, dicho sea de otro modo, que los hechos relatados han perdido vigencia, pues parece lógico presumir en quien se mantiene durante un tiempo prolongado en situación de estancia ilegal —con el consiguiente riesgo de ser expulsado— que esta consecuencia no le atemoriza, o que no hay en él el temor de ser perseguido ni la imperiosa necesidad de ser protegido, de buscar refugio, en suma.

(...) El solicitante de asilo y ahora recurrente en casación es, según consta en el listado de datos personales del expediente, una persona analfabeta y desconocedora del idioma español, que llegó a Ceuta de forma ilegal por vía marítima, por lo que se le puede suponer una inicial dificultad para regularizar su situación legal en España. Por añadidura, según consta en el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, compareció voluntariamente ante la Policía española para comunicar su situación personal, sin haber sido identificado o detenido antes por las Fuerzas de Seguridad españolas. En fin, el relato que expuso refiere hechos ciertamente graves, y el ACNUR, lejos de oponerse, recomendó expresamente la admisión a trámite de la solicitud. Todas estas razones, conjuntamente examinadas y valoradas de forma casuística, son, a juicio de esta Sala, suficientes para despejar el reproche consistente en el retraso en la solicitud del asilo.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 8 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2848/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancero Lalanne.

**Voz:** Solicitud de asilo: ciudadana de Cuba.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. El “temor a ser perseguido” es un criterio básico para la concesión del asilo, pero no es menos cierto

que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor.

“Al solicitar asilo, la interesado reconoció no pertenecer a ningún grupo étnico, (...) que:

«(...) solicita asilo por problemas económicos y para trabajar. Que nunca ha sufrido registro en su domicilio, ha sido perseguida por el régimen de Fidel Castro, detenida o encarcelada.»

(...).

Los hechos relevantes en materia de asilo son los que la solicitante, debidamente asistida por letrado, expuso ante la Administración en su solicitud inicial, que son los aceptados y considerados por la sentencia impugnada, y de la lectura del relato expuesto en dicha solicitud de asilo resulta con toda evidencia que tan solo esgrimió entonces razones económicas, y no una persecución por alguno de los motivos a que se refiere el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, es decir, una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Simplemente aludió, en términos más que sucintos, al deseo de mejorar económicamente. Adujo, pues, un mero descontento con las condiciones de vida en Cuba, que, por sí solo, no es causa de asilo, según jurisprudencia consolidada y uniforme.

Afirma ahora la recurrente que «en cuanto a que no se ha acreditado la persecución incardinable en el marco jurídico de asilo, en parte se debe a que le fue denegada la prueba, y, por otra, resultaría imposible aportarlos ya que atañen a lo subjetivo, la presión es psicológica por la vigilancia y discriminación». Si con esta afirmación pretende criticar una indebida denegación del recibimiento a prueba del proceso por la Sala *a quo*, la alegación carece de fundamento porque no se formula, como corresponde,

al amparo del subapartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y porque no se recurrió en súplica el auto de la Sala de instancia de 17 de febrero de 2003, por el que se denegó el recibimiento a prueba, lo que veda el examen de la cuestión en este recurso de casación, ex artículo 88.2 de la propia Ley de la Jurisdicción. Señalemos, de cualquier modo, que la Sala de instancia no desestimó el recurso por no haberse probado suficientemente los hechos relatados, sino porque lo relatado no expresaba una persecución protegible.

Por lo demás, el «temor a ser perseguido» es, sí, un criterio básico para la concesión de asilo, pero no es menos cierto que ese elemento subjetivo no es suficiente si no va acompañado de datos objetivos que puedan explicar la existencia del temor. Siendo, pues, el temor una realidad puramente subjetiva, y, por lo tanto, de difícil demostración, el problema se traslada al ámbito objetivo de los hechos en que aquél tiene su origen, y los hechos son sólo los que la ahora recurrente en casación consignó al solicitar asilo, no resultando de ellos ninguna persecución encuadrable en esta institución.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 14 de noviembre de 2007.

**Recurso de Apelación:** 156/2007.

**Ponente:** Doña Pilar Teso Gamella.

**Voz:** Solicitud de asilo: Argelia.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente. Las razones contempladas en su solicitud de asilo son ajenas a la persecución por motivos previstos en la Convención de Ginebra pues la solicitud a los problemas derivados de la lamentable pérdida de su familia, no puede venir de la mano del derecho de asilo.

“En el caso examinado, a la vista del relato de la parte antes transcrito en el primer fundamento se colige

que las razones que determinaron la salida de la recurrente de su país de origen, y que tuvo en cuenta el órgano judicial *a quo* para desestimar el recurso, no configuran ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, y por tanto, en estos casos la Administración está facultada para inadmitir a trámite su solicitud, ex artículo 5.6.b) de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo.

Las razones contenidas en su solicitud de asilo son ajenas a la persecución por los motivos previstos para solicitar asilo, y, por tanto, no le hacen acreedora de la protección que dispensa la institución del asilo, pues la solución a los problemas derivados de la lamentable pérdida de su familia, no puede venir de la mano del derecho de asilo, sino que sitúa la cuestión en la órbita de la extranjería y, en todo caso, extramuros de la protección que dispensa el asilo. Téngase en cuenta que el derecho de asilo protege las persecuciones por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social o ideas políticas.

En este sentido, especialmente en relación con el alegato contenido en el escrito apelatorio, debemos señalar que no es preciso acreditar una persecución por las razones expuestas, pues carece de sentido acreditar o probar la concurrencia de unas circunstancias que no constituyen causa de asilo. Además, debemos recordar que no puede deducirse, automáticamente, la concurrencia de un temor fundado de sufrir persecución, por los motivos que constituyen causa de asilo, para todos los peticionarios procedentes de países donde tengan lugar conflictos bélicos, o donde se padezcan evidentes carencias económicas.

Por lo demás, en relación con la impugnación centrada en la invocación de las razones humanitarias, ex artículo 17.2 de la Ley de Asilo, esta Sala ha declarado, por todas Sentencia de 18 de junio de 1999, que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal

## Asilo

Supremo —Sentencia de 30 de marzo de 1993—, respecto de las razones humanitarias que regulaba la Ley de Asilo antes de su modificación por Ley 9/1994, se precisa que para reconocer esta modalidad debe valorarse la situación del extranjero conforme al principio de solidaridad internacional proyectada sobre el valor de la dignidad humana, de forma que solo cuando entran en juego estos dos valores cabe hablar con fundamento de esta modalidad. En este sentido, además, debemos entender que para la contemplación de las razones humanitarias que ha de conectarse la situación que tiene lugar en su país de origen con la propia y específica en que se encuentra el recurrente, en relación con aquélla, pues solo así se puede valorar de poco personal, directo y específico la relevancia de las razones humanitarias invocadas a los efectos de configurar la previsión del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

La aplicación de tales directrices al supuesto de autos, revela, coincidiendo con la sentencia recurrida, que en el presente caso no concurren razones humanitarias que permitan autorizar la permanencia en España del recurrente —teniendo en cuenta que la grave situación de su país de origen no se pone en relación con el solicitante de asilo describiendo la incidencia concreta y la intensidad de sus efectos sobre el mismo—, pues los motivos por los que el ahora apelante viene a España no integran las causas relacionadas en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y a las que se anuda la autorización de permanencia en territorio nacional.”

fundados para determinar que el retorno al país de origen pudiera suponer un riesgo para la vida o la integridad física de la interesada, por lo que no procede la aplicación de razones humanitarias como determinantes de la autorización de permanencia en España.

“La sentencia judicial impugnada desestima el recurso jurisdiccional por considerar sustancialmente que: «En el presente supuesto, de la propia declaración de la recurrente, obrante en el expediente administrativo, con referencias al Gobierno del Presidente Kabila y a los asesinatos de familias enteras, no se desprende persecución personal alguna en el sentido exigido por la Convención de Ginebra, además de haber permanecido 30 días en Níger, 120 días en Argelia y 8 meses en Marruecos, y de no presentar documentación alguna, de lo que se infiere que la motivación real de la recurrente es de carácter laboral y socioeconómico, lo que en ningún caso es un motivo para la concesión de la especial protección que interesa; por otra parte, ACNUR informó en el sentido de no oponerse a la inadmisión a trámite de la solicitud, el procedimiento ha sido escrupulosamente cumplido y la resolución aparece suficientemente motivada, *per se o in aliunde*, resultando de aplicación el artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo, al no acreditarse persecución personal alguna, amén de tener incoado procedimiento de expulsión y siendo que la situación general de la República Democrática del Congo no es un dato suficientemente relevante para la protección solicitada, ni lo es la declaración acompañada con la demanda, que no es la misma que la prestada en el expediente de asilo; por último, debe hacerse constar que no procede autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, dado que no se acredita que el retorno al país de origen pueda suponer peligro real y concreto para la vida o integridad física de la recurrente y su hija menor de edad, ni tampoco por cualquier otra de las razones humanitarias, por motivos de índole social, médica o de vulnerabilidad, además de no haber resuelto la administración sobre ello, ni haberse solicitado con la petición de asilo».

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 14 de noviembre de 2007.

**Recurso de Apelación:** 262/2007.

**Ponente:** Don Ernesto Mangas González.

**Voz:** Solicitud de asilo. Razones humanitarias. Congo. Menor de edad.

**Resumen:** Se desestima el recurso planteado por las recurrentes. No es de apreciar la existencia de motivos serios y

(...).

Según se desprende del expediente, con fecha de 7 de octubre de 2005, D.<sup>a</sup> Araceli formalizó solicitud de asilo en la Comisaría de Policía de Melilla, que hizo extensiva a su hija D.<sup>a</sup> Carina (nacida el 8 de abril de 2005), alegando que: «Vivía con su marido en Balouba (R.D. Congo), donde trabajaban como comerciantes. Cuando entró en el Gobierno el presidente Kabila los ruandeses entraron en el Congo y empezaron a asesinar a familias enteras, produciéndose constantes combates y destruyendo casas. Como consecuencia de esto, muchos ciudadanos han sido desplazados de sus hogares. Por esto decidió abandonar su país junto a su marido». Como «motivo de salida» de su país, alegó «problemas políticos», y como «motivos de entrada en España», adujo que «para ser documentada y poder trabajar en la península».

A la vista de lo expuesto, los motivos alegados por el solicitante, tal y como los relata, no son susceptibles de ser incluidos entre las causas establecidas por la Convención de Ginebra de 1951 para recabar la protección internacional a través del derecho de asilo y del estatuto de refugiado, en cuanto que no constituyen una persecución individualizada sobre la solicitante por alguna de tales causas, lo que *de lege data* es causa de inadmisión de la solicitud.

Siendo ello así, carecen de fundamento los motivos de impugnación aducidos en el recurso de apelación. Pues el relato de la solicitante no hace referencia al temor fundado a sufrir persecución por alguna de las causas tasadas que dan lugar a la protección internacional a través del asilo, sino a la situación general producida en el país de origen como consecuencia de la irrupción de fuerzas ruandesas. (...) consta que la solicitante responde negativamente cuando, en la entrevista, se le pregunta si pertenece o ha pertenecido a algún grupo étnico. La declaración efectuada por la solicitante el 5 de septiembre de 2005 durante su estancia en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, antes de la

formalización de la solicitud de asilo, mediante el formulario aportado con la demanda y denominado «Información básica para determinación del estatuto de refugiado», no se desvían en lo sustancial del relato proporcionado al formalizar la solicitud de asilo, puesto que aun proporcionando datos más precisos sobre el origen del conflicto, no se hace referencia a persecución individualizada alguna, sino a los efectos producidos sobre la población en general. Del mismo modo, los diversos documentos aportados con la demanda [Amnistía Internacional, comunicado 22 de febrero de 2003, «República del Congo: La impunidad perpetúa los abusos contra los derechos humanos y la inestabilidad»; ídem, 22 de abril de 1999, «República del Congo: Una crisis de derechos humanos enraizada en las luchas por el poder»; ídem, mayo 1997, «En busca de Seguridad. Desplazados a la fuerza y derechos humanos en África»; Naciones Unidas, Resolución de 18 de diciembre de 2002, «Situación de los Derechos Humanos en la República del Congo»] ninguna referencia contienen a la situación particular de la solicitante.

Por otra parte, al formalizar la solicitud de asilo, la solicitante hizo extensiva aquella a su hija menor de edad (...), solicitud de extensión familiar que se documentó (...), figurando incorporada la fotografía de la solicitante y de su hija al «formulario uniforme para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo» (...), recayendo la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud en relación con una y otra, tal y como se desprende de la misma.

(...).

La condición de menor de edad de una de las solicitantes no es, pues, determinante por sí sola de la concesión de asilo por razones humanitarias, como la parte apelante sostiene, por lo que no podía sopearse en el trámite de admisión de la solicitud (SAN, 4.<sup>a</sup>, 29 de noviembre de 2006, Rec. Ap. 172/06). Ni dicha condición es determinante, tras la inadmi-

## Expulsión

sión de la solicitud, de la autorización de permanencia por razones humanitarias, al no concurrir las circunstancias que para ello previene el precepto mencionado anteriormente. Lo preceptuado en el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que la parte apelante invocara en la demanda [«Los Estados partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba (...) la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes»], hace referencia propiamente a las medidas de protección y asistencia a dispensar a los niños solicitantes del estatuto de refugiado o que ya hayan sido considerados refugiados, sin relacionar dichas medidas, por tanto, con las causas determinantes de la concesión del estatuto de refugiado.”

## EXPULSIÓN

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 4 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2244/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancero Lalanne.

**Voz:** Expulsión. Principio de proporcionalidad.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado. Los hechos que constan en el expediente administrativo son motivación suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa.

“Se impugna en este recurso de casación (...) la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó en fecha de 17 de diciembre de 2003, y en su recurso contencioso administrativo núm. 1065/02, por medio de la cual se estimó el formulado por D. Luis, contra la resolución de la Delegada del Gobierno en las Islas Baleares de fecha 12 de abril de 2002, que le expulsó del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000.

Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Baleares estimó la impugnación y anuló la resolución impugnada. Contestando a los argumentos expuestos en la demanda, argumentó el Tribunal que la infracción del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, según su artículo 57.1, está castigada en primer lugar con la sanción de multa, permitiendo la Ley que en lugar de la multa se imponga la de expulsión, lo que exige una motivación específica que no existe en el caso de autos, razón por la cual la Sala de instancia estima el recurso y anula la resolución.

(...).

En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional».

En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la

## Expulsión

expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.

Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo.

En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Pues bien, en el presente caso ocurre que a la permanencia ilegal en España del actor se une la circunstancia (apuntada en el expediente sancionador, (...), y expresamente resaltada en la resolución recurrida) de que aquél no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que además ya existía en su contra al tiempo de su detención una prohibición de entrada en el espacio Schengen vigente hasta el 22 de noviembre de 2003.

La permanencia ilegal y estos hechos que constan en el expediente administrativo son motivación

suficiente para justificar la imposición de la sanción de expulsión y no la de multa, de forma que ni la Administración ha desconocido el principio de proporcionalidad ni ha dejado de exponer las razones por la que expulsó a la actora del territorio nacional.

Procede, pues, estimar este motivo formulado por el Sr. Abogado del Estado, declarar haber lugar al recurso de casación y desestimar el contencioso administrativo.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 15 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2529/2004.

**Ponente:** Don Enrique Caceres Lalanne.

**Voz:** Expulsión y prohibición de entrada.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La pretendida circunstancia de arraigo no ha quedado acreditada en el expediente.

“D. Alberto interpone recurso de casación (...) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2.<sup>ª</sup>) de 18 de diciembre de 2003, que desestimó el recurso interpuesto por aquél contra la resolución administrativa de la Delegación de Gobierno en Madrid por la que se acuerda la expulsión del territorio nacional del citado extranjero y la prohibición de entrada en España por período de tres años, por la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la LO 4/2000 (reformada por LO 8/2000).

Contiene la sentencia de instancia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«Segundo.— Alegó el actor como causas de nulidad de la resolución recurrida que no procedía su dictado al tener el extranjero arraigo en España donde vive desde hace varios años estando integrado, e inscrito en padrón municipal, solicitando en fecha

## Expulsión

de 18 de junio de dos mil uno permiso de residencia sin que haya obtenido respuesta por parte de la Administración; que tiene un hermano con permiso de trabajo y residencia en España. Otras razones de índole formal conforman la tesis de nulidad del actor: no se ha desvelado la identidad del instructor y secretario del expediente para su recusación, por lo que *ad cautelam* en vía administrativa se procedió a la misma, (...), prescindiéndose así del procedimiento legalmente establecido ignorando las alegaciones formuladas por la parte en vía administrativa.

(...) la Administración sí ha tenido en cuenta el contenido de las manifestaciones vertidas en vía administrativa, en concreto en cuanto a la particularidad de la solicitud de tales permisos, y así sea de ver que en el acto contenedor de la propuesta de resolución, que resuelve tales alegaciones, se hace constar que se realizaron las consultas a la Comisión General de Extranjería y Documentación, donde se comunica que dicho permiso de residencia temporal al que alude, fue denegado.

En un mayor abundamiento de la cuestión, como propone la actora, entendiéndose que no debe el silencio negativo operar en su contra, no tiene en cuenta el recurrente, que una vez en su caso hubo transcurrido el plazo con el que cuenta la Administración para resolver la solicitud de regularización que dice presentada, operaba el silencio negativo de forma que, sin entenderse por ello perjudicado, debió entenderla denegada y oponer frente a tal denegación el recurso administrativo que entendiera o bien acudir a la vía jurisdiccional, lo que no consta que realizara por medio alguno, con lo que poco más cabe ahondar en esta cuestión, en la que finalmente ha de estimarse que no se produce indefensión alguna con la actuación de la Administración, que no puede por ello considerarse arbitraria, sin que tampoco en esta Sede se solicitara recibimiento probatorio del hecho que dice controvertido el actor, mas que de manera genérica e innominada, lo

que dio lugar a la denegación, luego consentida, de la apertura del correspondiente período.

En fin, la pretendida circunstancia de arraigo como obstativa a la apertura del expediente, no ha quedado acreditada durante la tramitación del expediente, sin que en el mismo aparezca indicio alguno de convivencia del extranjero en España desde determinada fecha y con familiares regularizados en España, sin aportarse la citada inscripción padronal y la dependencia del hermano que cita.

Cuarto.—De esta forma, con ello se comprueba la irrelevancia de las anteriores alegaciones, contradichas por la constancia en archivos policiales tras las consultas realizadas, que el interesado no dispone de documentos que le habiliten la permanencia en España. Y de esta forma también debe contestarse a las alegaciones del actor acerca de una presunta vulneración del procedimiento legalmente establecido, en cuanto a la cuestión formal que se resuelve ahora en relación con la falta de notificación de la identidad del instructor y secretario del expediente administrativo, pues salvada la inoperancia del supuesto defecto formal que a juicio implícito del recurrente pudiere generar algún tipo de nulidad del acto recurrido, los meros defectos formales sólo se tornan invalidantes del acto administrativo cuando generen indefensión proscrita constitucionalmente que menoscabe un derecho concreto y específico y así se argumente, lo que no acaece en el caso que nos ocupa, en el que el demandante se limita a expresar que no se le ha notificado la identidad de tales funcionarios sin extraer de ello consecuencia jurídica alguna generadora de tal indefensión que ahora proclama. Además, debe tenerse en cuenta que el RD 864/2001 de la Ley de Extranjería no condiciona la notificación de esta circunstancia a la plena validez del acto, determinando a estos efectos su artículo 96 que en el acuerdo de iniciación de procedimiento sancionador se nombrará instructor y secretario, (que deberán ser funcionarios del Cuerpo Superior de Policía), pero en definitiva, sin que la falta de notificación del nombramiento y/o

## Expulsión

la identidad de aquéllos sea requisito de validez y eficacia. En todo ello debe desestimarse el presente recurso y confirmar la oportunidad jurídica de la resolución recurrida».

(...), el actor afirma tener arraigo por dos razones, a saber, porque reside en España desde hace años estando empadronado, y porque tiene un hermano residente legal en España, pero la Sala de instancia, en su sentencia, consideró no acreditado ese sustrato fáctico que permitiría apreciar la concurrencia del concepto jurídico indeterminado «arraigo», sin que este juicio del Tribunal *a quo* sobre los aspectos fácticos de la controversia sea revisables en casación, salvo contadas excepciones que el actor ni siquiera alega.

En fin, por lo que respecta a su anterior solicitud de permiso de residencia, recuerda la sentencia de instancia que ese permiso le había sido ya denegado, sin que el recurrente haya dicho nada por rebatir o desvirtuar este dato.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 18 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2298/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancer Lalanne.

**Voz:** Expulsión del territorio nacional. Devolución sin prohibición de entrada.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. Procede aplicar la medida de devolución a su país de origen sin prohibición de entrada en España.

“Se impugna en este recurso de casación número 2298/2004 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó en fecha 24 de junio de 2003, desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Ceuta de 25 de

marzo de 2002, que decretó la expulsión del territorio nacional de D. Raúl, con prohibición de entrada durante tres años.

Contiene dicha sentencia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«Segundo.—El actor nacional de Bangladesh, según relata en los hechos de su escrito de demanda entró clandestinamente en España el día 25 de enero de 2002 careciendo de documentación tras desembarcar en una playa de Ceuta y previo pago de 3.000 dólares. Ese mismo día se personó en Dependencias Policiales a fin de comunicar su situación. Instruido el oportuno expediente (...) fue oído alegando que se dirigía a Londres para trabajar. Los hechos fueron calificados como infracción grave del artículo 53 apartado a) ‘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’.

Por el instructor y en razón de las circunstancias concurrentes, indocumentado, sin domicilio conocido ni arraigo en España se formuló propuesta de expulsión del territorio nacional (...). Propuesta que fue elevada a Resolución, que hoy se combate.

Tercero.—En defensa de su pretensión anulatoria se alega la improcedencia de la expulsión por falta de tipicidad al encontrarnos ante un supuesto de devolución. Efectivamente asiste razón al recurrente sobre el difícil encaje de la conducta imputada en el artículo 53.a) de la Ley 8/2000, porque la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por los lugares que no sean pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas como infracción grave en el artículo 49.d) de la Ley Orgánica 4/2000 ha desaparecido, por tanto conforme a la dicción literal del artículo 53.a) es la estancia ilegal

## Expulsión

en España, previa entrada en nuestro país por los puestos legalmente habilitados, la única conducta objeto de reproche sancionador mientras que la entrada ilegal daría lugar al supuesto de devolución, previsto en el artículo 58.2.b) de la Ley Orgánica 8/2000 que tiene como consecuencia la salida del territorio nacional y consiguiente vuelta al país de origen del extranjero que intenta entrar ilegalmente en España, sin tramitación del expediente sancionador alguno siempre y cuando se cumplan los requisitos del tipo sancionador ‘extranjeros que intenten entrar ilegalmente en España’, esto es que no haya consumado la entrada, siendo sorprendido en el intento, no haciéndola extensiva a aquellos casos en que el extranjero se encuentre ya, en territorio español, previa entrada por puestos no fronterizos, como ocurre en el caso de autos.

(...).»

Partamos de la base —acreditada en el expediente y aceptada expresamente por la sentencia de instancia— de que el interesado se presentó en dependencias policiales de la ciudad de Ceuta el día 24 de enero de 2002, estando indocumentado. El 11 de febrero de 2002 prestó declaración voluntaria, señalando a preguntas de los agentes de la Autoridad que había salido de su país —Bangladesh— dos meses antes para buscar trabajo, llegando en un buque mercante hasta las costas de Ceuta el citado día 24 de enero de 2002.

Pues bien, en esa fecha, 24 de enero de 2002, y también en la fecha de la resolución administrativa sancionadora, 25 de marzo de 2002, ya estaba en vigor la reforma de la LO 4/2000 operada por la LO 8/2000. Lo cual significa que, encontrándose el interesado en los primeros noventa días desde su entrada en España cuando fue expedientado y sancionado, la Administración pudo devolverle pero no expulsarle, ya que la entrada ilegal y la estancia en esos primeros noventa días no están tipificadas como infracciones administrativas graves o muy graves en los artículos 53 y 54 de la LO 4/2000,

modificada por la LO 8/2000, y, en particular, no lo están en el artículo 53.a), que es el precepto que la Administración ha aplicado indebidamente en este caso; ese precepto se refiere a la no obtención o caducidad de la prórroga de estancia, de la autorización de residencia o documentos análogos, todo lo cual, obviamente, es distinto a la pura entrada ilegal y a la pura estancia (artículo 30 de las LLOO 4/2000 y 8/2000).

En estos casos, no constituyendo esos hechos infracciones muy graves o graves, lo que procede es la devolución del extranjero (desde luego, sin prohibición de entrada, que el artículo 58 reserva para los casos de expulsión), y no la expulsión (artículo 57.1, por exclusión). Así se deduce de una interpretación sistemática de los artículos 30 y 53.a) de las LLOO 4/2000 y 8/2000, y 138.1.b) del Reglamento 864/2001, de 20 de julio.

En definitiva, la Administración no debió imponer la sanción de expulsión con prohibición de entrada, sino proceder simplemente a la devolución sin dicha prohibición.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 25 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 9607/2003.

**Ponente:** Don Enrique Caceres Lalanne.

**Voz:** Expulsión: justicia gratuita.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución del Delegado de Gobierno en Andalucía por la que se ordenó la devolución del recurrente a su país de origen.

“D. Luis Manuel interpone el recurso de casación núm. 9607/2003 contra el Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 3 de julio de 2003 que archivó el recurso

## Expulsión

contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de 21 de junio de 2001 del Delegado del Gobierno en Andalucía, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 15 de mayo de 2001 que ordenó la devolución del recurrente a su país de origen.

(...).

Con fecha 3 de julio de 2003, se dictó el auto, ahora recurrido en casación, ordenando el archivo de las actuaciones por no haber atendido el requerimiento. Señaló la Sala, con cita de los artículos 12 y 6 de la Ley 1/1996, que si la parte actora pretendía la representación gratuita, era carga de ella misma solicitarlo ante el Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados y no ante el Tribunal, y añadió a continuación lo siguiente:

«Se argumenta que, como extranjero, goza de tal derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 22.1 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, precepto que se invoca en el recurso de súplica. Pues bien, lo que se establece en este precepto es el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros que carezcan de los recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, lo que habrá de conocerse ante la correspondiente Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que es el órgano responsable, (...). Por lo demás, precisamente por tratarse de la interposición de un recurso contencioso-administrativo y no de la práctica de ninguna diligencia judicial con respecto al recurrente, no se dan tampoco las circunstancias del artículo 21 de la Ley 1/1996 que obliguen a asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de la recurrente».

(...).

A su vez, la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, dispone [artículo 2.a)] que «en los términos y con el alcance previsto en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la

materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) ... los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Artículo y apartado cuyos términos «legalmente» y «residan», fueron, respectivamente, anulado e interpretado por la STC 95/2003, de 22 de mayo.

Por lo que aquí nos interesa, el artículo 6 de esta última Ley determina el contenido material del derecho, incluyendo dentro del mismo, en su apartado 3.º, 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».

Situados en la perspectiva de análisis que proporciona el marco jurídico que acabamos de reseñar, conviene hacer una puntualización más antes de entrar en el examen del caso que nos ocupa. Dejando al margen otros aspectos que no son del caso, el contenido de la tutela judicial efectiva que reclama el recurrente conlleva o implica el derecho a la jurisdicción —esto es, el derecho del recurrente de acceso a la justicia—; y dentro del proceso, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien esta resolución puede ser de inadmisión, si así procede, en el bien entendido de que la inadmisión —en este caso, el archivo— es una decisión grave, que debe ser adoptada con prudencia y estricta necesidad; debiendo interpretarse el sistema procesal de modo antiformalista, con base en el principio *pro actione*.

Pues bien; en el presente caso, es determinante lo que disponen los artículos 16 y 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996, de 10 de enero, en el sentido de que el órgano judicial podrá de oficio o a petición de las partes «decretar la suspensión hasta que se produzca (...) la designación provisional de Abogado y Procurador si su intervención fuera preceptiva»,

## Expulsión

así como que habrá de dirigirse a los Colegios profesionales recabando el nombramiento provisional de Abogado y Procurador cuando alguna de las partes manifestara carecer de recursos económicos y hubiera urgencia en el caso (como la hay siempre en la interposición del recurso contencioso administrativo, sometida a breve plazo de caducidad).

La letrada, por escrito de 23 de octubre de 2001 pidió a la Sala que se le designase Procurador del turno de oficio.

Y, en aplicación de los citados preceptos de la Ley 1/1996, la Sala de Andalucía, con sede en Sevilla, debió acceder a lo solicitado y oficiar al Colegio a fin de que designara Procurador, y ello con independencia de lo que finalmente pudiera resultar sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por lo expuesto, hemos de estimar recurso de casación, por infracción de los preceptos citados de la Ley 1/1996 [artículo 95.2.c) de la LJ 29/1998], con la consiguiente reposición de actuaciones a fin de que la Sala de instancia oficie al Colegio de Procuradores con el objeto de que designe Procurador para representar al recurrente.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 25 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2260/2004.

**Ponente:** Don Enrique Cancer Lalanne.

**Voz:** Expulsión del territorio nacional. Principio de proporcionalidad.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente quien no sólo se encontraba irregularmente en España, sino que además cuando fue detenido portaba una documentación correspondiente a otra persona, que intentó presentar como propia, tratando de encubrir su verdadera identidad.

“Se impugna (...) la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Madrid dictó en fecha de 28 de noviembre de 2003, y en su recurso contencioso administrativo núm. 1921/02, por medio de la cual se desestimó el formulado por don Juan Carlos contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 9 de diciembre de 2002, que acordó su expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la LO 8/2000.

Impugnada esa resolución en vía contencioso administrativa, la Sala de Madrid desestimó el recurso. Contiene la sentencia de instancia, en cuanto ahora interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

«Primero.—En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna la resolución del Delegado de Gobierno en Madrid de fecha 9 de diciembre de 2002 que acordaba la expulsión del territorio nacional del recurrente.

Segundo.—De los datos que constan en la documental incorporada al expediente, así como de los extremos admitidos por la recurrente, ha quedado suficientemente acreditado que el actor, de nacionalidad nigeriana, fue detenido en 5 de octubre de 2002 en la localidad de Parla (Madrid), comprobándose con posterioridad que no disponía de documento que acredite su permanencia en España, sin que conste en autos trámite alguno de regularización solicitado por el actor. Por otro lado, queda igualmente acreditado en autos, según consta en las diligencias policiales, —lo que el actor no ha desvirtuado—, que fue denegada al recurrente la petición de asilo, como igualmente la solicitud de permiso temporal por arraigo. También se ordenó respecto del actor la salida obligatoria del territorio nacional en fecha 26 de noviembre de 2001.

Que incoado expediente de expulsión en fecha 7 de octubre de 2002, y tras dar traslado la Administración demandada al actor del acuerdo de

## Expulsión

incoación éste presentó sus alegaciones en fecha 8 de octubre de 2002. Del proyecto de propuesta de resolución de fecha 16 de octubre de 2002 se le dio traslado formulando nuevas alegaciones en escrito de fecha 18 de octubre de 2002. En fecha 9 de diciembre de 2002, previa propuesta de resolución, se dictó el acuerdo de expulsión y prohibición del territorio nacional por el Delegado de Gobierno en la Comunidad de Madrid por término de tres años.

Tercero.—El artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, contempla la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, entre otras causas por la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 53.a), el cual recoge como tal infracción ‘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 hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo reglamentariamente previsto’.»

En el supuesto de autos han de ser rechazados los motivos de impugnación que formula el recurrente: 1.º La medida de expulsión decretada en el acto impugnado es proporcionada conforme a lo previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del PAC así como en el artículo 57.1 de la LO 4/2000, habida cuenta que para que se sancione una infracción grave con la multa en vez de la expulsión, como ha declarado esta Sala, ha de concurrir en el actor algún tipo de circunstancia que revele la improcedencia del acuerdo de expulsión por su mayor gravosidad en relación con la imposición de una multa, lo que no ocurre, por otro lado, en autos, vista la falta de arraigo de algún tipo del actor con España. 2.º Y en cuanto a la vulneración del principio de congruencia de la resolución dictada y del derecho de contradicción y defensa, en el sentido de que debió resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente, habiéndose vulnerado, según el actor, lo dispuesto en el artículo 20.2 de la

LO 4/2000 lo cierto es que este motivo también ha de ser desestimado, pues aunque consta en el expediente que el actor solicitó que se oficiase para que se averiguare si había solicitado permiso de trabajo o de regularización, tal como indicó en su escrito de alegaciones de fecha 8 de octubre de 2002, lo cierto es que como se ha indicado antes, tal petición fue contestada en la propuesta de resolución, haciéndose referencia a las oportunas comprobaciones relativas al resultado de los procedimientos administrativos incoados por el actor, siendo así que la resolución impugnada atendió a las alegaciones expuestas por el actor en vía administrativa, sin perjuicio de lo anteriormente expresado, por lo que no era necesario practicar prueba más alguna.

(...).

Dice el actor que no se practicó la prueba propuesta, pero la alegación carece de fundamento porque la prueba que propuso en su escrito de alegaciones de descargo (...) fue practicada, ya que se unieron los documentos aportados por él en ese acto, y en cuanto a la prueba asimismo solicitada de que se librara oficio a la Delegación del Gobierno en Madrid para que certificara la existencia de un expediente de solicitud de permiso de trabajo, el instructor practicó las diligencias de averiguación oportunas, haciendo constar en la propuesta de resolución, ampliamente motivada (...), que «consta en la base de datos de extranjería que tiene denegado un permiso temporal para trabajar por arraigo con fecha 8 de mayo de 2002, y con anterioridad, el 11 de diciembre de 2001, denegada una cédula de inscripción por asilo». De esta propuesta de resolución se dio traslado al letrado que le asistía (...), el cual formuló nuevas alegaciones (...), que fueron examinadas por el instructor, quien se limitó a ratificarse brevemente en su propuesta anterior (...), tras lo cual se dictó resolución sancionadora (...).

De este modo, las pruebas propuestas se practicaron, la propuesta de resolución tenía una motivación más que suficiente para despejar cualquier

## Expulsión

atisbo de indefensión, de dicha propuesta de resolución se dio traslado al interesado, y finalmente se dictó una resolución sancionadora que, una vez más, tenía una motivación suficiente para que el expedientado tuviera conocimiento de las razones fácticas y jurídicas determinantes de la sanción impuesta, siendo cuestión distinta que aquel no estuviera conforme con el contenido de dicha decisión.

No existe, por tanto, en la tramitación del expediente, desde el punto de vista formal o procedimental, ninguna infracción relevante de los principios de contradicción, audiencia y motivación.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 7 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 433/2004.

**Ponente:** Don Rafael Fernández Valverde.

**Voz:** Expulsión con subsistencia del procedimiento penal.

**Resumen:** Se estima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se había decretado la expulsión con la consiguiente prohibición de entrada en España y en los países del espacio del Acuerdo de Schengen durante un período de cinco años.

“Se impugna en este recurso (...) la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 2.<sup>a</sup>) dictó en fecha 24 de octubre de 2003, por la que se desestimó el recurso contencioso administrativo núm. 683/2002, promovido por don Ernesto contra la resolución dictada por la Delegación del Gobierno de Madrid, de fecha 23 de agosto de 2001, que decreta la expulsión del territorio nacional del recurrente, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de cinco años.

(...).

El recurrente alega que la existencia de una causa penal contra él determina inevitablemente la autorización judicial para la ejecución de la expulsión

administrativa, resultando que en este caso tal autorización no se ha producido ni se ha recogido su necesidad en la resolución administrativa impugnada. Cita el actor el artículo 57.1 de la LO 4/2000, para sostener a continuación que la resolución administrativa impugnada en la instancia debería haber dejado constancia de que su ejecución quedaba supeditada a la necesaria autorización judicial, lo que no hizo. Por lo que respecta a las consideraciones de la sentencia de instancia acerca de la falta de prueba de la existencia de una causa penal contra él, entiende que era a la propia Administración a la que le correspondía la aportación de la prueba necesaria para justificar la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional.

(...).

En las alegaciones efectuadas en el escrito de demanda deducida en la instancia el recurrente expuso que por parte del instructor del procedimiento administrativo de expulsión le fue denegada la práctica de pruebas de especial relieve, por cuanto en el mismo se solicitó se oficiara al Juzgado de Instrucción de Madrid al objeto de que por el mismo se informase sobre el estado de tramitación de las Diligencias Previas incoadas al recurrente por un presunto delito contra la salud pública; prueba, según expone, que nunca fue practicada, añadiendo que, con su práctica, se hubiera acreditado que se encontraba a disposición del mencionado Juez Penal, y, poniendo de manifiesto que, en tal situación personal, la tramitación de la causa penal hacía inoperante la incoación del procedimiento sancionador, ya que la sanción que llegara a imponerse no podría ejecutarse al estar el sancionado a expensas del Juez Penal con *vis atractiva* preferente por cuanto, según se exponía, una de las penas recogidas en el Código Penal —para el supuesto de que el autor del delito fuera extranjero— es la expulsión del territorio nacional.

Efectivamente, examinado el expediente consta tal solicitud unida al mismo, y articulada mediante es-

## Expulsión

crito presentado en fecha de 21 de junio de 2001; no consta, sin embargo, que tal solicitud tuviera respuesta alguna en el expediente de referencia, aunque en la Propuesta de Resolución del Instructor, de 24 de julio de 2001, se hacen constar (Antecedentes de Hecho 4.º y 5.º) los siguientes extremos:

a) En respuesta a la señalada alegación de no poder ser expulsado por estar incurso en un hecho delictivo, «se participa que dicha persona fue detenida por un hecho delictivo, habiendo pasado a disposición Judicial, no obstante se hace constar, que la expulsión que se llevará en su día, quedaría en todo momento supeditada a la Resolución que se adopte por la Autoridad Judicial, a quien se solicitará el correspondiente Permiso para la expulsión». Y,

b) En respuesta a la solicitud de prueba formulada por el sancionado, el Instructor señala en su propuesta que «... a lo anterior se hace constar por parte de esta instrucción que dicha persona pasó a disposición Judicial, por estar encartado en las diligencias Policiales de la Comisaría de Centro, por un delito contra la salud pública».

Pues bien, no obstante tales advertencias de la Propuesta de Resolución, el Delegado del Gobierno procedió a dictar la Resolución que ha sido revisada en la instancia acordando la expulsión por ser los hechos (falta de acreditación de situación de estancia o residencia legal en España) constitutivos de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la 8/2000, de 22 de diciembre, sin referencia alguna a la existencia de la causa penal mencionada en la Propuesta.

En la vía jurisdiccional seguida en instancia, el recurrente no propuso prueba alguna y la alegación —antes expuesta— relativa a la existencia de la citada causa penal recibió la respuesta judicial que conocemos: «sin que las manifestaciones sobre si estuviera procesado, puedan ser tenidas en cuenta, ya que no son más que especulaciones sin funda-

mentación real alguna, puesto que del expediente incorporado a los Autos no se desprende, ni siquiera indiciariamente que de las actuaciones de los Agentes de la Policía, se hayan derivado diligencias penales. El recurrente pudo y no lo hizo en este proceso jurisdiccional, proponer prueba que acreditase que se haya tramitado causa penal alguna».

(...).

Pues bien, de conformidad con la citada legislación en vigor en el momento de los hechos, el motivo ha de ser estimado, por cuanto la autoridad gubernativa, teniendo constancia documental de que el expulsado había sido puesto a disposición judicial —como consecuencia de la posible autoría de un delito contra la salud pública—, carecía, en dicho momento, de competencia necesaria para proceder a dictar la resolución de expulsión, y hasta tanto constara documentalmente en el expediente el sobreseimiento o archivo de las diligencias penales tramitadas; esto es, que, sin perjuicio de que el Juez pudiera autorizar la salida del recurrente del territorio nacional, en los términos previstos en el artículo 57.7 del Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (renumerado y modificado en este punto por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), la resolución gubernativa de expulsión solo podía producirse, como señala el precepto citado, «si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador». Y, tal resolución, sólo resultaba procedente una vez verificada y comprobada la ausencia de tramitación de procedimiento penal alguno, pues, hasta tanto el procedimiento penal no hubiera sido archivado o sobreseído, no resultaba procedente la resolución gubernativa de expulsión.

Por ello no resulta de recibo la tesis de la Sala de instancia, en el sentido de que correspondía al sancionado la obligación de acreditar la subsistencia de la actuación penal, ya que en el expediente gu-

## Derecho al trabajo

bernativo constaba la remisión de las actuaciones al Juzgado de Guardia, con la puesta a disposición del detenido, y, cuando, a mayor abundamiento, el Instructor del expediente —con buen criterio— llamaba la atención, sobre la situación producida, en la Propuesta de Resolución, haciendo en la misma referencia a que «la expulsión que se llevará (sic) en su día, quedaría en todo momento supeditada a la Resolución que se adopte por la Autoridad Judicial». En tal situación, pues, advertida incluso por el mismo Instructor del expediente de expulsión, la Resolución que se impugna no debió producirse.”

### DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**Fecha:** 18 de julio de 2007.

**Recurso:** recurso de suplicación núm. 1969/2007.

**Ponente:** D. Miguel Ángel Luelmo Millán.

**Voz:** Extranjero en situación irregular. Prestación por desempleo: denegación.

**Resumen:** “El motivo que alega el actor en su recurso se articula correctamente y señala la infracción de los preceptos y normas que relaciona a lo largo del mismo, consistentes en el artículo 19 del RD 782/2001, de 6 de junio, artículo 207 de la LGSS, Convenio número 19 de la OIT, Recomendación 151 de ese mismo organismo y la jurisprudencia que cita (SSTS de 21 de diciembre de 1994 y 25 de septiembre de 1995), no cabiendo su acogimiento por cuanto acertadamente razona la sentencia recurri-

da en el último párrafo de su cuarto fundamento de derecho, que coincide con lo que para casos similares tiene ya declarado esta Sala, habida cuenta de que en una situación como la presente en que el actor carece de residencia legal en España y de permiso de trabajo (hechos segundo y tercero del incombustible relato fáctico de aquélla) no se dan los requisitos exigidos en los artículos 207, 209 y 231 de la LGSS, al no ser posible que el actor acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada ni poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido.

Cualquier otra solución pasaría por desvirtuar y defraudar las expectativas contenidas en dicha legislación —respecto de la cual la jurisprudencia ya ha establecido excepciones y precisiones en relación con la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, así como la asistencia sanitaria, por ejemplo— dejando en la práctica sin efecto la exigencia del permiso de trabajo y todo lo que ello supone.

No desconoce esta Sala que este criterio no es compartido por otros TTSS, existiendo sentencias en sentido diferente del de Cantabria, de 5 de abril de 2005, Castilla-León (Valladolid), de 17 y 21 de noviembre de 2005 o Castilla-León (Burgos) de 21 de marzo y 30 de octubre de 2005, lo cual posibilitará probablemente el recurso de casación para la unificación de doctrina como mejor modo de solventar definitivamente la cuestión mientras permanezca la actual regulación normativa, no cabiendo entender que la jurisprudencia contenida en las SSTS que el recurrente ha señalado haya resuelto una cuestión como la presente pues en la primera de ellas, citada y seguida por la segunda, se partía del hecho de que el demandante poseía permiso de residencia e incluso permiso de trabajo previo, aunque caducado, nada de lo cual acontece en el caso presente, donde, como ya se ha expresado, el actor y recurrente carece incluso de residencia legal en España”.

\*\*\*

## Derecho al trabajo

NOTA: Un interno extranjero desarrolla una actividad laboral en los talleres productivos de un centro penitenciario por un período superior a un año, se supone. Ya liberado de prisión, presenta ante el Servicio Público de Empleo estatal una solicitud de reconocimiento de prestación por desempleo, quien dicta resolución denegatoria sobre la base de que el solicitante no se encontraba autorizado ni para residir ni para trabajar. Presentada demanda en reclamación por desempleo frente al Servicio Regional de Empleo de la Comunidad de Madrid, Organismo Autónomo de Trabajos y Prestaciones Penitenciarias y Servicio Público de Empleo Estatal, el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid desestima la demanda formulada por el actor, quien recurre en suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 18 de julio de 2007 desestima el recurso de suplicación basándose en que “el actor carece de residencia legal en España y de permiso de trabajo [...] y no se dan los requisitos exigidos en los artículos 207, 209, 231 de la LGSS, al no ser posible que el actor acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada ni poder suscribir el compromiso de actividad normativamente establecido”.

La lectura y análisis de esta breve sentencia suscita algunas reflexiones y no pocos interrogantes. Vayamos por partes.

En primer lugar, el Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, regulado por el RD 868/2005, de 15 de julio, que vino a sustituir al organismo autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, regulado por el RD 326/1995, de 3 de marzo, es un organismo público de los regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. Este Organismo Autónomo está adscrito al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y tiene por objeto la promoción, organización y control del trabajo productivo y la

formación para el empleo de los reclusos en los centros penitenciarios.

En segundo lugar, según dispone el artículo 3.2 del Reglamento regulador de dicho Organismo Autónomo, aprobado por el citado RD 868/2005, de 15 de julio, la relación laboral especial que se establezca entre éste y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como su protección de Seguridad Social, se regulará por lo dispuesto en el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se desarrolla 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. Pues bien, el artículo 19 del RD 782/2001, de 6 de julio, dispone que 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 la prisión en los términos establecidos en el Título III de la LGSS. En consonancia con esta última previsión, y respecto a la prestación contributiva por desempleo, el artículo 205.3 de la LGSS, extiende la protección de dicha contingencia a los liberados de prisión.

Dicho lo anterior, el problema puede surgir cuando se trata de un interno extranjero que no tiene regularizada su situación de residencia. La disposición adicional primera del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, establece que cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen y en supuestos no regulados de especial relevancia,

## Derecho al trabajo

a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, previo informe del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podrá dictar instrucciones que determinen la concesión de autorización de trabajo. Pues bien, si tenemos en cuenta que el artículo 25.2 de la CE establece el derecho de los condenados a penas de prisión que estuvieran cumpliendo las mismas a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, y que en estos supuestos deberían prevalecer los beneficios que entraña la formación y la actividad laboral de los penados y la preparación para la reinserción, no sorprende que, en desarrollo de aquella disposición reglamentaria, el Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005 adoptara 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”. Pues bien, la Instrucción Primera determina que “Toda resolución de la Autoridad judicial que ordene el ingreso en prisión de un interno extranjero tendrá validez de autorización de trabajo, a los efectos en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, para el desarrollo de actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios, gestionados por el Organismo Autónomo de Trabajo y Formación para el Empleo. La validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo se prolongará hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos de los Centros Penitenciarios.

Así pues, la validez de autorización para trabajar que se otorga a toda resolución de la Autoridad judicial que ordena el ingreso en prisión de un interno extranjero conjuga la satisfacción de la finalidad perseguida por la pena privativa de libertad con la exigencia, por parte de los extranjeros mayores de dieciséis años que ejerzan en España cualquier actividad lucrativa laboral o profesional, por cuenta

propia o ajena, de obtener la correspondiente autorización administrativa para trabajar (artículo 36.1 de la LO 4/2000). Por eso no se alcanza a comprender que el TSJ de Madrid, en la sentencia que ahora se comenta, afirme que para casos similares tiene ya declarado la Sala, en el sentido de no reconocer el derecho a la prestación por desempleo.

En efecto, ya en el número anterior de esta Revista reseñábamos la STSJ de Madrid de 16 de enero de 2007 (recurso de suplicación núm. 3847/2006) en ese mismo sentido. Aunque también en anteriores ocasiones (núm. 11 de esta Revista, voz derecho al trabajo, pp. 137 y ss.) noticiábamos las Sentencias del TSJ de Castilla-León/Valladolid de 17 y 21 de noviembre 2005 (recursos de suplicación núms. 2050/2005 y 2051/2005), que reconocieron la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros que habían prestado sus servicios sin contar con la preceptiva autorización administrativa de residencia y trabajo. Pero se trata de supuestos distintos porque en los anteriores pronunciamientos, el extranjero había llevado a cabo una actividad laboral careciendo de la correspondiente autorización para trabajo. Aquí, por el contrario, durante el tiempo en que el interno extranjero llevó a cabo la actividad laboral, y aunque no tuviera residencia legal, estaba autorizado a trabajar, afiliado, dado de alta en Seguridad Social y se había efectuado la cotización correspondiente.

Otra cosa es que como la validez de dicha resolución judicial como autorización de trabajo alcanza hasta la finalización de las actividades laborales en los talleres productivos, el eventual reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo no sería causa de renovación de la autorización inicial de residencia y trabajo (artículo 36.4 de la LO 4/2000) porque no se trata en puridad de una autorización de residencia y trabajo, sino tan solo de otorgar validez como autorización de trabajo a una resolución judicial. Por otra parte, la actual configuración de la prestación por desempleo no sólo impone el cumplimiento de requisitos anteriores

## Derecho al trabajo

a cesar en el trabajo –período mínimo de carencia y pérdida involuntaria del empleo–, sino también de obligaciones coetáneas y posteriores a cualquier trabajador: búsqueda activa de empleo, aceptación de ofertas de empleo adecuadas, suscripción del compromiso de actividad, participación en cursos de formación o en programas de empleo, etc, que no resultan compatibles con la ausencia de autorización para trabajar y, en ese sentido, no le falta razón al TSJ de Madrid.

Seguramente nos encontramos ante una situación anómala próxima a la que acontecía con anterioridad a 1996. Como se recordará, el extranjero autorizado para trabajar que viera extinguido su contrato por alguna de las causas que constituye la llamada “situación legal de desempleo” (artículo 208 de la LGSS), estando en vigor el permiso de trabajo, tenía derecho a la prestación por desempleo, aunque la duración de tal prestación no resultaba ser la establecida con carácter general (artículo 210 de la LGSS) sino la que restase hasta alcanzar el término final del permiso de trabajo. Ante esta situación, el TS, en unificación de doctrina, Sentencia de 21 de diciembre de 1994, mantuvo que la expiración de la vigencia del permiso de trabajo “con una prohibición absoluta, que impida el trabajo y elimine la situación de desempleo, porque (...) el trabajador extranjero puede continuar en el territorio español si cuenta con un permiso de residencia; puede buscar otro empleo y, por último, cuando lo encuentre, puede a su vez, solicitar el permiso de trabajo”.

Aunque positiva esta interpretación, sólo resolvía la situación de aquellos trabajadores cuyo permiso de trabajo se mantenía en vigor al extinguirse la relación laboral y durante el plazo de vigencia que restara al permiso de trabajo. Esta limitación fue solucionada por el Reglamento de 1996, en cuyo artículo 59.2 previó la renovación del permiso de residencia por el tiempo de duración de la prestación contributiva por desempleo. Como se sabe, la LO 4/2000, avanza en esta línea y establece la renovación automática de la autorización de trabajo

por el tiempo de duración de la prestación por desempleo.

Entendemos que el supuesto de hecho que aborda la sentencia que ahora comentamos reviste particularidades relevantes que no pueden resolverse ni con iguales argumentos jurídicos que cuando se trata de un extranjero que presta servicios sin la correspondiente autorización para trabajar, ni con el mismo signo. De hecho, en este supuesto, aunque el extranjero careciera de la autorización de residencia, el propio ordenamiento jurídico impone su permanencia en España durante su internamiento en prisión, por lo que habría de calificarse de legal a ciertos efectos. Además, la prestación de servicios estuvo debidamente autorizada. Puede resultar aventurado, pero modestamente creemos que el reconocimiento de la prestación por desempleo debería constituir, al menos, una circunstancia justificativa de la concesión de una autorización excepcional de residencia durante el tiempo de duración de la prestación.

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

**Fecha:** 24 de julio de 2007.

**Recurso:** recurso de duplicación núm. 3090/2007.

**Ponente:** D. Felipe Soler Ferrer.

**Voz:** Trabajador extranjero en situación irregular. Despido improcedente. Efectos. Incidente de no readmisión.

**Resumen:** “SEGUNDO: La construcción de la responsabilidad derivada del despido debe coherente el marco general establecido por el Código Civil en sus artículos 1101 al 1136 con las especialidades derivadas del Estatuto de los Trabajadores a propósito de la extinción del contrato de trabajo a consecuencia del despido. Dado el carácter de negocio jurídico unilateral que reviste el despido como causa extintiva del contrato, a tenor del artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores, que produce efectos desde el momento en que tal voluntad se pone de manifiesto, bien sea adoptando la fór-

## Derecho al trabajo

mula expresa que la Ley contempla, artículo 55.1.<sup>º</sup> del Estatuto de los Trabajadores, bien sea en forma tácita lo que por sí constituye un quebrantamiento del cauce previsto para dicho negocio con la consecuencia de hacerle merecedor de la declaración de improcedencia debido a la sola omisión del soporte documental y establecido para la decisión judicial que declara la procedencia de un despido el carácter meramente convalidante de la misma, tan sólo cabe otorgar a la declaración de nulidad o improcedencia del acto extintivo el valor afirmativo de una ilicitud ya producida con el acto mismo del despido. Los efectos de esta declaración se retrotraerán a la fecha de la imposición del despido por el empleador. El artículo 1101 del Código Civil establece el principio general de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y siendo la injusta extinción de una relación laboral lo que priva a una de las partes, el trabajador, del trabajo reconocido como deber-derecho ciudadano al amparo del artículo 35 de la Constitución Española, tal decisión voluntariamente adoptada por el empresario deberá comportar responsabilidad para éste. La especialidad que en nuestro ordenamiento reviste el despido en orden a la reparación de sus consecuencias, artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, opción del empresario entre readmitir e indemnizar, e idéntica opción a favor del trabajador por su condición de miembro de los órganos de representación, pueden llevar a suscitar alguna duda especialmente en este último supuesto. Sin embargo, cuando la opción es a cargo del empresario ningún obstáculo supone la especialidad laboral para la plena operatividad de los preceptos del Código Civil, de forma que adquiridos desde la fecha del despido los derechos nacidos en virtud de la obligación establecida por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de que, como en el presente supuesto, la opción del empresario por la readmisión requiera necesariamente de la obtención previa, por el propio empresario, de los permisos administrativos de residencia y trabajo para que las trabajadoras despedidas puedan válidamente reincorporarse a sus puestos de trabajo y causar alta en el sistema

de Seguridad Social, lo que no podrá bajo ningún concepto el empresario –que no ha obtenido tales permisos y que no ha desplegado conducta positiva alguna tendente a la regularización de la situación laboral en nuestro país de las trabajadoras extranjeras despedidas– es insistir en la validez de su opción inicial por la readmisión y ampararse en ella para negar derechos derivados del despido a las trabajadoras que irregularmente contrató, cuando nada ha hecho para hacer posible la vuelta al trabajo de éstas, pues el deudor no tiene derecho a elegir las prestaciones imposibles, y no siendo posible la readmisión, por la inactividad y pasividad del empresario, se ha de estar a la prestación alternativa, esto es, a la indemnización.

**TERCERO** La Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, otorga al artículo 36 el siguiente contenido: «1. Los extranjeros mayores de dieciséis años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, deberán obtener, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para trabajar. 2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen. 3. Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. 4. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad».

## Derecho al trabajo

CUARTO: Dicho lo cual, la empresa no readmitió a las trabajadoras, pese a ejercitar tal opción e insistir a toda costa en ella pese a la dificultad de llevarla a la práctica, ni procedió a abonarles las indemnizaciones señaladas en la sentencia firme de despido, por lo que las trabajadoras, en defensa de sus derechos derivados de su contratación y que no perdieron a pesar de su situación irregular, instaron la ejecución de la sentencia firme de despido, lo que determinó que el Juzgador *a quo* declarase extinguida la relación laboral que les vinculaba con los efectos contemplados en el artículo 279 de la LPL, es decir, ampliando la indemnización y los salarios de tramitación fijados en la sentencia hasta el momento en que se procedió a declarar la rescisión del vínculo laboral. No existe vulneración alguna en la resolución adoptada por el Juzgado, sino que, en virtud de los derechos que les correspondían a las trabajadoras a consecuencia de su contratación, ha actuado de conformidad con lo previsto en las normas reguladoras de la situación creada. No se cuestiona que la readmisión de las demandantes no habría sido posible por carecer del permiso de trabajo necesario, pero ante tal eventualidad, ya existente desde la contratación originaria de las demandantes, la empresa no debió optar por la readmisión como hizo, pues precisaba de su parte la solicitud y previa obtención de los permisos necesarios de trabajo y residencia, debiendo haber optado por la indemnización, lo cual hubiera evitado a la empresa los incrementos en la indemnización y salarios fijados en los autos recurridos, generados únicamente por su propia pasividad e insistencia en ratificarse en la opción de readmisión. No pudiendo el empresario invocar ahora, en apoyo de su pretensión de supresión de la indemnización por despido y de reducción de los salarios de trámite, la situación de ilegalidad creada por él mismo desde un principio y que ahora pretende desplazar hacia las trabajadoras haciéndolas responsables de una no readmisión que sólo a él es imputable.”

\*\*\*

NOTA: La empresa recurre en suplicación el Auto dictado por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers de 26 de septiembre de 2006 en ejecución de sentencia firme de despido, por el que se confirma otro anterior que declara extinguida la relación laboral que unía a la recurrente con las trabajadoras extranjeras demandantes, y en el que se amplían las indemnizaciones y los salarios de tramitación fijados en la sentencia hasta el momento en que se procedió a declarar la rescisión del vínculo laboral.

Como viene siendo habitual en esta Sección de la Revista (véanse núms. 14 y 16 voz *Derecho al trabajo*), de nuevo nos encontramos con un pronunciamiento judicial que versa sobre los efectos que produce una eventual declaración de improcedencia del despido de un trabajador extranjero que carece de la correspondiente autorización de trabajo.

En este caso, la sentencia de instancia que declaró la improcedencia de los despidos estableció el derecho de opción a favor del empresario entre la readmisión o la indemnización, opción que expresamente se realizó a favor de la readmisión. Sin embargo, como señala la sentencia objeto de comentario ante supuestos de despido improcedente de extranjero que carece de autorización administrativa para trabajo, la opción del empresario por la readmisión requiere necesariamente la obtención previa, por el propio empresario, de las autorizaciones de residencia y trabajo para que las trabajadoras despedidas puedan válidamente reincorporarse a sus puestos de trabajo y causar alta en el sistema de Seguridad Social. En caso contrario, la inactividad y pasividad del empresario, ha de estarse a la prestación alternativa, esto es, la indemnización.

Como venimos defendiendo, en este tipo de procesos debería limitarse la condena al pago de la indemnización por despido. No siendo así, tan sólo queda concluir que reconocido el derecho de opción a favor del empresario entre la readmisión o la indemnización, aquélla entraña una gran difi-

## Permiso de trabajo

cultad práctica y sugerir, como hace la sentencia comentada, que la empresa opte por la indemnización, aunque sólo sea por evitarse los incrementos de la indemnización y salarios fijados en los autos que declaran la rescisión del vínculo laboral, “generados únicamente por su propia pasividad (de la empresa) e insistencia en ratificarse en la opción de readmisión”.

### PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA  
Profesora TEU de Derecho del Trabajo  
Universidad Rey Juan Carlos

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

**Fecha:** 3 de julio de 2007.

**Recurso de apelación:** 586/2006.

**Ponente:** Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

**Voz:** Proceso de normalización de extranjeros.  
Empadronamiento por omisión.

**Resumen:** “SÉPTIMO: La sentencia de instancia señala que en el caso de autos se trata de ver si la hoy recurrente acreditó su estancia en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004. Pues bien, para ello aporta billete de avión y tarjeta de Abono de Transportes, copia de documento acreditativo de envío de dinero y factura de hotel. Ahora bien, dichos documentos no acreditan una residencia continuada de la actora anterior al 8 de agosto de 2004 en España ni residencia en Madrid.

OCTAVO: (...) Por tanto el enjuiciamiento de esta Sala debe limitarse al estudio de los motivos alegados por la recurrente sin extender su enjuiciamiento

to a otros que fueron objeto de discusión y debate en la instancia y el recurrente discute la validez de la resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del INE y del Director General de Cooperación Local, en lo que se refiere a la limitación de los medios de prueba que en la misma se establecen, aun cuando no solicita la nulidad de pleno derecho de la misma, que podría serlo por contravenir lo dispuesto en una disposición con rango de legal, cual es el citado artículo 80.1 de la Ley 30/1992 y por aplicación de lo establecido en el artículo 62.2 del mismo texto legal.

NOVENO: Es cierto que el Pleno Jurisdiccional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia convocado el día 23 de octubre de 2006, discutió el alcance de actos similares al enjuiciado dando lugar a la Sentencia de 2 de noviembre de 2006, en el que se ha señalado que El Tribunal entiende que nos encontramos ante una impugnación indirecta de una disposición general (ya que la resolución de 14 de abril de 2005 que establecía unos instrumentos de prueba concretos para acreditar la residencia había de ser cumplida de forma obligada por los Ayuntamientos), y el Tribunal entiende que dicha resolución es una disposición general y no un acto administrativo con destinatario múltiple e indeterminado, pues como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 con cita de la de 21 de marzo de 1986 que, para distinguir las disposiciones generales de los simples actos, resoluciones o acuerdos administrativos, ni siquiera ha de estarse «a la forma como la norma se adopte, sino a su contenido» (Sentencia de 25 de febrero de 1980) y principalmente a las particularidades que la caracterizan y en razón de sus destinatarios (Sentencia de 11 de marzo de 1982); precisa acudir a la consuntividad y ordinamentación del precepto, en el sentido de que, generalmente, el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto y, por el contrario, la norma, con su cumplimiento, no se agota y, por otro lado, el acto administrativo, bien tenga contenido particular o

## Permiso de trabajo

general –referido a una pluralidad indeterminada de sujetos– es un acto ordenado, y el acto norma, al estar imbuido de un carácter ordinamental, se integra en el ordenamiento (Sentencia de 26 de noviembre de 1979), característica especial esta última que, como esencialmente diferenciadora, se destaca por la Sentencia de 20 de mayo de 1981, según la cual las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran en el Ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada. Es decir que como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997, lo que caracteriza a las disposiciones generales es su aptitud de inserción en el ordenamiento jurídico en abstracto, como fuente de plurales aplicaciones posteriores. Las instrucciones técnicas contenidas en la Resolución de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y el Director General de Cooperación Local, goza de estos caracteres de abstracción y generalidad, tratándose de una norma jurídica de naturaleza secundaria, dirigida directamente a una pluralidad de administraciones públicas para que ajusten su actividad resolutoria al contenido normativo que dicha resolución contempla dictando en aplicación de las mismas los actos administrativos decidiendo o no el empadronamiento por omisión solicitado. También indirectamente la norma tiene como destinatarios a los administrados en la medida en que obliga a éstos a adecuar su conducta futura a las previsiones de la instrucción en la medida en que indica qué tipo de documentación han de acompañar a la solicitud para conseguir el empadronamiento por omisión en una fecha apta para acceder al proceso extraordinario de regularización de su situación. En conclusión dicha resolución es fuente de los actos administrativos concretos dictados por los Ayuntamientos, resolutorios de las peticiones de empadronamiento, y es esta característica lo que supone su consideración como disposición general. Y precisamente porque su mandato ha de ser conocido por la generalidad indeterminada de personas

que han de ajustar su conducta a dicha norma la misma fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, y precisamente en la sección «disposiciones generales» y no en la Sección «otras disposiciones», indicio este de la propia conciencia de sus autores de que estaban dictando una Disposición General. Cuando se pretendía la nulidad del acto del Ayuntamiento de Madrid por ser nula la Resolución de 14 de abril de 2005 la Sala entendió que era de aplicación el artículo 21 apartado 3.º de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que señala que si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida ordenándose la retroacción de actuaciones para que sea emplazada la administración del Estado, como autora de la Resolución de 14 de abril de 2005. Pero no podemos olvidar que no estamos ante una impugnación directa de la dicha disposición general, sino ante una impugnación indirecta. Para que proceda la anulación de la disposición general, esta ha de ser la *ratio decidendi* de la anulación del acto administrativo. En el caso presente no se da dicha relación puesto que los documentos aportados son manifiestamente insuficientes para acreditar la residencia habitual del recurrente en el municipio de Madrid con anterioridad al 8 de agosto de 2004, pues no debe olvidarse que lo trascendente para lograr la inscripción en el padrón no consiste en acreditar la estancia en España sino la residencia en un determinado municipio, pues el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece la obligación de inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. En conclusión los documentos aportados en el expediente administrativo, pues no pueden ser valorados los aportados al proceso judicial con independencia de que se encuentren referenciados en la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del INE y del Director General de Cooperación Local, no acreditan en ningún caso que el recurrente extranjero se encontraba residiendo en un

## Permiso de trabajo

municipio concreto con anterioridad al 8 de agosto de 2004, mas aún ninguno de los aportados contiene el dato del domicilio habitual del interesado, y dicho domicilio es imprescindible para determinar la residencia habitual, el pasaporte sólo acredita la entrada en territorio nacional pero no que se resida en un municipio de nuestro país. Y tampoco contiene este dato el certificado del Consorcio de Transportes de la Comunidad de Madrid aportado a autos, con la circunstancia además que al no exigirse que el abono transportes se solicite personalmente, su expedición no acredita con certeza los datos que en el mismo se consignan, y en todo caso el dato del domicilio se basaría en una mera declaración unilateral del solicitante. En conclusión no puede otorgarse a este documento el valor suficiente para acreditar que el extranjero se encontraba residiendo en un municipio concreto con anterioridad al 8 de agosto de 2004. En el expediente administrativo del Ayuntamiento de Madrid no consta ningún otro documento, de forma que los aportados con posterioridad no pueden servir para revisar dicho acto por lo que el Recurso de apelación respecto de éste ha de ser desestimado.”

\*\*\*

NOTA: Como se sabe, la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, estableció las bases de un nuevo proceso extraordinario de regularización –en este caso denominado de “normalización”, que posteriormente desarrolló la Orden del Ministerio de la Presidencia PRE/140/2005, de 2 de febrero. Uno de los requisitos cuyo cumplimiento se exigía a los extranjeros que se encontraban en situación irregular y que pretendían incorporarse a este proceso, era que el trabajador extranjero se encontrase empadronado en un municipio español con al menos 6 meses de antigüedad al 7 de febrero de 2005. Para acreditarlo, se requería la presentación de un certificado de empadronamiento en el que constase una fecha de inscripción en un pa-

drón municipal español anterior al 8 de agosto de 2004. La dificultad que para muchos extranjeros suponía el cumplimiento de dicho requisito hizo que la propia Mesa de Diálogo Social –como así lo expone la sentencia objeto de comentario– solicitase al Consejo de Empadronamiento la utilización de la técnica del empadronamiento por omisión, posibilitando así que los extranjeros que no cumplieren el requisito del empadronamiento pudiesen acogerse al proceso de regularización, acreditando con determinados documentos públicos la residencia en España antes de la citada fecha. A tal efecto, se dicta la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, en la que se incorporan una instrucciones técnicas que deben seguir los Ayuntamientos para la expedición de las certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad.

En ese contexto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2007 resuelve un recurso de apelación presentado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso núm. 6 de Madrid, por la que se desestima el recurso contencioso interpuesto por la recurrente contra la resolución de la Dirección General de Estadística del Ayuntamiento de Madrid, por la que se deniega a la actora la expedición del certificado patronal necesario para su regularización.

Nada ha de objetarse al contenido del fallo, pues resulta probado que la actora no había presentado ninguno de los documentos relacionados en la citada Resolución de 14 de abril de 2005, por lo que debe considerarse ajustado a Derecho el contenido de la resolución denegatoria municipal.

Ello no es óbice para dejar constancia, como así lo hace la propia sentencia, de las dudas que, todavía hoy, suscita la citada Resolución de Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y del Director Ge-

## Permiso de trabajo

neral de Cooperación Local. Si el objetivo que se pretendía era agilizar los trámites de empadronamiento, para así facilitar que pudiesen regularizarse un mayor número de extranjeros, lo lógico hubiese sido modificar la Orden del Ministerio de la Presidencia PRE/140/2005 de 2 de febrero y no dictar una disposición cuyo alcance general es más que discutible y que, en cualquier caso, era igualmente dudoso que pudiesen alterar válidamente las determinaciones del propio Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, o de la Orden del Ministerio de la Presidencia PRE/140/2005, de 2 de febrero.

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**Fecha:** 29 de octubre de 2007.

**Recurso de apelación:** 446/2007.

**Ponente:** D. Abel Ángel Sáez Domenech.

**Voz:** Renovación de autorización de trabajo: falta de acreditación de actividad.

**Resumen:** "PRIMERO: La sentencia apelada desestima el recurso contencioso administrativo formulado por el recurrente contra la resolución de 8 de febrero de 2006 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la de fecha 8 de junio de 2005 de la Delegación del Gobierno de Murcia que deniega la solicitud de renovación de la autorización de trabajo y de residencia concedida al recurrente, por no quedar acreditada la realización habitual de actividad laboral por cuenta ajena durante el período de vigencia del anterior permiso.

Entiende el Juzgado que no se dan los requisitos exigidos por el artículo 54.4 del RD 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, para la procedencia de la renovación solicitada y ello teniendo en cuenta que no consta la continuidad laboral que dio lugar a la concesión de

la autorización cuya renovación se pretende dado que durante el período comprendido entre el 16 de abril de 2003 y el 15 de abril de 2004, primer año de vigencia de la autorización cuya renovación se pretende figuran cotizados o días y durante el período comprendido entre el 16 de abril de 2004 y el 15 de abril de 2005, segundo año de vigencia, constan cotizados 108 días. Es decir no constan cotizados 6 meses por año, ni tampoco 3 meses por año.

Alega el apelante para fundamentar el recurso de apelación por un lado error en la apreciación de la prueba, teniendo en cuenta que el actor era titular de una autorización tipo B renovada con validez hasta el 15 de abril de 2005 y en este año de validez acredita haber cotizado 108 días. Es decir durante el año en que se concede la autorización cotiza durante más de 3 meses (así lo reconoce la resolución recurrida del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Por otro dice que la sentencia incurre en error en la aplicación de las normas. Se dice que no se dan los requisitos del artículo 54.4 del RD 2393/2004, cuando el actor ha acreditado reunirlos. Ha acreditado haber cotizado 108 días lo que significa haber cotizado durante más de 3 meses. El Juzgado entiende que no ha acreditado la realización de la actividad laboral exigida por la norma, sin embargo la renovación se produce respecto al período para el que se ha solicitado el permiso, no para toda la vida laboral del extranjero en España. Así consta acreditado que el interesado solicita la renovación de su autorización de trabajo y residencia vigente entre el 16 de abril de 2004 y el 15 de abril de 2005 y durante ese año cotiza durante 108 días además de cumplir el resto de las condiciones establecidas en el artículo 54.4 referido. No ha que contabilizar dos años de residencia sino solamente el año de la autorización vigente.

La Administración apelada en su escrito de oposición al recurso de apelación entiende que la sentencia apelada es conforme a derecho al no haber alegado la parte apelante motivos que desvirtúen su contenido.

## Permiso de trabajo

(...)

TERCERO: En este caso como dice la sentencia apelada no consta la continuidad laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende dado que durante el período comprendido entre el 16 de abril de 2003 y el 15 de abril de 2004, primer año de vigencia de la autorización cuya renovación se pretende, figuran cotizados 0 días y durante el período comprendido entre el 16 de abril de 2004 y el 15 de abril de 2005, segundo año de vigencia de la misma constan cotizados 108 días. Es decir no constan cotizados ni 6 meses por año, ni tampoco 3 meses por año exigido, dándose en este caso los requisitos establecidos en el artículo 54.4 del Reglamento antes referidos.”

\*\*\*

NOTA: Como se sabe, los números 3 y 4 del artículo 54 del RELOEx contienen las condiciones para renovar autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que giran en torno a la actividad prestada por el trabajador extranjero durante la vigencia de la referida autorización.

Básicamente, este precepto reglamentario establece que la concesión de la renovación depende, entre otras circunstancias, de la continuidad de la relación laboral, o al menos de que se hayan prestado servicios un número mínimo de meses a lo largo del año. En este segundo caso, si el trabajador ha tenido un período mínimo de actividad de seis meses en el año, se le concederá la renovación siempre que en el momento de la solicitud esté en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social por virtud de un contrato laboral suscrito con un nuevo empleador de acuerdo con las características de la autorización inicial, o bien si dispone de una nueva oferta de empleo. Igualmente, si el período de prestación de servicios por año es de al menos tres meses, se procederá a la renovación siempre que el trabajador acredite la existencia de un contrato

de trabajo en vigor, o bien que la relación laboral que dio lugar a la autorización inicial se rompió por causas ajenas a su voluntad, o, finalmente, que ha buscado activamente empleo.

El citado artículo 54 no está exento de problemas interpretativos, y de ello es buena muestra la variedad de pronunciamientos judiciales sobre el mismo. Una de las cuestiones debatidas es la que se refiere a si alguna de las condiciones señaladas en el mencionado precepto es preferente. Al respecto ha de decirse que si bien la continuidad en la relación laboral durante el plazo de vigencia de la autorización que se pretende renovar es la situación ideal, el legislador ha optado por no otorgar prioridad a ninguna de las condiciones establecidas para la renovación de la autorización; por tanto, la aplicación de los supuestos de actividad mínima de seis o tres meses no resulta excepcional.

Otro de los puntos controvertidos versa sobre si la exigencia de actividad mínima de seis (lo mismo cabría plantearse respecto al supuesto de actividad durante tres meses) por año ha de entenderse que basta con acreditar que el extranjero ha trabajado seis meses multiplicados por el número de años de vigencia de la tarjeta (por ejemplo, cuatro meses el primer año y ocho el segundo), o se exigen seis meses íntegros por cada año. Aunque existe alguna postura más flexible, la interpretación mayoritaria impone la acreditación de seis (o tres meses) en cada año de vigencia de la autorización. No es de recibo, como señala la sentencia que ahora se comenta, atender a la interpretación propuesta por el recurrente, que alega actividad suficiente durante el año que precede a la renovación.

**Tribunal:** Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**Fecha:** 26 de octubre de 2007.

**Recurso de apelación:** 706/2007.

**Ponente:** Dña. Consuelo Uris Lloret.

## Permiso de trabajo

**Voz:** Autorización de trabajo: denegación improcedente. Empleada de Hogar.

**Resumen:** “PRIMERO: El recurso contencioso administrativo se interpuso contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Murcia de fecha 17 de enero de 2003, por la que se denegó el permiso de trabajo y residencia solicitado por la actora, disponiendo su salida obligatoria del territorio nacional.

Fundamenta la apelante el recurso de apelación en que la resolución administrativa carece de motivación, y en que la sola existencia del contingente no impide que se puedan presentar solicitudes dentro del régimen general, ya que se ha aplicado por la Administración una Circular núm. 1/2002 que no puede derogar una norma de rango superior. Añade que no se ha acreditado que existan trabajadores españoles cualificados para atender la concreta oferta de trabajo, y que teniendo en cuenta que ésta era para un puesto de trabajo con una naturaleza especial, como es el de empleada de hogar, tampoco la existencia de trabajadores inscritos en el INEM sería motivo suficiente para la denegación del permiso, reuniendo en el presente caso la apelante todos los requisitos necesarios para su concesión.

SEGUNDO: La actora solicitó permiso de trabajo y residencia para la actividad de empleada de hogar, concretamente para el cuidado de una señora de avanzada edad y dolencias físicas. Frente a ello se denegó lo interesado utilizando una fórmula genérica, sin hacer referencia alguna a las circunstancias concretas alegadas, ni especificando las razones por las que se entendía concurrente la causa prevista en el artículo 74.1.a) del RD 864/2001.

El Tribunal Supremo en reiteradas sentencias (entre otras, de 27 de enero de 2003 en la que se citan las de 21 de septiembre y 22 de noviembre de 1990) ha declarado que «En la materia que constituye el objeto de este proceso, la jurisprudencia mayoritaria no considera suficiente para motivar la denegación de un permiso de trabajo solicitado por

un extranjero una referencia genérica a las causas determinantes de la denegación del permiso según las disposiciones generales aplicables. Es necesario, por el contrario, que directamente o por referencia a los informes obrantes en el expediente administrativo se argumente sobre las circunstancias concretas de índole socioeconómica en el sector afectado que determinan la improcedencia de la denegación, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado. Los actos administrativos que no cumplan con este requisito incurrir en causa de anulabilidad por insuficiente motivación. Así se desprende, entre otras, de las Sentencias de esta Sala de 21 de septiembre de 1990, 12 de enero de 1998, 14 de enero de 1998, 3 de febrero de 1998, 11 de mayo de 1998 y 13 de julio de 1998». Añadiendo que «una sola resolución normalizada no puede servir de fundamento para exteriorizar los actos administrativos en una misma materia con abstracción de los motivos o razonamientos ofrecidos por el interesado, con lo que se origina indefensión, y que, por otra parte, tal tipo de resolución impide la fiscalización jurisdiccional a la que se refiere el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción».

TERCERO: Aplicando el citado criterio jurisprudencial al supuesto debatido procede estimar este motivo del recurso, y revocar la sentencia apelada, y entrando a conocer de las pretensiones formuladas en la demanda se estima en parte, anulando el acto impugnado por falta de motivación y acordando la retroacción de actuaciones a fin de que la Administración se pronuncie sobre la solicitud de permiso formulada por la interesada, en los términos antes señalados, por corresponder dicha decisión a la Administración, sin perjuicio del posterior control jurisdiccional de su legalidad, en su caso; sin hacer expresa imposición de la costas de esta instancia (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional).”

\*\*\*

NOTA: Es reiterado el criterio jurisprudencial de que el requisito de la motivación de los actos admi-

## Derecho penal

nistrativos no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión, aportando con ello los necesarios instrumentos para que el interesado pueda hacer posible la defensa de sus derechos e intereses. Así entendido, dicho requisito no determina una tarea imposible para la Administración ni se le impone una actividad probatoria que no deba asumir ni se le obliga a admitir una petición que no contenga los requisitos legales exigidos.

## DERECHO PENAL

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 2 de julio de 2007.

**Recurso de Casación:** 88/2007.

**Ponente:** Don Manuel Marchena Gómez.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Nacional de Lituania.

**Resumen:** Se declara haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y otro de explotación sexual.

“El Juzgado de Instrucción número 2 de Móstoles, instruyó Sumario número 2/2005, contra Sebastián, María Dolores y Abelardo y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Séptima de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 30 de junio de 2006, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«En fecha que no consta pero con anterioridad al mes de enero de 2005 la ciudadana de Lituania que aparece identificada en el procedimiento como Laura y también como testigo protegida núm. 3 se puso en contacto desde Lituania con una compatriota suya, Lorenza, que residía en España ejerciendo la prostitución manifestándole su deseo de

trasladarse a España con idéntica finalidad. Reda vivía en un chalé sito (...) la localidad de Villaviciosa de Odón que tenía alquilado el procesado María Dolores que también era arrendatario del chalé ubicado en el mismo número de dicha calle letra B, quien a su vez arrendaba a personas diferentes las distintas habitaciones de ambas viviendas por un precio de 150 euros, si se trataba de habitación compartida con otra persona. En ese chalé y en esa época vivía el procesado Sebastián a quien Lorenza comunicó el deseo expresado por Esther poniéndose Sebastián en contacto telefónico con Esther diciéndole él que al venir a España no tendría que pagar por alojamiento ni comida y que él le pagaría el viaje hasta Madrid. Esther se trasladó a España desde Lituania viajando en una furgoneta llegando el día 12 de enero de 2005 a la estación de Atocha donde le estaba esperando Sebastián quien pagó el importe del viaje a la persona que la había trasladado; a continuación la llevó hasta el chalé (...) donde a partir de entonces vivió compartiendo habitación con Lorenza y desde su llegada y prácticamente todos los días se trasladaba junto con ella hasta un polígono industrial en la carretera que va de Móstoles a Navalcarnero a donde las llevaba el procesado Sebastián en coche permaneciendo unas horas en la zona ejerciendo la prostitución. De regreso al chalé de la Calle000, Esther, tal y como había concertado con Sebastián nada más llegar a Madrid, le entregaba todo el dinero que había obtenido ejerciendo la prostitución devolviéndole Sebastián el 30% de lo conseguido quedándose él con el resto que destinaba en una parte para el pago del alojamiento y el resto para su propio beneficio. Linus recibía de Sebastián el dinero correspondiente al alojamiento de Esther. (sic)

El 5 de marzo de 2005 Esther comunicó a Sebastián su deseo de abandonar el chalé de (...) sin que éste mostrara su oposición. También se lo comunicó al procesado Abelardo con el que había mantenido en diversas ocasiones relaciones sexuales plenamente consentidas y éste se opuso rotundamente a que abandonara el chalé golpeándole y causándole le-

## Derecho penal

siones; avisada la Policía Municipal a través de un amigo de Esther, al llegar los agentes y llamar a la puerta, Abelardo amedrentó a Esther con un cuchillo diciéndole que si abría y contaba lo que estaba pasando se lo clavaría; aun así, al abrir Esther, los agentes de la policía consiguieron que saliera del domicilio relatándoles lo sucedido procediendo a la detención de Abelardo. Esther, como consecuencia de los golpes que recibió de Abelardo, resultó con lesiones consistentes en contusión en región frontal y molar derecha que precisaron una primera asistencia médica y tardaron cinco días en curar. (sic)

El día 6 de marzo de 2005 cuando en las dependencias de la Guardia Civil se encontraba el procesado Abelardo propinó un fuerte empujón al agente de la Guardia Civil Núm.002 aprovechando el momento en el que éste se disponía a efectuarle la fotografía de reseña, saliendo a la carrera y consiguiendo huir hasta que al día siguiente lograron de nuevo su detención. Como consecuencia del empujón el agente cayó al suelo resultando con lesión consistente en contusión en región escapular de la que curó en cuatro días tras una única asistencia médica. (sic)

Todos los procesados son mayores de edad y carecen de antecedentes penales.» (sic)

(...).

La representación legal de Sebastián hace valer un motivo único, formalizado al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, infracción de ley, denunciando la aplicación indebida del artículo 318 bis) 1 y 2 del CP.

Argumenta la parte recurrente que la tipicidad aplicada por la Sala de instancia es manifiestamente improcedente, dada la nacionalidad lituana de la testigo que vino a España con el fin de ejercer la prostitución. El Tribunal *a quo* —se razona— no ha tenido en cuenta el Tratado relativo a la Adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la

República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia y la República Eslovaca a la Unión Europea, hecho en Atenas el 16 de abril de 2003, que suponía la ampliación de los países miembros de la Unión a veinticinco y el Instrumento de Ratificación de dicho Tratado de Adhesión por el Reino de España, de fecha 10 de noviembre de 2003, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 106, de fecha 1 de mayo de 2004.

El motivo, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, tiene que ser acogido.

Conforme al artículo 1 del mencionado Tratado (BOE núm. 106, 1 de mayo de 2004), la República de Lituania —además de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca— han ingresado como miembros en la Unión Europea y pasan a ser Partes de los Tratados en que se fundamenta la Unión, tal como han sido modificados o completados.

La entrada en vigor del Tratado se produjo en España el día 1 de mayo de 2004, (...). Y en el Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Lituania y a las adaptaciones de los tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, el Anexo IX del Capítulo 2.º —libre circulación de personas— fija las bases para la plena eficacia de las disposiciones fundacionales relativas a la libertad de residencia y circulación.

(...).

En consecuencia, habiendo desaparecido, respecto de los ciudadanos lituanos, las anteriores restricciones administrativas impuestas a la libre entrada y circulación en nuestro territorio, desaparece también, por ausencia de bien jurídico protegido, la posibilidad de aplicar el artículo 318 bis 1.º del

## Derecho penal

CP, a quienes faciliten la entrada de ciudadanos de aquella nacionalidad. En él se castiga la promoción y el favorecimiento del tráfico ilegal de personas o su inmigración clandestina, sancionando conductas que, de ordinario van más allá de la simple infracción de las normas administrativas reguladoras de la estancia y tránsito de extranjeros en nuestro país, proyectando su eficacia lesiva sobre la propia dignidad de quien, condicionado por su situación de ilegalidad, es expuesto a un más fácil menoscabo de sus derechos fundamentales (...).

En definitiva, los ciudadanos lituanos, como efecto directo de su integración en la Unión Europea, gozan de todos los derechos —y deberes— inherentes al concepto de ciudadanía europea, careciendo de sentido su incorporación a los flujos clandestinos de inmigración que sí se ven necesitados de protección penal.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 5 de julio de 2007.

**Recurso de Casación:** 184/2007.

**Ponente:** Don Diego Ramos Gancedo.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Inmigración clandestina.

**Resumen:** Se estima parcialmente el recurso formulado por el Ministerio Fiscal. Delito de inmigración ilegal: cayuco intervenido con 68 inmigrantes de origen subsahariano procedentes de las costas africanas.

“El Juzgado de Instrucción núm. 4 de San Bartolomé de Tirajana incoó procedimiento abreviado con el núm. 43 de 2006 contra Mariano, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Sexta, que con fecha 26 de octubre de 2006 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: Probado y así se declara, que el día 2 de junio de 2006 la embarcación de Salvamento Marítimo localizó a cuarenta y seis millas al sur de la isla de Gran Canaria, una embar-

cación tipo cayuco con sesenta y ocho inmigrantes de origen subsahariano a bordo, entre los que se encontraba el acusado Mariano, mayor de edad y sin antecedentes penales, remolcándose dicha embarcación hasta el Puerto de Arguineguín en la localidad de Mogán (Las Palmas), a donde arribaron sobre las 17:00 horas del mismo día.

(...).

Como argumento la muy reciente sentencia de esta Sala de 21 de junio del presente año al resolver un recurso igual. El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del artículo 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal, que el Ministerio Fiscal imputa al acusado en esta causa y por el que solicita la imposición de una pena de prisión de siete años, es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas «desde, en tránsito o con destino a España». La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la

## Derecho penal

operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (...).

Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes.

(...).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del artículo 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años [v. artículo 318 bis 1.º y 3.º CP y artículo 2.b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000]. La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables —al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)— se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el artículo 23.4.h) de la LOPJ en relación con el artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal, pues, como sostiene el recurrente el Tribunal de instancia aplicó de forma indebida los indicados preceptos de la LOPJ y debió pronunciarse sobre la cuestión de fondo. Por lo mismo, no procede acceder al segundo *petitum* del Fiscal, en el sentido de que esta Sala de casación, acogiendo sus pretensiones, imponga las penas solicitadas al acusado. Y ello es así, no sólo por coherencia con la principal pretensión del recurrente de que sea el Tribunal de ins-

## Derecho penal

tancia el que debe pronunciarse sobre la cuestión de fondo, es decir, sobre el delito que se imputa al acusado, sino porque los hechos objeto de investigación no están contemplados entre los previstos en el artículo 57.2 y 3 LOPJ para ser enjuiciados por este Tribunal Supremo.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 31 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 10753/2007.

**Ponente:** Don Juan Saavedra Ruiz.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Presunción de inocencia.

**Resumen:** Se declara no haber lugar a los recursos formalizados por los recurrentes quienes han participado en actos que favorecen el tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas.

“Recurso interpuesto por Andrés y Esteban:

Por la Audiencia Provincial de Almería, (...), se dictó Sentencia de fecha 10 de mayo del 2007, en la que se condenó a Jesús, Esteban y Andrés, como autores de un delito de secuestro, ya definido, a la pena para cada uno de 6 años de prisión, y como autores de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros a la pena para cada uno de 4 años de prisión, ambas penas con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Alberto en 1.000 euros más los intereses legales.

Y aprobamos por sus propios fundamentos y con las reservas que contienen los Autos de Insolvencia de Esteban y Andrés consultados por el Instructor. Y término con arreglo a derecho la pieza de responsabilidad civil de Jesús.

(...).

Los recurrentes consideran indebidamente aplicado el artículo 318 bis.1 del Código Penal al resultar incompatible con el delito de secuestro por el que también han sido condenados. No obstante, los hechos probados distinguen dos situaciones diferenciadas; por un lado los recurrentes acuden al lugar del desembarco donde en ese momento llegaba la patera con ciudadanos extranjeros, todos ellos sin permisos legales, y entre ellos Alberto, para luego trasladarlos a un cortijo. Tales hechos son calificados por el Tribunal sentenciador como un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis. Resulta correcta la tipificación penal efectuada ya que dicha conducta se subsume en este precepto penal, ya que se trata de actos que favorecen el tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. Por otro lado, los hechos probados describen también como tras recoger a los inmigrantes, los introdujeron por la fuerza en el vehículo de los acusados y trasladados a un cortijo, allí Alberto fue encerrado con llave y cadenas, con los acusados custodiando la salida y exigiendo a la familia para su liberación 500 euros. Una vez abonada una cantidad de dinero por la familia, y tras la denuncia de Ismael y la visita de unos agentes de policía a una de las viviendas donde residían quienes le habían retenido, Alberto fue liberado. Estos hechos fueron calificados por el Tribunal sentenciador como un delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal. Dicha calificación legal también es correcta ya que los recurrentes privaron a Alberto de su libertad deambulatoria, lo encerraron y encadenaron en un lugar y condicionaron su puesta en libertad a cambio de un dinero. Por lo tanto, no existe infracción legal de estos preceptos ya que ambos tipos penales son compatibles al presentar la tutela de bienes jurídicos diversos.

(...).

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 885 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## Derecho penal

Recurso de Jesús:

A) Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y 2 de la Constitución por falta de prueba de cargo.

B) Resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial mencionada en el razonamiento jurídico primero B) de esta resolución.

C) El recurrente cuestiona la prueba testifical preconstituida, el hecho fáctico de la fecha de la puesta en libertad del secuestrado y de la relación entre la víctima y su valedor, la fiabilidad de los testimonios, los pagos en dinero, el viaje a España y la connivencia con quienes los recogieron. Nos remitimos a lo expuesto en el razonamiento jurídico primero C) de esta resolución, confirmando y reiterando que existe suficiente prueba de cargo contra el recurrente que le vincula con el traslado a nuestro país y secuestro de Alberto. Tanto la prueba preconstituida como el resto de pruebas ya mencionadas en el primer razonamiento jurídico son suficientes para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y estimar que no se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Los distintos cuestionamientos fácticos del recurrente tienen como contrapunto la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia que no sólo toma certeza de la declaración de Alberto y de Ismael, sino que sus manifestaciones se ven corroboradas por las declaraciones de los agentes de la Guardia Civil y la prueba documental, como ya hemos tenido ocasión de señalar.

Por todo lo cual, procede la inadmisión del motivo alegado conforme al artículo 884 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 14 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 11217/2006.

**Ponente:** Don Luis Román Puerta Luis.

**Voz:** Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Presunción de inocencia.

**Resumen:** Se declara no haber lugar a los recursos formalizados por los recurrentes. Introducción de inmigrantes que carecían de la documentación administrativa necesaria para permanecer en territorio nacional. Pago de un precio determinado para ser introducido irregularmente en Europa.

“El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla, instruyó Procedimiento Abreviado con el núm. 42/2006, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Séptima, con sede en Melilla, que con fecha 29 de septiembre de 2006, dictó sentencia que contiene el siguiente Hecho Probado:

«Primero.—Los acusados Juan Antonio, Luis Alberto, Cosme, Manuel y Paulino, bajo la cobertura del tráfico de alcohol de contrabando hacia Marruecos y contando con el local sito en la carretera Hidum núm. 45 (... núm. 23 y propiedad de Manuel) venían realizando actividades de introducción de inmigrantes que carecían de documentación administrativa necesaria para permanecer en territorio nacional.

Segundo.—El día 15 de marzo del presente año el acusado Luis Alberto conduciendo el vehículo Volkswagen Pasta (sic) matrícula (...), acompañado por Juan Antonio, trajeron desde Nador al local indicado a José Francisco, de origen hindú, oculto en un doble fondo practicado en el maletero, en lugar del depósito de gasolina, cerrado con tornillos en los bajos del coche, como parte final el precio pagado por el inmigrante para ser introducido en Europa, posteriormente Juan Antonio y Cosme lo sacaron del local en otro coche, para definitivamente abandonarlo en alguna calle de la ciudad, siendo detenido en el acto Juan Antonio y el inmigrante y dos días después Cosme cuando reanudaba sus actividades acompañado de Paulino.

## Homologación

Tercero.—La operación anteriormente descrita fue repetida en al menos 11 veces anteriores con el mismo *modus operandi* y con la prestación de medidas de control en la entrada y salida de los vehículos del garaje por parte de Manuel, propietario del local y de Paulino y de las cuales no se pudo interceptar a inmigrante alguno ante la imposibilidad de desbaratar la operación de seguimiento sin identificar a todos los implicados».

(...).

El Tribunal de instancia afirma, con carácter general para todos los condenados, que los hechos declarados probados en la resolución recurrida tienen su «fundamento en la declaración testifical de los Agentes de la Guardia Civil, en relación con la documental fotográfica obrante en las actuaciones, los operativos de vigilancia y seguimiento y control y por las escuchas telefónicas legalmente obtenidas» (v. FJ 2.<sup>o</sup>), y si bien, respecto de varios acusados reconoce que existe prueba directa de su implicación en los hechos enjuiciados, afirma que, en cuanto al aquí recurrente, «es necesario hacerse apoyo de la prueba indiciaria», afirmando que existen indicios suficientes para concluir que existe prueba de cargo contra el mismo, destacando al efecto que el local utilizado para estas actividades es propiedad de hecho de este acusado (la titular es su mujer), y dicho local permanece cerrado, casi herméticamente, y controlado en todo momento por Manuel y por otro de los acusados, careciendo de toda lógica las versiones ofrecidas por el recurrente sobre la utilización del garaje (habida cuenta de los datos puestos de manifiesto por las vigilancias y controles —suficientemente documentados en los autos, con abundantes fotografías— llevadas a cabo por los Agentes de la Guardia Civil).

La evidente utilización del local (garaje) de la carretera de Hidum, núm. 45, para estas actividades —incuestionable en el hecho llevado a cabo el 15 de marzo de 2006, reflejado en el *factum*—, su carácter de verdadero propietario del mismo, y su compor-

tamiento —de vigilancia y control sobre el mismo—, puesto de manifiesto por los agentes que llevaron a cabo las vigilancias sobre el referido local y sobre las personas que acudían habitualmente a él mismo (con abundante constancia documental de sus observaciones), constituyen indicios —debidamente acreditados por prueba directa— de los que no es contrario a la lógica ni a la enseñanza de la experiencia ordinaria llegar a la conclusión inculpatoria a la que ha llegado el Tribunal de instancia. Hemos de reconocer, por tanto, que éste ha dispuesto de una prueba de cargo regularmente obtenida y con entidad suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia del este acusado.

Procede, por todo lo dicho, la desestimación de este motivo.”

## HOMOLOGACIÓN

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 5 de noviembre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 339/2006.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Homologación. Título Bachelor in Science in Technology Management. Reino Unido.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. El título a homologar no se obtuvo en un centro con autorización para impartir en España estudios de nivel universitario.

“En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario, por delegación del Ministro de Educación y Ciencia, de 12 de abril de 2006, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la OM de 18 de noviembre de 2005 por la que se acordó denegar la homologación del Título de Bachelor in Science in Technology Management

## Homologación

obtenido en la University of Wales (UK) al grado académico de Diplomado.

(...).

El concreto tema aquí suscitado (como tratar bajo la vigencia de la LO 6/2001 y el RD 285/2004 la homologación de títulos extranjeros sobre la base de estudios cursados, total o parcialmente, en centros radicados en España no estando autorizado dicho centro) ya ha sido objeto de resolución por sentencia de esta Sala y Sección de 27 de febrero de 2007 (Rec. 72/2006) en la que se confirmaba la desestimación de la homologación en un caso similar y cuyos argumentos seguidamente se reproducen:

«Esta solución no resulta contraria a la nueva regulación contenida en la Ley de Universidades de 2001 y en el reglamento que, en este aspecto, la desarrolla, que a su vez deja a salvo, expresamente (artículo 22 del Real Decreto 285/2004), lo concerniente al reconocimiento profesional; es, además, acorde con la interpretación que en relación con las normas anteriores, representadas por la LO 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma universitaria y por el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, que no establecían tal limitación, venía siendo reiterada por esta Sala y sección en numerosas sentencias en las que se ordenaba a la Administración, que había rechazado tramitar la homologación solicitada por el hecho de que el título que se pretendía homologar respondía a unos estudios realizados en todo o en parte en centros no autorizados en España, a seguir el procedimiento señalado en el citado Real Decreto, incluido el juicio de equivalencia entre los estudios nacionales y extranjeros para determinar la procedencia de la homologación. Así, aunque en esas sentencias se hiciera referencia a las libertades comunitarias y a la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, como marco de referencia en la materia, hay que entenderlo en el sentido de la distinción entre homologación de títulos académicos, regido por las normas de derecho interno incluso para los títulos expedidos por Universidades o instituciones acadé-

micas de Estados miembros de la Unión Europea y reconocimiento a efectos de ejercicio profesional, regulado en las normas de derecho comunitario y, eventualmente, en las nacionales que las incorporan y ello aunque tales normas nacionales contengan actualmente una regulación distinta y más favorable para los títulos de países comunitarios que para los restantes, que es consecuencia de una mayor aproximación del contenido de los estudios y de la integración del sistema español en el espacio europeo de enseñanza superior (artículos 87 y 89 de la Ley de Universidades) y que, en el futuro, puede determinar que la distinción entre reconocimiento con fines de ejercicio profesional y homologación de títulos académicos carezca de sentido.

(...).

A esta conclusión no puede oponerse eficazmente lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley de Universidades de 2001, citado en la demanda, en cuanto contiene la salvedad en la aplicación de sus apartados anteriores, entre ellos el del apartado 3, a lo dispuesto en los Tratados y Convenios internacionales por cuanto que esta norma se refiere a las condiciones que han de reunir los centros que impartan enseñanzas en España con arreglo a sistemas educativos extranjeros por los que se obtengan títulos extranjeros de educación superior y, por tanto, la alusión que en esta genérica alegación de la demanda pueda hacerse a las normas de derecho comunitario no es admisible pues, si se trata de un procedimiento de homologación, los títulos académicos de los Estados comunitarios están sujetos a la regulación de las normas españolas y, si se trata del reconocimiento profesional, a las del derecho comunitario, como se encarga de recordar el artículo 22 del Real Decreto 285/2004».

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 1963/2001.

## Homologación

**Ponente:** Don Antonio Marti García.

**Voz:** Homologación. Doctor en odontología. República Dominicana.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. Homologación supeditada a la superación de una prueba de conjunto.

“En el motivo primero de casación, con amparo en el artículo 88.1.d) de la LRJCA, se aduce la infracción de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil.

Se alega en síntesis que, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, el reconocimiento de los títulos extranjeros de educación superior debe realizarse conforme a los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte y a las tablas de homologación de planes de estudio y de títulos aprobados por el Ministerio de Educación y Cultura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de dicha norma, y sólo en defecto de tratado o convenio internacional y, en su caso, de tablas de homologación de planes de estudio, deberán adoptarse los criterios de homologación que establece dicho Real Decreto 86/1987, en sus artículos 7 y siguientes. Por todo ello entiende la recurrente que la homologación era obligada al reunir la actora los requisitos exigidos por el Convenio de Cooperación Cultural y Educativa suscrito entre el Reino de España y la República Dominicana de 1988 y acta final de 1989.

Procede rechazar tal motivo de casación.

Pues como refiere la sentencia recurrida y ello en plena conformidad con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, la tesis según la cual el establecimiento por tratados de un derecho a la homologación que imponía ésta automáticamente sin un control de equivalencia, ha sido superada por la última jurisprudencia. Así, Sentencias como las de 23 de noviembre de 2005 (recurso de casación núm. 6863/1999) que, a su vez, se remite a otras anteriores, ha señalado lo siguiente:

«(...) el Convenio cuya interpretación interesa se enmarca dentro de una profusa legislación entre las que destacan las siguientes normas: 1.ª La Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de Odontólogo y las de otros profesionales relacionados con la salud dental, y que reconoce las siguientes profesiones: la de Odontólogo (artículo primero), la de Protésico dental (artículo segundo) y la de Higienista dental (artículo tercero). 2.ª Los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; el artículo primero y la disposición final primera de la Ley 10/1986, de 17 de marzo». Dicha Ley 10/1986 impone taxativamente en su disposición final primera y en el artículo 1.º que para ejercer la profesión de Odontólogo se requiere el título universitario de Licenciado, y el apartado 4, de este artículo dispone que «La titulación, planes de estudio, régimen de formación y especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea» 3.ª El Real Decreto 970/1986 estableció las directrices generales para la obtención del título, ajustándose a los requisitos de formación exigidos por las Directivas del Consejo de la Unión Europea, por lo que, producida en 1990 la definitiva implantación en las Universidades españolas de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del País de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España. 4.ª Las Directivas Comunitarias sobre la materia de Odontología (Directivas 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/688/CEE, 81/1057/CEE y concordantes), que imponen que en todos los Estados miembros de la Unión Europea, y, por lo tanto, en España, la profesión de Odontólogo cumpla las exigencias de conocimientos cualificados y contrastados por la autoridad académica competente en cada uno de ellos. Las dos primeras Directivas son invocadas en el inicial informe desfavorable a la homologación

## Homologación

de 28 de mayo de 1997 de la Subcomisión correspondiente del Consejo de Universidades.

Por otro lado, reiteradas sentencias de esta Sala vienen a declarar que el título de Odontólogo expedido en la República Dominicana no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, cuando no existe la necesaria equivalencia, y por otra parte, habiendo dejado de impartirse en 1948 las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tampoco puede aceptarse la homologación a este título, aunque nada impide que la homologación (naturalmente al título español actual de Licenciado en Odontología) quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto, tal como se ha pronunciado ya esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 21 de enero de 1997, 28 de enero de 1997, 1 de abril de 1998 y 6 de abril de 2000.

(...).

Se alega en síntesis la existencia de precedentes en los que se acordó la homologación automática del título dominicano de Doctor en Odontología con base en el Convenio de Cooperación Cultural y Educativa suscrito entre el Reino de España y la República Dominicana, de 1988, vulnerando así el principio de igualdad ante la Ley; denunciando igualmente la arbitrariedad en la que se incurre por la Sala de instancia al apartarse arbitrariamente de los precedentes.

Procede igualmente rechazar tal motivo de casación. Ya hemos expuesto en el razonamiento jurídico anterior, que la tesis según la cual el establecimiento por tratados de un derecho a la homologación que imponía ésta automáticamente sin un control de equivalencia, ha sido superada por la última jurisprudencia, razón por la cual, el hecho de que, anteriormente, se hubieran producido homologaciones automáticas, sin llevarse a cabo ese juicio de equivalencia, no comporta la conculcación

del principio de igualdad, sin que pueda pretenderse la aplicación de una jurisprudencia superada. En este sentido, tal y como señala la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2000 (recurso de casación núm. 1016/1997), «Respecto a la desigualdad en la aplicación de la Ley, ésta no se produce cuando, como se ha expuesto, se razona el cambio de criterio respecto a sentencias anteriores.»

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2838/2000.

**Ponente:** Don Antonio Martí García.

**Voz:** Homologación. Médico especialista en Psiquiatría. Argentina.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. La homologación exigirá la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en los que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente.

“Como se desprende del planteamiento del recurso, la recurrente pretende la convalidación automática del título invocado en virtud del Convenio de cooperación cultural citado de 23 de marzo de 1971. Se trata de determinar la normativa aplicable para la convalidación de títulos de esa naturaleza. A tal efecto se observa que el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, que regula en general las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior, si bien en su artículo 6 cita como primera fuente a tener en cuenta para resolver sobre las solicitudes de homologación los tratados o convenios internacionales bilaterales o multilaterales de los que España sea parte, no puede dejarse de significar que el propio Decreto en su artículo 2, con carácter previo y general, establece la posibilidad de exigir la realización de pruebas de conjunto en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. Pero es que, además, dicho Real Decreto excepciona del régimen general de ho-

## Homologación

mologación a los títulos de educación superior acreditativos de una especialización, en cuyo caso y según su disposición adicional segunda, uno, se regulará por sus disposiciones específicas, añadiendo en el ordinal dos de dicha disposición adicional, en relación con los títulos acreditativos de especialidades médicas y farmacéuticas, que las disposiciones específicas a que se refiere el apartado anterior se dictarán a propuesta conjunta de los Ministerios de Educación y Ciencia y Sanidad y Consumo, de conformidad con lo previsto en los Reales Decretos 127/1984, de 11 de enero y 2708/1982, de 15 de octubre. El Real Decreto 127/1984 se limita en su artículo 10 a señalar que, «sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales, se podrá homologar en España el título de Médico Especialista obtenido en el extranjero, con arreglo a lo que se establezca en las disposiciones conjuntas de los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo», previsiones que respetando lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales vienen a establecer la exigencia de integración de los mismos con las disposiciones específicas que se establezcan, ya que la homologación se articula no sólo sobre la base de tales convenios sino en razón de dichas normas específicas que completan el régimen jurídico aplicable de conformidad con las previsiones del Real Decreto 86/1987 antes examinadas. Pues bien, la regulación específica aplicable al momento que se contraen los hechos se contempla en la Orden de 14 de octubre de 1991, que tras señalar en la exposición de motivos la habilitación normativa de la que trae causa a la que ya nos hemos referido antes, establece en su apartado primero la posibilidad de homologación de los títulos, diplomas o certificados de especialidades farmacéuticas o médicas, obtenidos en el extranjero, que acrediten a sus titulares para el ejercicio legal de la profesión como especialistas en el país de origen, pero añade en el apartado segundo, que dicha homologación «exigirá la realización de una prueba teórico-práctica en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que conduce al título español correspondiente», y en el mismo sen-

tido el apartado cuarto establece que las resoluciones de los expedientes de homologación se adoptarán teniendo en cuenta la equivalencia existente en cuanto a nivel y calidad de enseñanza, contenido y duración entre los programas formativos extranjeros acreditados por los solicitantes y los exigidos oficialmente en España, en congruencia con lo cual y entre la documentación que debe acompañarse a la solicitud se exige la certificación acreditativa del programa formativo realizado por el solicitante comprensivo de los extremos que señala el apartado séptimo d). En estas circunstancias ha de concluirse, que tratándose de la homologación de títulos acreditativos de especialidades médicas, la normativa específica establecida al efecto, que de conformidad con el RD 86/1987 y el RD 127/1984 ha de integrar lo establecido en los correspondientes Tratados o Convenios, determina: primero, la realización de una ponderación del nivel y calidad de enseñanza, así como contenido y duración de los programas de formación extranjeros en relación con los españoles correspondientes al título en cuestión; y, segundo, que a la vista de tal juicio valorativo o de ponderación se produce la resolución acordando la convalidación si se aprecia la equivalencia necesaria, la sujeción de la convalidación a la previa superación de la prueba o formación complementaria o la denegación de la convalidación si no se dan los requisitos mínimos de equivalencia para ello. A la misma solución se llega desde la perspectiva del correspondiente Convenio con Argentina de 23 de marzo de 1971, pues si bien se establece el reconocimiento de los títulos en el territorio del otro país, ha de entenderse que la homologación no responde a la mera comparación nominal o denominación de los títulos sino a su contenido académico, que es el que permite hablar de equivalencia o semejanza como fundamento de toda homologación o convalidación. Todo lo expuesto lleva a rechazar la pretensión de la demanda de homologación automática del título invocado por la recurrente, ya que a la necesidad del control de equivalencia se añade el informe de la Comisión Nacional de la Especialidad de Psiquiatría, que figura en el expediente y que es

## Homologación

desfavorable «en base a la duración del período formativo (3 años) menor en más de un 20% al programa español. Tampoco hay constancia de trabajo profesional ulterior. En cuanto a contenidos, no acredita rotación por Psiquiatría Infantil», por lo que no se aprecian ni siquiera las circunstancias que dan acceso a la homologación previa superación de la prueba teórico práctica o formación complementaria, aspectos estos sobre los que la recurrente guarda silencio y no formula pretensión, ni siquiera subsidiaria al efecto, por lo que ni se desvirtúa la valoración realizada por dicha Comisión Nacional ni se articula pretensión a la que quepa dar respuesta en este recurso de acuerdo con el principio de congruencia que se recogía en el artículo 43 de la Ley jurisdiccional de 1956 y se recoge en el artículo 33 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, recurso que, por lo tanto, debe desestimarse al no resultar viable la pretensión de convalidación automática que únicamente se ejercita en la demanda. No pueden prosperar frente a dicho pronunciamiento las alegaciones de la demanda sobre la infracción del principio de igualdad en relación con la doctrina jurisprudencial invocada, ya que las sentencias que se citan en la demanda responden a un criterio que ha sido modificado con posterioridad, como se deduce de las sentencias del Tribunal Supremo que se han citado antes, modificación que proviene inicialmente del emplazamiento al Gobierno en octubre de 1990 por parte de la Comisión de la Comunidad Europea, respecto de la infracción de la Directiva 78/687/CEE en relación con el artículo 5 del Tratado de Roma, como consecuencia de las homologaciones automáticas de títulos de Odontólogos que no cumplían con dicha legislación europea, emitiéndose dictamen por la Comisión el 6 de agosto de 1992, en el sentido de entender que el Reino de España incumplió, con tales convalidaciones posteriores al 1 de enero de 1986, las obligaciones que le impone dicha Directiva y el artículo 5 del Tratado constitutivo de la CEE, lo que llevó a una interpretación más restrictiva de las normas sobre convalidación de títulos, acomodándola a dichas exigencias del Derecho Comunitario y con ello del Derecho interno del que aquél forma parte,

que debe tenerse en consideración en la aplicación de los correspondientes Convenios de Cooperación Cultural como señalan las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo, mediante el control de equivalencia de los títulos a convalidar. Todo lo cual justifica el criterio que aquí se acoge y las posibles divergencias respecto de planteamientos reflejados en sentencias anteriores como las citadas por la recurrente, lo que excluye un cambio de criterio injustificado o infundado y por ello la discriminación e infracción del principio de igualdad que se alega en la demanda.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 7169/2005.

**Ponente:** Don Antonio Martí García.

**Voz:** Homologación. Doctor en estomatología. República Dominicana.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la Orden por la que se denegó la homologación del título de Doctor en Estomatología obtenido en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra de la República Dominicana, al título español de Licenciado en Odontología.

“La sentencia que es objeto del presente recurso de casación desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó la resolución que en el mismo se impugnaba, refiriendo entre otros, en sus fundamentos de derecho segundo y tercero, lo siguiente:

«Segundo.—Como quiera que los presupuestos del recurso que examinamos se encuentran recogidos en los antecedentes de hecho de la sentencia, procederemos seguidamente a su enjuiciamiento y resolución. Y en dicha tarea debemos recordar, que de conformidad con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, las Administraciones pú-

## Homologación

blicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, podrán declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no fueran recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 del mismo texto legal. Ahora bien, para que proceda la revisión prevista en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, es necesario que el acto objeto de revisión esté viciado por alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Tercero.—Consecuentemente, en el supuesto enjuiciado deberemos comprobar si la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de junio de 1993, que acordó denegar la homologación solicitada por el recurrente, puede reputarse nula de pleno derecho por alguna de las causas del citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Conviene en todo caso advertir, que el recurrente no expresa en su demanda las concretas causas de nulidad de pleno derecho del acto cuya revisión solicita. Parece obvio que el hecho de que la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de junio de 1993 no aplicara uno u otro Convenio a la homologación pretendida, es cuestión de legalidad ordinaria que no supone, necesariamente, la concurrencia de ninguno de los motivos de nulidad del artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Por el contrario, si la indicada Orden hubiera denegado la homologación con infracción del artículo 14 de la Constitución, como se sostiene en la demanda, se encontraría afectada por la causa de nulidad del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, que considera nulos de pleno derecho los actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. En este sentido, el recurrente afirma que el currículum que presentó en su día ante el Ministerio de Educación y Ciencia para solicitar la homologación, era idéntico al presentado por D.<sup>a</sup> María Consuelo, quien ha obtenido, previo informe favorable del Consejo de Universidades, la homologación condicionada a la superación de una prueba de conjunto. Ahora bien, lo que no tiene en

cuenta el recurrente es que la indicada homologación del título de D.<sup>a</sup> María Consuelo, y el informe previo favorable del Consejo de Universidades, se produjeron, respectivamente, el 27 de diciembre y 6 de julio del año 2000, por lo que mal podía la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de junio de 1993 desconocer el indicado precedente y vulnerar el principio de igualdad. En definitiva, no concurriendo causa de nulidad de pleno derecho en la Orden cuya revisión se solicita, no procede su anulación en base al artículo 102.1 de la Ley 30/1992, por lo que la Administración se ajustó a la legalidad no accediendo a la revisión pretendida por el recurrente.»

En el motivo primero de casación, con amparo en el artículo 88.1.d) de la LRJCA, se aduce la infracción de los artículos 96.1 de la Constitución, 1.5 del Código Civil y del Convenio de Cooperación Cultural suscrito entre el Reino de España y la República Dominicana con fecha 27 de enero de 1953.

Se alega en síntesis que, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, el reconocimiento de los títulos extranjeros de educación superior debe realizarse conforme a los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte y a las tablas de homologación de planes de estudio y de títulos aprobados por el Ministerio de Educación y Cultura, sin perjuicio del control de equivalencia del título extranjero respecto del título español que ha de llevarse a cabo, tal y como ha matizado la jurisprudencia.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 130/2006.

**Ponente:** Don José Luis Terrero Chacón.

**Voz:** Homologación de título obtenido en la Universidad de Moscú.

## Homologación

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se accede a la homologación del título obtenido en la Universidad de Moscú a la titulación española de Ingeniero Agrónomo.

“Para el correcto enjuiciamiento del recurso que examinamos, debemos tener en cuenta los siguientes presupuestos fácticos:

1) Con fecha 19 de noviembre de 2002, el recurrente dirigió escrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, solicitando la homologación de su título «Engineer-Zootechnician, Master of Science in Animal Husbandry», obtenidos en la Universidad «Patrice Lumumba Peoples Friendship» de Moscú (Rusia), a la titulación española de Ingeniero Agrónomo.

2) Iniciado el correspondiente expediente administrativo, el Consejo de Coordinación Universitaria emitió informe sobre la solicitud de homologación del recurrente en los siguientes términos:

Examinada la documentación aportada en el expediente de referencia cabe indicar que existen importantes deficiencias formativas respecto de los contenidos de las materias Troncales de la titulación española de Ingeniero Agrónomo, al no haber sido abordadas con la suficiente intensidad en unos casos, y carencia total en otros, con la que precisa la configuración de los estudios establecida en el Real Decreto de Directrices Generales Propias, regulador de dicha titulación. Las materias a las que se hace referencia son:

- Tecnologías e Industrias Agrarias y Alimentarias.
- Ciencia y Tecnología del Medio Ambiente.
- Ingeniería del Medio Rural.
- Ingeniería Hidráulica.
- Proyectos.
- Expresión Gráfica y Cartográfica.

Por todo ello y ante el elevado número y la importancia de estas carencias y considerando que los

estudios cursados no se corresponden en su contenido con los del título español solicitado, se emite informe desfavorable a la homologación.

No obstante lo anterior, se emite informe favorable a la homologación al título español de Ingeniero Técnico Agrícola, Especialidad en Explotaciones Agropecuarias previa la superación de una Prueba de Conjunto en las materias que se indican a continuación (...).

3) Con fecha 13 de octubre de 2005, el Secretario General Técnico del Ministerio de Educación y Ciencia, por delegación de la Ministra del mismo Departamento, dictó resolución denegando la homologación solicitada por el recurrente.

4) Contra la indicada resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación y Ciencia, dictada por delegación de la Ministra del mismo Departamento, fecha 13 de octubre de 2005, que no accede a la homologación del título «Engineer-Zootechnician, Master of Science in Animal Husbandry», obtenido por el recurrente en la Universidad «Patrice Lumumba Peoples Friendship» de Moscú (Rusia), a la titulación española de Ingeniero Agrónomo.

(...).

Pues bien, en el supuesto enjuiciado, el Consejo de Coordinación Universitaria emitió informe debidamente motivado, en los términos expresados en los antecedentes de hecho de esta misma sentencia, desfavorable a la homologación solicitada por el recurrente, informe que sirvió de fundamento de la resolución administrativa recurrida.

El criterio sostenido por el Consejo de Coordinación Universitaria se encuentra investido de la autori-

## Homologación

dad y discrecionalidad técnica propia del órgano que lo emite, y el recurrente no ha acreditado en estas actuaciones que el parecer del órgano técnico de la Administración incurriera en error o arbitrariedad manifiesta, de manera que podamos llegar a la conclusión de que son equivalentes los títulos cuya homologación pretende, por lo que no procede acceder a la homologación solicitada.

En cuanto a las alegaciones recogidas en la demanda frente a la resolución recurrida, no creemos que la referida resolución recoja valoraciones genéricas sobre la homologación solicitada por el recurrente, ya que reproduce el informe técnico del Consejo de Coordinación Universitaria, sobradamente motivado, donde se ponen de manifiesto, de manera concreta y pormenorizada, las carencias de los estudios cursados por el recurrente respecto de la titulación española cuya homologación pretende.

Consecuentemente, el recurrente ha conocido con exactitud los criterios seguidos por la Administración para denegar su solicitud de homologación, no pudiendo sostenerse, como se hace en la demanda, que haya sufrido ningún tipo de indefensión.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 20 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 1962/2003.

**Ponente:** Don Antonio Martí García.

**Voz:** Homologación. Título de podólogo. Argentina.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por la recurrente. La homologación queda condicionada a la superación de una prueba de conjunto.

“La representación procesal de D.<sup>a</sup> Guadalupe interpone recurso de casación contra la Sentencia desestimatoria de 20 de enero de 2005, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 1169/2003 deducido por aquélla ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección

Tercera, en el que se impugnaba la Resolución de 27 de noviembre de 2002 del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte —por delegación de la Ministra—, confirmada en reposición por Resolución de 22 de septiembre de 2003, por la que se acordó denegar su solicitud de homologación del Título de Podóloga obtenido en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) al título español de Diplomado en Podología.

(...).

El Consejo de Universidades en su informe de 26 de noviembre de 2001 manifestó que los estudios acreditados presentaban importantes carencias ya que «se observa que no reúne los requisitos mínimos exigidos en cuanto al contenido ni duración, el plan cursado es de dos años y con carga lectiva inferior a la del título español que solicita». La recurrente, en primer lugar, alega la falta de motivación de la resolución impugnada, denunciando una motivación insuficiente y estereotipada. Desde esta perspectiva y en atención a lo expuesto en el fundamento jurídico antecedente, la resolución recurrida está sobradamente motivada al incorporar como razón denegatoria el informe negativo del Consejo de Universidades, destacando las carencias formativas, contenido y duración, que impiden la homologación. (...). En este sentido, en cuanto a la recurrente, la certificación académica refleja cinco cuatrimestres (20 meses), y la carga horaria de tales estudios, recogida en el expediente, sería de 1.448 horas, lo que supone, en total, 145 créditos, lo cual queda muy alejado, por debajo, de las exigencias de los planes de estudios españoles donde se parte de 27 meses lectivos y de una carga lectiva global entre un mínimo de 220 y un máximo de 270 créditos (Directriz tercera del anexo del Real Decreto 649/1988, de 24 de junio, por el que se transforman los Estudios de Podología en Primer Ciclo Universitario conducente al Título de Diplomado Universitario en Podología y se establecen las directrices generales propias de los correspondientes

## Homologación

planes de estudio). La recurrente pretende la convalidación automática del título invocado en virtud del Convenio Hispano-Argentino de 23 de marzo de 1971, ratificado el 27 de febrero de 1973 y publicado en el BOE de 3 de abril de 1973. Se trata de determinar la normativa aplicable para la convalidación de títulos de esa naturaleza. A tal efecto se observa que el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, que regula en general las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior, si bien en su artículo 6 cita como primera fuente a tener en cuenta para resolver sobre las solicitudes de homologación los tratados o convenios internacionales bilaterales o multilaterales de los que España sea parte, no puede dejarse de significar que el propio Decreto en su artículo 2, con carácter previo y general, establece la posibilidad de exigir la realización de pruebas de conjunto en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. Por su parte, la Orden de 9 de febrero de 1987, que desarrolla al citado Real Decreto, señala en su apartado segundo la necesidad de acompañar con la solicitud de homologación certificación académica de los estudios realizados, en la que conste la duración de los mismos en años académicos y las asignaturas cursadas, concretando en el apartado cuarto, que ello ha de completarse con un currículum académico y científico del interesado y los programas correspondientes a las asignaturas en los que se refleje el contenido y la amplitud con que fueron cursadas. Finalmente, la Orden de 21 de julio de 1995, que deroga la anterior de 5 de junio de 1992, que contempla los supuestos en que la homologación quede supeditada a la superación de prueba de conjunto, comienza por señalar que ha de motivarse e indicar el carácter general o específico de las pruebas y las carencias de formación observadas que justifiquen la exigencia de las pruebas, regulando seguidamente la forma de llevarlas a cabo. En estas circunstancias ha de concluirse, que tal regulación específica de homologación de títulos extranjeros, que ha de integrar lo establecido en los correspondientes Tratados o Convenios, determi-

na: primero, la realización de una ponderación del nivel y calidad de enseñanza, así como contenido y duración de los programas de formación extranjeros en relación con los españoles correspondientes al título en cuestión; y, segundo, que a la vista de tal juicio valorativo o de ponderación se produce la resolución acordando: la convalidación si se aprecia la equivalencia necesaria, la sujeción de la convalidación a la previa superación de la prueba de conjunto, general o específica, o la denegación de la convalidación si no se dan los requisitos mínimos exigidos para ello. Cabe añadir, respecto de la homologación automática de títulos, el criterio del Tribunal Supremo en relación con el alcance de las previsiones de los Convenios de tal naturaleza en general, aun en los supuestos en los que cabría deducir de los mismos un reconocimiento incondicionado, manifestado en numerosas sentencias como las de 15 de julio de 1996, 18 de diciembre de 1996, 23 de mayo de 1997 y 8 de octubre de 1997, 16 de marzo de 1998, 25 de mayo de 1998, 10 de junio de 1998 y 29 de mayo de 1998, relativas fundamentalmente a titulaciones médicas, en las que, modificando la postura mantenida hasta aproximadamente el año 1996, señala que «en la recta aplicación del (...) Convenio de Cooperación Cultural celebrado entre España y (...), no se puede prescindir de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias (...) Por ello, la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar». Criterio que se mantiene en la actualidad en sentencias como las de 11 de diciembre y 20 de noviembre de 2001 y, con carácter general para este tipo de Convenios, la de 30 de octubre de 2001. Al respecto es de destacar la STS de 9 de julio de 2002 que estudia la homologación automática de los títulos universitarios argentinos a sus equivalentes españoles por aplicación del citado Convenio, y el cambio del criterio judicial. En conclusión, el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, contiene las normas por las que se regulan las condiciones de homologación de los títulos extranjeros de educación superior, y ha

## Homologación

sido desarrollado posteriormente por otras normas, como la Orden de 21 de julio de 1995. De esta regulación, interpretada a la luz de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en casos en que se plantea la homologación en virtud de la aplicación de un Convenio internacional bilateral, se desprende que, en todo caso, ha de hacerse una comparación entre los títulos, —el que se pretende homologar y el español—, para determinar si, por el contenido y duración de los estudios necesarios para su obtención, son o no equivalentes. Este juicio de equivalencia se realiza por la Administración y en él resulta esencial el informe que emite el órgano técnico, es decir, la Comisión Académica del Consejo de Universidades (artículo 4.1 del Real Decreto citado), para determinar si el título es homologable sin más, si la homologación queda condicionada a la superación de una prueba de conjunto o si, por último, no es homologable. Todo lo expuesto lleva a rechazar la pretensión de la demanda de homologación automática del título invocado por la recurrente sobre la base del convenio Hispano-Argentino, ya que a la necesidad del control de equivalencia se añade el informe del Consejo de Universidades en el que se hacen constar importantes carencias de formación. 5.- Por otro lado, el resto de los motivos esgrimidos inciden en la infracción del principio de igualdad y de seguridad jurídica por cuanto la resolución denegatoria no se atuvo a un precedente como el que constituía el de Dña. Montserrat en el que el Consejo de Universidades informó favorablemente y se concedió la homologación. A la Sra. Montserrat, que concluyó sus estudios en diciembre de 1997, le fue concedida la homologación de su título de Podólogo expedido por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) el 7 de julio de 1998 al español de Diplomado en Podología mediante OM de 22 de septiembre de 1999, sobre la base de un informe favorable del Consejo de Universidades de 14 de julio de 1999. Se trata por tanto del mismo título, la misma universidad y el mismo plan de estudios que el esgrimido por la recurrente cuyos estudios concluyeron en diciembre de 1999. Estamos ante un pre-

cedente administrativo único y sin que un precedente pueda considerarse vinculante si se sitúa fuera de la legalidad, y como hemos visto en el fundamento jurídico segundo de la presente, al estudiar la concreta titulación de la recurrente, el informe de equivalencia negativo del Consejo de Universidades aparece claramente atemperado a las circunstancias del título argentino que nos ocupa, en contenido y duración, por lo que el criterio diferente mantenido por la Administración en el caso de la recurrente está suficientemente justificado y motivado en cuanto a su diferenciación con el precedente que se cita. A tal efecto el TS (por todas S. 25 de noviembre de 2003 Rec. 2937/1998) tiene señalado: «Como esta Sala ha declarado reiteradamente (por todas, en STS, 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, de 1 de abril de 2002) no hay lesión del principio de igualdad en relación con precedentes administrativos que pudieran citarse porque, o bien responden a otras circunstancias concurrentes en los favorecidos con la homologación o, si ello no es así, su otorgamiento es ilegal, con lo cual el precedente no puede considerarse vinculante fuera de la legalidad y respecto a la desigualdad en la aplicación de la Ley, ésta no se produce cuando se razona, como aquí, el cambio de criterio respecto a sentencias anteriores, tal como desde hace tiempo se viene manteniendo». En conclusión, la resolución recurrida no quedaba vinculada indefectiblemente por el precedente administrativo que se alega en la demanda, precedente que en todo caso ha de respetar el principio de legalidad, y que en este supuesto concreto que nos ocupa, no responde en su pronunciamiento a la constatada y desarrollada falta de equivalencia de la titulación argentina con la española, precedente, además, no probado como reiterado pues se ignora si existieron casos anteriores o posteriores al de la recurrente en los que se concluyera administrativamente en la concesión de la homologación sobre la base de la misma titulación, por lo que puede ser que dicho precedente y no el caso de la actora sea el que se aparta de la línea claramente asentada, justificada en derecho y motivada, de la Administración. Subsidiariamente se interesa en la demanda se re-

## Homologación

conozca la homologación condicionada a la superación de una prueba específica. Hay que tener presente que el artículo 2 del Real Decreto 86/87 dispone que: «La homologación de títulos extranjeros de educación superior sólo podrá exigir la realización de pruebas de conjunto en aquellos supuestos en que la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente. En tales supuestos podrá condicionarse la homologación a la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título». Como se desprende del informe, la Comisión considera que no se reúnen los requisitos mínimos de contenido, por lo que no parece de aplicación la posibilidad de condicionar la homologación a la superación de la prueba a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto, y, en consecuencia, no procede estimar la pretensión subsidiaria que se contiene en la demanda. Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

(...).

Tampoco puede tener favorable acogida la invocación del artículo 14 de la Constitución. Según la parte recurrente no se cumple el criterio de igualdad de trato en la aplicación de la Ley, en referencia a un precedente en el que si fue concedida la homologación. Para la parte recurrente «se desprende del propio expediente administrativo y por la documentación de ambas solicitudes (.../...) que son idénticas y que la carga horaria y materias importantes lo son (.../...). También se observa que no existe documentación complementaria ni diferente currículum en el caso de D.<sup>a</sup> Montserrat que justifique la diferencia de trato».

Tal alegación ya fue objeto de una adecuada contestación con base en la jurisprudencia de esta Sala por parte de la sentencia recurrida, más concretamente en su fundamento de derecho quinto. Pero

es que, además, sin entrar a valorar lo acertado de la resolución administrativa que la recurrente invoca como precedente y que no es objeto de este recurso, es lo cierto que en el presente caso el informe del Consejo de Universidades de 26 de noviembre de 2001 fue desfavorable a la homologación justificándose el criterio sostenido en que la documentación presentada no reunía «los requisitos mínimos exigidos en cuanto a contenido y duración», pues según dicho informe el plan cursado es de dos años y con carga lectiva inferior a la del título español. Tal denegación fue objeto de una motivación más pormenorizada en cuanto a los contenidos y duración de los estudios en la Resolución de 22 de septiembre de 2003 con motivo del recurso de reposición interpuesto contra la resolución inicial denegatoria.

Lo anterior hace que esta Sala no pueda acoger la pretensión subsidiaria formulada, pues si bien es cierto que el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, prevé la posibilidad de celebración de una prueba de conjunto, en el presente caso la sentencia impugnada acoge el pronunciamiento del informe del Consejo de Universidades, que no recoge tal posibilidad a la vista de lo insuficiente de la equivalencia y sin que la parte recurrente haya desvirtuado dicho juicio técnico.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 20 de noviembre de 2007.

**Recurso de Casación:** 2636/2005.

**Ponente:** Don Antonio Martí García.

**Voz:** Homologación. Título de ingeniero en construcciones. Argentina.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente. La homologación no puede concederse automáticamente por la mera aplicación del Convenio entre España y Argentina, porque exige inexcusablemente el juicio de equivalencia.

“D. Evaristo, a través de su representación procesal, interpone recurso de casación contra la Sentencia

## Nacionalidad

de 1 de febrero de 2005, dictada en el recurso contencioso administrativo núm. 744/2002, deducido por la representación procesal del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, en el que se impugnaba la Resolución del Ministro de Educación y Ciencia, por la que se acordó que el Título de Ingeniero en Construcciones, obtenido por D. Evaristo en la Universidad Tecnológica Nacional, de Argentina, quedara homologado al Título español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

(...).

Asimismo, también esta Sala se ha pronunciado sobre la corrección de la decisión de anular la Orden por la que se acuerda la homologación para que se emita el preceptivo dictamen de la Comisión Académica del Consejo de Universidades y así establecer si existe o no la correspondencia de las formaciones. Como se decía en la Sentencia de 25 de mayo de 2004 (recurso de casación núm. 773/1999), recaída en un asunto análogo al presente —homologación del Título de Ingeniero en Construcciones obtenido en la Universidad Tecnológica Nacional (Argentina) al título español de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos—, «La homologación, como se ha dicho, no puede concederse automáticamente por la mera aplicación del Convenio entre España y Argentina, porque exige inexcusablemente el juicio de equivalencia de que se viene hablando».

Ese control de equivalencia, que tiene por objeto los procesos formativos correspondientes a los títulos a los que se refiere el expediente de homologación, constituye un juicio de discrecionalidad técnica que no está al alcance de los órganos jurisdiccionales, por lo que ha de estarse a lo que sobre este particular establece el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero.

Pues bien, dicho RD 86/1987 exige efectivamente comprobar si la formación acreditada por el solici-

tante de la homologación guarda o no equivalencia con la que proporciona el título español (artículo 2), como también dispone que la resolución de concesión o denegación de la homologación se adoptará previo informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades (artículo 9).

Lo cual significa que el informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades es un trámite insoslayable cuando hay diferencias que permiten dudar de la equivalencia, destinado a suministrar esa valoración técnica que resulta inevitable y no está al alcance de los órganos administrativos ordinarios ni tampoco, como ya se adelantó, del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, esa subsanación que aquí resulta obligada lo que impone es que las actuaciones administrativas se retrotraigan lo necesario para que la Comisión Académica del Consejo de Universidades emita informe sobre el título del recurrente de casación es o no homologable con el título español y, tras lo anterior, se dicte la resolución correspondiente.”

## NACIONALIDAD

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 16 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 24/2006.

**Ponente:** Don Francisco Díaz Fraile.

**Voz:** Nacionalidad: religión islámica.

**Resumen:** Se estima el recurso interpuesto por el recurrente quien reside en España legalmente desde 1991. Su conocimiento de la lengua española no plantea problema alguno de comunicación, lo que demuestra un claro arraigo familiar y económico en nuestro país.

## Nacionalidad

“Se impugna la resolución del Ministerio de Justicia de 4 de julio de 2005, que desestimó el recurso de reposición deducido en su día por la hoy parte actora contra una anterior resolución de 25 de febrero de 2005 que le había denegado la concesión de la nacionalidad española por no haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que «se ha podido constatar que el vínculo de amistades en el que se desenvuelve el interesado se circunscribe en el entorno familiar y compatriotas pertenecientes a la Comunidad islámica Alexander de tendencia Sunita (conocida por su extremismo) muy vinculado a la Mezquita Annuur de Sevilla, dirigida por el movimiento Tabligh y caracterizada por el discurso radical de su Imán», terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

(...).

El recurrente es natural de Marruecos, está casado con una ciudadana marroquí, con la que tiene cinco hijos, reside en España con los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1991 y está empadronado en Sevilla; según un informe policial de 22 de agosto de 2002 regenta el bazar Beniamirest en Sevilla, obteniendo unos ingresos íntegros que, según el IRPF de 2001, ascendieron a 9.786 euros. Un informe del CNI de 12-6-2003 hace constar lo siguiente (además de señalar que no se conocen antecedentes desfavorables del interesado): «Su adaptación a la sociedad española es deficiente, se relaciona básicamente con ciudadanos de su nacionalidad de origen. Ha estado relacionado con el tráfico de inmigrantes. Está muy vinculado a la Mezquita Annour de Sevilla, dirigida por el movimiento Tabligh y caracterizada por el discurso radical de su Imán». Un ulterior informe policial de 9 de octubre de 2003 comunica que «no se ha podido constatar si está relacionado con el tráfico de inmigrantes». Además, en un informe de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de 12 de febrero de 2004 se reseña lo siguiente (aquí en extracto y en lo que más importa): «Que según investigaciones realizadas por la Brigada Provincial de

Información, al interesado lo definen como musulmán practicante al estilo más puro y tradicional del Islam, siendo miembro de la Comunidad Islámica Alexander de tendencia Sunita (conocida por su extremismo) y manteniendo una estrecha relación con el Presidente e Imán de la citada Comunidad Moulay Franco. El Sr. Alfredo fue el creador de una carnicería islámica y precursor de la idea de establecer una Mezquita para los musulmanes que trabajan en la zona del Polígono de la Carretera Amarilla de Sevilla, en el negocio que fue de su propiedad denominado Bazar Canarias y próximo al citado lugar. Igualmente de las investigaciones realizadas se ha podido constatar que el círculo de amistades en el que se desenvuelve el Sr. Alfredo se circunscribe al entorno familiar y compatriotas pertenecientes al citado movimiento islámico y siempre relacionados con la Mezquita. Que por todo lo anterior se deduce que el grado de integración en la sociedad española del Sr. Alfredo es mínimo».

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 11 de enero de 2002, en cuya tramitación tanto el Fiscal como el Juez-Encargado mostraron su parecer favorable a la concesión de la nacionalidad. El Juez-Encargado realizó a instancia del propio Ministerio de Justicia un último examen de integración, que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2004 y de cuyo resultado se deja constancia en el acta de la misma fecha, en la que se recoge lo siguiente (aquí sólo en lo que más interesa): «Que lleva en España más de 16 años Que aquí tiene negocios de venta de artículos de regalo y en concreto una tienda de venta al por mayor, en el polígono de la Carretera Amarilla llamada Bazar Beniamirest S.L. Que antes tenía otras tiendas, en concreto en Valencia, Manises y Almendralejo que ahora llevan sus hermanos. Que no tiene problemas para entender y hablar español o para que lo entiendan. Que habla habitualmente tanto en español como en árabe. Que se siente integrado en la sociedad española Que va por su país cada año o año y medio para ver a su madre y solo está cada vez una semana porque no puede desatender sus negocios. Por su S.S.<sup>3</sup> se

## Nacionalidad

aprecia que aunque habla con fuerte acento el español y construye las frases con fallos gramaticales, lo entiende sin problemas y se hace entender, quedando en cualquier caso a la superior discreción de ese Centro Directivo apreciar si hay o no motivos para la concesión de la nacionalidad».

En el recurso de reposición se alegó por el interesado, entre otras cosas, que se debía tener en cuenta la carencia de antecedentes penales, su incorporación al mercado de trabajo, la posesión de recursos suficientes para su mantenimiento y el de su familia y las relaciones fluidas que mantenía con sus vecinos españoles, a cuyo efecto aportó una relación de firmas de supuestos vecinos, cuya relación es solo eso (un conjunto de firmas).

En la resolución de reposición se arguye que si bien es cierto que el recurrente inició un proceso de integración en España al establecer en este país su residencia, emprendiendo diversos negocios por cuenta propia y como medio de vida, no obstante ese proceso de integración todavía no se ha completado en el grado necesario para adquirir la nacionalidad española.

La demanda rectora del proceso hace hincapié en las circunstancias concurrentes ya apuntadas más atrás, y parece aludir al orden público o interés nacional como motivos que quizá hayan guiado a la Administración al denegar la nacionalidad solicitada.

(...).

En contemplación de las circunstancias que concurren en el recurrente a la luz de la normativa y de la doctrina legal aplicable podemos adelantar ya la suerte estimatoria que merece el presente recurso. El demandante reside en España legalmente desde 1991, su conocimiento de la lengua española no plantea problema alguno de comunicación, es claro su arraigo familiar y económico y tanto el Fiscal como el Juez-Encargado se mostraron en su mo-

mento favorables a la concesión de la nacionalidad. Frente al conjunto de circunstancias que acabamos de reseñar carecen de fuerza de convicción suficiente para denegar la nacionalidad los reportes de los servicios de información estatales que aluden a la profesión de fe del interesado «como musulmán practicante al estilo más puro y tradicional del Islam, siendo miembro de la Comunidad Islámica Alexander de tendencia Sunita (conocida por su extremismo) y manteniendo una estrecha relación con el Presidente e Imán de la citada Comunidad», señalándose también en los mismos que «igualmente de las investigaciones realizadas se ha podido constatar que el círculo de amistades en el que se desenvuelve se circunscribe al entorno familiar y compatriotas pertenecientes al citado movimiento islámico y siempre relacionados con la Mezquita», llegando tales servicios de información a la conclusión de que el grado de integración o adaptación a la sociedad española es deficiente o mínimo. Ahora bien, frente a la realidad demostrada del conjunto de circunstancias personales, familiares, económicas y laborales que concurren en el demandante, y que ya apuntamos más arriba, las noticias referidas al interesado que proporcionan los servicios de información adolecen de cierto grado de vaguedad y se centran de alguna manera en la profesión de fe musulmana, sin que conste que la práctica de esta última por el interesado haya extravasado los límites del ámbito religioso e incidido en los conceptos de orden público e interés nacional, cuyos conceptos son ajenos a la resolución recurrida, garantizando la Constitución española las libertades religiosa y de culto sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, de tal manera que, ciñéndonos, como debemos ceñirnos, al requisito de la integración social hemos de concluir —en función del conjunto de lo actuado— que el recurrente ha probado de modo bastante dicho requisito legal que la Administración le negó, si bien en la propia resolución de reposición admitió que el interesado había iniciado su proceso de integración en España, que, no obstante, consideraba insuficiente, cuya

## Nacionalidad

tesis no podemos compartir por todo lo que precedentemente queda expuesto y razonado, lo que conduce a la estimación del actual recurso.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 17 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 1347/2003.

**Ponente:** Don Agustín Puente Prieto.

**Voz:** Nacionalidad española. Antecedentes penales.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente por no haber justificado suficientemente la buena conducta cívica al haber sido condenado por sentencia firme como consecuencia de la comisión de una falta de lesiones.

“La sentencia recurrida recoge que la resolución administrativa denegó la solicitud de nacionalidad por no haber justificado suficientemente la buena conducta cívica ya que el actor fue condenado en Sentencia de 8 de septiembre de 1993 por una falta de lesiones. Añade, en el fundamento de derecho tercero, la sentencia que «Efectivamente, en el expediente administrativo consta que el aquí demandante fue condenado, en Sentencia de 8 de septiembre de 1993, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid, como autor de una falta de lesiones a la pena de cinco días de arresto menor. En la referida sentencia, se hacía un relato de hechos probados en los términos literales siguientes: ‘Hechos Probados: Que sobre las 23.10 horas del día 24 de enero de 1993 encontrándose los vigilantes jurados José Enrique y Camila de servicio en la estación de metro de Legazpi de esta ciudad, llamaron la atención a Benedicto al entender que éste se disponía a facilitar el acceso al metro a otra persona con su abono personal, procediendo Benedicto a golpear a Luis y José Enrique, acudiendo en su auxilio Carlos Ramón quien golpeó a Camila y Gaspar quien procedió de igual forma contra José Enrique, siendo entonces alertados por el público los poli-

cías municipales de servicio (...) quienes acudieron en auxilio de aquéllos siendo golpeado el policía (...) por Benedicto. A consecuencia de tal agresión el Policía municipal (...) sufrió lesiones para cuya curación preciso una primera asistencia facultativa tardando en curar 22 días durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales quedándole como secuelas pediatritis articulación metacarpo falgica primer dedo de la mano izquierda y José Enrique y Camila sufrieron lesiones para cuya curación precisaron una única asistencia facultativa curando sin deformidad el primero a los 12 días durante los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales y el segundo tras tres días durante los cuales no estuvo incapacitado’».

Añade a lo anterior la sentencia que «Los anteriores hechos no se corresponden en modo alguno con el concepto exigido en el artículo 22.4 del código civil de buena conducta cívica, por cuanto, frente a una actuación legítima de los guardias jurados en el metro de Legazpi, al llamar la atención a Benedicto que se disponía a facilitar el acceso a otra persona con su abono personal, tanto el referido Benedicto como los dos que le acompañaban, uno de ellos el recurrente, golpearon a los vigilantes de seguridad, y cuando fue avisada una pareja de policías municipales y llegaron al lugar del incidente, uno de los agentes municipales fue asimismo golpeado por uno de los implicados, causándole lesiones que tardaron en curar 22 días. Las anteriores conductas, con independencia de la concreta pena impuesta conforme a lo establecido en la normativa penal, inciden negativamente en las normas más elementales de convivencia, afectando de manera grave al desarrollo de la misma, y además están relativamente próximas a la fecha de la petición de la nacionalidad española, que se efectuó en 1997, por lo que la valoración de las mismas, efectuada por la Administración en el expediente administrativo, al apreciar la falta de acreditamiento suficiente de buena conducta cívica en el recurrente, es conforme a derecho, de conformidad con lo establecido en el ya citado artículo 22.2 del Código Civil».

## Nacionalidad

(...).

En el desarrollo del motivo el recurrente invoca lo dispuesto en el artículo 22.4 del Código Civil relacionado con la acreditación de buena conducta cívica e integración en la sociedad española, como requisito exigible para obtener la nacionalidad española por residencia, afirmando que el actor reúne los requisitos exigidos por el precepto del Código Civil ya que los antecedentes «son sólo de carácter policial o penal referidos a una fecha lejana en el tiempo» y «carentes de relevancia jurídica».

Añade que, a mayor abundamiento, se ha producido la cancelación de los antecedentes penales, lo que impide que los mismos puedan ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar la buena conducta cívica exigida por el artículo 22.4 para la concesión de nacionalidad, argumentando, por último, que en cualquier caso la condena resulta lejana en el tiempo, puesto que entre la solicitud y dicha condena median cerca de cinco años.

(...) en el presente caso correspondía al Tribunal de instancia analizar, si en función de las circunstancias concurrentes, cabía entender acreditado por el actor la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 22 del Código Civil para la concesión de la nacionalidad, concluyendo el Tribunal de instancia en que la denegación de la solicitud, por no haber justificado suficientemente la buena conducta cívica y el hecho de haber sido condenado por Sentencia de 8 de septiembre de 1993 por una falta de lesiones, no permitían tener por acreditada dicha buena conducta cívica y procedía desestimar el recurso, lo que envuelve una apreciación y valoración de hecho por el Tribunal de instancia que, como esta Sala ha reafirmado reiteradamente, solamente puede ser combatida en casación mediante la alegación de infracción de normas sustantivas sobre valoración de prueba o alegando que la valoración realizada por el Juzgador de instancia resulta contraria a la lógica u arbitraria, cosa que en el presente caso el recurrente ni siquiera ha alegado, puesto que se li-

mita tan sólo a enfrentar su opinión valorativa de los hechos a la que realiza la sentencia recurrida, insistiendo en afirmar que la cancelación de los antecedentes penales impide que la anterior condena fuera tomada en consideración, lo cual supone una clara contradicción con el criterio de esta Sala que, reiteradamente, viene afirmando, como antes exponíamos, que los antecedentes, aun cuando cancelados, constituyen por sí mismos un elemento determinante de la concurrencia o no de la buena conducta cívica que en el presente caso no resulta acreditada al resultar los hechos penalmente sancionados próximos en el tiempo, como apreció la sentencia recurrida, con la solicitud de reconocimiento de la nacionalidad, correctamente denegada, en opinión del Tribunal de instancia, por el acto administrativo objeto del recurso jurisdiccional.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 17 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 167/2006.

**Ponente:** Doña Isabel García García-Blanco.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Buena conducta: antecedentes penales.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por la recurrente quien, en el marco de una residencia legal previa de corta duración, se vio involucrada en hechos con trascendencia penal, muy próximos en el tiempo a su solicitud de nacionalidad.

“En el presente recurso se impugna la resolución de la DGRN, por delegación del Ministro de Justicia, de 21 de octubre de 2005 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma autoridad de 16 de mayo de 2005 por la que se denegaba la nacionalidad por residencia a la recurrente por no haber justificado suficientemente buena conducta cívica.

En la demanda se afirma que la Sra. Margarita ha cancelado con fecha anterior a la solicitud de nacionalidad los antecedentes policiales que le eran

## Nacionalidad

desfavorables, que siempre ha carecido de antecedentes penales.

(...).

En el presente caso, según se desprende del expediente, la Administración reconoce que la recurrente reúne los requisitos generales de residencia exigidos para la concesión de la nacionalidad solicitada. Sin embargo, se deniega la solicitud porque no ha justificado suficiente buena conducta cívica.

(...).

En el caso de autos la solicitud de obtención de la nacionalidad española por residencia data del 18 de julio de 2003, siendo la recurrente de Colombia.

El expediente refleja que la actora fue detenida el 25 de enero de 2001, en Madrid, por hurto, hechos que dieron lugar al juicio de faltas núm. 656/02 del Juzgado de Instrucción núm. 40 de los de Madrid, actuaciones que se encuentran archivadas desde el 29 de octubre de 2002 por auto de sobreseimiento provisional. La cancelación de antecedentes policiales se produce el 16 de febrero de 2004.

Lo señalado indica que estamos en presencia de hechos con trascendencia procedimental penal que ocurren en fechas relativamente próximas y anteriores a la solicitud. La recurrente incumpliendo la carga positiva de prueba que le incumbe no ha traído a la causa el contenido suficiente de tales actuaciones penales para poder concretar cual fue la razón última del sobreseimiento, (...), lo que induce a pensar que la paralización de la causa penal y su posterior archivo definitivo fue determinada por la sustracción de denunciado, la recurrente, de la acción de la justicia.

Por ello, no se puede obviar que la recurrente, en el marco de una residencia legal previa de corta duración, se vio involucrada en hechos con trascendencia penal, muy próximos en el tiempo a su solicitud

de nacionalidad, por lo que ha de concluirse que su devenir conductual no se ajusta al estándar medio del que venimos hablando y sin que consten notas positivas que demuestren el cumplimiento de los deberes cívicos razonablemente exigibles. Tales notas positivas no pueden confundirse con el simple cumplimiento de otros requisitos que también se precisan para la obtención de la nacionalidad por residencia, como son la residencia legal, continuada e inmediata a la solicitud durante un determinado lapso temporal, dos años en el caso concreto que nos ocupa (la recurrente goza de permiso de residencia y trabajo desde 11 de abril de 2000 ni tampoco con el que venga desarrollando una actividad laboral a la que le habilita el permiso de trabajo y que está en la base de la obtención del permiso de residencia (actividad laboral que a fecha 17 de julio de 2003 sólo abarcaba 180 días de cotización), actividad que podrá seguir desarrollando al margen de su nacionalidad.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 22 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 173/2006.

**Ponente:** Don Diego Córdoba Castroverde.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Condena penal por lesiones.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente quien fue condenado como autor de un delito de lesiones a su entonces compañera sentimental.

“En el presente recurso se impugnan la resoluciones del Ministerio de Justicia, DGRN, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente al no haber quedado acreditada buena conducta cívica.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que las resoluciones impugnadas no contienen la necesaria motivación por cuanto no llegan a comprender las razones de hecho o de derecho que llevan

## Nacionalidad

a concluir que el recurrente no tiene acreditada buena conducta cívica ni cuáles serían los requisitos que se deberían de haber cumplido para que pudiera haber cumplido ese requisito ni cuánto tiempo tendría que haber transcurrido para que sus antecedentes penales no fueran tomados en consideración. Por lo que respecta al fondo, esto es, al cumplimiento de los requisitos fijados en los artículos 21 y 22 del Código Civil y en especial la buena conducta cívica, alega que el recurrente trabaja en España desde 1992 y el empleador afirma que tiene una conducta ejemplar, el párroco también afirma que tiene una buen comportamiento cívico motivo que justificó que le prestara ayuda para la reagrupación de su familia y aporta certificado de la Cruz Roja Española de Albacete en el que se afirma que el recurrente es socio voluntario.

(...).

que concurren algunos datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, derivados de su larga estancia en nuestro territorio (reside legalmente desde diciembre de 1991) como son el hecho de haya trabajado regularmente en España (consta por el informe de vida laboral que ha cotizado durante 13 años y ocho meses) y de un comportamiento cívico como son el certificado expedido por su empleador en el que manifiesta que ha mostrado una conducta que califica de «buena y ejemplar conducta» y que el párroco afirma que se comporta de «manera cívica y ejemplar dentro y fuera de la parroquia». Y al mismo tiempo consta que es voluntario de la Cruz Roja en la localidad en la que reside.

Por el contrario, consta en las actuaciones que fue condenado penalmente por sentencia firme del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Albacete de 11 de junio de 1996 como autor de un delito de lesiones a su entonces compañera sentimental, hecho por el que fue condenado a la pena de cien mil pesetas de multa con diez días de arresto sustitutorio. En los hechos probados de dicha sentencia se afirma

que «En Albacete, sobre las 22.30 horas del lunes 22 de mayo de 1995 el acusado Juan Carlos nacido en Angola y sin antecedentes penales se encontraba con Beatriz ...y tras discutir con ellas ambos comenzaron a pelearse y golpearse recíprocamente, agrediendo el acusado a Beatriz en la cara y nariz y causándole lesiones consistentes en fractura del tercio distal no desplazada de los huesos propios nasales y contusiones múltiples que precisaron su curación –alcanzada a los 21 días– de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico». Estos hechos no solo fueron denunciados por la afectada sino que fueron presenciados por los Policiales que se personaron en el lugar de los hechos.

Los hechos relatados son muy graves y ponen manifiesto una conducta agresiva y alejada de lo que constituye una buena conducta cívica que tuvo como víctima a una mujer. Estos hechos se produjeron seis años antes de solicitarse la nacionalidad española y aunque desde entonces parece haber desplegado una buena conducta, a tenor de la documentación antes reseñada, no puede olvidarse que a la gravedad de los mismos ha de unirse su cercanía temporal a la solicitud, tal y como señala la resolución administrativa impugnada. Y ello por cuanto la conducta delictiva reseñada se produjo durante el tiempo legalmente exigido para que el recurrente acredite esa buena conducta cívica, esto es, el Código Civil exige no solo una residencia legal durante un determinado período de tiempo sino ciertas exigencias añadidas consistentes en que durante ese tiempo se acredite que su estancia en nuestro territorio pueda ser calificada de «buena conducta cívica» entendido como un comportamiento que se acomoda a las pautas de conducta de un ciudadano medio, y ello porque la adquisición de la nacionalidad exige un plus de comportamiento durante ese período de estancia que excede de la mera residencia física, el cual no resulta acreditado por el recurrente al haber agredido a una mujer golpeándola hasta causarla lesiones que tardaron en curar 21 días, con independencia de que posteriormente haya intentado modificar su comporta-

## Nacionalidad

miento, pues habrá de transcurrir un plazo mucho mayor de tiempo que demuestre de forma real y efectiva que tales comportamientos violentos y antisociales no se vuelven a producir y que en general su conducta le hace merecedor del privilegio que solicita.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 22 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 356/2006.

**Ponente:** Don Diego Córdoba Castroverde.

**Voz:** Nacionalidad por residencia. Condena por agredir a su pareja.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente. Los hechos por los que fue condenado tienen la consideración de una conducta violenta que causó lesiones a su pareja, circunstancia ésta que impide que pueda considerarse que el recurrente cumple con el requisito de buena conducta cívica.

“El presente recurso se impugnan las resoluciones del Ministerio de Justicia, DGRN, por las que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente sobre la base de no haber justificado suficiente buena conducta cívica la haber sido condenado por sentencia firme de 14 de junio de 2000 como autor de una falta de lesiones (denunciado por su cónyuge por un presunto delito de malos tratos).

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que no tiene antecedentes penales, pues una condena por una falta no genera antecedentes penales, y que si bien fue condenado por una falta de lesiones por agresión a su esposa, se trata de un «conflicto particular» amén de que los hechos ocurrieron tres años antes de solicitar la nacionalidad por lo que considera que están suficientemente alejados en el tiempo.

(...).

(...) no ha quedado acreditada su buena conducta cívica, pues consta en las actuaciones que tres años antes de solicitar la nacionalidad española y, por lo tanto, en época muy cercana a dicha solicitud, fue condenado penalmente por Sentencia de 14 de junio de 2000, posteriormente confirmada en apelación, como autor de una falta de lesiones a la pena de un mes de multa a razón de cuatrocientas pesetas de cuota por día. En los hechos probados de la sentencia se afirma que «sobre las 19 horas del día 21 de diciembre de 1999 tuvo lugar una discusión entre Erica y su esposo Carlos Manuel en la vivienda que ambos compartían (...) en el curso de la cual Carlos Manuel golpeó a la denunciante causándole lesiones que curaron en 8 días con primera asistencia, sin que se haya probado que además de ello, le dirigiera frases tales como ‘hija de perra’, ‘basura’ ni que las amenazase con llevarse al hijo común de 16 meses de edad a Marruecos y no reclamando dinero la denunciante».

Los hechos por los que fue condenado, lejos de constituir un «conflicto particular» como lo califica el recurrente, tiene la consideración de un conducta violenta que causó lesiones a su pareja que revisten especial gravedad en la apreciación de nuestra sociedad e impiden que pueda considerarse que el recurrente cumple con el requisito de buena conducta cívica. Hechos que, por otra parte, se produjeron tres años antes de la solicitud de la nacionalidad y, por lo tanto, han de considerarse muy próximos en el tiempo sin que, por otra parte, existan elementos positivos o circunstancias favorables suficientes para contrarrestar este comportamiento antisocial.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 25 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 571/2005.

**Ponente:** Don Francisco Díaz Fraile.

**Voz:** Nacionalidad. Conducción bajo influencia del alcohol.

## Nacionalidad

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se acordó la denegación de la concesión de la nacionalidad solicitada.

“En el caso que ahora nos ocupa, la parte actora, natural de Colombia, solicitó la nacionalidad española el 26 de diciembre de 2002. De lo actuado aparece que está en posesión de los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1999 y que en fecha de 8 de marzo de 2006 tenía 884 días en situación de alta en el Sistema de la Seguridad Social. Por otra parte, mantiene un vínculo de unión civil (así consta inscrito en el Ayuntamiento de Ugena, Toledo) con D.<sup>ª</sup> María José (que accedió a la nacionalidad española por residencia en virtud de resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de agosto de 2004 y acta de adquisición de 14 de enero de 2005), con la que tiene dos hijos, siendo de añadir que fue condenado por Sentencia de 12 de noviembre de 2001 del Juzgado de lo Penal núm. 10 de Madrid por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas o análogas, deviniendo firme la meritada sentencia el mismo día (así consta en el correspondiente certificado del Registro Central de Penados y Rebeldes).

(...) en el supuesto que ahora nos ocupa la petición de la nacionalidad se produjo el 26 de diciembre de 2002, en cuya fecha el interesado había sido condenado por Sentencia de 12 de noviembre de 2001 por un delito de «conducción bajo la influencia de bebidas o análogas», respecto de cuyo tipo penal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 2004 en estos términos: en el ordenamiento jurídico español —y esto es extensivo al derecho penal del llamado mundo occidental— la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas está tipificada como delito, es decir, que es algo que en modo alguno puede incluirse en lo que el Código Civil llama buena conducta cívica. La penalística habla de desviación (*deviation*) y de comportamiento o conducta desviada (*deviant behavior*) para designar una amplia gama de fenómenos sociales problemáticos, entre ellos el delito. Y es el caso que el

comportamiento por el que fue condenado el solicitante se halla incluido entre aquellos que nuestro sistema penal ha seleccionado como un comportamiento delictivo. Quiere decir esto que —conforme a las convicciones de nuestro tiempo— la conducción bajo bebidas alcohólicas es, sin discusión posible, cualquier cosa menos expresión de buena conducta cívica. Es un hecho notorio que los accidentes de tráfico, en un porcentaje altísimo, tienen su origen en la contaminación ética del conductor. Y por ello, no puede negarse, por más tolerante que se quiera ser, que la selección como delictiva del comportamiento de que se trata responde a esa convicción generalizada de que hay dañosidad social en ese tipo de comportamientos. Dos conceptos, pues, de inobservancia de buena conducta: uno amplio —conducta como conducta global— y otro restringido conducta como comisión de un delito. Así las cosas, parece razonable, si estuviéramos enjuiciando los hechos desde una perspectiva penal, que no baste una condena para calificar a un sujeto de persona de mala conducta. Pero no estamos resolviendo un proceso penal, sino un problema de concesión de nacionalidad. Y esto es ya distinto, habida cuenta lo que supone el obtenerla. Y por eso no puede decirse que, a estos efectos, esa única condena carezca de trascendencia para valorar si concurre en quien pide la nacionalidad el requisito de la buena conducta cívica.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 29 de octubre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 296/2006.

**Ponente:** Don Diego Córdoba Castroverde.

**Voz:** Nacionalidad por residencia; condena por delito contra la propiedad industrial.

**Resumen:** Se desestima el recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se denegó la solicitud de nacionalidad por residencia.

“El presente recurso se impugna la resolución del Ministerio de Justicia, DGRN, por la que se denegó

## Nacionalidad

la solicitud de nacionalidad por residencia al recurrente al entender que no había quedado justificada la buena conducta cívica.

El recurrente aduce en apoyo de su pretensión que si bien fue condenado por delito contra la propiedad industrial por vender en un puesto ambulante prendas de vestir que imitaban la auténtica marca registrada, se trató de un hecho aislado que ocurrió 5 años antes de la fecha en que se presentó la solicitud de nacionalidad y se trata de un hecho puntual y lamentable en su vida. Considera que está perfectamente integrado en la sociedad española teniendo un permiso permanente, trabajo estable y hace frente a sus compromisos sociales (Seguridad Social y Hacienda) con el trabajo de venta ambulante que desarrolla.

(...) consideramos que si bien concurren algunos datos indicativos de la integración del recurrente en la sociedad española, como son el disponer de un permiso de trabajo y residencia desde de septiembre de 1991, haber cotizado a la Seguridad Social durante 8 años y pagar sus impuestos sobre la rentas de las personas físicas durante el período de residencia en España, se dan también otras circunstancias que nos conducen a considerar que no ha mantenido suficiente buena conducta cívica.

A tal efecto, consta acreditado de la documentación aportada, que el día 21 de febrero de 1997 el recurrente en su puesto de venta ambulante ofrecía para su venta al público prendas de ropa deportiva que imitaban la auténtica marca registrada por lo que fue condenado como autor de un delito contra la propiedad industrial a la pena de 6 meses de prisión. Hechos estos que se produjeron en el curso de la actividad comercial que constituye su medio económico de vida y que no pueden considerarse alejados en el tiempo pues se produjeron tan solo cinco años antes de solicitar su nacionalidad, esto es, durante el tiempo que nuestro ley exige de residencia legal necesaria y durante el cual no solo es preciso demostrar su residencia legal y continuada

en nuestro territorio, sino también, que durante ese período se ha demostrado una conducta cívica que se acomoda al estándar medio de comportamiento de un ciudadano medio, concepto indeterminado en el que no puede quedar comprendida una actividad profesional en el curso de la cual se cometen hechos delictivos como es el caso que nos ocupa.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**Fecha:** 30 de octubre de 2007.

**Recurso de Casación:** 372/2004.

**Ponente:** Doña Margarita Robles Fernández.

**Voz:** Nacionalidad. Falta de integración en la sociedad española.

**Resumen:** Se declara no haber lugar al recurso interpuesto por el recurrente contra la resolución por la que se deniega la concesión de la nacionalidad española, por falta de integración en nuestra sociedad, al hablar deficientemente el castellano.

“Por la representación de Dña. Domingo «Pelos» se interpone recurso de casación contra Sentencia dictada el 25 de noviembre de 2003 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por aquella contra Resolución del Ministerio de Justicia de 19 de febrero de 2002 en la que se le deniega la concesión de la nacionalidad española, por falta de integración en esta sociedad, al hablar deficientemente el castellano.

La Sala de instancia desestima el recurso con la siguiente argumentación:

«Segundo.—La recurrente, de nacionalidad marroquí, solicita que se anule la resolución impugnada y el acta de 28 de noviembre de 2001 y que se le conceda la nacionalidad española.

En defensa de sus pretensiones invoca el artículo y 22 del Código civil y alega que presentó su solicitud

## Nacionalidad

en el Registro civil de Melilla el 6 de noviembre de 1998, y en la audiencia personal ante el Encargado se decía que se hallaba adaptada a la vida y costumbres españolas y que habla el idioma castellano correctamente, emitiendo informe favorable a su solicitud tanto el Ministerio Fiscal como el Encargado; sin embargo, en la segunda audiencia, celebrada el 28 de noviembre de 2001 se dice que habla castellano deficientemente y entiende con dificultad, así como que desconoce el sistema institucional español de forma básica; entiende que este acto, en que se basa la resolución impugnada, es nulo, ya que cuando tuvo lugar ya se habían seguido ante el Encargado todos los trámites previstos en la Ley y en el Reglamento del Registro civil, entre otros la audiencia del promotor.

Tercero.—La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que el total desconocimiento del idioma provoca la necesaria falta de integración, por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la Resolución impugnada.

La resolución impugnada se fundamenta en que la solicitante no está integrada en la sociedad española, ya que habla deficientemente el castellano y entiende con dificultad y no conoce el sistema institucional, según resulta de la comparecencia ante el Encargado del Registro.

La demanda se basa en la nulidad de la segunda comparecencia de la recurrente ante el Juez Encargado del Registro civil, lo que determinaría la nulidad de la Resolución administrativa que se basa en el contenido de dicha audiencia; tal alegación no puede prosperar por cuanto que la ampliación del expediente por parte de la Dirección General de los Registros, una vez que el Encargado remite el expediente, se encuentra prevista por el artículo 365 del Reglamento del Registro civil y, por tanto, el órgano administrativo utilizó una facultad legalmente prevista que, además, resulta justificada pues, pese al contenido de la primera audiencia, en el informe del CESID se pone de manifiesto la falta

de integración y el desconocimiento del idioma, lo que era contradictorio con la inicial apreciación del Encargado quien, en esa segunda ocasión comprobó que la apreciación del informe se ajustaba más a la realidad; Por otra parte, no se ha discutido por la demandante la realidad y certeza de las circunstancias que, según la resolución, demuestran su falta de integración en la sociedad española, sino que se limita al aspecto formal de la tramitación del expediente en la que, por lo expuesto, no es de apreciar la causa de nulidad que se invoca».

Cabe añadir a lo anterior que el conocimiento del idioma oficial, configurado como una obligación para todos los españoles por el artículo 3.1 de la Constitución, es un elemento de gran importancia para determinar el grado de integración y adaptación a la cultura y formas de vida españolas que se exige por el artículo 22.4 del Cc, y debe ser acreditado por el solicitante por cualquier medio de prueba, como hemos visto, sin que en este recurso se haya propuesto medio probatorio alguno al respecto frente a los informes contrarios a la concurrencia de este requisito, y a la propia apreciación del Encargado tras la segunda audiencia, lo que determina que no pueda prosperar el recurso, al no haber sido acreditadas todas las circunstancias necesarias para la concesión de la nacionalidad española, ni existir vicio invalidante del procedimiento administrativo.

(...).

En nuestra Sentencia de 29 de octubre de 2004, (Rec. Cas. 7900/2000) refiriéndonos precisamente a un supuesto similar al ahora estudiado en relación al requisito de la necesaria integración en la sociedad española, para la consecución de la nacionalidad, decimos:

«Segundo.—La recurrente articula un único motivo de recurso al amparo del artículo 88.1.d) de la ley jurisdiccional, por considerar que se ha vulnerado el artículo 22 del C. Civil y el artículo 221, párrafo

## Nacionalidad

último, del Reglamento del Registro Civil, pues alega que en el caso de autos el Juez del Registro Civil informó favorablemente sobre el grado de integración de la recurrente en la sociedad española y ese informe, para la actora, es el que hubiera debido prevalecer. A mayor abundamiento aduce que no se ha valorado que la Sra. Constanza vive en Melilla desde el 8 de agosto de 1989 y que tiene cinco hijos todos ellos nacidos en territorio español y de nacionalidad española. La actora solicitó la adquisición de la nacionalidad española por matrimonio —por estar casada con nacional español, quedando viuda posteriormente—. La Sentencia de instancia se fija en que, si bien es cierto, como afirma la demandante, que en el acta del Registro Civil de Melilla de fecha 31 de enero de 1996, obrante al folio 38 del expediente, se hizo constar que hablaba el idioma castellano, en la posterior acta del Registro civil de 29 de octubre de 1997 se hizo constar que no habla casi nada el idioma aunque lo entiende, constando también en Informes del Centro Superior de la Defensa de 23 de abril de 1996 y de la Dirección General de la Policía de 30 de octubre de 1996, que no habla castellano. De la valoración de dicha prueba, la Sala de instancia concluye la no justificación del suficiente grado de integración en la sociedad española, de la que constituiría factor relevante el conocimiento del idioma, o al menos un cierto esfuerzo por aprenderlo recibiendo clases, por lo que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto. Tercero.—La recurrente pretende que se sustituya la valoración que de la prueba practicada exigida» exigido por el artículo 22.4 del C. Civil y que le llevó a denegar la nacionalidad española, pero es sabido que el recurso de casación como extraordinario que es, no permite al Tribunal *ad quem* alterar los hechos declarados como probados por la Sala de instancia, ni sustituir la apreciación de la prueba efectuada por aquella salvo que su valoración sea arbitraria, ilógica o contraria a los principios generales de derecho, lo que no ocurre en el caso de autos en que el práctico desconocimiento del idioma castellano, perfectamente acreditado, se traduce en una evidente falta de integración en la

sociedad española. No se trata en el caso de autos de que la actora viva conforme a las costumbres y tradiciones religiosas de su país de origen, a lo que se ha referido la Sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 2004 y que resultaría la consecuencia lógica del derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución y por tanto, perfectamente admisible, sino de determinar si pese a tales creencias y prácticas propias de la población musulmana ha existido el suficiente grado de integración en la sociedad española que exige el artículo 22.4 del C. Civil para que pueda obtenerse la nacionalidad española, y es lo cierto que en el caso de autos la valoración de la prueba que efectuó la Sala de instancia lleva a concluir que aún cuando como ella misma manifiesta ante el Encargado del Registro Civil el 29 de octubre de 1997 sus costumbres son musulmanas, lo que tiene una total incardinación en nuestro ordenamiento Constitucional, como se ha dicho, sin embargo no se ha acreditado su integración en la sociedad española; circunstancia que sin duda alguna se desprende de su absoluto desconocimiento del castellano, lo que se traduce en la imposibilidad de tener una relación mínima con esta sociedad. Por último señalar que no se ha producido vulneración del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil por cuanto el juez encargado del Registro Civil de Melilla en su Auto de 31 de enero de 2004, como no podía ser de otra manera, únicamente acordó se prosiguiera la instrucción del expediente para su resolución y consiguiente decisión sobre la concesión de la nacionalidad por el Ministro de Justicia, acto que constituye una de las más plenas manifestaciones de la soberanía de un Estado, y que conlleva el otorgamiento de una cualidad que lleva implícita un conjunto de derecho y obligaciones.»

(...).

Como hemos dicho, las consideraciones recogidas en esa sentencia son plenamente aplicables al caso de autos, en que la Sala de instancia tiene por probado que la actora no entiende adecuadamente le

## Nacionalidad

conocimiento del idioma español, conocimiento este o por lo menos una patente voluntad de tenerlo, que ha de reputarse un indicio fundamental para poder apreciarse la integración en la sociedad española y más cuando como ocurre en el caso de autos la recurrente no ha propuesto ninguna prueba destinada a acreditar tal extremo.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 64/2006.

**Ponente:** Don Francisco Díaz Fraile.

**Voz:** Nacionalidad. Prescripción: falta contra el orden público.

**Resumen:** Se estima el recurso interpuesto por el recurrente. Los hechos denunciados carecen de relevancia para empañar la imagen del comportamiento cívico del demandante, solicitante de la nacionalidad española.

“En el caso que ahora nos ocupa, el recurrente —natural de Marruecos y casado con una ciudadana marroquí, que reside en Marruecos y con la que al parecer tiene cuatro hijos— solicitó la nacionalidad española en 19 de febrero de 2003. Residía en España con los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1991. Según un informe de vida laboral tenía acreditados a fecha de 17 de febrero de 2003 un total de 3.266 días de alta en el sistema de la Seguridad Social. En el expediente administrativo obra un certificado del Ayuntamiento de Madrid en que consta que el interesado figura inscrito en el padrón de habitantes de dicho municipio. Por otra parte, es de notar que los informes del Ministerio Fiscal y del Juez Encargado del Registro Civil fueron favorables a la solicitud del interesado.

Las resoluciones combatidas denegaron la concesión de la nacionalidad al considerar que no se había justificado suficientemente la buena conducta cívica al constar un antecedente de fecha 18 de marzo de 1999 por una falta contra el orden público, sin

que el sobreseimiento provisional justificase positivamente la buena conducta que el artículo 22.4 del Código Civil exige al solicitante.

La demanda rectora del proceso trae a colación la prescripción y el archivo definitivo del procedimiento de juicio de faltas de referencia, alega que el interesado ni siquiera sabía de la existencia de las diligencias abiertas por falta en el Juzgado de Majadahonda al no haberse producido la notificación por error en el domicilio, invoca el principio de presunción de inocencia y termina suplicando la concesión de la nacionalidad, a cuya pretensión se ha opuesto el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda en los términos que son de ver en autos.

(...).

En relación con el meritado antecedente es de observar que dio lugar al juicio de faltas 357/98, en el que se dictó un Auto de 5 de marzo de 1999 decretando el archivo provisional hasta que se conociese el domicilio o paradero del denunciado, y comunicando a las fuerzas de policía la prosecución de las pesquisas tendentes a la averiguación de dicho domicilio o paradero por término de seis meses. En la parte fáctica del susodicho auto se decía lo siguiente: «En las presentes actuaciones de juicio de Faltas, se investiga por la Policía el domicilio o paradero del denunciado, que hasta el momento ha resultado desconocido». En el primero de los fundamentos jurídicos de la mentada resolución se señalaba que «la localización del paradero de dicho denunciado resulta indispensable para que pueda efectuarse su citación en los términos que recoge la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 1997, por lo que procede decretar el archivo provisional hasta tanto sea conocido». El 12 de septiembre de 2005 se dictó un auto acordando el archivo de las actuaciones tras declarar la concurrencia del instituto de la prescripción al haber estado paralizado el procedimiento más de seis meses (artículo 131 del Código Penal), cuyo auto tardío bien pudo haberse dictado

## Nacionalidad

mucho antes al cumplirse el tiempo legal de prescripción respecto de unos hechos datados en 1998.

Pues bien, del conjunto de actuaciones de que dispone la Sala parece que el hoy demandante no llegó a prestar declaración judicial en el repetido juicio de faltas, sin que conste tampoco con certeza que lo hiciera ante la policía, que —según parece— investigaba el domicilio o paradero del denunciado antes de trasladar las actuaciones al Juzgado, alegando el actor que ni siquiera sabía de la existencia de las diligencias abiertas en el Juzgado al no habersele notificado por error en el domicilio, sin que el Abogado del Estado haya refutado dicha afirmación en su escrito de contestación a la demanda, (...), sin entrar en el detalle de las circunstancias concretas del caso litigioso, de donde que no haya base suficiente para concluir que el interesado mostró una conducta rebelde a someterse a la acción de la justicia, produciéndose la prescripción en los términos que hemos visto más arriba. En función de cuanto llevamos expuesto cabe afirmar que los hechos denunciados que dan lugar a la incoación del referido procedimiento carecen de relevancia para empañar la imagen del comportamiento cívico del demandante que se infiere del conjunto de circunstancias que concurren en el mismo a los efectos de negar la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, por lo que claudica la motivación de las resoluciones puestas en tela de juicio, que han de ser anuladas al no aparecer conforme a Derecho el fundamento en que se basaron para denegar la solicitud de nacionalidad origen de la litis, determinando todo ello la estimación del actual recurso.”

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 13 de noviembre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 141/2006.

**Ponente:** Don Francisco Díaz Fraile.

**Voz:** Nacionalidad. Residencia legal, continuada y anterior a la petición.

**Resumen:** Se estima el recurso interpuesto por la recurrente. Su residencia fue legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud durante el plazo legal aplicable.

“En el caso que ahora nos ocupa es de notar que la demandante es natural de Marruecos, está divorciada y al parecer tiene una hija, reside en España con los correspondientes permisos de trabajo y residencia desde 1991 y ha trabajado como empleada de hogar, teniendo acreditados a fecha de 6 de mayo de 2003 4.175 días de alta en el Sistema de la Seguridad Social (en 28 de abril de 2005 los días de alta ascendían ya a 4.898).

La solicitud de nacionalidad se presentó el 22 de mayo de 2003, siendo denegada a la vista del correspondiente documento administrativo del que se desprende que desde el 8 de enero de 1999 hasta el 30 de mayo de 2000 la interesada había carecido de la correspondiente autorización de residencia (según el meritado documento el correspondiente permiso venció el 8 de enero de 1999 y no se solicitó uno nuevo hasta el 30 de mayo de 2000, en cuya misma fecha se concedió el mismo a tenor del referido documento). La originaria resolución de 16 de febrero de 2005 se dictó tras los informes desfavorables del Ministerio Fiscal y del Juez-Encargado del Registro Civil a la vista del documento administrativo a que nos acabamos de referir.

En su recurso de reposición la interesada alegó que la Administración había incurrido en un error al certificar la fecha de solicitud del permiso concedido en 30 de mayo de 2000 y solicitó que se practicara determinada prueba para demostrar el aducido error. La Administración resolvió el recurso de reposición omitiendo toda referencia a la petición de prueba que se le había hecho y que iba encaminada a deshacer el error en que se había fundado el acto originario, que así fue confirmado.

(...) dos conclusiones se imponen. En primer lugar fluye por sí mismo de cuanto antecede el pronunciamiento estimatorio del recurso en cuanto a la

## Nacionalidad

concesión de la nacionalidad, y ello al haber quedado probado el error del hecho en que se basó la denegación administrativa, cuyo error de hecho determinante hubiera podido desvanecerse ya en vía administrativa si la Administración hubiera accedido a la prueba pedida por la interesada en el recurso de reposición, cuyo recurso fue decidido con omisión de cualquier referencia a dicha proposición de prueba. Pero es que, además, en segundo lugar, hemos de acceder también a la petición de condena en costas que se contiene en la demanda al darse en el caso los requisitos previstos legalmente a tal fin (artículo 139.1 de la LJ), y ello habida cuenta de la conducta procesal del Abogado del Estado, que en su contestación a la demanda impetra la desestimación del recurso aduciendo que «el recurrente no tuvo residencia legal con la continuidad requerida», cuya alegación descuida toda la argumentación jurídica vertida en el escrito de demanda y la prueba documental aportada con la misma, que venía a demostrar palmariamente el error del hecho determinante de la denegación administrativa de la nacionalidad solicitada, cuya conducta procesal no puede sino ser calificada de temeraria, forzando a la parte actora a proseguir la sustanciación del proceso para ver satisfechas sus pretensiones, cuya justicia ya en aquel momento se reveló con toda evidencia.»

**Tribunal:** Sentencia de la Audiencia Nacional.

**Fecha:** 20 de noviembre de 2007.

**Recurso Contencioso-Administrativo:** 91/2006.

**Ponente:** Don Francisco Díaz Fraile.

**Voz:** Nacionalidad: orden público o interés nacional.

**Resumen:** Se estima el recurso promovido por el recurrente quien ha aportado documentos del Ministerio del Interior donde se informa que no constan antecedentes policiales en su contra.

“(…) el recurrente nació en Hebrón (Palestina), siendo titular de un pasaporte jordano expedido en 1994, que caducaba el 1 de enero de 1999. Nace en 1954, y en 1974 se traslada a España, donde cursa los

estudios de Medicina, realizando posteriormente la especialidad de Urología. Reside legalmente desde 1987 y en 1992 se casa con una ciudadana española, con la que tiene dos hijas. Figura inscrito en el padrón de habitantes del municipio de Sevilla, y en la causa se ha aportado una serie de documentos que acreditan su integración social (certificado del Colegio Oficial de Médicos de Sevilla, informe del Hospital de San Sebastián de Écija e informes del colegio de Sevilla donde asisten sus hijas).

La solicitud de nacionalidad origen de la litis se presentó el 24 de febrero de 1999, siendo así que en su tramitación han informado favorablemente el Ministerio Fiscal y el Magistrado-Juez Encargado.

Ya vimos más arriba que la denegación administrativa se funda en «razones de orden público o de interés nacional». Se trata ahora de verificar tales razones y si la resolución puesta en entredicho es o no conforme a Derecho. A este propósito es de ver que en el expediente administrativo obran dos informes de 1999, uno del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), y otro de la Comisaría General de Extranjería y Documentación (Dirección General de la Policía, Ministerio del Interior), cuyos informes fueron reiterados en 2004.

El aludido informe del CESID dice lo siguiente: «El interesado, en su día, simpatizaba con organizaciones palestinas radicales, como la práctica totalidad de los estudiantes palestinos de entonces, aunque sin implicarse en ningún momento en sus actividades. También fue objeto de un intento de captación en España por parte del Servicio de Inteligencia israelí, captación que se ha podido comprobar que finalmente no llegó a materializarse. Por eso, pese a haberse informado negativamente sobre el interesado con motivo de su anterior solicitud de nacionalidad (...), se considera que en la actualidad no hay ningún antecedente desfavorable sobre el solicitante ni causa alguna que suponga una amenaza para el Estado o que desaconseje la concesión de la nacionalidad».

## Régimen comunitario

Por su parte, el informe de la Dirección General de la Policía que mencionamos más atrás expresó lo siguiente (en el particular que ahora interesa): «Conforme a datos de información confidencial que constan en la Comisaría General de Extranjería y Documentación, este extranjero podría realizar actividades que ponen en grave riesgo las relaciones internacionales que convienen a España y al mismo tiempo podrían afectar a la seguridad nacional».

A lo anterior hemos de añadir que en el período de prueba la parte actora propuso como prueba documental el requerimiento a la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que aportara —si existieran— los documentos e información en los que basó el informe a que nos acabamos de referir, y en el caso de que no fueran aportados se explicasen las razones en las que basa su denegación (sic), cuya prueba fue admitida, siendo así que la Administración demandada ha contestado que «por razones de seguridad nacional no es posible aportar los documentos solicitados».

Amén de todo lo anterior, el recurrente ha aportado también documentos del Ministerio del Interior (Guardia Civil y Dirección General de la Policía) donde se informa que no constan antecedentes policiales del interesado.

(...).

En el supuesto contemplado no puede dejar de llamarse la atención sobre la contradicción en que incurren los informes de dos órganos de la Administración del Estado, cuales son el CESID (cuyo informe de 1999 fue reiterado por el CNI en 2004) y la Comisaría General de Extranjería y Documentación, cuya contradicción administrativa no puede interpretarse en perjuicio del interesado y ahora demandante. Por otra parte, el informe del CESID aparece razonado de modo bastante, mientras que el de la Comisaría General de Extranjería y Documentación no resulta categórico al expresarse en términos hipotéticos («podría realizar activida-

des y al mismo tiempo podrían afectar»), siendo de notar, además, que este último informe es genérico e indefinido al no concretar lo más mínimo las actividades a que alude, habiéndose la Administración negado a aclarar tales extremos en el período de prueba «por razones de seguridad nacional».

En definitiva, dada la acreditada trayectoria vital del demandante en España y los elementos de juicio de que disponemos en relación con las alegadas razones de orden público e interés nacional esgrimidas por la Administración demandada para denegar la nacionalidad, así como la carga que sobre esta última pesaba para justificar tales razones, hemos de concluir en la inexorable suerte estimatoria del recurso que nos ocupa ante la evanescencia de aquellas razones, que no están suficientemente reforzadas por los informes de la Comisaría General de Extranjería y Documentación y, en cambio, aparecen desacreditadas por los informes del CESID y del CNI, por lo que, sin más circunloquios, procede el acogimiento de la pretensión actora.”

## RÉGIMEN COMUNITARIO

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 11 de octubre de 2007.

**Cuestión Prejudicial:** C-460/06.

**Ponente:** Sr. Caoimh.

**Voz:** Protección de las trabajadoras embarazadas: despido.

**Resumen:** El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decla-

## Régimen comunitario

ración de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.

“La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 2, apartado 1, 5, apartado 1, y 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (...), y del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (...).

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre la Sra. Paquay (en lo sucesivo, «demandante») y la Société d'architectes Hoet + Minne SPRL (en lo sucesivo, «demandada»), en relación con el despido de la demandante.

(...).

La demandante, empleada en el estudio de arquitectura de la demandada desde el 24 de diciembre de 1987, disfrutó de un permiso de maternidad desde septiembre hasta finales de diciembre de 1995.

Su permiso de maternidad terminó el 31 de diciembre de 1995 y el período de protección contra el despido, que se extiende del comienzo del embarazo al final del permiso de maternidad, expiró, conforme a la normativa belga, el 31 de enero de 1996.

La demandante fue despedida mediante carta certificada de 21 de febrero de 1996 (es decir, en una fecha en la que el período de protección había terminado), con un preaviso de seis meses a contar desde el 1 de marzo de 1996. La demandada puso fin

al contrato el 15 de abril de 1996 y pagó una indemnización correspondiente a la liquidación del resto del período de preaviso.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la decisión de despedir a la demandante fue tomada, y en cierto modo se vio concretada, cuando ésta estaba embarazada y antes del 31 de enero de 1996, esto es, con anterioridad a la fecha en que terminaba el período de protección contra el despido.

Resulta de la resolución de remisión que, durante el período de embarazo, la demandada puso un anuncio en un periódico, el 27 de mayo de 1995, para contratar a una secretaria y, el 6 de junio de 1995, respondió a una candidata que «el puesto estará vacante desde mediados de septiembre de 1995 hasta enero de 1996», período que se correspondía con el previsible permiso de maternidad, «y, posteriormente, a partir de agosto de 1996», es decir, a partir de la finalización previsible del período de preaviso de seis meses si éste se notificaba regularmente después del período de protección. No se discute que en la fecha de 27 de mayo de 1995, la sociedad conocía el embarazo y que el anuncio se refería al puesto de trabajo que ocupaba la demandante.

Se desprende asimismo de la resolución de remisión que la demandada puso un segundo anuncio en octubre de 1995 (esto es, poco tiempo después de que comenzase el permiso de maternidad), cuyo texto decía: «contabilidad, McIntosch, disp. inm., pr carr. en peq. equip.». Es pacífico que la mención «pr carr.», significa «para [hacer] carrera», lo que confirma que la intención de la sociedad era sustituir definitivamente a la demandante y que esta decisión se tomó cuando ésta estaba embarazada.

En cuanto a los motivos del despido, y habida cuenta de que la carga de la prueba incumbe al empresario, el órgano jurisdiccional remitente aclara, en una resolución de 26 de abril de 2006, que el motivo de despido que alega la demandada, a saber, la falta de adaptación a la evolución de los oficios relacionados

## Régimen comunitario

con la arquitectura, no fue probado, considerando, en particular, que los informes elaborados el 1 de marzo de 1996 indican que la demandante siempre trabajó «a entera satisfacción del empresario». Por lo tanto, dicho órgano jurisdiccional estimó que el despido de la demandante no era ajeno al embarazo o, al menos, al hecho del nacimiento de un hijo.

El órgano jurisdiccional remitente señala, igualmente, que el artículo 40 de la Ley de 16 de marzo de 1971, según una interpretación a la luz de los trabajos preparatorios, no obsta a que la decisión de despido se tome durante el período de protección, siempre que la notificación a la trabajadora se realice una vez transcurrido más de un mes desde la finalización del permiso de maternidad.

En estas circunstancias, el tribunal du travail de Bruxelles decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 10 de la Directiva [92/85] en el sentido de que sólo prohíbe notificar una decisión de despido durante el período de protección establecido en el punto 1 de este artículo, o en el sentido de que también prohíbe tomar la decisión de despedir a la trabajadora y preparar su sustitución definitiva antes de que termine el período de protección?

2) El despido notificado tras el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85, pero que no es ajeno a la maternidad o al nacimiento de un hijo, ¿es contrario al artículo 2, apartado 1 (o al artículo 5, apartado 1), de la Directiva [76/207], y, en este supuesto, debe ser la sanción, al menos, equivalente a la que el Derecho nacional establece en aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/85?»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) El artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que prohíbe no solamente notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo, durante el período de protección al que se refiere el punto 1 de dicho artículo, sino también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho período.

2) Una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo es contraria a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, cualquiera que sea el momento en que se notifique esa decisión de despido e incluso si se notifica una vez finalizado el período de protección establecido en el artículo 10 de la Directiva 92/85. Dado que tal decisión de despido es contraria tanto al artículo 10 de la Directiva 92/85 como a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207, la medida elegida por un Estado miembro en virtud del artículo 6 de esta última Directiva, para sancionar la infracción de estas disposiciones deberá ser, como poco, equivalente a la establecida por el Derecho nacional en aplicación de los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 16 de octubre de 2007.

**Cuestión Prejudicial:** C-411/05.

**Ponente:** Sr. R. Schintgen.

## Régimen comunitario

**Voz:** Prestación de jubilación: igualdad de trato. Discriminación por edad.

**Resumen:** El Tribunal declara que la prohibición de discriminación por edad, tal y como se aplica en la Directiva 200/78/CE no se opone a una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación (65 años) y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva.

“La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 13 de la CE y de los artículos 2, apartado 1, y 6 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16).

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Palacios de la Villa y su empresario, la sociedad Cortefiel Servicios, S.A. (en lo sucesivo, «Cortefiel»), en relación con la extinción automática del contrato de trabajo de dicho trabajador por haber cumplido éste el límite de edad para la jubilación forzosa, que la normativa nacional fija en 65 años.

(...).

Conforme se desprende de los autos transmitidos al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional remitente, el Sr. Palacios de la Villa, nacido el 3 de febrero de 1940, prestó servicios para Cortefiel desde el 17 de agosto de 1981, ostentando la categoría de director de organización.

Por carta de 18 de julio de 2005 Cortefiel le comunicó la extinción automática de su relación laboral por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa prevista en el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo y puesto que el 2 de julio de 2005 se había publicado la Ley 14/2005, que, en su disposición transitoria única, así lo autorizaba.

Consta que, en la fecha en que Cortefiel le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, el Sr. Palacios de la Villa había cubierto el período de carencia exigido para percibir, con cargo al sistema de seguridad social, una pensión de jubilación del 100% de su base de cotización de 2.347,78 euros, sin perjuicio de los topes máximos previstos por la legislación nacional.

El 9 de agosto de 2005, el Sr. Palacios de la Villa, por estimar que dicha notificación equivalía a un despido, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. En esta demanda solicita que se declare nula la medida de que ha sido objeto por vulneración de sus derechos fundamentales y, más concretamente, de su derecho a la no discriminación por razón de la edad, dado que dicha medida se adopta únicamente por haber alcanzado el trabajador los 65 años.

Cortefiel sostiene, por el contrario, que la extinción del contrato de trabajo del Sr. Palacios de la Villa es conforme con lo establecido en el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo y en la disposición transitoria única y se ajusta, por lo demás, a las exigencias del Derecho comunitario.

El órgano jurisdiccional remitente manifiesta albergar serias dudas acerca de la conformidad con el Derecho comunitario del párrafo primero de la disposición transitoria única, en la medida en que legitima el mantenimiento de las cláusulas de convenios colectivos, vigentes en el momento de entrada en vigor de la Ley 14/2005, que establezcan la jubilación forzosa de los trabajadores cuando éstos hayan alcanzado la edad de jubilación y cumplan los demás requisitos exigidos por la legislación nacional en materia de seguridad social para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva. Esta disposición no exige que la extinción de la relación laboral por alcanzarse la edad de jubilación venga motivada por la política de empleo que aplique el Estado miembro de que se trate, mientras que los convenios que se negocien tras la entrada en vigor

## Régimen comunitario

de la mencionada Ley sólo pueden contener cláusulas de jubilación forzosa si se cumple, además del requisito de que el trabajador de que se trate tenga derecho a pensión, la condición de que con esta medida se persigan objetivos relacionados con la política nacional de empleo y expresados en el mismo convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o el incremento de la calidad del empleo.

Por lo tanto, en aplicación de una misma ley y en las mismas circunstancias económicas, se aprecia una diferencia de trato entre los trabajadores que alcanzan 65 años en función únicamente de si el convenio colectivo que les resulte aplicable haya entrado en vigor antes o después del 2 de julio de 2005 —fecha de publicación de la Ley 14/2005—, siendo así que si el convenio ha entrado en vigor antes de tal fecha no se tienen en cuenta las exigencias de la política de empleo, pese a que se imponen en la Directiva 2000/78, a la que debía darse cumplimiento a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

Es verdad que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 establece una excepción al principio de no discriminación por razón de la edad en caso de que exista una finalidad legítima y si los medios para lograrla son adecuados y necesarios, sin que, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, quepa dudar de que el régimen definitivo que establece la disposición adicional décima está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho artículo 6, apartado 1, por cuanto exige la existencia de un vínculo concreto entre la jubilación y un objetivo legítimo en materia de política de empleo.

Sin embargo, el párrafo primero de la disposición transitoria única no exige la existencia de este vínculo y, por lo tanto, no encuentra encaje en las previsiones del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78. Además, desde 2001 la variación experimentada en el mercado de trabajo ha sido netamente favorable, al tiempo que la decisión del legis-

lador español de introducir dicha disposición transitoria no ha tenido otro objetivo que, movido por los agentes sociales, modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia. Por otro lado, el Tribunal Constitucional no ha justificado en ningún caso que la negociación colectiva por sí misma sirva de argumento objetivo y razonable para el establecimiento de la jubilación forzosa llegada una determinada edad.

En opinión del órgano jurisdiccional remitente, los artículos 13 de la CE y 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78 constituyen normas precisas e incondicionales que obligan al juez nacional, en consonancia con el principio de primacía del Derecho comunitario, a no aplicar la ley interna que, como la disposición transitoria única, les resulte contraria.

Afirma, por otro lado, que en la Sentencia de 15 de enero de 1998, *Schöning-Kougebetopoulou* (C-15/96, Rec. p. I-47), el Tribunal de Justicia declaró contraria al Derecho comunitario por discriminatoria una cláusula de un convenio colectivo, sentando el criterio de que el juez nacional está entonces obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de esta cláusula mediante la negociación colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores.

Por tanto, si debe interpretarse el Derecho comunitario en el sentido de que se opone efectivamente a la aplicación en el presente caso del párrafo primero de la disposición transitoria única, el artículo 19, párrafo tercero, del convenio colectivo se vería privado de base jurídica y, en consecuencia, no podría aplicarse en el litigio principal.

En este contexto, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

## Régimen comunitario

«1) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, se opone a una ley nacional (en concreto el 1.º párrafo de la disposición transitoria única [...]) que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos, que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y con las condiciones establecidas en la normativa del Estado Español en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva?»

Caso de responderse positivamente a la pregunta anterior,

2) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, me obligan en tanto que juez nacional a no aplicar al caso la citada disposición transitoria única [...]?»

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

La prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acce-

der a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que

— dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y

— los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 15 de noviembre de 2007.

**Cuestión Prejudicial:** C-59/07.

**Ponente:** Sr. Ilesic.

**Voz:** Residentes de larga duración: condena a España.

**Resumen:** El Tribunal declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva.

“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 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (...), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber informado sobre ellas a la Comisión.

## Régimen comunitario

Como se desprende de su artículo 1, la Directiva 2003/109 establece, por una parte, las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio, así como los derechos correspondientes, y, por otra parte, las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto.

Conforme al artículo 26, párrafo primero, de la Directiva 2003/109, los Estados miembros debían poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva a más tardar el 23 de enero de 2006 e informar de ello inmediatamente a la Comisión. En el párrafo segundo de dicho artículo se precisa que, cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas deben hacer referencia a la Directiva 2003/109 o ir acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial.

Al no haber recibido información alguna acerca de las disposiciones adoptadas para la adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/109, la Comisión entabló el procedimiento por incumplimiento previsto en el artículo 226 de la CE. Tras requerir al Reino de España para que presentara observaciones, la Comisión dirigió a este Estado miembro, el 4 de julio de 2006, un dictamen motivado en el que le instaba a adoptar las medidas necesarias para atenerse a su contenido dentro de un plazo de dos meses a partir de su notificación.

Mediante escrito de 11 de septiembre de 2006, el Reino de España respondió que se estaban preparando las medidas necesarias para incorporar la Directiva 2003/109 al ordenamiento interno y que se preveía su aprobación durante el ejercicio de 2006.

Al no haber recibido desde esta fecha ninguna información que le permitiera comprobar que se habían

adoptado las medidas necesarias para la adaptación del Derecho nacional a la Directiva 2003/109, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

(...).

En particular, el Reino de España no ha dado explicación alguna acerca del modo en que se calcula el período de cinco años que permite acceder al estatuto de residente permanente. Tampoco ha indicado si se exige el cumplimiento de otros requisitos aparte de la residencia continuada durante cinco años. Por último, no se ha facilitado ninguna precisión sobre las modalidades procesales para la obtención del estatuto de residente permanente. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no puede verificar si los nacionales de terceros países residentes en España que reúnan los requisitos exigidos por la Directiva 2003/109 pueden adquirir el estatuto de residente permanente ni comprobar cuáles son los procedimientos previstos para esta adquisición.

De igual modo, si bien el Reino de España indica que el residente permanente tiene derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, no afirma que disfrute de todos los derechos y ventajas que reconoce el artículo 11 de la Directiva 2003/109.

Por lo tanto, no se ha aportado la prueba de que el Reino de España haya cumplido la obligación de introducir en su Derecho nacional el estatuto de residente de larga duración previsto en la Directiva 2003/109.

En segundo lugar, las disposiciones legales que invoca este Estado miembro, citadas en el apartado 10 de la presente sentencia, no regulan, en contra de lo dispuesto en el capítulo III de la Directiva 2003/109, los requisitos de la residencia en España de los nacionales de terceros países a los que otro Estado miembro haya concedido el estatuto de residente de larga duración.

## Régimen comunitario

Por último, es jurisprudencia reiterada que, cuando una directiva prevea expresamente que las disposiciones de adaptación del Derecho interno a la citada directiva hagan referencia a esta última o vayan acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial, es necesario adoptar un acto positivo de adaptación del Derecho interno (...).

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) decide:

- 1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva.
- 2) Condenar en costas al Reino de España.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 11 de diciembre de 2007.

**Cuestión Prejudicial:** C-291/05.

**Ponente:** Sr. Cunha Rodríguez.

**Voz:** Derecho de residencia: trabajadores. Familiar nacional de un Estado tercero.

**Resumen:** El Tribunal señala que el hecho de que un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de un trabajador comunitario no dispusiera, antes de residir en el Estado miembro en que el trabajador ejerció su actividad laboral, de un derecho de residencia basado en el Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador carece de incidencia a efectos de apreciar el derecho del nacional del Estado tercero a residir en el Estado del que es nacional el trabajador.

“En febrero de 2000 el Sr. Eind, de nacionalidad neerlandesa, se trasladó al Reino Unido, donde ac-

cedió a un empleo. Más adelante se reunió con él su hija Rachel, nacida en 1989, que llegó directamente desde Surinam.

Según la resolución de remisión, las autoridades del Reino Unido comunicaron al Sr. Eind el 4 de junio de 2001 que tenía derecho a residir en dicho Estado miembro en virtud del Reglamento núm. 1612/68. Mediante escrito de la misma fecha, informaron a su hija de que disponía del mismo derecho por su condición de miembro de la familia de un trabajador comunitario. Por consiguiente, el Sr. Eind obtuvo una tarjeta de residencia vigente del 6 de junio de 2001 al 6 de junio de 2006.

El 17 de octubre de 2001, el Sr. Eind y su hija se trasladaron a los Países Bajos. La Sra. Eind se registró ante el servicio de policía de Ámsterdam y solicitó la expedición de un permiso de residencia con arreglo al artículo 14 de la Ley de extranjería.

El Sr. Eind declaró ante la comisión administrativa encargada de examinar dicha solicitud que percibía una asistencia social desde su regreso a los Países Bajos y que no había ejercido ni buscado un empleo porque estaba enfermo. No obstante, añadió que había mantenido una entrevista en el Banenmarkt (Oficina de empleo) con vistas a su reinserción en el mercado laboral y que estaba a la espera de una segunda entrevista. Asimismo, consta en autos que el Sr. Eind dispone de un seguro de enfermedad en los Países Bajos.

Mediante Resolución de 2 de enero de 2002, el Secretario de Estado denegó la solicitud presentada por la Sra. Eind debido a que ésta carecía de una autorización provisional de residencia. Además, la resolución señalaba que no se podía conceder a la interesada un permiso de residencia basado en su condición de miembro de la familia de un nacional comunitario. Si bien su padre había residido en un Estado miembro distinto del Reino de los Países Bajos, después de su regreso a este último no había desarrollado ninguna actividad real y efectiva

## Régimen comunitario

y no se trataba de una persona económicamente inactiva en el sentido del Tratado CE. La resolución concluía que, dadas las circunstancias, ya no cabía considerar al Sr. Eind como nacional comunitario en el sentido de la Ley de extranjería.

La Sra. Eind interpuso una reclamación contra dicha resolución, que fue desestimada mediante resolución del Secretario de Estado de 5 de julio de 2002. Sin embargo, mediante Sentencia de 20 de octubre de 2004, el *Rechtbank te's-Gravenhage* (Tribunal de La Haya), haciendo referencia a las sentencias de 7 de julio de 1992, *Singh* (C-370/90, Rec. p. I-4265), y de 26 de febrero de 1991, *Antonissen* (C-292/89, Rec. p. I-745), anuló la resolución del Secretario de Estado de 5 de julio de 2002 y remitió el asunto al *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* para un nuevo examen de la reclamación.

El *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* recurrió dicha sentencia ante el *Raad van State*, el cual, considerando que el Derecho comunitario no ofrece una respuesta unívoca en el litigio del que conoce, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) Si un Estado miembro de acogida considera a un nacional de un Estado tercero como miembro de la familia de un trabajador en el sentido del artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68 [...] y aún no ha expirado la vigencia de la autorización de residencia expedida por ese Estado miembro, ¿implica esto que el Estado miembro del que es nacional el trabajador no puede denegar por este motivo el derecho de entrada y residencia al nacional del Estado tercero en caso de que regrese el trabajador?

b) En caso de respuesta negativa a la cuestión anterior, ¿ello significa que dicho Estado miembro tiene derecho a apreciar él mismo si, al entrar en su territorio, el nacional del Estado tercero cumplía los requisitos de entrada y residencia basados en el

Derecho nacional, o debe examinar primeramente si el nacional del Estado tercero, en su condición de miembro de la familia del trabajador, puede ampararse asimismo en derechos basados en el Derecho comunitario?

2) ¿La respuesta a la primera cuestión, letras a) y b), sería diferente en caso de que, antes de residir en el Estado miembro de acogida, el nacional del Estado tercero no tuviera derecho de residencia conforme al Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador?

3) a) En caso de que el Estado miembro del que es nacional el trabajador (referente) esté autorizado para apreciar, al regresar el trabajador, si aún se cumplen los requisitos establecidos por el Derecho comunitario para expedir una autorización de residencia a un miembro de su familia, ¿un nacional de un Estado tercero, miembro de la familia del referente que regresa del Estado miembro de acogida al Estado del que es nacional para buscar allí un empleo, tiene derecho a residir en este Estado miembro y, si es así, durante cuánto tiempo?

b) ¿Existe tal derecho igualmente si el referente no ejerce en dicho Estado miembro ninguna actividad real y efectiva y ya no puede ser considerado solicitante de empleo, en el marco de la Directiva 90/364 [...], debido a que percibe una prestación de asistencia social por tener nacionalidad neerlandesa?

4) Para responder a las cuestiones anteriores, ¿qué significado debe atribuirse a la circunstancia de que el nacional del Estado tercero sea miembro de la familia de un ciudadano de la Unión que ha hecho uso del derecho que le confiere el artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y que regresa al Estado miembro del que es nacional?»

En sus observaciones escritas y durante la vista, el Gobierno del Reino Unido señaló que el permiso de residencia que dicho Estado miembro concedió a la Sra. Eind se basó en el Derecho nacional y no en

## Régimen comunitario

el artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68. Dicho Gobierno precisó que tal permiso de residencia no respondía a una obligación de Derecho comunitario, sino más bien a una decisión política adoptada al amparo de la normativa nacional.

Sin embargo, de la resolución de remisión se desprende que, mediante escrito de 4 de junio de 2001, las autoridades del Reino Unido informaron a la Sra. Eind de que, dada su condición de miembro de la familia de un trabajador comunitario, tenía derecho a residir en dicho Estado miembro en virtud del Reglamento núm. 1612/68.

A este respecto, se ha de recordar que, en el marco del procedimiento de cooperación establecido en el artículo 234 de la CE, no corresponde al Tribunal de Justicia sino al órgano judicial nacional establecer los hechos que originaron el litigio y deducir las consecuencias de los mismos para la decisión que debe dictar (...).

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano judicial remitente partiendo de la premisa que éste ha sentado, a saber, que la Sra. Eind residió en el Reino Unido sobre la base del artículo 10 del Reglamento núm. 1612/68.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) En el supuesto de que un trabajador comunitario regrese al Estado miembro del que es nacional, el Derecho comunitario no impone a las autoridades de dicho Estado la obligación de reconocer un derecho de entrada y residencia a un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de dicho trabajador por el mero hecho de que, en el Estado miembro de acogida en que el trabajador ejerció una actividad laboral, el nacional del Estado tercero dispusiera de un permiso de residencia en vigor, expedido sobre la base del

artículo 10 del Reglamento (CEE) 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.

2) En el supuesto de que un trabajador regrese al Estado miembro del que es nacional tras haber ejercido una actividad laboral en otro Estado miembro, un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de ese trabajador tiene, en virtud del artículo 10, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1612/68 en su versión modificada por el Reglamento núm. 2434/92, precepto que resulta aplicable por analogía, derecho a residir en el Estado miembro del que es nacional el trabajador, aun cuando éste no ejerza en él una actividad económica real y efectiva. El hecho de que un nacional de un Estado tercero que sea miembro de la familia de un trabajador comunitario no dispusiera, antes de residir en el Estado miembro en que el trabajador ejerció una actividad laboral, de un derecho de residencia basado en el Derecho nacional del Estado miembro del que es nacional el trabajador carece de incidencia a efectos de apreciar el derecho del nacional del Estado tercero a residir en el Estado del que es nacional el trabajador.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 14 de febrero de 2008.

**Cuestión Prejudicial:** C-58/07.

**Ponente:** Sr. Malenovsky.

**Voz:** Asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación: incumplimiento de España.

**Resumen:** Se declara que el reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de la repatriación o alejamiento por vía aérea, al no haber adoptado

## Régimen comunitario

las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

“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 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO L 321, p. 26), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva o, en cualquier caso, al no haber comunicado dichas disposiciones a la Comisión.

(...).

No habiendo sido informada de las disposiciones adoptadas por el Reino de España para adaptar su ordenamiento jurídico interno a la Directiva 2003/110 y al carecer de cualquier otro elemento de información que le permitiera deducir que se habían adoptado las disposiciones necesarias, la Comisión inició el procedimiento previsto en el artículo 226 de la CE.

El 4 de julio de 2006, tras haber requerido al Reino de España para que formulara sus observaciones, la Comisión emitió un dictamen motivado en el que instaba a este Estado a adoptar las medidas necesarias para ajustarse a dicho dictamen en el plazo de dos meses a partir de su notificación.

Mediante escrito de 11 de septiembre de 2006, el Reino de España respondió que la adaptación de su Derecho interno a la Directiva 2003/110 estaba en curso y se preveía que concluyera en el ejercicio de 2006. Al no haber recibido posteriormente ningún dato que le permitiera concluir que se habían adoptado efectivamente las medidas necesarias para dicha adaptación, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

(...).

Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que cada uno de los Estados miembros destinatarios de una directiva tiene la obligación de adoptar en su ordenamiento jurídico nacional todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (...).

Pues bien, es preciso constatar que el Reino de España no ha demostrado que las disposiciones nacionales que menciona garanticen la adaptación completa del Derecho interno a la Directiva 2003/110. Por consiguiente, también procede desestimar el motivo conforme al cual la repatriación de los nacionales de terceros países está ampliamente regulada en la normativa española.

En cuanto al motivo conforme al cual la Directiva 2003/110 ya se aplica de hecho, basta señalar que simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no constituyen la ejecución de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en el marco de la adaptación a una directiva (...).

De las consideraciones precedentes se desprende que el recurso interpuesto por la Comisión está fundado.

Por consiguiente, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/110, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.”

**Tribunal:** Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

**Fecha:** 21 de febrero de 2008.

**Cuestión Prejudicial:** C-507/06.

**Ponente:** Sr. K. Shiemann.

**Voz:** Prestación por cuidado de hijos.

## Régimen comunitario

**Resumen:** El Reglamento (CEE) núm. 1408/71 se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio.

“La Sra. Klöppel, de nacionalidad alemana y funcionaria del Land de Renania del Norte-Westfalia, reside en Austria y está empleada como profesora en un instituto situado en Alemania. Hasta el 18 de agosto de 2004, residió en Alemania, donde nació su hija el 11 de abril de 2004. El Sr. Kraler, de nacionalidad austriaca, pareja de la Sra. Klöppel y padre de dicha hija, convivió en el mismo domicilio a partir del 1 de marzo de 2004 con la interesada, para prestarle ayuda antes del parto y ocuparse del cuidado de la referida hija después de su nacimiento. A tal efecto, la Universidad de Innsbruck, su empleador en Austria, concedió al Sr. Kraler una excedencia no remunerada. A la Sra. Klöppel, por su parte, se le concedió un permiso no retribuido, con interrupción total de la prestación de servicio, del 22 de julio de 2004 al 10 de abril de 2007.

A raíz del nacimiento de su hija, se concedió a la Sra. Klöppel y al Sr. Kraler, que residían entonces en Alemania, la prestación por crianza de hijos abonada en dicho Estado miembro; el Sr. Kraler, por su parte, percibió dicha prestación durante el período comprendido entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004.

El 18 de agosto de 2004, la Sra. Klöppel y el Sr. Kraler, acompañados de su hija, se instalaron en Austria, donde el Sr. Kraler reanudó su actividad profesional.

A partir de dicha fecha y hasta el 11 de octubre de 2006, la Sra. Klöppel percibió la prestación por cuidado de hijos austriaca. Su solicitud de prórroga del pago de dicha prestación hasta el 10 de abril de 2007 fue denegada mediante resolución de la

Tiroler Gebietskrankenkasse de 3 de mayo de 2006. Dicha denegación se basó en el artículo 5, apartado 2, de la KBGG, que establece que cuando un solo progenitor perciba la prestación por cuidado de hijos, ésta se concederá como máximo durante los 30 meses siguientes al nacimiento del hijo, pero que, si el segundo progenitor percibiese también dicha prestación (o la hubiese percibido), puede concederse el derecho a esta última durante 36 meses, beneficiándose los padres de esa prestación con carácter alternativo. La percepción por el Sr. Kraler de la prestación por crianza de hijos en Alemania entre el 11 de abril y el 11 de agosto de 2004 no fue, sin embargo, tomada en consideración al examinar el derecho de la Sra. Klöppel a la prestación por cuidado de hijos durante un período de 36 meses.

La Sra. Klöppel recurrió esta resolución.

(...).

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión resultante del Reglamento (CE) núm. 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, se opone a que un Estado miembro deniegue el reconocimiento, a efectos de la concesión de una prestación familiar como la prestación por cuidado de hijos austriaca, del período de percepción de una prestación equiparable en otro Estado miembro de la misma manera que si aquél se hubiera cubierto en su propio territorio.”



The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a wider, lighter orange band in the upper middle section and a narrower, darker orange band below it. The text 'Crónicas legislativas' is centered within the lighter orange band.

# **Crónicas legislativas**



# CRÓNICAS LEGISLATIVAS

## SUMARIO

### I. Fuentes internas.

### II. Fuentes internacionales.

### III. Fuentes de la Unión Europea.

#### I. FUENTES INTERNAS

- Orden PRE/3654/2007, de 14 de diciembre, por la que se establece el importe de las tasas por concesión de autorizaciones administrativas, expedición de documentos en materia de inmigración y extranjería, o tramitación de visados en frontera (*BOE* núm. 300, del 15).
- Resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el Contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008 (*BOE* de 12 de enero de 2008).
- Orden PRE/45/2008, de 21 de enero, por la que se da publicidad al Acuerdo de 11 de enero de 2008, del Consejo de Ministros, por el que se aprueba el Plan Nacional del Reino de España para la Alianza de Civilizaciones (*BOE* núm. 20, del 23).
- Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados (*BOE* núm. 21, del 24).
- Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior (*BOE* núm. 41, del 16).
- Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena española de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional (*BOE* núm. 53, de 1 de marzo).

## II. FUENTES INTERNACIONALES

- Canje de Cartas entre el Reino de España y la República de Bolivia sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho *ad referendum* en La Paz el 26 de junio de 2007 (BOE núm. 301, de 17 de diciembre).
- Aplicación provisional del Acuerdo en materia de reconocimiento de títulos y diplomas entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Popular de China, hecho en Pekín el 21 de octubre de 2007 (BOE núm. 307 de 24 de diciembre).
- Tratado sobre traslado de personas condenadas entre la República de Filipinas y el Reino de España, hecho en Madrid el 18 de mayo de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008).
- Aplicación provisional del Convenio de Cooperación en materia de adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam, hecho en Hanoi el 5 de diciembre de 2007 (BOE núm. 16, de 18 de enero de 2008).
- Acuerdo marco de cooperación entre el Reino de España y la República de Níger, hecho *ad referendum* en Madrid el 7 de marzo de 2007 (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2008).
- Acuerdo entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho *ad referendum* en Argel el 13 de marzo de 2007 (BOE n. 28, de 1 de febrero de 2008).
- Convenio de Cooperación Jurídica y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 22 de mayo de 2006 (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2008).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de Ucrania al Convenio sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2008).
- Convenio sobre traslado de personas condenadas entre el Reino de España y la República de Yemen, hecho en Madrid el 18 de octubre de 2007 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2008).
- Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de San Marino al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2008).
- Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho *ad referendum* en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2008).

## Crónicas legislativas

– Instrumento de ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Colombia, hecho en Bogotá el 6 de septiembre de 2005 (*BOE* núm. 54, de 3 de marzo de 2008).

### III. FUENTES DE LA UNIÓN EUROPEA

– Decisión del Consejo de 6 de diciembre de 2007, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (*DOUE* L 323, del 8).

– Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo (*DOUE* L 324, de 10 de diciembre).

– Acuerdo de Cooperación Cultural, Educativa y Científica entre el Reino de España y la República de Estonia, hecho en Madrid el 10 de julio de 2007 (*BOE* núm. 299, de 14 de diciembre).

– Decisión del Consejo, de 29 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre readmisión de personas (*DOUE* L 332, de 18 de diciembre).

– Decisión del Consejo, de 29 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la facilitación de la expedición de visados (*DOUE* L 332, de 18 de diciembre).

– Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia sobre readmisión de residentes ilegales (2007/817/CE) (*DOUE*, L 334, de 19 de diciembre).

– Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre readmisión de residentes ilegales (2007/818/CE) (*DOUE*, L 334, de 19 de diciembre).

– Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales (2007/819/CE) (*DOUE*, L 334, de 19 de diciembre).

## Crónicas legislativas

- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre readmisión de residentes ilegales (2007/820/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 22 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre readmisión de residentes ilegales (2007/826/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/821/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/822/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/823/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/824/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/825/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre la facilitación de la expedición de visados (2007/827/CE) (DOUE, L 334, de 19 de diciembre).
- Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2007/712/CE) (DOUE, L 339, de 21 de diciembre).
- Reglamento (CE) núm. 101/2008 de la Comisión de 4 de febrero de 2008 por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOUE L 31, del 5).
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa sobre el reconocimiento de títulos y grados de la enseñanza superior, hecho *ad referendum* en Gerona el 16 de noviembre de 2006 (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008).

---

## Crónicas legislativas

---

- Decisión del Consejo, de 28 de enero de 2008, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Suiza (*DOUE* L 53, de 27 de febrero).
- Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y la República Árabe de Egipto (*DOUE* L 59, de 4 de marzo).
- Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo de cooperación científica y técnica entre la Comunidad Europea y el Estado de Israel (*DOUE* L 59, de 4 de marzo).





# EUROPA EN BREVE

## INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (\*)

(Selección)

### Fondo europeo para refugiados – flujos migratorios

La Comisión Europea ha publicado su decisión de 19 de diciembre de 2007 por la que establece las normas de aplicación de la Decisión núm. 573/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2008-2013, como parte del Programa General “Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios”, en lo que respecta a los sistemas de gestión y control de los Estados miembros, las normas sobre la gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el fondo. Señala, asimismo, que es necesario establecer las condiciones en las que los Estados miembros deberán ejecutar su acción en el marco del fondo y, en particular, determinar las circunstancias en que la autoridad responsable podrá ejecutar directamente los proyectos. También deben establecerse disposiciones relativas a las autoridades delegadas. Por todo ello, los Estados miembros deberán presentar a la Comisión Europea, junto con su programa plurianual, una descripción de sus sistemas de gestión y control, dado que este documento es uno de los elementos esenciales en los que se basa la Comisión, en el marco de la gestión compartida del presupuesto comunitario, para determinar si los Estados miembros utilizan la ayuda financiera de conformidad con las normas y principios aplicables para proteger los intereses financieros de la comunidad, es necesario determinar detalladamente la información que dicho documento ha de contener.

(14 de enero de 2008).

### Nuevo impulso al espacio de libertad, seguridad y justicia – creación del “foro de la justicia”

El Vicepresidente de la Comisión Europea, Franco Frattini, desvelará hoy la inminente creación de un *nuevo, único e innovador “Foro europeo de la justicia”*. A partir del 15 de abril de 2008, se pondrá en marcha un foro multidisciplinar basado en la colaboración de profesionales que participan en los procesos judiciales en la UE. El Foro de la Justicia informará sobre los procesos actuales y sobre el trabajo de la Comisión en relación con las políticas y su aplicación en el ámbito de la Justicia. La razón de ser de este Foro es implicar a los profesionales que se ocupan de la aplicación, la puesta en práctica y las consecuencias de las políticas en materia de Justicia, Libertad y Seguridad que deben participar en un diálogo continuado con la Dirección General de la Comisión Europea. El Foro contará con la participación de profesionales en este ámbito, incluidos jueces a distintos niveles de la administración de justicia, abogados civilistas y penalistas.

(\*) 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

tas, fiscales y otros profesionales que trabajan en las administraciones de justicia de los Estados miembros, además de académicos y representantes de las ONG. Las personas que participen intervendrán en nombre propio, pero no representarán a los Estados miembros.

*(4 de febrero de 2008).*

### Declaración de la Unión Europea sobre ayuda humanitaria

El Consejo de la UE ha adoptado una Declaración conjunta realizada con representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea acerca de la ayuda humanitaria. El objetivo de la ayuda humanitaria de la UE es proporcionar una respuesta de emergencia basada en las necesidades de cada momento y encaminada a salvar vidas, evitar o aliviar el sufrimiento humano y salvaguardar la dignidad humana dondequiera que surja la necesidad, si los gobiernos y los agentes locales se encuentran excedidos, son incapaces de actuar o no están dispuestos a hacerlo. La ayuda humanitaria de la UE englobará operaciones de asistencia, socorro y protección destinadas a salvar y preservar vidas en las situaciones de crisis humanitaria o en el período inmediatamente posterior a éstas, pero también contará con medidas dirigidas a facilitar o permitir el acceso a las personas necesitadas y la libre circulación de la ayuda.

*(14 de enero de 2008).*

### Día internacional de tolerancia cero a la mutilación genital femenina

Mañana, día 6 de febrero, se institucionaliza el Día Internacional de Tolerancia Cero a la Mutilación Genital Femenina. Con ocasión de este día, la Comisaria de Relaciones Internacionales y Política de Vecindad, Benita Ferrero-Waldner, y el Comisario de Desarrollo y Ayuda Humanitaria, Louis Michel, han efectuado una declaración conjunta que busca concienciar a los ciudadanos europeos en contra de esta práctica inhumana. Señalan, asimismo, que la violación de los derechos humanos de las mujeres nunca se puede justificar por razones culturales o en nombre de la tradición.

*(4 de febrero de 2008).*

### Sistema europeo de gestión de fronteras exteriores

La Comisión Europea ha presentado su visión sobre el desarrollo del sistema de gestión de fronteras exteriores de la UE, en el que se incluyen medidas concretas sobre la Agencia europea FRONTEX, así como sobre el control efectivo de las fronteras marítimas; del mismo modo, reflexiona a largo plazo sobre la forma de registro de entrada y de salida de nacionales de terceros países ajenos a la UE. Asimismo, esta aproximación de la Comisión permitirá asegurar la integridad del espacio Schengen, simplificando a los nacionales de terceros países, en la medida de lo posible, el cruce de las fronteras exteriores de la UE.

*(18 de febrero de 2008).*

## Europa en breve

II

### La comisión europea aprueba el quinto informe sobre la ciudadanía de la Unión Europea

La Comisión Europea ha aprobado su Quinto Informe sobre la Ciudadanía de la Unión Europea. El informe evalúa la aplicación de los derechos que el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea confiere a los ciudadanos de la Unión durante el período comprendido entre el 1 de mayo de 2004 y el 30 de junio de 2007. El informe se centra en la evolución experimentada durante el período por él cubierto en lo que atañe al núcleo fundamental de esos derechos, garantizados por los artículos 19 a 21 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en particular, el derecho a circular y residir libremente en la Unión Europea; el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia; el derecho a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares en terceros países; el derecho a formular peticiones al Parlamento Europeo y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo. Además, el Informe hace un balance de los progresos realizados en los ámbitos más estrechamente relacionados con la ciudadanía en su sentido más amplio como, por ejemplo, la no discriminación por razón de la nacionalidad y la protección de los derechos fundamentales.

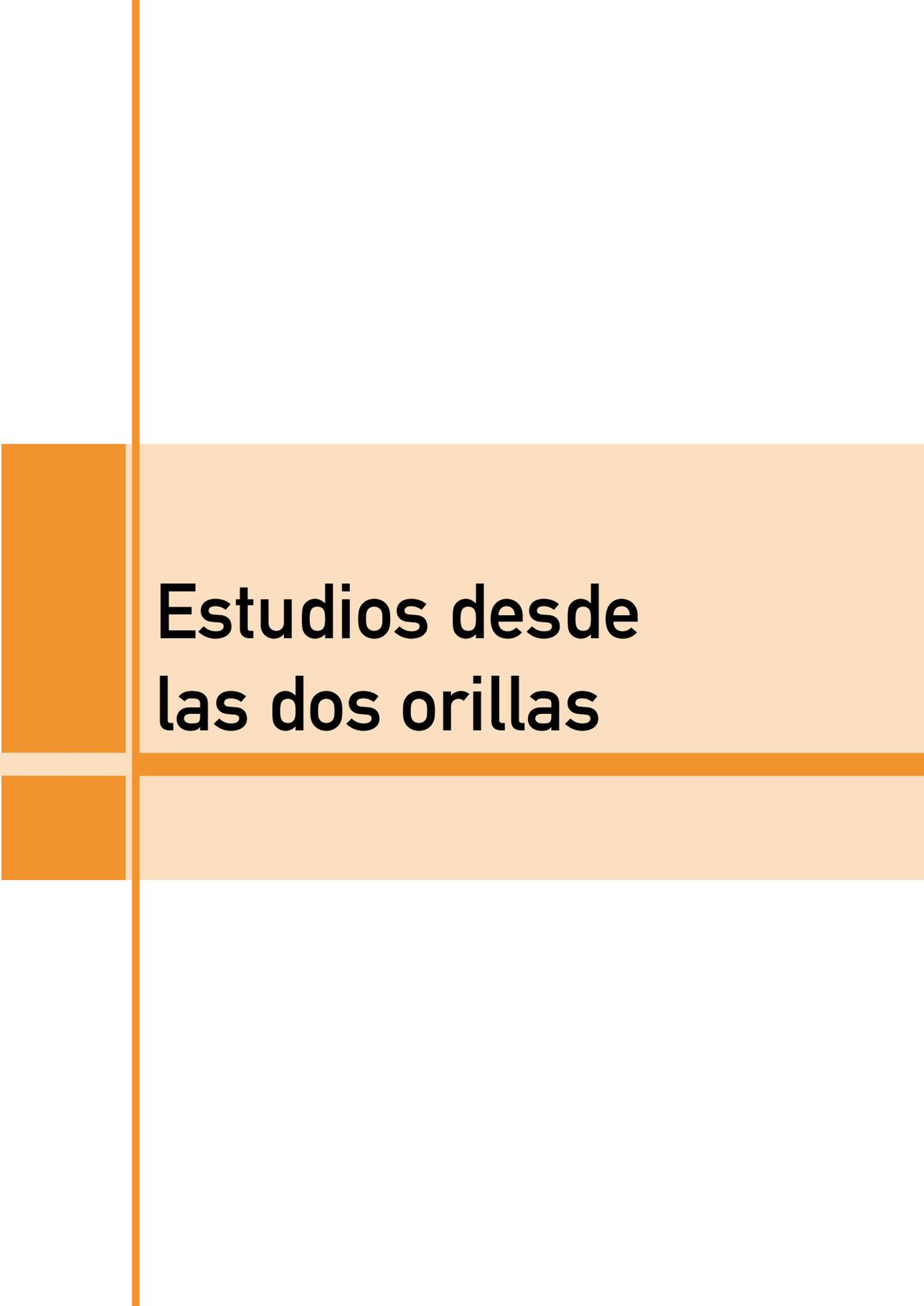
*(18 de febrero de 2008).*

### Gestión de fronteras exteriores en la Unión Europea

El Supervisor Europeo de Control de Datos ha publicado sus observaciones sobre las Comunicaciones presentados por la Comisión Europea el pasado 13 de febrero para desarrollar un paquete de medidas de gestión de fronteras exteriores que crearían mayor seguridad en los controles transfronterizos, a través de un sistema efectivo de protección de datos. El Supervisor desea garantizar de esta manera que dichas operaciones no supongan una intrusión significativa en la vida privada, y ha manifestado que las medidas propuestas exigen un estudio detallado y preciso de la utilización de los datos por vía electrónica, teniendo en cuenta que la accesibilidad a éstos debe estar basada en justificaciones sólidas y en realizar una correcta evaluación de los sistemas existentes (SIS, VIS, Eurodac, etc.) antes de proceder a implantar el nuevo sistema.

*(3 de marzo de 2008).*





# **Estudios desde las dos orillas**



ZOILA COMBALÍA

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Zaragoza  
(combalia@unizar.es)

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense\*

# RESUMEN

### ARBITRAJE, MULTICULTURALIDAD E ISLAM: EL CASO CANADIENSE

Los procedimientos alternativos de resolución de conflictos (mediación y arbitraje) se han impulsado en los últimos años como una vía ventajosa en asuntos de estatuto personal que contribuyen a aligerar el colapso del sistema judicial, a la vez que se reducen los costes del proceso, se evita la publicidad de asuntos que las partes pueden desear mantener en la intimidad y se obtiene una resolución rápida que previene una mayor exacerbación del conflicto. Al mismo tiempo actúan eficazmente en el ámbito de las sociedades interculturales al permitir una resolución más cercana a las partes. No obstante, a pesar de estas ventajas, el sometimiento de los asuntos de familia a arbitraje (especialmente a arbitraje religioso) no ha estado exento de dificultades, tal como se muestra en el caso canadiense. Así, en Canadá, el sistema vigente en Ontario desde 1991 hasta 2005, permitía el arbitraje para resolver determinados asuntos de familia y, de hecho, algunas comunidades religiosas tenían sus propios tribunales de arbitraje al amparo de esta legislación. Sin embargo, cuando a finales de 2003 se constituyó el *Islamic Institute of Civil Justice* con el fin de que los musulmanes canadienses que lo desearan pudieran resolver sus conflictos conforme al Derecho islámico, se suscitó un intenso debate en el país. Las razones alegadas para oponerse fueron que no existe una única, sino diversas interpretaciones del Derecho islámico y que algunas de ellas son de inspiración patriarcal, lesivas de la igualdad de la mujer.

# ABSTRACT

### ARBITRATION, MULTICULTURALITY AND ISLAM: THE CANADIAN CASE

The alternative procedures of conflict resolution (mediation and arbitration) have been promoted in the last several years as an advantageous via in matters that affect the personal statute. Mediation and arbitration contribute to lightening the judicial system load, reducing the costs of the process, avoiding the publicity of subjects that parties want to keep private and obtaining

(\*) Para la realización de este trabajo he contado con la ayuda del Ministerio de Asuntos Exteriores de Canadá (Becas de especialización en estudios canadienses para profesores universitarios –ciencias humanas y sociales–, 2006).

Zoila Combalía

a quick decision that prevents a greater exacerbation of the matrimonial conflict. Also, they act efficiently within the framework of the intercultural societies because they allow a resolution that is more direct for the parties. However, despite these advantages, the submission of the conflicts of family Law to arbitration (and specifically religious arbitration) is not exempt of difficulties, as the Canadian example illustrates. In Canada, the system in force in Ontario from 1991 to 2005, allowed arbitration to resolve certain family matters and, in fact, some religious communities had their own arbitration courts under the protection of this legislation. However, the creation of the *Islamic Institute of Civil Justice* at the end of 2003 that was created so that Canadian Muslims could resolve their conflicts according to Islamic Law incited an intense debate in the country. The reasons given to object were that there is not just one but several interpretations of the Islamic Law and that some of them are of patriarchal inspiration, harmful to women's equality.

## SUMARIO

### I. Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el conflicto suscitado en Ontario.

**II. Análisis del debate que subyace al conflicto.** A) La oportunidad del arbitraje en conflictos de familia y sucesiones. B) La oportunidad del arbitraje religioso. a) Arbitraje religioso y aplicación de un estatuto personal diferenciado a las minorías. b) Experiencias de arbitraje religioso en Canadá. c) Dificultad de un arbitraje islámico. C) La protección de los derechos de los más vulnerables en el arbitraje. a) El riesgo de discriminación para la mujer. b) Garantía de la voluntariedad del arbitraje. c) Conclusión. D) Protección de la multiculturalidad *versus* derechos de los individuos. a) La Carta canadiense: contenido y aplicación al arbitraje. b) Secularidad del Estado y protección de la multiculturalidad.

**III. La resolución del conflicto.** A) Solución propuesta en el Informe Boyd. a) Sugerencias elevadas durante el proceso de estudio. b) Conclusión y recomendaciones del Informe Boyd. B) Solución dada por el gobierno al conflicto del arbitraje religioso. C) Reflexión final.

### I. ARBITRAJE, MULTICULTURALIDAD E ISLAM: EL CONFLICTO SUSCITADO EN ONTARIO

La mediación y el arbitraje se han impulsado en los últimos años como métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares que resultan sumamente ventajosos, pues contribuyen a aligerar el colapso del sistema judicial y a abaratar los costes del proceso. En el caso de su aplicación en materia de familia, se evita la publicidad de asuntos que las partes

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

pueden desear mantener en la intimidad y se obtiene una resolución rápida que previene una mayor exacerbación del conflicto.

Por su flexibilidad, la mediación y el arbitraje resultan especialmente idóneos para actuar con eficacia en el marco de las sociedades multiculturales, al permitir una resolución más cercana a las partes que la que deriva de la aplicación rígida de una ley, que a veces se percibe como extraña, sobre todo en asuntos de familia donde el peso de la identidad cultural y religiosa se deja sentir con particular fuerza. Sin embargo, recientemente se ha cuestionado esta idoneidad a raíz del debate sobre el arbitraje islámico en Ontario, que ha planteado la duda de si el sistema arbitral en temas de familia protege suficientemente a aquella población cuyo estatus, lengua, educación, entendimiento del Derecho u otras características, la hacen especialmente vulnerable a una resolución de sus conflictos no equitativa.

En un momento en el que la pluralidad social en occidente nos conduce a buscar cauces de flexibilización para nuestros ordenamientos<sup>1</sup>, siendo la mediación y el arbitraje uno de ellos, el análisis del conflicto canadiense tiene gran interés por la seriedad y la profundidad con que se acometió el debate. No estamos, por tanto, ante un problema cerrado, ni temporal, ni geográficamente.

En 1990 Canadá adoptó la *Uniform Arbitration Act*<sup>2</sup>, recomendando a las provincias su suscripción. Ontario estuvo entre las primeras que acogieron la ley, promulgándola como *Ontario's Arbitration Act*, en 1991<sup>3</sup>. La ley de Ontario no limitaba la posibilidad del arbitraje a los asuntos comerciales, sino que incluía también los de familia y sucesiones, y otorgaba a las partes la posibilidad de determinar la ley que habría de regir el arbitraje, sin excluir a los sistemas confesionales. Así, el artículo 32 señalaba que “en la resolución de un conflicto, el tribunal de arbitraje aplicará el sistema normativo designado por las partes o, si éstas no han designado ninguno, el que considere apropiado atendiendo a las circunstancias”<sup>4</sup>.

Al amparo de la ley, algunas comunidades religiosas (judías, cristianas o ismaelíes) instituyeron sus propios tribunales de arbitraje<sup>5</sup>. No obstante, el debate no se suscitó hasta que, a finales

(1) Sobre la necesidad de flexibilización de los ordenamientos occidentales para adaptarlos a la diversidad cultural, ver Z. COMBALÍA, “La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en VV.AA. (Ed. M.J. Roca): *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008 (en prensa).

(2) La *Uniform Arbitration Act* fue adoptada por la *Uniform Law Conference of Canada*, un organismo para la reforma y armonización del Derecho provincial y federal canadiense. Cfr. en <http://www.ulcc.ca/en/us/arbitrat.pdf>.

(3) El texto de la ley puede consultarse en: <http://www.e-laws.gov.on.ca:81/ISYSQuery/IRLFO93.tmp/1/doc>.

(4) Aunque algunos han sostenido que los redactores de la ley pensaban fundamentalmente en la elección entre el Derecho de Ontario o el de otra provincia canadiense o nación, el hecho es que la letra de la ley, y la práctica que se ha venido siguiendo, ha permitido la interpretación más amplia que incluiría la opción por los ordenamientos confesionales u otros.

(5) Vid infra apartado II.B.b).

de 2003, se constituyó el *Islamic Institute of Civil Justice*<sup>6</sup> con el fin de llevar a cabo arbitrajes conforme al Derecho islámico, estableciendo para ello tribunales de *Sharia*<sup>7</sup>. Entre quienes se opusieron decididamente a estos tribunales se encontraban algunos sectores de la propia población musulmana canadiense, como el *Canadian Council of Muslim Women*<sup>8</sup>, que jugó un papel fundamental en la controversia.

La fuerte polémica generada y la presión social obligaron a las autoridades de la provincia a revisar la oportunidad del arbitraje religioso<sup>9</sup>. Con tal finalidad, el gobierno solicitó el asesoramiento de la anterior Ministra de Justicia –Marion Boyd–, considerada por muchos como una destacada feminista, a la que encomendó la tarea de estudiar a fondo el asunto y elevar una propuesta de actuación. Para ello, Boyd entró en contacto con las comunidades afectadas, entrevistándose con numerosos ciudadanos y organismos, incluyendo asociaciones de mujeres, de inmigrantes, grupos para la prevención de la violencia doméstica, representantes de las comunidades musulmanas, judías, evangélicas y de otras confesiones, corporaciones de profesionales del Derecho, universidades, especialistas en temas de familia y otros expertos<sup>10</sup>.

El exhaustivo y riguroso informe elaborado por Boyd (en adelante Informe Boyd) concluía la conveniencia de mantener el arbitraje religioso, si bien introduciendo una serie de reformas políticas y legislativas que garantizasen el acomodo entre la autonomía cultural y los derechos y libertades del individuo. Analizaremos, a continuación, los principales puntos en los que se centró el debate.

## II. ANÁLISIS DEL DEBATE QUE SUBYACE AL CONFLICTO

Los temas que subyacen al debate suscitado son de importante calado jurídico por lo que resulta de interés dejar constancia de ellos. Antes de tratar la conveniencia del arbitraje religioso, nos detendremos en la oportunidad de someter los conflictos de familia a arbitraje privado, con independencia de que sea religioso o secular.

(6) Ver <http://muslim-canada.org/DARULQADAform.html>.

(7) Sobre la oportunidad de esta denominación para los tribunales de arbitraje conforme al Derecho islámico, vid infra apartado II.B.c).

(8) Ver <http://www.cmw.com>. El *Canadian Council of Muslim Women* promovió un movimiento de oposición al arbitraje islámico, al que pronto se sumaron diversas asociaciones (como la *Nacional Association of Women Lawyers*), que constituyeron la *No Religious Arbitration Coalition*.

(9) Sobre las organizaciones e instituciones de distinta índole implicadas en la campaña contra el arbitraje islámico, ver pp. 4 y 5 del Informe elaborado por Marion Boyd, al que nos referimos a continuación y cuyo texto completo puede consultarse en: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>.

(10) El apéndice II del Informe Boyd (pp. 145-153) recoge la extensa lista de personas y organismos consultados.

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

## A) La oportunidad del arbitraje en conflictos de familia y sucesiones

Como argumento a favor del arbitraje en temas de familia se alegaba que, puesto que se trata de una opción voluntaria que no cierra la elección de un proceso judicial público para quienes lo deseen, su posibilidad amplía el ámbito de elección de las partes que pueden preferir que sus conflictos privados se resuelvan sin publicidad, de un modo más rápido y con menor coste. En este sentido es ilustrativa la valoración que hace EPSTEIN acerca de la posibilidad de suprimir el arbitraje: “Sería un error considerable, en mi opinión, prohibir a las partes el arbitraje para resolver disputas de Derecho de familia en Ontario. Es cada vez más frecuente que las partes resuelvan sus disputas por esta vía que, junto con la mediación, resulta sumamente útil para reducir el conflicto e impulsar una resolución más rápida y menos costosa. Se causaría un gran perjuicio a la sociedad si se suprimiera esta herramienta... Hago esta observación porque pienso que el arbitraje es un instrumento sumamente eficaz y hay un importante beneficio en juego para las partes. Los tribunales siempre estarán disponibles para aquellos que no deseen recurrir a esta vía, pero el arbitraje será cada vez más popular conforme las partes lo conozcan mejor. Una ventaja significativa del arbitraje es que se trata de un proceso confidencial, a diferencia del judicial, y muchos quieren que sus problemas se resuelvan de modo confidencial”<sup>11</sup>.

Junto a las ventajas apuntadas, los defensores de la idoneidad de la mediación y el arbitraje en estos conflictos, hacen hincapié en que no cualquier asunto de familia puede resolverse por vía arbitral, sino únicamente aquellas cuestiones que afectan a intereses privados de las partes. Por ejemplo, no podría resolverse mediante proceso arbitral el reconocimiento de la paternidad o una decisión que afecte al estado civil matrimonial. Igualmente, los tribunales pueden rechazar un acuerdo arbitral en materia de custodia de los hijos, sobre la base de la llamada *parens patriae jurisdiction* dirigida a garantizar el mejor interés del menor<sup>12</sup>.

(11) “It would be a significant error, in my view, to prohibit parties from going to arbitration in Ontario to settle family law disputes. It is becoming far more common for parties to resolve their disputes in this way and, coupled with mediation, is an extremely useful tool for reducing conflict and encouraging earlier and less costly settlement. It would be a huge disservice to the public to take away this tool... I make this point because I think that arbitration is an extremely effective tool and there is a huge cost benefit to the parties. The courts will always be available for those that do not wish to use this process but, arbitration will become more and more popular as parties learn more about it. There is also a significant advantage in arbitration in that it is a confidential process as opposed to the courts and many parties want their problems resolved in a confidential fashion” (*Submission of Phil Epstein* –September 21, 2004–, en “Informe Boyd”, pp. 38 y 39). Epstein es un destacado abogado y experto en Derecho de Familia de Ontario.

(12) Así, en *Duguay v. Thompon-Duguay*, 2000, O.J. núm. 1541, 7 R.F.L. (5th), 301 (Sup. Ct.) at para. 41, citado en el “Informe Boyd”, p. 16. Recientemente el *Ontario Court of Appeal* (A.A. v. B.B., 2007, 2, On.C.A.) ha sostenido que la *parens patriae jurisdiction* forma parte de la jurisdicción inherente al tribunal superior de la provincia. Si bien se trata de un caso peculiar en el que la *parens patriae jurisdiction* no se utiliza para evitar un daño al menor, sino para resolver un vacío legal respecto a la atribución de paternidad a una pareja del mismo sexo, sin embargo se sostiene una interpretación abierta de las categorías bajo las que podría invocarse la *parens patriae jurisdiction*, en los siguientes términos: “(27) The court’s inherent *parens patriae* jurisdiction may be applied to rescue a child in danger or to bridge a legislative gap... (29) ...The Supreme Court of Canada has considered this jurisdiction on several occasions, in particular in *Beson v. Director of Child Welfare for Newfoundland*, [1982] 2 S.C.R. 716 and *E. (Mrs) v. Eve.*, [1986] 2 S.C.R. 388. La Forest J. reviewed the history of the *parens patriae* jurisdiction at length in *Eve*. He concluded at p. 426 with the following statement: As Lord MacDermott put it in *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, at p. 703, the authorities are not consistent and there are many twists and turns, but they have inexorably “moved towards a broader discretion, under the impact of changing social conditions and the weight of opinion...” In other words, the catego-

Apoyándose en estos argumentos, destacadas instituciones, como la *Family Law Section of the Ontario Bar Association* y la *Advocates Society*, elaboraron un informe en el que declaraban que suprimir la opción del arbitraje “sería un desastre que haría retroceder treinta años el desarrollo del Derecho de familia”<sup>13</sup>.

Hasta aquí los argumentos a favor. Las voces discrepantes las protagonizaron de modo destacado los siguientes organismos:

a) El *Muslim Canadian Council*, exponente de los musulmanes progresistas, defendió que la *Arbitration Act* no debería amparar los conflictos de familia ya que hacerlo atentaría contra la Constitución al vulnerar la igualdad de todos ante la ley y la no discriminación de los ciudadanos, el Estado de Derecho, el federalismo, el respeto a las minorías, la igualdad de los ciudadanos y la *public policy*, pues estaríamos ante una privatización, *de facto*, de la función legislativa y de las obligaciones del Parlamento.

b) La *Nacional Association for Women and the Law*, el *Canadian Council of Muslim Women* y la *National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada*, argumentaban contra el arbitraje en temas de familia por su posible vulneración de la no discriminación de la mujer del artículo 15 de la Constitución, al permitir el recurso a sistemas jurídicos distintos del canadiense, como los religiosos, incluso aunque no reconozcan el principio de igualdad y los criterios legales fijados en la *Family Law Act* o en la *Divorce Act*<sup>14</sup>. Se refieren estas asociaciones al impacto negativo que la privatización del Derecho de Familia tiene sobre las mujeres. Así, han afirmado que, desde los años setenta, las feministas han venido subrayando las insuficiencias de una regulación legal que únicamente se ocupe de la esfera pública. Señalan que la no regulación de la esfera “privada” de familia ha conducido, en ocasiones, a la consolidación de relaciones de poder preexistentes y a una distribución desigual de bienes materiales dentro de la familia, cuando no a mantener los casos de violencia doméstica escondidos en el seno de la familia y al margen del sistema de protección jurídica. La ideología de la división entre público y privado –concluyen– refuerza el *status quo* de la esfera privada, lo que, con frecuencia, se traduce en reforzar relaciones desiguales sobre la base del género, origen, raza o edad, entre otros<sup>15</sup>.

ries under which the jurisdiction can be exercised are never closed. Thus I agree with Latey J. in *Re X, supra*, at p. 699, that the jurisdiction is of a very broad nature, and that it can be invoked in such matters as custody, protection of property, health problems, religious upbringing and protection against harmful associations. This list, as he notes, is not exhaustive”.

(13) En Informe Boyd, p. 36.

(14) Ver a este respecto N. BAKHT: “Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario’s Arbitration Act and its Impact on Women”, *Muslim World Journal of Human Rights*, vol. 1, issue 1, 2004, Article 7, pp. 18 y ss.

(15) “Since the 1970s, feminists have highlighted problems with the notion that state or legal regulation is permissible only in the public sphere, noting, among other things, that ‘the personal is political’. First, non-regulation of the ‘private’ sphere of family has too often resulted in consolidation of pre-existing power relations and the often unequal distribution of material goods within the family. The history of domestic violence being hidden within the family and insulated from legal scrutiny provides a classic example, but we could also mention the history of women’s responsibility for domestic labour being ‘hidden in the household’. The ideology of the public/private divide typically reinforces the status quo in the private sphere, which often means reinforcing unequal relations based on gender, class, race, or age, among others. These unequal relations in the private sphere in turn support unequal relations in the public sphere...” (Susan B. BOYD, “Privati-

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

### B) La oportunidad del arbitraje religioso

Otro de los puntos en los que se centró el debate fue el de la oportunidad, no ya del arbitraje en materia de familia con carácter general, sino concretamente del arbitraje religioso.

En diversas tradiciones religiosas, los ordenamientos confesionales se ocupan de regular cuestiones de estatuto personal. Cuando las leyes civiles de un país no reflejan esos mismos principios, aquéllos que se sienten ligados por sus creencias pueden percibir esa legislación como extraña. En estos casos, la mediación y el arbitraje se han presentado como instituciones idóneas para armonizar el ámbito civil y el religioso de modo que la persona no se sienta coaccionada por un sistema normativo en una materia, como es la de familia, que tan directamente afecta al núcleo de la personalidad. No obstante, como hemos señalado, la conveniencia del arbitraje religioso no ha sido una cuestión pacífica. Antes de adentrarnos en el debate en torno a este punto, es oportuno precisar que no debe confundirse el arbitraje con la aplicación de un sistema de estatuto personal diferenciado.

#### a) Arbitraje religioso y aplicación de un estatuto personal diferenciado a las minorías

Tanto el arbitraje como el establecimiento de un sistema de estatuto personal diferenciado para las minorías religiosas se han defendido por quienes perciben que los asuntos de familia deben regirse por la ley religiosa<sup>16</sup>, siendo, con frecuencia, reivindicaciones de los musulmanes que viven en países occidentales<sup>17</sup>.

zation, Law, and the Public/Private Divide”, en *Amici, Newsletter of the Sociology of Law Section of the American Sociological Association*, otoño 2004, vol. 12, núm. 1, p. 4).

(16) Conviene tener en cuenta que el recurso a un sistema religioso o cultural respecto a los asuntos de familia no ha sido la excepción, sino la regla general, durante siglos y continúa en uso en diversos países no pertenecientes al mundo occidental. Así, en Israel, se reconocen doce comunidades religiosas, la mayor parte judías, musulmanas y cristianas, con su propio sistema de estatuto personal y tribunales. Los tribunales religiosos tienen jurisdicción exclusiva sobre los miembros de sus comunidades, con independencia de que éstos practiquen o no su religión; en tema de matrimonio y divorcio se les aplica su ley religiosa. En otras materias como adopción, sucesión, etc., la jurisdicción religiosa no es exclusiva sino concurrente con la civil a elección de las partes. El Estado interviene en el nombramiento y financiación de los tribunales religiosos. Asimismo, bastantes países musulmanes tienen un sistema de estatuto personal específico para las distintas minorías religiosas. La familiaridad con estos regímenes es, posiblemente, una de las causas de su petición en occidente. Sobre el sistema de estatutos personales diferenciados en Israel ver H.J. STEINER & P. ALSTON: *International Human Rights in context: law, politics, morals: text and materials*, Oxford-New York, 2000, pp. 493 y ss. Sobre el sistema en otros países como Pakistán, Bangladesh o la India ver D. PEARL: “Islamic Family Law and its reception by the Courts in the West: the English experience”, en Christian VON BAR (ed.): *Islamic Law and its reception by the Courts in the West. Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück*, 1999, pp. 111 y ss.

(17) Ver Z. COMBALÍA: *Recepción del derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Ed. Comares, Granada 2006, pp. 83-86. Especial interés tienen las reivindicaciones planteadas por los musulmanes del Reino Unido. Ya en la década de los 70 la “Unión de Organizaciones Musulmanas del Reino Unido e Irlanda” dictó una Resolución solicitando el reconocimiento oficial de un sistema específico de Derecho islámico de familia para los musulmanes británicos. Tal solicitud se ha intentado llevar al Parlamento sin éxito repetidas veces. Sobre esta cuestión ver D. PEARL: “Islamic Family Law and its reception by the Courts in the West: the English experience”, en Christian VON BAR (ed.): *Islamic Law and its reception by the Courts in the West. Congress from 23 to 24 October 1998 in Osnabrück*, 1999, pp. 111 y ss.; S. POULTER: “The Claim to a Separate Islamic System of Personal Law for British Muslims”, en C. MALLAT & J. CONNORS (ed.): *Islamic Family*

Quienes se han opuesto al arbitraje islámico, han alegado que éste es sólo el primer paso y que la meta final de los que lo defienden es el establecimiento de un sistema de justicia islámico completo para los musulmanes<sup>18</sup>. Esto explica que, quienes han llegado a Canadá huyendo de la aplicación de su legislación religiosa, rechacen frontalmente el arbitraje y lo consideren un peligro, una vía para la reintroducción de esas leyes en sus nuevas vidas en occidente. Así, muchos de los individuos y grupos que integran la *International Campaign against Shariah Court in Canada*, proceden de países como Afganistán, Irán, Arabia Saudí, etc., donde han estado implicados en la lucha por los derechos humanos y la igualdad de la mujer, razones por las que algunos han sufrido persecución<sup>19</sup>. No obstante, y pese a lo comprensible que resultan tales temores, conviene no perder de vista el carácter voluntario y la naturaleza secular –no religiosa– de la institución del arbitraje.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que, la falta de apreciación de las costumbres y peculiaridades culturales y religiosas de los musulmanes que viven en occidente, no evita su aplicación sino que hace que ésta opere al margen del sistema jurídico. Así, en Gran Bretaña, el *Islamic Sharia Council (UK)* viene prestando, desde 1982, servicios de conciliación y asesoramiento matrimonial conforme al Derecho islámico. En caso de conflicto entre el Derecho islámico y el británico, un 66% de los musulmanes han optado por el primero lo que hace que muchos de los conflictos nunca lleguen a los tribunales, sino que se resuelvan privadamente, mediante esos procesos informales islámicos<sup>20</sup>. Otra vía por la que el Derecho musulmán ha terminado por hacerse presente en los países occidentales es la del Derecho internacional privado, cuando concurre un elemento de extranjería con referencia a un Estado en el que las normas confesionales tienen eficacia<sup>21</sup>. En estos casos, además, se da la dificultad añadida de que, quien termina por aplicar el Derecho de base confesional, es el juez occidental que no está familiarizado con instituciones islámicas.

Law, London/Dordrecht/Boston 1990; S. POULTER: *Ethnicity, Law and Human Rights. The English experience*, Oxford 1999, pp. 201-233.

(18) Sobre las reivindicaciones en Canadá de un estatuto personal para los musulmanes, ver la información y artículos publicados por la *Canadian Society of Muslims (Online Library Project & Resource Centre)*, en <http://www.muslim-canada.org>, especialmente SYED MUMTAZ ALI (Canadian Society of Muslims): *The Review of the Ontario Civil Justice System. The Reconstruction of the Canadian Constitution and The Case for Muslim Personal/Family Law. A Submission to The Ontario Civil Justice Review Task Force*.

(19) Así se recoge en el Informe Boyd, pp. 46 y 47.

(20) S. M. POULTER: *Ethnicity, Law and Human Rights: The English experience*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 203.

(21) Por ejemplo, refiriéndose a la penetración del Derecho islámico en el Derecho español ha escrito ZABALO que “las actuales tendencias migratorias hacen que los ordenamientos de los países europeos tengan que dar respuesta a relaciones familiares en las que el tradicional elemento extranjero, identificador del objeto del Derecho internacional privado, se torna multicultural. Son las normas de conflicto de leyes las que van a delimitar el grado de incorporación de la ley extranjera, que en este caso, en tanto que ley personal de los inmigrantes musulmanes, va a introducir el Derecho islámico y sus principios rectores en materia de matrimonio, en la sociedad española, de la que, como residentes, forman parte” (E. ZABALO: “Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. VIII, 2002, p. 255).

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

## b) Experiencias de arbitraje religioso en Canadá

Algunas confesiones religiosas venían resolviendo los conflictos de familia de sus miembros mediante arbitraje al amparo de la ley de Ontario de 1991. Aunque determinadas comunidades cristianas ejercían el arbitraje religioso<sup>22</sup>, fue, sobre todo, la población judía, la que se sirvió de este recurso.

Es habitual que las partes acudan ante el tribunal rabínico (*Beth Din*) en caso de divorcio otorgado por el marido (*get*) puesto que, con la disolución meramente civil, la mujer no puede contraer nuevo matrimonio religioso y se la considera *agunah*, esto es, ni casada, ni divorciada. En estas ocasiones, los tribunales judíos se han servido del arbitraje legal, cuando las partes lo han acordado, para pronunciarse sobre asuntos derivados de la ruptura del matrimonio como la pensión de alimentos, la división de la propiedad, la custodia y visita de los hijos, etc.<sup>23</sup>.

Los defensores del arbitraje religioso en el debate canadiense han hecho especial hincapié en la importante tarea desarrollada por las comunidades ismaelitas, habida cuenta de su procedencia islámica<sup>24</sup>. Así, se ha destacado cómo la comunidad ismaelí, ha venido desplegando un sistema de arbitraje –o al menos de mediación– efectivo y sin coste en distintas provincias canadienses, adaptado a los contextos culturales específicos, muy especialmente, al importante papel que en esas comunidades desempeña la familia extensa<sup>25</sup>.

Los *Conciliation and Arbitration Boards* (CABs) ismaelíes operan en catorce jurisdicciones alrededor del mundo. En Canadá existen cinco CABs regionales y uno nacional integrados por voluntarios, nombrados para un período de tres años por el Aga Khan –dirigente de la comunidad de los ismaelitas–, entre juristas, trabajadores sociales u otros profesionales cualificados. Los miembros, 34 en la actualidad, están equilibrados en función del género, siendo 16 de ellos mujeres. El principal objetivo de los CABs ismaelíes es resolver los conflictos conforme a la equidad, con rapidez, de modo constructivo, con respeto tanto a la identidad cultural como a los intereses de las partes afectadas y minimizando el coste emocional y el económico. Antes de admitir un caso de mediación o arbitraje, el CAB debe asegurarse de que las partes acuden voluntariamente. Se respeta absolutamente la confidencialidad<sup>26</sup>. Los servicios son gratuitos,

(22) Llama la atención que, ni la Iglesia anglicana de Canadá, ni la católica, que son las iglesias cristianas con un Derecho matrimonial más desarrollado, han adoptado decisiones al amparo de la legislación de arbitraje.

(23) Informe Boyd, pp. 40 y 41.

(24) El ismaelismo es una de las corrientes derivadas del Islam *chií*. A diferencia del Islam *sunni*, reconocen la autoridad del imam, heredero de la autoridad del Profeta y custodio de su legado, con la misión de guiar a la comunidad. Sus miembros son llamados también “septimanos” pues no reconocen mas que los siete primeros imames *chiíes*.

(25) Así se destaca en N. BAKHT: *Family Arbitration Using Sharia Law*: “Examining Ontario’s Arbitration Act and its Impact on Women”, *Muslim World Journal of Human Rights*, vol. 1, issue 1, 2004, Article 7.

(26) Así, en la normativa de arbitraje dictada por “His Highness Prince Aga Khan Imami National Conciliation and Arbitration Board for Canada”, se establece que: “the parties to the arbitration shall not at any time divulge or communicate to any person other than a person directly concerned with the arbitration any information concerning the arbitration” (núm. 8), en Informe Boyd, apéndice V.

siendo responsables las partes únicamente de los costes de la preparación del caso y del asesoramiento legal. De este modo, los CABs suponen un ahorro de tiempo y dinero, no sólo para las partes, sino también para el sistema judicial civil. En un período de cinco años (1998-2003) los CABs se han ocupado de 769 casos: el 63% matrimoniales, el 29% comerciales y un 8% de otros asuntos (incluyendo los sucesorios)<sup>27</sup>.

Como ejemplo de mediación y arbitraje islámico desarrollado con eficacia, el Informe Boyd hace referencia al servicio de arbitraje de Masjid El Noor en Toronto, una mezquita sunní. Desde 1982, Masjid El Noor viene ofreciendo un servicio pastoral de asesoramiento, mediación y arbitraje a los miembros de su comunidad y con frecuencia ha sido requerido por los tribunales civiles. El servicio lo integran siete personas: un imam, tres mujeres y tres varones, constando cada panel de audiencia de un varón, una mujer y el imam. La mayor parte de los mediadores son profesionales que prestan un servicio de voluntariado a la comunidad. Se garantiza que las partes acuden libremente y se les proporciona una guía del Derecho de Familia de Ontario que Masjid el Noor se ha encargado de traducir a diversas lenguas conocidas por la mayor parte de los miembros de la comunidad, como el urdu o el gujurati.

### c) Dificultad de un arbitraje islámico

Los ejemplos apuntados en el apartado anterior muestran cómo por la vía del arbitraje islámico se han resuelto satisfactoriamente en Canadá conflictos de familia, tanto en un contexto *chií* como *sunní*. No obstante, la diversidad de interpretaciones del Derecho islámico es una dificultad para garantizar que su aplicación sea en todos los casos respetuosa de los valores canadienses. Esto es, el Derecho musulmán difiere de unas escuelas a otras<sup>28</sup> e incluso varía dentro de una misma escuela. Además, la mayor parte de los actuales Estados musulmanes no aplican el Derecho islámico clásico, sino Códigos inspirados en él, existiendo importantes divergencias entre los ordenamientos de los distintos países. De este modo, con el fin de que un matrimonio se rija por un sistema de Derecho que le resulte más cercano, podría terminar imponiéndosele uno que le fuera igualmente extraño. No se encuentra tampoco en el Islam un método institucionalizado para definir el dogma ni un tribunal de *Sharia* centralizado que sea aceptado por todos los musulmanes. Es más, la diversidad del pensamiento jurídico es considerada en el Islam como un don de Dios.

En el marco de esta diversidad, se ha denunciado que determinados líderes musulmanes, sin tener el conocimiento debido del Derecho canadiense de familia e, incluso, una deficiente formación en Derecho islámico, están, sin embargo, decidiendo conflictos de ciudadanos musulmanes que se sienten obligados a seguir sus resoluciones. En ocasiones, las tradiciones culturales en las que se apoyan pueden contravenir directamente el Derecho canadiense; así ocurre,

(27) Así se señala en el Informe Boyd, p. 59.

(28) Al margen de la distinción entre el Islam *sunni* y el *chií* (considerado por los primeros como heterodoxo), existen, dentro del propio Islam *sunni*, distintas escuelas que, si bien son reconocidas entre sí como ortodoxas, difieren en el modo de interpretar el Derecho. Las principales escuelas son la *hanafi*, la *maliki*, la *shafeí* y la *hanbalí*. Ver una síntesis en Z. COMBALÍA: *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráfica Ed., Pamplona, 2001, pp. 22-24.

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

por ejemplo, con los matrimonios poligámicos o por debajo de la edad legal. El *Islamic Institute of Civil Justice* negó estas acusaciones declarando que el arbitraje islámico no puede aplicar las disposiciones del Derecho musulmán que no sean conformes a las leyes o al sistema de valores canadienses<sup>29</sup>; sin embargo, en el mismo documento añadía que cualquier acción de un musulmán debe estar de acuerdo con los preceptos de la *Sharia*, y que no se puede ser buen musulmán si no se obedece el Derecho islámico en su totalidad<sup>30</sup>.

En relación con lo anterior, algunos han precisado que no debería emplearse el término *Sharia* para referirse al arbitraje musulmán. Más que de un tribunal de *Sharia* habría que hablar de un tribunal alternativo de resolución de conflictos, consecuente con el Derecho canadiense y con la única peculiaridad de que las partes son musulmanas y que la resolución se da conforme al espíritu del Islam. Si se permite emplear la palabra *Sharia* muchos musulmanes se sentirán presionados porque ningún musulmán quiere estar en contra de la *Sharia*. De este modo, es más precisa la expresión Derecho musulmán o islámico.

Por las razones apuntadas en este apartado, algunos autores partidarios del arbitraje religioso en general, se han opuesto a éste, por ser contrarios al arbitraje islámico en concreto y entender que difícilmente pueden permitirse unas formas de arbitraje religioso y prohibirse otras<sup>31</sup>.

### C) La protección de los derechos de los más vulnerables en el arbitraje

#### a) El riesgo de discriminación para la mujer

La principal razón esgrimida contra el arbitraje religioso ha sido la desigualdad y discriminación de la mujer que impera en algunos sistemas confesionales y la mayor vulnerabilidad de ésta cuando surge un conflicto de familia.

En concreto, bastantes modelos de Derecho de familia del mundo islámico mantienen un sistema patriarcal en el que el cabeza de familia es el varón. Los derechos y deberes entre las partes no son iguales, sino complementarios y equitativos en función del distinto papel que cada uno

(29) "The fact of the matter (and the very first and the most important requirement) is that arbitration cannot apply those provisions of Muslim law/Sharia, which do not agree with Canadian laws or Canadian value system" (The Canadian Society of Muslims, *An update on the Islamic Institute of Civil Justice –Darul-Qada–*, "News Bulletin", August 2004, p. 4, en <http://muslim-canada.org>).

(30) "The Quran tells us about the root-source of every action. Every act, deed, or movement of a Muslim must consequently be in accord with Muslim law/Sharia injunctions. A Muslim cannot be a Muslim without obeying Muslim law in its totality" (The Canadian Society of Muslims, *An update on the Islamic Institute of Civil Justice...*, p. 5, en <http://muslim-canada.org>).

(31) Por ejemplo, EPSTEIN ha afirmado: "estoy muy preocupado con la introducción del Derecho de *Sharia* en Ontario pero reconozco al mismo tiempo que en la actualidad el Derecho judío se está aplicando por tribunales judíos y que, obviamente, no puede discriminarse entre distintos grupos raciales o culturales" (Informe Boyd, p. 68).

desempeña en el matrimonio<sup>32</sup>. Así, al varón le corresponde el deber de pagar la dote (*mahr*) a la mujer y de sostenerla económicamente (*nafaqa*). Como contrapartida y respondiendo a unos esquemas en los que la preeminencia se asigna al varón, la mujer tiene el deber de obedecer a su marido y de velar por la buena marcha del hogar. Ciertamente, partiendo de la distinción de roles y de la primacía del varón, se intenta proteger a la mujer y que el varón no abuse de su primacía. Los derechos y deberes entre las partes no son tampoco los mismos en el momento de la disolución del matrimonio. Conforme al Derecho islámico el marido puede disolver el vínculo unilateralmente a través del denominado *talak* sin necesidad de causa ni proceso alguno, simplemente pronunciando la fórmula del repudio. En el Derecho islámico no existe pensión de alimentos; con la ruptura del matrimonio la mujer pierde el derecho al sostenimiento económico y su sustento pasa a ser obligación del pariente varón más próximo. Sin embargo, en el caso de la población inmigrante, no siempre podrá garantizarse el soporte de la familia extensa que se dispone en su país de origen, por lo que existe el riesgo de que esas mujeres queden desprotegidas.

### b) Garantía de la voluntariedad del arbitraje

Conviene tener presente que, si bien el acuerdo arbitral es vinculante y no está sometido en principio a revisión judicial, sin embargo, para que pueda acudir al arbitraje es necesario que concurra la libre voluntad de las partes; por tanto, han afirmado algunos autores, no cabe hablar de discriminación de la mujer puesto que ésta ha de elegir libremente el arbitraje.

El Derecho de familia de Ontario, al igual que el de otros asuntos civiles, otorga amplio margen a la autonomía privada. Recientes resoluciones del Tribunal Supremo de Canadá subrayan que las personas deben acatar sus propias elecciones e, incluso en situaciones de desigual negociación, el Tribunal ha dictaminado que éstas son vinculantes<sup>33</sup>. No son pocos los casos en que una de las partes en un proceso de disolución del matrimonio decide renunciar a la pensión o a sus derechos de propiedad para facilitar el proceso de separación, su seguridad y la custodia o visita de los hijos; esto ocurre también en el sistema judicial. Únicamente si, como consecuencia de la ruptura, una parte pasara a ser beneficiaria de ayuda pública, entonces las autoridades revisarían las obligaciones económicas libremente pactadas, pudiendo obligar a la otra parte a pagar una pensión no acordada. La diferencia está en que, mientras que en el proceso judicial, para que un acuerdo de esta naturaleza sea vinculante, ha de garantizarse que se ha alcanzado con

(32) La no identidad de derechos y obligaciones entre las partes se refleja en la mayor parte de Códigos de familia vigentes en los países islámicos que recogen, junto a derechos y deberes comunes, unos específicos del varón y otros de la mujer. De este esquema se separan en buena medida el Código tunecino y la nueva Mudawana marroquí. Acerca de los derechos y deberes en el matrimonio islámico ver Z. COMBALÍA: "Mujer y matrimonio en el Derecho islámico", en *Conciencia y Libertad*, núm. 13, 2001, pp. 43 y ss. Sobre la nueva Mudawana ver P. DIAGO DIAGO: "Repeticiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí", en VV.AA.: *Musulmanes en el Aragón del s. XXI*, Zaragoza 2004.

(33) Como ejemplo de elecciones vinculantes "desfavorables" se menciona el caso *Walsh* en el que la *Supreme Court* de Nueva Escocia falla que la mujer, que había "elegido" no contraer matrimonio, no tiene derecho a reclamar la división de la propiedad [*N.S. (AG) v. Walsh* (2002) 4 S.C.R. 325]; o el caso *Miglin* en el que se consideró vinculante el acuerdo de una mujer que había firmado la renuncia a pensión de alimentos a cambio de ocupar temporalmente el cargo de asesora en el negocio familiar [*Miglin v. Miglin* (2003) 1 S.C.R. 303].

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

total entendimiento por las partes de las consecuencias pactadas y plena manifestación del patrimonio de ambos, sin embargo, la ausencia de estos aspectos no se incluye entre los motivos de apelación de un acuerdo arbitral.

A continuación cabría preguntarse si, garantizando el suficiente conocimiento, seguiría estando justificado imponer una intervención pública en la resolución de asuntos privados. La tesis afirmativa parte de que existe una elección correcta y una tendencia a desconfiar de que alguien que esté plenamente informado de sus derechos, pueda libremente optar por un arbitraje religioso<sup>34</sup>. El *Islamic Institute of Civil Justice* ha afirmado a este respecto que “los medios occidentales asumen que, al igual que algunos cristianos seculares, los musulmanes también adoptarán sus decisiones sobre la única base de las ganancias y beneficios materiales. Contra esta idea equivocada, el hecho es que cada acción del musulmán viene motivada por consideraciones espirituales: en qué medida esa acción merecerá recompensa o castigo en el más allá. Es esta consideración, por encima de la mera perspectiva del beneficio o perjuicio material, la que impregna cada aspecto de la vida de un musulmán. Es el eje en torno al cual gira toda su vida. El Corán nos señala la raíz de cada acción. En consecuencia, toda acción de un musulmán debe ser conforme al Derecho musulmán o a las disposiciones de la *Sharia*”<sup>35</sup>.

Algunos han subrayado que el arbitraje, no sólo no es un obstáculo para una justa resolución de los conflictos familiares y la protección de la parte más vulnerable, sino que puede facilitar que muchas mujeres que, por dificultades económicas, desconocimiento de la lengua o desconfianza o temor ante el acceso a la justicia ordinaria, no llevarían su caso ante los tribunales civiles, accedan, sin embargo, a acudir a un tribunal de su comunidad con un coste muy inferior y una afinidad cultural, lingüística, etc., superior.

Quienes se oponen al arbitraje religioso entienden que la base sobre la que se asienta la legitimidad del arbitraje: la voluntariedad de las partes, no está garantizada en el arbitraje islámico, pues la naturaleza patriarcal de buena parte de las sociedades musulmanas propicia que algunas mujeres actúen presionadas por la familia o la comunidad religiosa. Además, dado que bastantes de los contratos matrimoniales entre musulmanes son concertados en el país de origen, esta presión se acentúa y es fácil que se incluya en el contrato una cláusula de arbitraje religioso. La vulnerabilidad de muchas de estas mujeres, su dependencia social, afectiva y económica hacia la propia comunidad, la falta de recursos para acceder a la información, etc., las hacen especialmente influenciadas a la presión del entorno. Por estas razones, algunos han sostenido que, cuando se plantea un conflicto entre los derechos de la mujer y las prácticas culturales o religiosas, lo que hay que dilucidar no es tanto la libertad en la elección de la práctica, como el perjuicio de ésta. Si la práctica cultural es perjudicial para la mujer no debería permitirse, salvo prueba sólida que garantice que realmente es asumida por la propia mujer con total libertad<sup>36</sup>.

(34) Así se subraya en el Informe Boyd, pp. 76 y ss.

(35) The Canadian Society of Muslims, *An update on the Islamic Institute of Civil Justice –Darul-Qada–*, “News Bulletin”, August 2004, p. 5, en <http://muslim-canada.org>.

(36) Como ejemplo del tipo de presión al que podrían ser sometidas las mujeres por la comunidad cultural-religiosa para acudir a los propios tribunales, se han referido las siguientes palabras pronunciadas por el presidente del *Islamic Institute*

No obstante, algunas de las voces feministas que se han opuesto al arbitraje por considerar que puede perjudicar a la mujer, entienden que la falta de voluntariedad por la presión a la que ésta pueda estar sometida no es un argumento en el que convenga hacer demasiado hincapié pues, si concluimos que esas mujeres no son capaces de adoptar decisiones libres, el argumento se vuelve contra ellas<sup>37</sup>.

### c) Conclusión

De cuanto hemos expuesto en este apartado se desprende que existe el riesgo de que un caso sometido a arbitraje islámico se falle conforme a unos esquemas en los que, al menos desde los parámetros occidentales, los derechos de la mujer no queden suficientemente garantizados. Además, por la influencia que tienen sobre algunas mujeres musulmanas la familia y el entorno en el que se mueven, cabe que la decisión de acudir a los tribunales islámicos no sea adoptada con suficiente libertad sino bajo presión de la comunidad. Éste es el punto verdaderamente conflictivo. Si fuera posible un arbitraje religioso en el que la libertad de las partes se garantizase suficientemente, también en estos casos de especial vulnerabilidad, entonces, habida cuenta de las ventajas que tiene la institución del arbitraje, resultaría oportuno su mantenimiento.

El Informe Boyd destaca la incongruencia de entender que hay una categoría de personas que, a pesar de tener plena capacidad jurídica, son automáticamente vulnerables y, por tanto, incapaces de entender cómo tomar decisiones correctas por sí mismas. En determinados ámbitos del Derecho se permite, dentro de los límites legalmente establecidos, que sean los interesados quienes adopten sus acuerdos jurídicamente vinculantes. La supervisión estatal de todos los acuerdos privados, a juicio de Boyd, constituiría una injerencia y un grado de paternalismo inapropiados<sup>38</sup>. Un asunto distinto es que se garantice debidamente que, en los asuntos en los que se reconoce autonomía a las partes, éstas actúan con conocimiento suficiente de sus derechos y obligaciones conforme al Derecho canadiense y de Ontario. En este sentido, entiende Boyd que la *Arbitration Act* no contiene las garantías necesarias por lo que, como resultado de su informe, recomienda su adopción. “Sin embargo, –concluye–, no creo que la Constitución prohíba el uso del arbitraje religioso o de otro tipo, para resolver conflictos de Derecho de familia y sucesiones” (p. 77).

En definitiva, las razones alegadas en el debate sobre la protección de los derechos de los más vulnerables –especialmente de la mujer– en el arbitraje, podrían obviarse introduciendo las

*of Civil Justice*, Syed Mumtaz Ali, afirmando: “ahora, una vez que el juez arbitral falle un caso, la decisión es final y vinculante. Las partes pueden solicitar del tribunal secular canadiense que se cumpla. La... falta de posibilidad del recurso a la *Sharia* se ha removido. En la resolución de conflictos no hay otra elección más que tener una junta arbitral” (Declaraciones recogidas en el Informe Boyd, p. 3). Tal afirmación se interpretó por algunos en el sentido de que, una vez que se aprobaran los tribunales de *Sharia*, quienes quisieran ser considerados buenos musulmanes deberían acudir a ellos para resolver someter sus asuntos a la ley islámica y no a la canadiense.

(37) En N. BAKHT: *Family Arbitration Using Sharia Law...*

(38) En el Informe Boyd, p. 76.

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

debidas garantías legales para asegurar que, quienes acuden al arbitraje, están plenamente informados de sus derechos y que acuden libremente y no bajo presión del entorno.

### D) Protección de la multiculturalidad *versus* derechos de los individuos

#### a) La Carta canadiense: contenido y aplicación al arbitraje

Según hemos visto en el apartado anterior, el debate en torno al arbitraje islámico se suscita por la posibilidad de que se esté brindando un instrumento que permita someter los conflictos de familia a un sistema que pueda resultar perjudicial o discriminatorio para la mujer. El debate entronca con aquél más amplio sobre la colisión entre los derechos individuales, por una parte, y los derechos culturales o el multiculturalismo, por otra, prescritos ambos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades<sup>39</sup>. El conflicto entre multiculturalidad y derechos de los individuos apunta a uno de los mayores retos de las sociedades occidentales actuales. Aunque se trata de un asunto que excede con mucho el alcance de este trabajo, resulta imprescindible una breve referencia<sup>40</sup>.

En cuanto al contenido de la Carta canadiense, los derechos reconocidos e implicados en el debate son fundamentalmente los siguientes: Por una parte, se ha alegado el artículo 15 que prescribe la igualdad y no discriminación en general<sup>41</sup>, así como el 28 que establece que “en la presente Carta todo lo que se refiere a los derechos y libertades está garantizado por igual al hombre y a la mujer”. Por otra parte, respecto al multiculturalismo, el texto canadiense afirma que “esta Carta se interpretará de forma coherente con la preservación y fomento del patrimonio multicultural de los canadienses” (artículo 27).

Los partidarios de suprimir el arbitraje religioso han hecho hincapié en los derechos individuales, mientras que sus defensores se han apoyado sobre todo en los culturales. Sin embargo, también la defensa del arbitraje se ha amparado en derechos individuales, concretamente en la libertad religiosa<sup>42</sup>, prescrita en el artículo 2 de la Carta en los siguientes términos: “todos tienen las siguientes libertades fundamentales: a) libertad de conciencia y religión...”.

(39) La Carta canadiense (Canadian Charter of Rights and Freedoms) es parte de la Constitución de Canadá (The Constitution Act, 1982).

(40) Ver sobre el tema: B. GONZÁLEZ-MORENO: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Ed. Civitas, Madrid 2003.

(41) “La ley no hace acepción de personas y se aplica igualmente a todos, y todos tienen derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley sin discriminación, particularmente sin discriminación basada en la raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física”.

(42) Ver N. BAKHT: “Family Arbitration Using Sharia Law: Examining Ontario’s Arbitration Act and its Impact on Women”, *Muslim World Journal of Human Rights*, vol. 1, issue 1, 2004, Article 7.

Resulta de especial interés el análisis que Boyd<sup>43</sup> lleva a cabo sobre la aplicación de la Carta canadiense a los contratos de arbitraje. A este respecto, el artículo 32, 1 señala que “la presente Carta se aplica: a) al Parlamento y al gobierno de Canadá con respecto a todos los asuntos que son jurisdicción del Parlamento (...); y b) a la legislatura y al gobierno de cada provincia, para todo lo que sea jurisdicción de dicha provincia”. En consecuencia, señala Boyd, el legislativo y el gobierno, tanto provincial como federal, están sujetos a la Carta, pero ésta no rige en igual medida las relaciones entre particulares. No hay que olvidar que los jueces arbitrales no reciben su autoridad de los poderes públicos, sino directamente del acuerdo de las partes. Además, no existe obligación alguna de someterse a arbitraje; esto es, los musulmanes canadienses tienen plena libertad para optar entre el sistema tradicional de justicia o el arbitraje.

Algunos afirman que la *Arbitration Act* vulnera la Carta al no proteger explícitamente a las mujeres y a otros grupos vulnerables. Se olvida que estas personas pueden celebrar toda clase de acuerdos privados contractuales no sujetos al escrutinio de la Carta y que, además, no exige que las partes resuelvan sus conflictos privados, por ejemplo en tema de reparto de propiedad, sobre la base de un 50%. Éstas pueden elegir un resultado aparentemente desigual por diferentes razones, estimando justo algo que a los extraños no se lo parecería. Lo que la Carta exige, sostiene Boyd, es que los poderes públicos otorguen a todos los ciudadanos los mismos beneficios jurídicos sin discriminación alguna y que los derechos se apliquen por igual a hombres y mujeres. La ley de arbitraje concede a las partes el mismo derecho, sin distinción alguna por razones de sexo u otras. Respecto a la no discriminación por razón de religión, quedaría vulnerada si los poderes públicos prohibieran únicamente a los musulmanes de Ontario someter sus asuntos de familia y sucesiones a arbitraje, permitiéndoselo a otras comunidades religiosas.

En relación con el derecho de libertad religiosa conviene considerar que, para los creyentes, puede ser más importante que un conflicto se resuelva conforme a sus principios religiosos que conforme a sus intereses económicos individuales<sup>44</sup>. No hay que olvidar, además, que en temas de familia la influencia cultural y religiosa es especialmente fuerte. Así, por ejemplo, el sistema jurídico canadiense parte del concepto de familia nuclear (una pareja y sus hijos), mientras que en otras culturas las relaciones jurídicas incluyen y protegen en mayor medida a la familia extensa. Concretamente, algunas mujeres musulmanas entienden que sus derechos económicos están mejor protegidos en el sistema islámico que en el canadiense, pues en el primero no están obligadas a contribuir al sostenimiento económico de la familia, y no quieren renunciar a lo que ellas consideran una ventaja<sup>45</sup>.

(43) Cfr. Informe Boyd, pp. 69 y ss.

(44) Vid supra la afirmación del *Islamic Institute of Civil Justice* a la que nos referimos en nota 36 a pié de página.

(45) Respecto a estas ventajas, la Canadian Society of Muslims ha afirmado: “It is assumed by the media that Western legal systems offer better rights to women compared to Muslim legal systems. The reality is exactly the opposite (...). Under the Islamic legal system, marriage is a civil contract. It confers no rights on either party over the property of the other. The legal capacity of the wife is not plunked into her husband’s; she retains the same powers of using and disposing of her property, of entering into all contracts regarding it, and of suing and being sued, without the husband’s consent or concurrence, as if she were still unmarried – she remains a full independent human being and a legal personage.

Unlike the Ontario family law provisions respecting matrimonial residence whereby the wife is forced by law to give away a 50% share of her matrimonial residence to her husband, even if she had brought this property out of her own

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

### b) Secularidad del Estado y protección de la multiculturalidad

Determinados planteamientos rechazan la opción de que lo religioso pueda hacerse presente en las relaciones sociales, aunque sea por acuerdo entre las partes como ocurre en el arbitraje. A este respecto, el Informe Boyd recuerda que Canadá, aunque no tiene una religión oficial, tampoco tiene una definición expresa de separación, sino, como hemos apuntado, una prescripción de libertad religiosa (artículo 2 de la Carta) y de promoción de la multiculturalidad (artículo 27).

Un sistema de regímenes jurídicos diferenciados sobre la base de la religión o la cultura, iría contra los valores de la Carta canadiense que prescriben la igualdad ante la ley y la existencia de un único régimen legal aplicable a todos los ontarianos. En este sentido, la situación jurídica de los musulmanes canadienses o de cualquier otro grupo religioso o cultural no es, en modo alguno, comparable a la de los pueblos aborígenes de Canadá que tienen una condición peculiar en virtud de su soberanía original. Sin embargo, el objeto del debate no es el establecimiento de un sistema autónomo para la comunidad musulmana en Canadá. La ley de arbitraje es una ley canadiense secular que se aplica a todos por igual.

El rechazo a acoger dentro del ordenamiento la pluralidad o diversidad cultural o de creencias por considerar que, con ello, se vulnera la igualdad jurídica, corresponde a una postura asimilacionista<sup>46</sup>, calificada en el Informe Boyd como “absolutismo secular”<sup>47</sup>. En el fondo de esta perspectiva pervive algo del mito de la “neutralidad” de la ley positiva y de la privacidad de las convicciones<sup>48</sup>. Las creencias deben permanecer en el ámbito privado –la casa, la conciencia, el templo–, pues al invadir la vida pública atentan a la paz social y a la convivencia. Un claro exponente de este planteamiento es la polémica ley francesa que prohíbe el signo religioso en la escuela pública<sup>49</sup>. Frente a la ausencia de creencias y de elementos de diferencia en la escuela

individual funds and paid the whole, 100%, price of this home. (Please see the many articles on the Status of Women on our website.)

Similarly, the Islamic contract of marriage gives the husband no power over the wife’s person beyond what the law defines, yet none whatsoever of her goods and property. The parties to the marriage contract in a Muslim marriage agree between themselves as to which of the two will have the right to terminate the marriage by divorce without going to court. If they fail to enter into a contract respecting the right to divorce then by default, the husband gets the right to divorce” (The Canadian Society of Muslims, *An update on the Islamic Institute of Civil Justice –Darul-Qada–*, “News Bulletin”, August 2004, pp. 4 y 5, en <http://muslim-canada.org>).

(46) Para una síntesis acerca de los planteamientos del asimilacionismo, el multiculturalismo y el interculturalismo ver, por ejemplo, M. ELÓSEGUI: “Claves para el actual debate ético-jurídico sobre el interculturalismo, Islam y género”, en *Diálogo Filosófico*, núm. 55, enero-abril 2003, pp. 11-15.

(47) Informe Boyd, pp. 89 y ss.

(48) Reproduzco aquí alguna de las ideas que desarrollé en Z. COMBALÍA: *La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural...*

(49) Se trata de la Ley 228/2004, de 15 de marzo, que regula, en aplicación del principio de laicidad, el uso de signos o actitudes que manifiesten una pertenencia religiosa en las escuelas, colegios y liceos públicos.

La consideración de que el uso del velo vulnera la laicidad se sostiene desde una noción “combativa” de laicidad que no se limita a mantener a los poderes públicos al margen de la esfera de lo religioso, sino que asume un papel más activo,

como instrumento de neutralidad y concordia, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que la diversidad y el pluralismo religioso en la escuela (dentro del respeto a las creencias de los alumnos y evitando cualquier intento de adoctrinamiento), tutelan mejor la laicidad y la tolerancia que la ficticia ausencia religiosa<sup>50</sup>.

A mi modo de ver, el planteamiento de un Derecho uniforme a todos no protege suficientemente la igualdad en la que se ampara pues una igualdad ciega a las diferencias no es viable. En esta línea, el Informe Boyd sostiene que el planteamiento apuntado parte erróneamente de que las leyes seculares tratan a todos por igual. No tiene en cuenta que unas personas viven más ligadas a sus creencias que otras, de modo que experimentan el secularismo como una constricción. Además, los Derechos seculares están influenciados o marcados por determinadas tradiciones culturales. Concretamente, escribe Boyd, el Derecho de Ontario está influenciado por la tradición judeo-cristiana, la ilustración y el *common law* inglés. Como resultado, es inevitable que las leyes de Ontario sean más próximas para unas culturas que para otras, causando una situación de desigualdad. A juicio de Boyd, permitir y sostener los vínculos de las comunidades y de los ciudadanos con sus culturas de origen (incluyendo la religión) es un aspecto central del multiculturalismo que no puede desconocerse. La doctrina del “absolutismo secular” no facilita la integración, pues la imposición de un sistema que se ve como extraño y en el que no hay espacio para la propia idiosincrasia, conduce a vivir, si no en contra, sí al menos al margen de éste. Es un modelo difícil de sostener en una sociedad plural.

tratando de recluir a la religión en el ámbito de lo privado y de ocultar sus manifestaciones sociales. Estado laico es el que se declara incompetente para hacer un acto de fe, para optar por una u otra creencia y decir cuál es la verdadera o la que el Estado apoya, pero la laicidad del Estado no impide que sus ciudadanos hagan ese acto de fe y que lo manifiesten públicamente con libertad, dentro del respeto a los derechos y libertades de los demás. Sobre el *affaire du foulard islamique*, puede consultarse: M.T. ARECES PIÑOL: *El principio de laicidad en las jurisprudencias española y francesa*, Ed. Universitat de Lleida, Lleida 2003, pp. 222-235; B. BASDEVANT-GAUDEMET: *L'Islam en France*, en “Forum Internazionale ed Europeo di Riserche sull’Immigrazione): Il trattamento giuridico delle minoranze islamiche in Europa e negli Stati Uniti” (en <http://www.fieri.it>); I. BRIONES: “La laicidad en la Jurisprudencia francesa”, en *Ius Canonicum*, XXXVI, 1996, pp. 259-281; J. CAMARASA: “Separatismo y cooperación. La experiencia francesa”, en *Acuerdos con confesiones religiosas minoritarias*, Madrid, 1996, pp. 59-103; S. CAÑAMARES: *Libertad religiosa, simbología y laicidad del Estado*, Ed. Aranzadi, 2005, pp. 68 y ss.; I. JIMÉNEZ-AYBAR: “El Islam en una sociedad multicultural”, en *Aequalitas. Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 10 y 11, mayo-diciembre de 2002, pp. 19-23; D. LE TOURNEAU: “Le laïcité à l’épreuve de l’Islam. Le cas du port du ‘foulard islamique’ dans l’école publique en France”, en *Revue Générale de Droit*, 28, 1997, pp. 275-306; J.M. MARTÍ: “Enseñanza y religión en Francia”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XIII, 1997, pp. 147-172; M.J. ROCA: “La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIII, 2007, pp. 225-259.

(50) Así lo ha sostenido, por ejemplo, MARTÍNEZ-TORRÓN en relación al caso *Dahlab c. Suiza*, fallado por el TEDH el 15 de febrero 2001, contra una profesora despedida por portar el pañuelo islámico, señalando que “es discutible que, en un país que goza de paz religiosa, como Suiza, el principio de laicidad reclame que no pueda haber signos religiosos visibles en las ropas de los docentes, en lugar de permitir que los estudiantes puedan ver en su propio colegio una muestra del pluralismo religioso que realmente existe en la sociedad suiza. En tanto los profesores respeten las creencias de los alumnos y no intenten hacer proselitismo con ellos, la visibilidad del pluralismo religioso parece ser más coherente con una actitud neutral del Estado, y más educativa para los estudiantes, que la ficticia ausencia de elementos religiosos en el personal del colegio” (J. MARTÍNEZ-TORRÓN: “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 2, en Portal Jurídico Iustel, <http://www.iustel.com>).

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

Ahora bien, la alternativa a la asimilación no conduce necesariamente a una política de “no intervención” que sacrifique los derechos y la autonomía individual en aras de la supervivencia del grupo. Obviamente no puede tolerarse que ningún individuo pierda protección jurídica por el ejercicio de poder de un grupo minoritario. Es esencial garantizar que las leyes de Ontario están disponibles para todos sus ciudadanos con independencia de la comunidad a la que pertenezcan y que a la comunidad no se le dé la capacidad de impedir que sus miembros accedan a esas leyes. Además, señala Boyd, conviene tener presente la concurrencia de lo que se ha denominado “pertenencias simultáneas”; esto es, muchos individuos están en la intersección de diversas identidades y afiliaciones culturales. La acomodación de la diferencia cultural y el respeto a las minorías no debe obstaculizar nunca los derechos individuales; la protección del multiculturalismo no otorga derechos ilimitados. Con respecto a las comunidades musulmanas este asunto es particularmente complejo pues, en algunos sectores de la población islámica, existe poca tolerancia hacia los musulmanes “heterodoxos” así como cierta justificación de la desigualdad de la mujer. Sin embargo, a juicio de Boyd, es crucial en una sociedad democrática, liberal y multicultural, que las minorías se impliquen en los procesos institucionales. Mediante el recurso a los instrumentos jurídicos establecidos, las comunidades se involucran en el diálogo institucional, se hacen presentes en él, y, por otro lado, invitan al Estado a sus asuntos –por ejemplo, en la *Arbitration Act*, a través de la revisión judicial–.

### III. LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

#### A) Solución propuesta en el Informe Boyd

Boyd concluye su informe sobre el arbitraje religioso en Ontario con una serie de recomendaciones dirigidas a los poderes públicos. Tales recomendaciones se hacen eco, en parte, de las sugerencias propuestas por los distintos sectores consultados en orden a aminorar los riesgos que el arbitraje religioso en temas de familia conlleva en cuanto a la garantía de los derechos individuales<sup>51</sup>. Nos referiremos a continuación a las sugerencias y a las recomendaciones elevadas.

##### a) Sugerencias elevadas durante el proceso de estudio

Resultan particularmente interesantes las siguientes propuestas recogidas entre los distintos sectores sociales consultados:

- a) Se invita, en primer lugar, a prestar especial atención a la preparación y formación de los árbitros y mediadores. Se trataría, por una parte, de garantizar que tienen el conocimiento debido de la legislación canadiense y de Ontario en materias de familia, así como de la Ley de arbitraje y de la Carta canadiense de derechos y libertades. A la vez, debería asegurarse su formación en las técnicas y habilidades propias de la mediación y del arbitraje, y el conocimiento de la dinámica y el riesgo de la violencia doméstica. Algunos hacen hincapié en que,

(51) Algunos de los oponentes al arbitraje han declinado hacer llegar sugerencias a este respecto pues su rechazo del arbitraje religioso de familia es radical. Cfr. a este respecto las declaraciones de la *National Association of Women and the Law* que recoge el Informe Boyd, p. 109.

en el caso de los árbitros, puesto que su decisión es vinculante, su preparación debería ser superior a la de los mediadores.

Respecto a la formación en el Derecho interno de la propia comunidad o confesión religiosa, mientras que a los rabinos se les exige una sólida preparación para poder ejercer como jueces ante los tribunales judíos, sin embargo, en la comunidad islámica existe una preocupación mayor pues faltan profesionales con la formación necesaria para aplicar el Derecho islámico de familia en el contexto canadiense.

En cuanto a los medios dirigidos a garantizar la preparación debida, se ha sugerido que la pertenencia a alguna de las asociaciones profesionales de mediadores y árbitros que, hasta el momento, es voluntaria, fuera obligatoria para el ejercicio. De hecho, el servicio gubernamental de mediación de Ontario exige a sus miembros unas condiciones en cuanto a titulación, formación y experiencia. Esos mismos requisitos podrían establecerse en los servicios privados de resolución de conflictos.

- b) Muchas de las sugerencias han ido dirigidas a que se regule el ejercicio de la mediación y el arbitraje, de modo que los usuarios dispongan de algún mecanismo de protección que puedan activar para dirigir sus quejas y obtener, si es el caso, la reparación debida. Por ejemplo, si se exigiera licencia para el desempeño de esas tareas se evitaría la práctica por parte de quienes ya han sido declarados incompetentes o culpables de mala conducta.

Partiendo de esta propuesta común, concurren distintas opiniones en cuanto al modo de acometerla. Algunos proponen una regulación gubernamental directa o la creación mediante ley de un colegio autorregulador. Determinados mediadores y árbitros ya pertenecen a profesiones con colegio autorregulador, como el de trabajadores sociales, el de abogados o el de psicólogos; lo que ocurre es que no están ligados por sus normas de conducta cuando actúan como mediadores o árbitros. Si sus colegios profesionales regularan sus actuaciones, no se requerirían medidas adicionales.

Es general la consideración de que, en la profesión de mediación y arbitraje, no existe aún madurez suficiente como para autorregularse y que se trata de una meta a largo plazo. Con carácter transitorio, en tanto se logre esa regulación, se ha propuesto que se exija la pertenencia al *ADR Institute*, la *Family Mediation Canada* o la *Ontario Association of Family Mediation*, dado que se trata de organismos con Códigos de conducta y normas para la formación en las habilidades propias de la mediación y el arbitraje.

Los representantes de organismos confesionales prefieren que sean las propias comunidades las que regulen el desempeño de las tareas de mediación y arbitraje confesional. Especialmente, a causa de la formación especializada que se requiere para ser juez ante el *Beth Din*, los representantes de la comunidad judía se resisten a una regulación externa. También han manifestado su oposición algunas asociaciones aborígenes alegando que eso supondría ignorar la sabiduría y la experiencia tan importante en sus comunidades y terminar vinculando el proceso al “sistema de justicia del hombre blanco”, y no al de la comunidad que es lo que se pretende.

- c) Algunas sugerencias se han orientado a reforzar la garantía de un trato equitativo a las partes durante el proceso. Si bien los artículos 6 y 19 de la Ley de arbitraje exigen que las partes

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

sean tratadas con justicia y que se les concedan las mismas oportunidades en la presentación del caso ante el árbitro, no se especifica cómo debe interpretarse ese trato equitativo.

A este respecto se ha señalado la conveniencia de aclarar algunos principios fundamentales de justicia que deberían guiar al proceso, como, por ejemplo, el derecho a conocer las alegaciones de la parte contraria, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en cuanto al valor del testimonio (en algunas interpretaciones islámicas, el testimonio de un varón es equivalente al de dos mujeres), o el derecho a la representación (algunas asociaciones de mujeres judías han mostrado su preocupación porque, en ocasiones, a la mujer no se le permite comparecer ante los tribunales rabínicos representadas, ni siquiera acompañadas, por un abogado).

- d) Se ha propuesto establecer un sistema que regule las actas del proceso en lo referente a su contenido, custodia, acceso de las partes, etc. La ley se limita a establecer que conste por escrito la decisión arbitral, pero no exige documentación adicional como que se recojan las declaraciones de las partes u otros medios de prueba. Tampoco constan otros aspectos importantes como, por ejemplo, si las partes conocen el idioma en que se ha desarrollado el proceso y, en caso contrario, si han estado asistidas de traductor o intérprete.
- e) Con la finalidad de proteger la voluntariedad del proceso, se ha propuesto una regulación más detallada del acuerdo de las partes. Así, debería exigirse que el acuerdo de someterse a arbitraje conste por escrito, en un idioma que entiendan las partes y que haya sido firmado por éstas ante un testigo independiente. Algunos precisan que el acuerdo debería concurrir en el momento de la ruptura, esto es, no sería suficiente un acuerdo alcanzado en el momento de celebrar matrimonio o en otro tiempo remoto. Asimismo deberían indicarse claramente los términos del acuerdo, muy especialmente, el sistema legal conforme al cual se va a resolver el conflicto.
- f) Respecto al fallo arbitral, la ley dice que debe figurar por escrito, pero las partes pueden optar por que no sea así. Aunque fuera por escrito, no se regula la forma y el contenido del fallo, ni se exige que sea razonado y se refiera a las pruebas. Convendría garantizar estos aspectos.
- g) Aunque en este punto no existe un parecer coincidente, algunos consideran que, antes de entrar en un proceso arbitral, debería concurrir asesoramiento legal independiente. Éste incluiría información sobre los procedimientos disponibles y los derechos y obligaciones del Derecho de familia de Ontario, de modo que se garantice que, quien opta por el proceso alternativo, lo hace libremente.
- h) Quienes sostienen la conveniencia de asesoramiento independiente a las partes, son conscientes de las dificultades económicas que para algunas personas –especialmente las más vulnerables– puede suponer este requisito, por lo que sugieren una extensión de la asistencia jurídica gratuita.

- i) A juicio de algunos, los acuerdos y fallos arbitrales deberían incluirse entre los contratos regulados en la parte IV de la *Family Law Act* de Ontario, de modo que se les aplicaran las garantías ahí previstas como, por ejemplo, el requisito de la total revelación de los recursos económicos y cargas de ambas partes. A este respecto, los miembros de las comunidades islámicas han recordado que los musulmanes que viven en países no gobernados por el Derecho islámico, en virtud de su religión, están obligados a obedecer y cumplir las leyes del lugar en el que residen, por lo que el arbitraje bajo el Derecho islámico debe ser conforme al Derecho canadiense. En este sentido no consideran un problema que el arbitraje se someta a la *Family Law Act*.
- j) Se han estimado peligrosas las restricciones que la Ley de arbitraje introduce al derecho de apelación ante los tribunales ordinarios, por lo que se propone una ampliación de las causas de revisión de las decisiones arbitrales (sin excluir las razones de orden público) y que la renuncia al derecho a apelar se tenga por no puesta. De todos modos, no se les oculta a los defensores de estas propuestas que los beneficios y la razón de ser del arbitraje se pierden si el derecho a apelar el fallo arbitral se extiende más allá de lo razonable.
- k) Existe consenso general en torno a la necesidad de disponer de un registro al que deban remitirse todas las decisiones arbitrales, eliminando la información confidencial. Una de las principales dificultades para garantizar el correcto funcionamiento del sistema es la falta de información de las autoridades acerca del alcance del recurso al proceso arbitral en temas de familia y sucesiones o del impacto que tiene en la población más vulnerable. La recopilación de las decisiones arbitrales permitiría, tras su análisis, emitir informes o recomendaciones.
- l) Una preocupación común es la falta de conocimiento del Derecho canadiense de familia entre la población. Esta preocupación es especialmente acuciante cuando se opta por un arbitraje conforme a un sistema legal distinto, pues difícilmente puede elegirse con libertad si falta el conocimiento debido. Desde el gobierno se han impulsado iniciativas dirigidas a dar a conocer los derechos y obligaciones que la legislación canadiense de familia otorga a sus ciudadanos. Así, el Ministerio de Justicia ha editado y distribuido una guía titulada "*What you should know about Family Law in Ontario*". No obstante, la guía, que apenas incluye referencias sobre el arbitraje, se ha editado únicamente en inglés y francés. Junto a ésta, se han puesto en marcha otras iniciativas pero su efectividad, especialmente entre el sector más vulnerable de la población, es limitada, por lo que habría que seguir trabajando en esta línea, en colaboración con las distintas comunidades culturales y sus propias asociaciones que, con frecuencia, tienen más posibilidades de llegar a los sectores más necesitados.

## b) Conclusión y recomendaciones del Informe Boyd

El informe Boyd concluye proponiendo que se mantenga el arbitraje en asuntos de familia si bien adoptando una serie de garantías, muchas de ellas en la misma línea de las sugerencias anteriormente expuestas. Concretamente, el informe eleva 46 recomendaciones articuladas en torno a nueve apartados que resumimos a continuación<sup>52</sup>.

(52) Cfr el texto completo de las recomendaciones en Informe Boyd, pp. 133-142.

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

- a) Generales. “El informe no ha encontrado prueba alguna de que las mujeres estén siendo sistemáticamente discriminadas como resultado del arbitraje en asuntos de familia. Por tanto, el informe apoya que se mantenga el arbitraje para resolver conflictos de Derecho de familia. No obstante, este uso debería someterse a las garantías recomendadas a continuación”<sup>53</sup>.
- b) Legislativas. Se proponen enmiendas tanto de la *Arbitration Act* como de la *Family Law Act*, de modo que resulten más idóneas para el arbitraje en temas de familia y sucesiones. Para asegurar el consentimiento de las partes, se recomiendan modificaciones en torno a la identidad y capacidad de la persona que consiente el arbitraje, el tiempo en que se alcanzó el acuerdo arbitral y el consentimiento real en el proceso arbitral y en la elección de un sistema jurídico diferente.
- c) Reglamentarias. En este punto se introducen una serie de propuestas dirigidas a que las partes tengan un conocimiento más pleno de las implicaciones que conlleva elegir el arbitraje y del funcionamiento del sistema. Asimismo se sugieren medidas reglamentarias para garantizar que no concurre violencia doméstica.
- d) Asesoramiento jurídico independiente. Se presentan una serie de recomendaciones para asegurar que las partes han recibido la información necesaria para optar con libertad por el sistema arbitral, pero sin que ese asesoramiento entorpezca el funcionamiento del sistema arbitral o haga que se pierda la razón de ser de los mecanismos alternativos en cuanto a la agilidad que confieren, el menor coste, etc.
- e) Educación jurídica pública. Se recomienda la difusión de información útil y accesible a la población más vulnerable, de modo que ésta sea consciente de sus opciones legales en la resolución de conflictos.
- f) Educación y formación de los profesionales. Las partes que acuden al arbitraje tienen que tener garantía de la competencia profesional de los árbitros. A este respecto faltan mecanismos de control de calidad, por lo que se propone una regulación de los servicios profesionales de mediación y arbitraje que combine la regulación estatal, la de las propias comunidades y la del mercado.
- g) Supervisión y evaluación de los arbitrajes. Uno de los asuntos más acuciantes que destaca el Informe es la necesidad de algún mecanismo de supervisión que remedie la falta de información de las autoridades acerca del alcance del arbitraje.
- h) Desarrollo de la comunidad. El gobierno no puede ni debe actuar aisladamente en la preparación de materiales jurídicos educativos. Para que esos materiales resulten accesibles, sensibles al género y culturalmente adecuados, y para garantizar que los mensajes no son adulterados, el gobierno debe actuar en cooperación con las comunidades.

(53) Informe Boyd, p. 133.

- i) Otras medidas de desarrollo. El Informe propone una serie de medidas destinadas a paliar los defectos más urgentes en el recurso al arbitraje de familia y sucesiones, pero eso no excluye la necesidad de otras medidas adicionales a largo plazo.

## B) Solución dada por el gobierno al conflicto del arbitraje religioso

A pesar de que el Informe concluía la necesidad de reformar, pero no erradicar, el arbitraje de familia en orden a garantizar los derechos individuales, el gobierno fue más allá y restringió la posibilidad del arbitraje de familia, señalando que lo hacía mientras no pudiera garantizarse debidamente un ejercicio acorde con los derechos individuales de la Carta.

El conflicto se resolvió con la reforma de 15 de noviembre de 2005 (*Family Statute Law Amendment Act*) que propone enmiendas a la Ley de arbitraje (*Arbitration Act*) y a la Ley de familia (*Family Act*). Como resultado de la reforma, el arbitraje de familia sólo puede llevarse a cabo conforme a la ley de Ontario o de otra jurisdicción canadiense<sup>54</sup>, por lo que se suprime la posibilidad del arbitraje, no sólo religioso, sino también extranjero.

Así, el alcance del artículo 32 que dejaba abierta la vía del arbitraje religioso<sup>55</sup>, se modifica al añadirse los siguientes subartículos: 32, 3: “Los subartículos 1 y 2 no se aplican en un arbitraje de familia. 4: En un arbitraje de familia, el tribunal de arbitraje aplicará el Derecho sustantivo de Ontario, a menos que las partes expresamente designen el Derecho sustantivo de otra jurisdicción canadiense, en cuyo caso se aplicará el designado”<sup>56</sup>.

## C) Reflexión final

Habría que destacar que, aunque finalmente el gobierno de Ontario decidió suprimir la posibilidad del arbitraje religioso en materia de familia, con ello no se ha resuelto definitivamente el problema ni ha desaparecido la preocupación por los derechos de las mujeres musulmanas, especialmente si se tiene en cuenta que los imames pueden seguir desempeñando servicios en casos de ruptura del matrimonio islámico, si no por medio del arbitraje vinculante, sí a través de la mediación. La presencia musulmana en occidente hace inevitable plantearse la pregunta clave sobre la viabilidad de un acomodo entre la *Sharia* y el respeto a los derechos y libertades individuales tal y como se entienden en occidente.

(54) Sobre la reforma ver, por todos, M. KRONBY: *Canadian Family Law*, 9.<sup>a</sup> ed. Wiley, Mississauga, 2006, pp. 174 y ss.

(55) El artículo 32, 1 y 2 establece: “En la resolución de un conflicto, el tribunal de arbitraje aplicará el sistema normativo designado por las partes o, si éstas no han designado ninguno, el que considere apropiado atendiendo a las circunstancias. La designación por las partes de un sistema normativo se refiere al Derecho sustantivo pero no a sus normas conflictuales, a menos que las partes expresamente lo indiquen”.

(56) “Exception, family arbitration: 3) Subsections 1 and 2 do not apply to a family arbitration. Same: 4) In a family arbitration, the arbitral tribunal shall apply the substantive law of Ontario, unless the parties expressly designate the substantive law of another Canadian jurisdiction, in which case that substantive law shall be applied” (En Statutes of Ontario, 2006, chapter 1, subsection 1.5).

## Arbitraje, multiculturalidad e Islam: el caso canadiense

A este respecto es interesante la observación que hace EMON<sup>57</sup>. Para este autor, en la polémica canadiense *multiculturalidad v. derechos individuales e igualdad*, no se ha buscado una conciliación de los términos en supuesto conflicto. Tal acomodación no se ha intentado, ni por parte de quienes se oponían al arbitraje islámico, que se han limitado a defender la aplicación de una misma ley de familia a todos los ciudadanos de Ontario, negando la autonomía cultural y sin buscar soluciones que la hicieran compatible con los derechos de la mujer; ni tampoco por parte de quienes defendían el arbitraje, que no han hecho esfuerzo alguno en mostrar la viabilidad de un Derecho islámico adaptado a los valores irrenunciables canadienses.

Para este sector de la doctrina, el principal obstáculo a la presentación de un Derecho islámico adaptado a los valores occidentales deriva de la inmovilización de ese Derecho. Esto es, con frecuencia la *Sharia* es considerada como un conjunto de normas fosilizadas, que ha quedado privada de los cauces de interpretación y aplicación que originariamente tuvo y que le dotaron de la necesaria dinamicidad. Un sistema jurídico que se ve desposeído (como lo ha sido el islámico) de su infraestructura institucional, termina por convertirse en un código doctrinal abstracto, de naturaleza ideológica o política, de construcción “identitaria”, antes que jurídica. Se trataría de revitalizar ese Derecho de modo que recupere su idoneidad para coexistir en diversos contextos y, en consecuencia, en las modernas sociedades occidentales.

No todos los países occidentales tienen un Islam lo suficientemente maduro y arraigado para ello. No obstante, y aunque muchos no estén en condiciones de ofertar tal articulación, conviene tener claro que la meta a conseguir para resolver el conflicto de fondo es la de la normalización del Islam, la de darle acomodo, no como una realidad enquistada, sino como algo propio, adaptado a los valores y contextos actuales. Si parece que el arbitraje puede todavía entrañar riesgos, quizá convenga ir trabajando en esa línea a través de la mediación.

(57) A. EMON: “Islamic Law and the Canadian Mosaic”, en *Legal Consciousness*, eds. Leonard KAPLAN and David WEISSTUB (en prensa).



J. DANIEL OLIVA MARTÍNEZ

Área de Derecho Internacional Público  
Universidad Carlos III de Madrid  
(daniel.oliva@uc3m.es)

II

## Derecho del mar e inmigración irregular

# RESUMEN

### DERECHO DEL MAR E INMIGRACIÓN IRREGULAR

Este trabajo pretende realizar una aproximación al marco jurídico internacional relacionado con la búsqueda, intercepción o rescate en aguas territoriales o aguas internacionales de embarcaciones en peligro y su relación con las obligaciones internacionales de España vinculadas a la protección de los derechos humanos, la preservación de la dignidad y el trato concedido a los inmigrantes irregulares o los solicitantes de asilo que, en ocasiones, protagonizan este tipo de travesías. El objetivo último es clarificar cuáles son las normas que habrán de cumplir las autoridades y los capitanes de buques que navegan bajo pabellón español, atendiendo al contexto que sitúa a nuestro país como lugar de destino de gran parte de la inmigración irregular por vía marítima que pretende llegar hasta territorio europeo.

# ABSTRACT

### LAW OF SEA AND IRREGULAR IMMIGRATION

This study aims to approach the international legal framework regulating the search, interception or rescue in territorial as well as international waters of vessels adrift or in danger and how this relates to the international obligations of Spain vis à vis the protection of human rights and the dignity of the irregular migrants or asylum seekers who, rather frequently, are involved in these crossings. The ultimate aim of this study is to identify the rules, with which ship authorities and captains have to comply when they sail under Spanish flag, in a context in which Spain has become the country of destination for a large part of the irregular migration that seeks to reach the European territory by sea.

J. Daniel Oliva Martínez

II

## SUMARIO

I. Planteamiento inicial.

II. El régimen jurídico relativo al ejercicio de las facultades de control y vigilancia en la frontera exterior marítima.

III. Las obligaciones en materia de búsqueda, intercepción, rescate y auxilio de personas en situación de peligro en el mar.

IV. La obligación del traslado a un lugar seguro.

V. Las obligaciones de los Estados en la creación y funcionamiento de los Centros Coordinadores de Salvamento.

VI. Obligaciones con respecto a determinadas categorías de personas. A) Los refugiados. B) Los polizones.

VII. Obligaciones en materia de desembarco y repatriaciones.

VIII. Conclusiones finales.

## I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Las entradas irregulares por mar representan un porcentaje pequeño del cómputo global de la inmigración irregular que pretende llegar hasta Europa<sup>1</sup> y especialmente a territorio español.

(1) Es difícil realizar un cálculo sobre la inmigración irregular que pretende llegar a Europa cada año por vía marítima. Para el caso del mar Mediterráneo (no olvidemos que otra vía muy importante para la inmigración irregular africana con destino a Europa –especialmente a Canarias– es el Atlántico) el Centro Internacional de la Política Migratoria databa, ya en 2004, entre 100.000 y 120.000 las personas que en situación irregular integraban los flujos migratorios por vía marítima cada año. Unos 35.000 procederían del África subsahariana, 55.000 del sur y del este del Mediterráneo y 30.000 de otros países de Asia y Oriente próximo. También el Centro Internacional de la Política Migratoria daba la cifra de 10.000 personas ahogadas en el mar Mediterráneo a lo largo de los últimos años cuando protagonizaban este tipo de travesías. Más allá de que, por la propia naturaleza del fenómeno, unos cálculos y otros, son difíciles de precisar, el estudio mencionado al menos intenta ofrecer una cifra global que puede servirnos, con todas las cautelas, de referencia general. Vid. ICMPD, *Migración de tránsito irregular en el Mediterráneo: algunos hechos, futuro y análisis*, Viena, 2004. Evidentemente este tipo de fenómenos vinculados con la inmigración irregular por vía marítima no afectan solamente a África y Europa, sino que también tienen mucha incidencia en otras partes del planeta. Tampoco son un fenómeno nuevo. Ya en los años 70 y 80 se produjo un éxodo masivo por vía marítima de refugiados vietnamitas (*boat people*). En la década de los 90 también tuvieron lugar este tipo de crisis humanitarias con personas procedentes de Albania, Cuba o Haití.

## Derecho del mar e inmigración irregular

### II

Pese a ello y debido a la situación geográfica de frontera con el Sur empobrecido, España es, con mucho, el Estado de la Unión Europea que mayores índices de inmigración irregular por vía marítima recibe. La situación de los inmigrantes irregulares que protagonizan este tipo de travesías, generalmente en cayucos, pateras o vulnerables embarcaciones no sometidas al pabellón de ningún Estado y que por sus especiales características no garantizan la seguridad de sus ocupantes, es especialmente sensible desde el punto de vista humanitario, por los motivos que les han llevado a recurrir a esta vía extrema y por las condiciones y riesgos que caracterizan estos trayectos en alta mar.

Abordar tan compleja cuestión, desde el Derecho Internacional nos exige por una lado identificar los principales ámbitos relacionados con la inmigración irregular por vía marítima que por su significación requieren de una especial reflexión en el plano jurídico internacional; establecer cuáles son las normas internacionales aplicables y por último resaltar aquellas cuestiones que internacionalmente o en un contexto comunitario son objeto de discusión o no están suficientemente reguladas o clarificadas.

Varios son desde el punto de vista del Derecho Internacional las cuestiones que a nuestro juicio adquieren mayor relevancia y que a lo largo de este trabajo, siempre vinculándolas a la práctica española, nos proponemos abordar:

- A) El marco jurídico que establece el Derecho internacional acerca del control de las fronteras marítimas, la prevención de las migraciones irregulares por vía oceánica y la búsqueda, intercepción o rescate en aguas territoriales o aguas internacionales de embarcaciones con inmigrantes irregulares.
- B) Las cuestiones vinculadas a la protección de los derechos humanos, la preservación de la dignidad y el trato concedido a los inmigrantes irregulares muchos de los cuales huyen de sus países de origen porque sufren algún tipo de persecución o corren el riesgo de, si son devueltos, ser sometidos a torturas o tratos inhumanos y degradantes. Todo ello está relacionado con la condición jurídica de las personas rescatadas<sup>2</sup>.

Por ello el objetivo último de este trabajo consiste en establecer de qué manera regula el Derecho Internacional del Mar convencional y consuetudinario el fenómeno de la inmigración irregular; así como el estudio de la relevancia que tiene para dicha regulación la protección de los derechos humanos y la dignidad de los inmigrantes irregulares. Como objetivo más específico nos proponemos clarificar cuáles son las normas que habrán de cumplir las autoridades espa-

(2) La doctrina no se ha prodigado mucho en el estudio de las relaciones entre el Derecho del Mar y las normas de derechos humanos, de protección de los refugiados o esencialmente de carácter humanitario incorporadas en el Derecho Internacional, con el objetivo de clarificar las obligaciones de los Estados en caso de intercepción y rescate de embarcaciones con inmigrantes irregulares. Destacamos dos de los trabajos que han tenido mayor repercusión entre los investigadores y que hemos tomado como referencia: BARNES, R.: "Refugee Law and sea", en *Internacional and Comparative Law Quarterly*, 53 (1), enero de 2004, pp. 47-77 y PUGH, M.: "Drowning not Waving: Boat People and Humanitarianism at Sea" en *Journal of Refugee Studies* 17 (1), marzo de 2004, pp. 50-69. ACNUR se ha ocupado en varios documentos de esta interrelación, muy especialmente en lo que a los solicitantes de asilo y refugiados se refiere. El documento quizás más completo data del año 2002: *Background note on the protection of asylum-seekers and refugees rescued at sea* y fue discutido en el marco de un seminario de expertos celebrado en Lisboa ente el 25 y 26 de marzo de ese año.

ñolas en caso de intercepción, en sus aguas territoriales o en aguas internacionales, en situación de riesgo o no, de embarcaciones en las que navegan inmigrantes irregulares. Todo ello se estudiará atendiendo especialmente al contexto que sitúa a España como el Estado miembro de la Unión Europea con mayores niveles de recepción de inmigración irregular por vía marítima, que refuerza la necesidad del mantenimiento de los sistemas de control y rescate en cooperación con otros países de la Unión. Asimismo abordaremos las obligaciones que el Derecho español impone a los capitanes de buques españoles en cumplimiento de sus obligaciones según el Derecho Internacional frente a este tipo de situaciones. Finalmente, en el apartado final, realizaremos algunas recomendaciones para la acción de las autoridades españolas fundamentadas en el Derecho Internacional vigente.

## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE CONTROL Y VIGILANCIA EN LA FRONTERA EXTERIOR MARÍTIMA

Es indudable que el Derecho Internacional reconoce que todo Estado está plenamente capacitado, conforme a su soberanía, para establecer con plena libertad los sistemas de control, fiscalización y vigilancia sobre su frontera marítima para salvaguardar su seguridad, impedir la entrada ilegal de embarcaciones y hacer cumplir su legislación interna en materia de inmigración. Se trata por lo tanto de un principio general del Derecho Internacional del Mar aplicable claro está al Estado español. Su soberanía se extiende más allá de su territorio continental y de sus aguas interiores, incluyendo el mar territorial en los que podrá realizar las intercepciones sobre aquellos buques que transportan personas y sobre los que hay dudas razonables de que se dirigen a territorio español contraviniendo las leyes de extranjería y la normativa internacional de derecho marítimo. En la práctica la zona contigua también viene estableciéndose como zona de control de la inmigración.

Este tipo de intercepciones podrán realizarse en colaboración con otros Estados, como ocurre con el caso de España y los países de la Unión Europea. En efecto desde la UE, en los últimos años se han puesto en marcha una serie de operaciones conjuntas con el objetivo de reforzar las medidas de intercepción. Algunas de estas operaciones conjuntas, de especial relevancia para España, se han realizado más allá de las fronteras exteriores de la UE o incluso, con su consentimiento en aguas territoriales de un tercer país no miembro de la Unión<sup>3</sup> y consisten en la identificación de inmigrantes irregulares y la realización de patrullaje naval y aéreo por las

(3) *Programas HERA II y HERA III*, en 2006 y 2007, respectivamente, para prevenir la inmigración irregular por vía marítima desde Mauritania, Senegal y Cabo Verde. Gracias a *HERA II*, desarrollado durante 2006, 14.572 personas fueron interceptadas en aguas territoriales españolas y unas 3.900 en aguas de terceros países. En el Mediterráneo, en aguas internacionales, también se han puesto en marcha programas de cooperación con el objetivo de mejorar la intercepción de los inmigrantes irregulares que pretenden llegar por mar hasta territorio europeo. Al respecto podemos señalar el *programa Nautilus*, en 2006, con el que se pretendía frenar la llegada de inmigrantes desde Libia a Malta o Italia, y el programa Poseidón en el Mediterráneo Oriental, con el objetivo de servir de barrera a la inmigración con destino a Grecia. También se viene trabajando en la formación de Equipos de Intervención Rápida en Fronteras que permitiría el despliegue, entre otras medidas, de patrulleras y otros efectivos y equipos, en el caso de que un país miembro de la UE se enfrentara a un flujo de migración irregular imprevisto. Todo ello estaría bajo el control de la Agencia Europea de Fronteras encargada de coordinar las iniciativas de los Estados miembros en el ámbito del control fronterizo.

## Derecho del mar e inmigración irregular

II

costas de África occidental. Recientemente la Comisión Europea adoptó una comunicación con el objetivo de mejorar la gestión de la UE en el Sur de las fronteras marítimas que ha venido a reforzar este tipo de colaboraciones<sup>4</sup>.

Por otro lado el Derecho Internacional del Mar reconoce que los barcos de todos los países tienen el derecho de paso inocente por las aguas territoriales de otro Estado cualquiera, pero que éste podrá dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por su mar territorial a fin de evitar, entre otras cosas, la infracción de las leyes sobre inmigración del Estado ribereño<sup>5</sup>.

La *Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar*, en su artículo 18, incorpora limitaciones y establece el significado del derecho de paso inocente, en relación con la posibilidad de que un barco necesite fondear o detenerse. Esta acción podrá realizarse “sólo en la medida que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos por el buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques, o aeronaves en peligro o en dificultad grave”.

Ahora bien, las embarcaciones tipo patera o cayucos que no navegan bajo el pabellón de Estado alguno y que tienen por objeto desembarcar pasajeros en contravención de las leyes de inmigración del Estado ribereño no pueden beneficiarse del derecho de paso inocente. Teóricamente las autoridades del Estado ribereño podrían proceder a escoltar a dicho buque a aguas internacionales, lo cual tendría consecuencias inaceptables desde el punto de vista humanitario y contravendría la obligación de preservar los derechos humanos fundamentales de aquellas personas debido a la situación de alto riesgo en la que navegan este tipo de embarcaciones. Otra posibilidad pasaría por proceder a la identificación y detención de sus ocupantes, muy especialmente de aquellos patronos responsables de ese tráfico de personas<sup>6</sup>.

(4) COM (2008) 68 final, Bruselas, 13. 02. 2008, “Examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (Eurosur)”. También debemos mencionar la Comunicación originaria sobre “Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la UE”, COM (2006) 733 final, Bruselas, 30. 11. 2006.

(5) Así re recoge en el artículo 21 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención de Montego Bay)* 10 de diciembre de 1982 (BOE de 14 de febrero de 1997).

(6) Al respecto debemos mencionar que algunas de las disposiciones de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos (protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños)* de 15 de noviembre de 2000 (BOE de 29 de septiembre de 2003) establecen la obligación de los Estados de dictar normas que contemplen la responsabilidad penal de los patronos, responsables y organizadores de este tipo de travesías irregulares. Esta responsabilidad penal podría dirimirse en los tribunales españoles, incluso cuando la patera o el cayuco hubiese sido interceptada fuera del mar territorial español. Ya hay jurisprudencia de los tribunales españoles. Vid. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 582/2007 (Sala de lo Penal, sección 1), de 21 de junio de 2007 por la que, en respuesta de un recurso de casación del Ministerio Fiscal, se anuló una sentencia previa (dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria el 26 de octubre de 2006, Prov. 2007/ 8043) y se consideró competente a la justicia española para condenar a los patronos de un cayuco interceptado en aguas internacionales al sur de Gran Canaria por la realización de actividades ilegales conforme al código penal español, concretamente por organizar una actividad dirigida a penetrar clandestinamente en España (artículo 318 bis 1.º y 3.º del Código Penal). De esta manera el Tribunal Supremo interrelacionó el principio de territorialidad, por el que al Estado español le corresponde conocer todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, con otros principios que permitían perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española. Concretamente el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para

La situación se complica cuando una de estas embarcaciones es avistada por algún buque mercante, pesquero o de recreo, ya no en aguas territoriales, sino en la zona económica exclusiva o en aguas internacionales y objetivamente sus pasajeros se encuentran en peligro. Varias de estas complejas situaciones en las que se han visto involucrados barcos pesqueros españoles han saltado a los medios de comunicación en los últimos tiempos, generando una preocupación en el espacio de la Unión Europea sobre las medidas a tomar por parte de los países miembros ante casos tan complejos.

Ello nos lleva a abordar en los próximos párrafos cuáles son las obligaciones del Estado español y de sus ciudadanos que se derivan del Derecho del Mar respecto a *la búsqueda, el rescate y el traslado* a un lugar seguro de las personas que se encuentran en una situación de peligro en el mar independientemente de la nacionalidad o condición en que se encuentren las personas en cuestión, incluidos los inmigrantes irregulares, y diferenciando si la situación de peligro se vive en el mar territorial o en aguas internacionales.

### III. LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE BÚSQUEDA, INTERCEPCIÓN, RESCATE Y AUXILIO DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE PELIGRO EN EL MAR

Inicialmente debemos afirmar con rotundidad que existe un consenso acerca de *la obligación de todo buque, sea cual sea su situación, características y localización, sobre la necesidad de concentrarse en salvar vidas de los naufragos o inmigrantes en peligro en el mar*. Se trata de una tradición marítima, de una norma consuetudinaria también recogida en el Derecho Internacional de carácter convencional que hoy adquiere especial relevancia para nuestro país en el contexto que lo sitúa como destino de gran parte de la inmigración irregular que por vía marítima intenta alcanzar suelo europeo.

Los rescates de inmigrantes en el mar pueden ser llevados a cabo, dependerá de las circunstancias, por buques mercantes, de recreo o pesqueros o por los buques militares, de control de fronteras, de socorro y salvamento (*servicio SAR*) de los países cuyas costas se encuentren más cercanas al lugar del desastre o en el que haya sido avistada una embarcación en peligro.

embarcaciones y aeronaves; y el principio de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque. Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, tanto si se perpetra éste en el propio territorio, como si se realiza fuera de sus fronteras. De esta manera el Tribunal concluyó que si bien en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente. También se hace mención al principio de justicia supletoria, que trata de evitar que un hecho delictivo quede impune. El Tribunal Supremo apoyó sus conclusiones en la lucha contra la delincuencia internacional y muy especialmente en las disposiciones recogidas en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire de 2002 que ya hemos mencionado (especialmente artículos 1, 7 y 8.7), en el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, así como en otras disposiciones complementarias de la Convención de Ginebra de 1958.

## Derecho del mar e inmigración irregular

### II

La *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* dispone que España y el resto de los Estados parte deberán fomentar la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz para garantizar la seguridad marítima y aérea y, cuando las circunstancias lo exijan, cooperarán para ello con los Estados vecinos mediante acuerdos mutuos regionales<sup>7</sup>.

Todo ello se complementa en el *Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR)*<sup>8</sup> en el que se definen los servicios de búsqueda y salvamento como aquellos destinados a la “ejecución de las funciones de vigilancia, comunicación, coordinación y búsqueda y salvamento, incluidas la consulta médica, la asistencia médica inicial o la evaluación por razones de salud, utilizando recursos públicos y privados, con la inclusión de aeronaves, buques y otras naves e instalaciones”. Por su parte la acción de salvamento se define como la “operación para rescatar personas en peligro, prestarles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladarlas a un lugar seguro”<sup>9</sup>. Serán los denominados *Centros de Coordinación de Salvamento (RCC)* aquellos que en cada país asuman la responsabilidad y autoridad necesarias para constituirse como el punto de contacto principal para los buques, las unidades de salvamento, otros RCC, así como las autoridades, a efectos de la coordinación de las operaciones SAR.

España, como Estado Parte de los principales tratados internacionales de Derecho del Mar, tiene contraídas una serie de obligaciones de especial relevancia para el asunto que nos ocupa. De esta manera deberá garantizar la adopción de cualquier medida necesaria para mantener las comunicaciones de socorro y la coordinación en su zona de responsabilidad y para salvar a las personas que se hallen en peligro en el mar cerca de sus costas<sup>10</sup>. Igualmente, tal y como se recoge en el *Convenio SAR* (ya mencionado), en todo momento deberá garantizarse que “se preste auxilio a cualesquiera personas que se hallen en peligro en el mar (...) sean cuales fueren la nacionalidad o la condición jurídica de dichas personas o las circunstancias en que éstas se encuentren, prestándoles los primeros auxilios médicos o de otro tipo y trasladándolas a un lugar seguro”<sup>11</sup>.

Por supuesto los inmigrantes rescatados, independientemente de su condición, deberán ser tratados con la dignidad inherente a su condición de personas, sujetos de derecho internacional y destinatarios de normas internacionales que les reconocen derechos humanos<sup>12</sup>. Aquí hay

(7) Artículo 98.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

(8) *Convenio Internacional sobre búsqueda y salvamento marítimo (Convenio SAR)* –enmendado– de 27 de abril de 1979 (BOE de 30 de abril de 1993 y 21 de septiembre de 1993).

(9) Las operaciones de rescate y salvamento incluyen la adopción de medidas para el desembarco de los supervivientes de los buques que prestan auxilio.

(10) Dichas medidas podrán comprender el establecimiento, la utilización y el mantenimiento de las instalaciones de búsqueda y salvamento que se juzguen factibles y necesarias. Según se recoge en el capítulo V, regla 7 del *Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS)*.

(11) *Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos* de 1979. Párrafos 2.1.10 y 1.3.2.

(12) Y muy especialmente me estoy refiriendo a las obligaciones que con carácter general emanan del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (BOE de 30 de abril de 1977) y del resto de instrumentos jurídico internacionales de derechos humanos complementarios.

que subrayar la protección específica y atención especial que requerirán aquellas personas más vulnerables (niños, personas con discapacidad, mujeres embarazadas) que protagonizan migraciones irregulares y son interceptadas en el mar.

Ahora bien, España como Estado asume obligaciones internacionales en la materia que le imponen la adopción de normas reguladoras de la conducta de los capitanes de los buques que eventualmente participen en algún rescate. En efecto, todos los capitanes de los buques españoles que avisten una embarcación con inmigrantes irregulares en situación de peligro tienen la obligación, conforme al Derecho Internacional y al Derecho interno de brindar auxilio a las personas afectadas independientemente de su nacionalidad o situación o de las circunstancias en que hayan sido encontrados. Como adelantábamos, además de tratarse de una tradición marítima y de una norma consuetudinaria, esta obligación está recogida en diferentes instrumentos de origen convencional de los que España es Estado Parte. De esta forma el *Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS)*<sup>13</sup> dispone que “El capitán de un buque que, estando en el mar, en condiciones de prestar ayuda, reciba información (una señal se decía originariamente antes de las enmiendas a la convención de 2004), de la fuente que sea, que le indique que hay personas en peligro en el mar, está obligado a acudir a toda máquina en su auxilio, informando de ello, si es posible, a dichas personas o al servicio de búsqueda y salvamento”<sup>14</sup>.

La ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar de 1982 establece por su parte que

“todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o pasajeros:

- a) preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar y
- b) se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga la posibilidad razonable de hacerlo”<sup>15</sup>.

Los supervivientes o personas rescatadas, incluido por supuesto los inmigrantes indocumentados, los que buscan asilo y los refugiados y polizones deberán ser tratados mientras se encuentran a bordo de los buques de rescate, de la manera prescrita en los instrumentos pertinentes de la Organización Marítima Internacional y con arreglo a los convenios internacionales de derechos humanos de los que España es país miembro, así como conforme a las tradiciones y tradicionales prácticas marítimas, que están integradas en el Derecho consuetudinario internacional del mar y que en gran medida están relacionadas con la atención en condiciones de dignidad y el trato humanitario.

(13) *Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS)* de 1 de noviembre de 1974 –enmendado– (BOE de 16, 17 y 18 de junio de 1980).

(14) *Convenio SOLAS*, capítulo V, regla 33.1. 1974.

(15) Artículo 98.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Montego Bay, 1982.

## Derecho del mar e inmigración irregular

### II

Dentro de un paquete general de enmiendas al *Convenio SOLAS* y al *Convenio SAR*<sup>16</sup> muchas de estas obligaciones genéricas han obtenido un mayor nivel de concreción y resultan de especial relevancia para los protocolos de actuación de las autoridades españolas y los capitanes de buques. Las enmiendas han venido a reforzar la obligación de coordinación y colaboración entre los Estados para garantizar que los capitanes de los buques que prestan auxilio embarcando a personas en peligro en el mar puedan cumplir sus obligaciones con una desviación mínima del buque de su viaje proyectado y para que se adopten las medidas oportunas que permitan que el desembarco tenga lugar tan pronto como sea razonablemente posible.

Asimismo los capitanes de los buques españoles, según recogen las enmiendas mencionadas<sup>17</sup> también deberán tratar a las personas con humanidad, conforme a la capacidad y las limitaciones de sus buques. Al adoptar las enmiendas el Comité de Seguridad Marítima (CSM), señaló que en gran medida el propósito de estos añadidos era garantizar en todos los casos el traslado a un lugar seguro dentro de un plazo razonable.

La responsabilidad de brindar o de asegurarse de que se brinda un lugar seguro recaería en el Estado responsable de las actividades de rescate de la región en la cual fueron rescatados los supervivientes<sup>18</sup>, cuestión altamente compleja pues muchas han sido las situaciones en las que los inmigrantes han sido rescatados en aguas internacionales y no todos los Estados, como sin embargo sí ha hecho España, se han responsabilizado unilateralmente de estas zonas de salvamento establecidas por la OMI, que cubre todo el espacio marítimo, al considerar que están fuera de su jurisdicción.

En este último caso la obligación se trasladaría, en principio, al Estado cuyo territorio estuviese más cercano al lugar del rescate o la intercepción o al Estado de donde hubiera partido la embarcación irregular. Es decir, en caso de verse involucrado un buque español en una actividad de rescate fuera del ámbito de sus *Centros de Coordinación de Rescate* (RCC en sus siglas conocidas en inglés)<sup>19</sup>, el gobierno de nuestro país tendría el derecho de transferir el caso al gobierno y en su caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Este gobierno a través de su RCC debería según el Derecho Internacional vigente recogido en el *Convenio SAR* y el *Convenio SOLAS*, asumir su responsabilidad y coordinar desde ese momento las actividades de salvamento y la identificación del lugar seguro al que pueden ser trasladados los inmigrantes rescatados.

En último término, como en varias ocasiones ha ocurrido en el caso de España, por evidentes razones humanitarias, ante el desentendimiento de los Estados inicialmente responsables, le correspondería al Estado bajo cuyo pabellón navegase el buque de rescate asegurar que los in-

(16) Las enmiendas del *Comité de Seguridad Marítima de la OMI* datan de 2004 y entraron en vigor en 2006.

(17) Enmienda de la regla V/ 33 del *Convenio SOLAS* y enmienda del párrafo 3.1.9 del *Convenio SAR*.

(18) Según las *Zonas SAR* establecidas de manera genérica por la OMI y que cubren todo el espacio marítimo.

(19) El *Convenio SAR* establece que los Estados concentran en sus *Centros de Coordinación de Salvamento* la responsabilidad y autoridad necesarias para constituirse en punto de contacto principal para los buques, las unidades de salvamento, otros RCC así como otras autoridades a efectos de la coordinación de las operaciones SAR.

migrantes irregulares son llevados a un lugar seguro, bien al territorio de ese mismo Estado (pensemos en España), bien al de otro u otros, con el que o los que se hubiera llegado a algún tipo de acuerdo de cooperación al respecto, garantizando siempre los derechos humanos de las personas involucradas y muy especialmente atendiendo a las solicitudes de asilo, de aquellos que eventualmente sufriesen algún tipo de persecución.

Es decir, la no asunción de sus obligaciones por parte del gobierno y el RCC responsable, no eximiría al gobierno español de sus responsabilidades según los principios y disposiciones ya comentadas, no pudiendo en ningún momento desentenderse de la atención y traslado de los inmigrantes rescatados a un lugar seguro<sup>20</sup>.

Todas estas disposiciones de carácter convencional, que en gran medida se hacen eco y refuerzan la tradición marítima y el derecho consuetudinario del mar en materia de búsqueda, intercepción, auxilio y rescate de las personas en peligro en el mar, entre las que indudablemente debemos situar a los inmigrantes irregulares, se complementan y concretizan con las denominadas *Directrices respecto de la actuación con personas rescatadas en el mar*. Estas *Directrices*, incluidas no hace mucho en la *Resolución MSC. 167 (78)* del Comité de Seguridad Marítima<sup>21</sup>, vinieron a reforzar la reforma, ampliación y mejora de la normativa internacional de salvamento marítimo con el objetivo de ayudar a que las personas en peligro en el mar reciban el auxilio, a tiempo que se intentaban reducir al mínimo los inconvenientes para los buques que prestan auxilio y de asegurar la integridad de los servicios de salvamento marítimo.

Así mismo se establecía como prioridad que cuando los buques presten auxilio a personas en peligro en el mar debería establecerse una coordinación entre todos los interesados a fin de asegurar el respeto de los derechos humanos de los rescatados, el control fronterizo y la soberanía del Estado o Estados implicados. Por supuesto también se incidía en que los Estados de abanderamiento y los Estados ribereños deberían contar con planes eficaces en vigor para prestar

(20) Así se recoge también en las *Directrices del Comité de Seguridad Marítima* que a continuación vamos a analizar: “Cuando resulte adecuado, el primer RCC con el que se haya establecido contacto debe tratar inmediatamente de transferir el caso al RCC responsable de la región en la cual se está prestando auxilio. Cuando se haya informado acerca de la situación al RCC responsable de la región SAR en la cual se requiere, dicho RCC debe aceptar inmediatamente la responsabilidad de la coordinación de las actividades de salvamento, ya que las responsabilidades conexas, incluidos los acuerdos respecto de un lugar seguro para los supervivientes, incumben en primer lugar al Gobierno responsable de esa región. Sin embargo, el primer RCC es responsable de la coordinación del caso hasta tanto que el RCC responsable u otra autoridad competente asuma su responsabilidad”. *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Gobiernos y Centros coordinadores de salvamento*, la directriz es la 6.7.

(21) Datan de mayo de 2004, al igual que las enmiendas anteriormente mencionadas y debemos enmarcarlas en la reforma y reforzamiento de la normativa internacional relativa al salvamento marítimo. El origen de esta reforma debemos situarla en los sucesos del Tampa, buque Noruego que, en agosto de 2001, rescató a 433 solicitantes de asilo frente a las costas de Australia cuando el barco en el que viajaban estaba a punto de hundirse. Tanto Indonesia como Australia denegaron el permiso para desembarcar a estas personas, las cuales subsistieron en condiciones terribles durante 8 días hasta que finalmente, a cambio de una ayuda económica que nunca se hizo pública, Nauru, una isla del Pacífico Sur, acogió a los 433 refugiados.

## Derecho del mar e inmigración irregular

### II

oportuno auxilio a los capitanes a fin de que puedan desembarcar a las personas rescatadas por sus buques en el mar.

A tenor de lo dispuesto por estas directrices de la más alta institución especializada en la regulación del derecho del mar, se refuerzan disposiciones previas. Así se incide en que los capitanes, y por supuesto los de los buques españoles, que se encuentren con personas en peligro en el mar deberán prestarles auxilio independientemente de su nacionalidad o situación jurídica, haciendo todo cuanto puedan, con arreglo a las limitaciones y posibilidades de su buque, concediendo un trato humano a los supervivientes y satisfaciendo sus necesidades inmediatas. En caso de que los capitanes de buques españoles no pudieran contactar con los servicios de rescate responsable de la zona en la que son rescatados los supervivientes, deberán intentar establecer contacto con otros servicios de rescate y si ello no resulta viable, con cualquier otra autoridad gubernamental que pueda prestar auxilio, sin dejar de reconocer que la responsabilidad sigue incumbiendo a los servicios de rescate de la zona en que han sido rescatados los supervivientes, según las Áreas de Salvamento Marítimo establecidas por la Organización Marítima Internacional, que, como adelantábamos, cubren todos los espacios marítimos.

A su vez, los capitanes españoles deberán mantener informado acerca de las condiciones de la asistencia que se necesita y de las medidas adoptadas o previstas en relación con los supervivientes<sup>22</sup>.

Por supuesto también, y con ello se refuerzan disposiciones previamente establecidas de manera más genérica, los capitanes deberán garantizar en todo momento que no se desembarcará a los supervivientes en un lugar donde su seguridad corre peligro, apreciación, en muchos casos, y ante las situaciones extremas vividas, de orden subjetivo, sobre la cual los capitanes de buques no tendrán necesariamente elementos de juicio previos, que pone de manifiesto, claramente, la necesidad de que el Estado de la zona de rescate asuma su responsabilidad cuanto antes o si esto no fuera posible, el Estado español adopte medidas urgentes.

Por supuesto el capitán de un buque español deberá en todo momento cumplir con las prescripciones, indicaciones y disposiciones del gobierno responsable de la región marítima de rescate, sea o no, el gobierno del Estado bajo cuyo pabellón navega, (en este caso España) solicitando orientaciones adicionales de estas autoridades en caso de que se planteen dificultades para dar cumplimiento a tales prescripciones<sup>23</sup>.

(22) El RCC (Centro Coordinador de Salvamento) deberá tratar de obtener la información del capitán del buque que presta auxilio: 1. datos relativos a los supervivientes, incluido el nombre, edad, sexo, estado aparente de salud y condición médica, y cualesquiera necesidades médicas especiales; 2. la opinión del capitán acerca de su impacto sobre la seguridad del buque que presta auxilio; las medidas adoptadas o que se proponga adoptar el capitán; el tiempo que el buque que presta auxilio puede acoger a ese número adicional de personas a bordo; el próximo puerto de escala previsto del buque que presta auxilio; las medidas que el capitán desea tomar para el desembarco de los supervivientes; toda ayuda que el buque que presta auxilio pueda necesitar durante la operación de salvamento o posteriormente; y otros factores especiales por ejemplo las condiciones meteorológicas imperantes o la carga de mercancías perecederas.

(23) Con el objeto de que de manera más eficaz se pueda atender la seguridad de la vida humana en el mar los buques españoles deberían participar en los sistemas de notificación para buques establecidos para facilitar las operaciones de

#### IV. LA OBLIGACIÓN DEL TRASLADO A UN LUGAR SEGURO

A lo largo de las páginas previas hemos mencionado la expresión “lugar seguro”. Se trata de aquel al que habrán de ser llevados los náufragos o personas en peligro en el mar, incluidos inmigrantes irregulares rescatados por buques españoles. Ahora bien, más allá de las alusiones generales un lugar seguro es un sitio en el que se considera que terminan las operaciones de salvamento, en el que la vida de los supervivientes ya no está amenazada y donde pueden satisfacerse las necesidades básicas humanas de carácter material tales como la alimentación, el abrigo y la atención médica. El lugar seguro también debe garantizar la realización de los acuerdos oportunos para el transporte de los supervivientes hasta su destino próximo o final. Bien es cierto que cada caso puede tener circunstancias particulares que le hagan único y requieran del asesoramiento de los servicios estatales adecuados para que el capitán de un buque de rescate pueda adoptar la decisión más adecuada acerca del lugar seguro al que lleva a los rescatados.

Nunca un buque español no especializado, que realiza las actividades de rescate, más allá de las garantías y buenas condiciones que pueda ofrecer, de las instalaciones o los equipos que lleve consigo, podrá ser considerado a priori como lugar seguro. Sin embargo un buque de salvamento, otro buque especializado o algún tipo de instalación en el mar (como plataformas petrolíferas u otro tipo de construcciones que apenas existen en el mediterráneo) podrán transitoriamente servir de lugar seguro hasta que los supervivientes sean desembarcados en su propio destino<sup>24</sup>.

En el momento de la elección de un lugar seguro, los capitanes de buques españoles deberán evitar en todo momento aquellos territorios en los cuales la vida y libertad de las personas que invoquen un temor fundado de persecución pueda verse amenazada. Muy especialmente al respecto hay que situar el caso concreto de aquellas personas que soliciten asilo o los refugiados rescatados en el mar. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

#### V. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA CREACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS COORDINADORES DE SALVAMENTO

Las directrices del Comité de Salvamento Marítimo también nos permiten perfilar con más nitidez las obligaciones, ya no de los capitanes de los buques que navegan bajo pabellón español

rescate en el mar. Vid. para este conjunto de disposiciones genéricas adaptadas a las obligaciones de los buques españoles el documento *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Capitanes de buques*.

(24) Si el cumplimiento de la tarea asignada de llevar a los náufragos o personas en peligro rescatadas en el mar a un lugar seguro, según lo definido en el texto, conllevara algún tipo de carga pesada para el buque, el Centro Coordinador de Salvamento y Rescate se esforzará en conseguir una alternativa razonable. *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Concretamente el capítulo dedicado a *Lugar Seguro*.

## Derecho del mar e inmigración irregular

II

sino las responsabilidades de los gobiernos de España, como Estado parte del sistema internacional de salvamento marítimo que regula la OMI a través de su comité especializado.

En ese sentido es prioritario que el gobierno español cuente con la seguridad de que sus Centros Coordinadores de Salvamento (RCC) y otras autoridades estatales y autonómicas disponen de la suficiente orientación y autoridad y por supuesto de que funcionan de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el complejo manual IAMSAR<sup>25</sup>.

También cabe destacar que España asume responsabilidades con los buques de rescate. Así en el caso de que un buque bajo pabellón español o bajo pabellón de otro Estado recalara en un puerto español tras haber prestado auxilio a personas en el mar, deberán poder proseguir su viaje sin sufrir demoras indebidas, carga financieras u otras dificultades añadidas. Las actividades de coordinación entre los eventuales buques de auxilio, que navegan bajo pabellón de España o de otro Estado, que afecten a España como Estado responsable de la zona de salvamento, deberán ser coordinadas por el Centro de Coordinación de Salvamento de referencia, el cual mantendrá la coordinación durante todo el momento del rescate o, en su caso, si así se considerase oportuno, podría encomendar a otras autoridades nacionales determinadas actividades directas de rescate o de coordinación con el buque que estuviese llevando a cabo ese tipo de maniobras.

Es responsabilidad de España, por lo tanto, el mantenimiento de planes eficaces y la programación de medidas específicas para hacer partícipes a otras autoridades del rescate o atención a los supervivientes, náufragos o personas en peligro en el mar<sup>26</sup>.

Igualmente el gobierno español deberá en todo momento contar con planes y acuerdos bilaterales con otros gobiernos o acuerdos con organizaciones internacionales llamados a cubrir las necesidades de rescate de su zona de rescate marítimo y las necesidades que puedan surgir en otras zonas hasta que el gobierno responsable u otros mejor situados que el español, que acepten la responsabilidad pueda acudir a ocuparse del caso.

Aquí adquiere especial relevancia la cooperación en el contexto de la Unión Europea, el papel de la agencia Frontex en el ámbito del control fronterizo y los acuerdos bilaterales a los que España ha llegado con varios países africanos. Estos planes, de manera genérica, deberían tener como objetivo:

1. Favorecer la coordinación de operaciones de rescate;
2. Coordinar el desembarco de los supervivientes o personas en peligro rescatadas;
3. Facilitar la entrega de los supervivientes en un lugar seguro;
4. Coordinar los esfuerzos con otras autoridades como las autoridades aduaneras, de inmigración, el propietario del buque o el Estado de abanderamiento en caso de que se planteen,

(25) Todos los buques que naveguen bajo pabellón español deberán llevar a bordo el volumen III del *Manual IAMSAR* en el que se establecen las normas y procedimientos oportunos.

(26) Documento *Directrices respecto a la actuación con las personas rescatadas en el mar*. Recogido en la Resolución MSC.167 (78) adoptada el 20 de mayo de 2004. Apartado dedicado a *Gobiernos y Centros Coordinadores de Salvamento*.

como es tan habitual y demuestra la práctica reciente, cuestiones no relacionadas directamente con el rescate<sup>27</sup>.

Especial relevancia merece este último punto pues en muchas ocasiones se han planteado inconvenientes en cuanto a la identificación de la nacionalidad de los rescatados y la situación o circunstancias personales de cada uno de ellos. Cuestiones, claro está, que afectan a todo lo relativo al control fronterizo y la legislación migratoria y que pueden tener repercusiones en la situación jurídica de los rescatados, así como en el tiempo que habrá de demorarse el buque de rescate en volver a su actividad habitual. En ese sentido conviene recordar que tanto el *Convenio SAR* como el *Convenio SOLAS* obligan a los Estados parte a coordinarse y colaborar para acelerar los acuerdos para el desembarco de los supervivientes.

Más allá de los inconvenientes que puedan surgir el gobierno español, llegado el caso en el que sea el responsable de un eventual rescate, deberá realizar todos los esfuerzos posibles para reducir al máximo el tiempo que los supervivientes permanecen a bordo de los buques que hayan prestado el auxilio<sup>28</sup> y acelerar su desembarco.

No obstante los capitanes de los buques españoles deberán ser conscientes de que, pese a los esfuerzos realizados, las tramitaciones de desembarco en un lugar seguro no siempre pueden realizarse, por diferentes motivos, con la agilidad que sería deseable<sup>29</sup>.

También será responsabilidad de los Centros de Coordinación de Salvamento español obtener una información básica del capitán del buque que ha realizado el rescate con el fin de conocer cuál es el estado de salud, condiciones médicas y la identificación de los supervivientes o personas rescatadas; las posibles repercusiones para la seguridad del buque que presta auxilio y sus tripulantes derivadas de la presencia de los inmigrantes rescatados o las medidas que ante la nueva situación se ha propuesto adoptar el capitán. Igualmente el RCC deberá conocer, en la medida en que eso sea posible, cuál es la opinión del capitán acerca del tiempo que considera podrá ofrecer su buque auxilio a los inmigrantes sin que se produzca una amenaza para la seguridad del buque<sup>30</sup>; el próximo puerto de escala previsto; las medidas que el capitán va a adoptar

(27) Por supuesto los planes de funcionamiento, las actividades de enlace y los acuerdos sobre comunicaciones deben prever una coordinación adecuada previa y concomitante con la operación de salvamento, con las compañías navieras y con las autoridades nacionales o internacionales que quizás tengan que participar en las actividades de respuesta y desembarco. *Ibidem*, Directriz 6.6 (*Gobiernos y Centros Coordinadores de Salvamento*).

(28) *Ibidem*, Directriz 6.8.

(29) La Directriz 6.9 es muy clara al respecto “Las autoridades estatales responsables deben realizar todos los esfuerzos posibles a fin de acelerar los acuerdos para el desembarco de los supervivientes del buque; sin embargo el capitán debe tener presente que en algunos casos la coordinación necesaria acarreará demoras inevitables”.

(30) Aquí hay que tener muy en cuenta algunos factores que pueden provocar, razonablemente, inquietudes relacionadas con la salud y la seguridad a bordo del buque y pueden estar vinculadas con la falta de equipos salvavidas, de agua, de provisiones, de asistencia médica y de alojamiento en relación con el número de personas a bordo y de la seguridad de la tripulación o los pasajeros en caso de que las personas a bordo puedan volverse agresivas o violentas. En algunos casos será conveniente que los Centros Coordinadores de Salvamento tomen las medidas necesarias para que el personal SAR realice las visitas pertinentes con el objeto de evaluar la situación a bordo, facilitando el desembarco de los supervivientes en condiciones de seguridad. Directriz 6.11.

## Derecho del mar e inmigración irregular

II

ante el desembarco de los supervivientes así como toda ayuda que refiera vaya a necesitar y las condiciones meteorológicas imperantes (junto a otro tipo factores especiales)<sup>31</sup>.

### VI. OBLIGACIONES CON RESPECTO A DETERMINADAS CATEGORÍAS DE PERSONAS

#### A) Los refugiados

Anteriormente, cuando nos referíamos al concepto de lugar seguro, mencionábamos la particular situación en la que se encuentran aquellas personas que huyen por vía marítima de sus países de origen o de los países de tránsito, al sentirse perseguidas y amenazadas. En gran medida nos estamos refiriendo en este caso a las personas que eventualmente podrían ser solicitantes de asilo. Como bien se recoge en el artículo 33.1 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados* se prohíbe expresamente a los Estados parte expulsar o devolver (*refoulement*) a un refugiado a la frontera de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de opiniones políticas<sup>32</sup>.

Por lo tanto en ningún caso podrá producirse el desembarco de estos refugiados o solicitantes de asilo en territorios donde su vida corra peligro o su libertad se vea amenazada. Por extensión y apoyándonos en el *Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes*, tampoco debería producirse en ningún caso, el desembarco de estas personas en aquellos territorios en los que existan temores fundados de que esas personas pueden sufrir torturas<sup>33</sup>. A su vez ni los capitanes de los barcos de rescate ni las autoridades españolas deberían compartir información personal de los solicitantes de asilo con las autoridades del país de que huye el refugiado o con terceros que pudiesen transmitir esa información a tales autoridades<sup>34</sup>.

Parece indudable por lo tanto la obligación jurídica de España de acuerdo a la *Convención sobre los refugiados*, al *Convenio contra la Tortura* como acabamos de ver e incluso por extensión al *Convenio Europeo de Derechos Humanos* o el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>35</sup>, relacionadas con el *principio de no devolución*, destinada a garantizar el acceso a territorio de la Unión a las personas interceptadas o rescatadas en el mar territorial de un Estado miembro

(31) Directriz 6.10 relativa a la información que habrán de obtener los RCC del capitán del buque que presta auxilio.

(32) España es Parte de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados* de 28 de julio de 1951 y de su *Protocolo* de 31 de enero de 1967 (BOE de 21 de octubre de 1978).

(33) *Convenio contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes* de 10 de diciembre de 1984 (artículo 3). España es Parte del *Convenio contra la Tortura* (BOE de 30 de noviembre de 1987).

(34) Vid. *Guía de referencia sobre los principios y prácticas aplicables a migrantes y refugiados: Salvamento en el Mar*, OMI y ACNUR.

(35) Especialmente los artículos 6 y 7.

que son perseguidas en sus países de origen y se encuentran necesitadas de protección con el objetivo de que se pudiese examinar debidamente su solicitud de asilo.

Dos cuestiones adquieren a nuestro juicio especial relevancia en este tipo de situaciones. La primera tiene que ver con la capacidad del capitán de un buque mercante que navega bajo pabellón español de discernir si una persona es un refugiado o solicitante de asilo y de identificar si los lugares de destino son realmente seguros o no para alguna de estas personas. Indudablemente no puede ni presumírsele ni exigírsele al capitán de un barco pesquero español esa capacidad. Es decir el capitán de un buque no tiene la responsabilidad de determinar la condición jurídica de las personas a bordo. Por ello nos parece extremadamente importante que en el caso de que el capitán detecte alguna de estas situaciones o temores de persecución por la información que pueda obtener de los inmigrantes rescatados, lo ponga en comunicación inmediatamente, como así le exigen las directrices sobre las que hemos trabajado previamente, del Centro de Coordinación de Rescate competente (e incluso si fuera posible de ACNUR), para que se adopten las medidas preventivas oportunas.

En ese sentido la agilidad en la comunicación por parte del capitán y la capacidad de respuesta pronta por parte de las autoridades españolas son elementos fundamentales para la resolución satisfactoria de situaciones tan complejas, que finalmente deberían conllevar que pudiera ser analizada debidamente la solicitud de asilo del refugiado. El Estado español debería por lo tanto asumir la responsabilidad de informar a los capitanes de buques sobre los principios del Derecho Internacional de los refugiados y de la complejidad de este tipo de situaciones.

La segunda cuestión tiene que ver con la extensión de las obligaciones de España, más allá de sus fronteras, relacionadas con el principio de no devolución para personas solicitantes de asilo, que sufran riesgo de persecución o tortura, tratos inhumanos o degradantes y que requieran protección, a un contexto extraterritorial. Aunque la intercepción se haya producido en *aguas internacionales* fuera de la jurisdicción de España o de otros Estados de la Unión, incluso fuera de su zona de rescate, establecida por la OMI, la obligación de no devolución persistirá en todo momento.

A nuestro juicio, tal y como ha sido bien razonado genéricamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, España tiene la obligación, en virtud de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado y de su Protocolo adicional, de aplicar extraterritorialmente el principio de no devolución en el caso de que buques bajo pabellón español rescaten a inmigrantes fuera de nuestras aguas territoriales y entre ellos se encuentren solicitantes de asilo, entendiéndose que lo determinante no es si los refugiados se encuentran realmente en el territorio español, sino que éstos están bajo el control efectivo, la autoridad y la jurisdicción de nuestro Estado. Lo contrario sería contradictorio con el artículo 33 (1) de la Convención ya mencionada y con el objeto, espíritu y fin del tratado<sup>36</sup>. Podemos concluir por lo tanto que en este tipo de situaciones debería producirse la aplicabilidad extraterritorial del principio de no devolución.

(36) ACNUR, *Opinión consultiva sobre la aplicación extraterritorial del principio de no devolución en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967*.

## Derecho del mar e inmigración irregular

II

### B) Los polizones

Debemos aunque sea brevemente referirnos al asunto de los *polizones* es decir el caso de aquellas personas que se introducen secretamente en un buque o en una carga que posteriormente se introduce en un buque y cuya presencia es detectada a bordo una vez que ha salido de un puerto. En ocasiones estos polizones pueden esconderse en buques bajo pabellón español o en buques que navegan bajo otro pabellón con destino a España. En caso de que sean descubiertos durante la travesía los capitanes de los buques tendrán que anunciar el caso a las autoridades competentes. Si el asunto recae finalmente bajo jurisdicción española, no serán de aplicación las obligaciones en materia de auxilio y rescate antes mencionadas pues nos encontramos con una situación totalmente diferente, pero sí habrá de procederse a garantizar la seguridad de los polizones y la tripulación; su identificación y su rápido desembarco en el primer puerto de escala, siempre y cuando se cuente con la autorización pertinente y no suponga un riesgo para su seguridad.

Especialmente sensibles son las situaciones en las que los polizones son refugiados. Aquí habrá de tenerse muy presente que dicha persona no sea transferida a las autoridades del país del que huye, facilitando si eso es posible una entrevista en el buque para determinar su situación y temores fundados. En todo caso y aunque no hay una legislación internacional y comunitaria consolidada en la materia, entendemos que España debería hacerse cargo del estudio de la solicitud de asilo del polizón. De nuevo aquí sería también de aplicación extraterritorial el principio de no devolución si el polizón ha sido descubierto en aguas internacionales<sup>37</sup>.

## VII. OBLIGACIONES EN MATERIA DE DESEMBARCO Y REPATRIACIONES

La cuestión del desembarco, tanto de inmigrantes interceptados, rescatados y auxiliados en el mar como de los polizones, nos es una cuestión pacífica. Existe, como hemos tratado de demostrar, una obligación de trasladar a un lugar seguro a los inmigrantes pero ese lugar seguro necesariamente no tiene porqué ser en el caso de que el buque navegue bajo el pabellón de nuestro Estado o se trate de un buque de salvamento SAR propio, un lugar dentro del territorio español. Igualmente existe una obligación de desembarcar a los polizones en el primer puerto de escala que tampoco tiene porqué ser necesariamente un puerto español pues dependerá de las circunstancias, del momento y de la localización en la que fue descubierto aquél.

Por lo tanto responder a la pregunta de dónde deben ser desembarcados los inmigrantes rescatados o los polizones, más allá de la obligación general de que se trate de un lugar seguro, no es tarea sencilla.

(37) La *Convención internacional relativa a los polizones* que data de 1957, y que no fue firmada por España no ha entrado en vigor. Por ahora contamos con una serie de *enmiendas al Convenio sobre el tráfico marítimo internacional* de 1965, que están centradas en las medidas preventivas llamadas a evitar el embarque de polizones, un conjunto de *directrices de la Organización Marítima Internacional* que datan de 1997 y más específicamente para el caso de los polizones refugiados unas *recomendaciones de carácter no vinculante del Comité Ejecutivo de ACNUR (Conclusiones del Comité Ejecutivo núm. 53-XXXIX-)*.

La normativa internacional, en ninguna de sus disposiciones de carácter convencional, establece la obligación de que las personas rescatadas sean desembarcadas en los territorios del Estado cuyos buques han realizado la intercepción o el auxilio. Esto plantea serios inconvenientes pues en ocasiones ni las autoridades de los países de donde partieron las embarcaciones, ni las de aquellos Estados que por razones de localización geográfica (en muchas ocasiones y en relación con la inmigración que pretende llegar a España, se trata de países africanos) se encontraban más cerca de la zona del rescate quieren hacerse cargo de la recepción y desembarco de esas personas.

Las reticencias están fundadas en: 1. que en muchas ocasiones, en el caso de los Estados de cuyo territorio partieron las embarcaciones irregulares, las personas rescatadas o interceptadas no son nacionales suyos, al tratarse de países de tránsito; 2. a que muchos de los inmigrantes rescatados se encuentran indocumentados y 3. a la imposibilidad material de hacer frente a los gastos de repatriación en el caso de que su nacionalidad sea identificada.

Por otro lado no debemos dejar de mencionar que en muchas ocasiones estos Estados utilizan la inmigración irregular por vía marítima como medida de presión política con los Estados europeos y como un modo de conseguir un tratamiento diferenciado en las políticas de cooperación.

Al respecto hay que destacar la importancia de los convenios de cooperación bilateral que ha adoptado España con varios países africanos, destinados a facilitar un retorno o readmisión de sus nacionales que son interceptados en el mar, incluso de aquellos ciudadanos de otros países que partieron desde sus territorios, así como a impedir nuevas salidas desde los puertos de esos países. Todo ello a cambio de ayudas económicas, capacitación técnica, transferencias de tecnologías y programas generales de desarrollo. Los casos más ilustrativos al respecto son, aunque no los únicos, los de Mauritania y Senegal países a los que se fue desplazando el foco de migración irregular por vía marítima en los últimos años debido a la presión y control que se ejerció en el estrecho de Gibraltar y a la buena predisposición de las autoridades marroquíes que reforzaron sus tareas de vigilancia y prevención en sus costas.

Desde el punto de vista jurídico, debe preocuparnos muy especialmente que en ocasiones son devueltas a Senegal o Mauritania personas de terceros países africanos sin que, debido a la situación por la que atraviesan los Estados mencionados, se tenga la seguridad de que van a recibir un trato adecuado y digno, pudiéndose verse vulnerados sus derechos humanos. A su vez, como ha denunciado la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, es preocupante que funcionarios y policías españolas participen junto a funcionarios y policías de los países mencionados, en actuaciones ajenas al control de los tribunales españoles, en misiones conjuntas de vigilancia, prevención y repatriación de la inmigración irregular en una suerte de externalización de las fronteras<sup>38</sup>.

(38) En efecto CEAR presentó un *Informe relativo a determinadas prácticas del Gobierno Español de externalización de las fronteras que vulneran y pueden vulnerar en el futuro los derechos humanos de las personas migrantes que pretenden llegar a España por la frontera Sur*, 30 de mayo de 2007. En el informe de denuncia, CEAR se hacía especial eco de la gestión que España realizó, en colaboración con Mauritania, en el caso del Marine I, buque cargado de inmigrantes, que el 4 de febrero de 2007 fue remolcado por un buque de salvamento marítimo y cuyos ocupantes fueron desembarcados en una zona franca del puerto de Nuadibú, hasta que fueron repatriados en su mayor parte a diversos países.

## Derecho del mar e inmigración irregular

### II

Por otro lado hay que hacer referencia a los esfuerzos que viene realizando la UE desde 1998 hasta la reciente cumbre Euroafricana de Lisboa, para integrar la inmigración en sus relaciones con terceros países. En lo que a los intereses de España se refiere cabe destacar, dada la importancia de países de tránsito y emisores de inmigración, los acuerdos y la atención especial que han recibido de la UE, Marruecos y Mauritania con el objeto de consolidar programas de gestión de la inmigración irregular hacia la UE que deberían incluir medidas concretas para facilitar la readmisión de sus nacionales y de los inmigrantes en situación irregular que han transitado por territorio de Marruecos o Mauritania antes de intentar su llegada a territorios de la Unión.

Parece evidente que es necesario, pese a los avances, mejorar la cooperación con terceros países en el ámbito de la devolución de las personas rescatadas en el mar, pero esto no se ha demostrado sencillo. Solamente cuando se tenga la seguridad de que las personas rescatadas en el mar serán repatriadas a los países de origen con la celeridad necesaria, siempre con el respeto absoluto a sus derechos humanos fundamentales, muchos Estados dejarán de lado sus reticencias a la hora de autorizar el desembarco de esas personas en su territorio. Otro asunto especialmente delicado tiene que ver con la asimetría en la asunción de obligaciones internacionales en materia de rescate y auxilio en el mar de los Estados europeos y africanos, pues si bien España ha ratificado el conjunto de convenios especializados en la materia que regulan este tipo de situaciones en el Derecho internacional del mar, no ocurre necesariamente lo mismo con todos los países europeos y muy especialmente con los países africanos.

En un contexto únicamente europeo y en relación con el desembarco de los inmigrantes debemos hacer mención a la necesidad de que finalmente se consolide un marco jurídico comunitario específico relativo a la cooperación para la prevención de la inmigración irregular entre Estados miembros de la Unión Europea tendente a asegurar formas de responsabilidad compartida en el desembarco de las personas interceptadas de aquellos países europeos que participen en la intercepción, las operaciones de búsqueda y salvamento. Esto tiene una especial relevancia en cuanto a los solicitantes de asilo que han de ser situados por las autoridades europeas, ya lo están empezando a ser, como una responsabilidad también compartida de los Estados que participan en los programas y operaciones conjuntas en el mar puestas en marcha por la Unión Europea que conllevan medidas de intercepción más allá de las fronteras exteriores de la Unión. De manera que las solicitudes de asilo deberían gestionarse también de manera compartida por los países involucrados a partir de criterios uniformes.

Todas estas cuestiones han sido objeto de importantes debates y reflexiones al interior de los organismos comunitarios<sup>39</sup> y recientemente han concluido con la elaboración por parte de la Comisión Europea de un documento orientativo, en el que se recogen las líneas básicas de actuación que habrán de seguir los países miembros de la UE en la aplicación de los instrumentos jurídico internacionales en la gestión de la inmigración irregular por vía marítima<sup>40</sup>.

(39) Si nos referimos a los más recientes deberíamos mencionar la sesión plenaria del Parlamento Europeo el 6 de junio de 2007, la reunión del Consejo de Justicia e Interior de los días 12 y 13 de junio de 2007 y el trabajo al interior del Consejo Europeo de los días 21 y 22 de junio de 2007.

(40) SEC (2007) 0619, 15 de mayo de 2007.

## VIII. CONCLUSIONES FINALES

1. Tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo el Derecho Internacional reconoce que España como Estado soberano puede ejercer libremente las facultades de control y vigilancia en la frontera exterior marítima. Para ello podrá acudir a la cooperación con terceros países y muy concretamente, así lo viene haciendo, a la cooperación de la Unión Europea.
2. España como destino de las migraciones irregulares puede extender su acción de control con el fin de prevenir o impedir las infracciones en su territorio más allá de su mar territorial, es decir a aguas internacionales, incluso en el mar territorial de otro Estado siempre que éste así lo autorice. La aplicación extraterritorial de los controles más allá de las fronteras de los Estados miembros de la Unión Europea y concretamente en territorios de los Estados de origen o tránsito de las personas migrantes, deberá llevarse a cabo con estricto respeto a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.
3. Existe una obligación jurídica internacional del Estado español y de los capitanes de los buques que navegan bajo su pabellón que se deriva del Derecho del Mar respecto a la búsqueda, el rescate, prestación de auxilio y el traslado a un lugar seguro tan pronto como sea razonablemente posible de las personas que se encuentran en una situación de peligro en el mar independientemente de la nacionalidad o condición en que se encuentren las personas en cuestión y de las circunstancias en que se hayan encontrado en el mar, incluidos los inmigrantes irregulares. Los capitanes de los buques que navegan bajo pabellón español y participan en una acción de rescate deberán informar a los centros coordinadores de salvamento acerca del estado e identificación de los rescatados, las medidas adoptadas, las medidas a adoptar, la ayuda que requiere y otros factores especiales como las condiciones meteorológicas imperantes.
4. Los Centros Coordinadores de Salvamento deberán contar con planes efectivos para las medidas de operación y coordinación con el fin de responder adecuadamente a todo tipo de situaciones de búsqueda y salvamento. En el caso español la coordinación con las Comunidades autónomas constituye un elemento esencial.
5. Los capitanes de los buques mercantes bajo pabellón español o los servicios de rescate (SAR) deberán trasladar en cuanto sea posible a los inmigrantes a un lugar seguro, es decir aquel en el que se pondría fin a las operaciones de salvamento, en el que la vida de los supervivientes ya no estaría amenazada y donde pudieran satisfacerse las necesidades básicas humanas de carácter material tales como la alimentación, el abrigo y la atención médica. En caso de que por las circunstancias que concurriesen en un caso concreto el lugar seguro sólo pudiese encontrarse en territorio español, hasta allí serían enviados los inmigrantes para proceder a su desembarco.
6. La no asunción de sus obligaciones por parte del gobierno extranjero y el RCC responsable, en el caso de rescates que no se produzcan dentro del mar territorial español y fuera de su zona de rescate según las registradas por Organización Marítima Internacional, no eximirá al gobierno español de sus responsabilidades según los principios y disposiciones relativas al auxilio y res-

## Derecho del mar e inmigración irregular

II

cate de las personas en peligro en el mar, no pudiendo en ningún momento desentenderse de la atención y traslado de los inmigrantes rescatados a un lugar seguro.

7. Los supervivientes o personas rescatadas, incluido por supuesto los inmigrantes indocumentados, los que buscan asilo y los refugiados y polizones, deberán ser tratados mientras se encuentran a bordo de los buques de rescate, de la manera prescrita en los instrumentos pertinentes de la Organización Marítima Internacional y con arreglo a los convenios internacionales de derechos humanos de los que España es país miembro, así como conforme a las tradiciones y tradicionales prácticas marítimas, que están integradas en el Derecho consuetudinario internacional del mar y que en gran medida están relacionadas con la atención en condiciones de dignidad y el trato humanitario.

8. España, de acuerdo a la *Convención sobre el Estatuto de los refugiados, su Protocolo adicional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Convenio contra la Tortura*, asume la obligación relacionada con el principio de no devolución, destinada a garantizar el acceso a su territorio a las personas interceptadas o rescatadas en su mar territorial que son perseguidas en sus países de origen y se encuentran necesitadas de protección con el objetivo de que se pudiese examinar debidamente su solicitud de asilo.

9. España tiene la obligación, también en virtud de los instrumentos anteriormente mencionados, de aplicar, extraterritorialmente, el principio de no devolución en el caso de que buques bajo pabellón español rescaten a inmigrantes fuera de nuestras aguas territoriales y entre ellos se encuentren solicitantes de asilo, entendiendo que lo determinante no es si los refugiados se encuentran realmente en el territorio español, sino que éstos están bajo el control efectivo, la autoridad y la jurisdicción de nuestro Estado.

10. Los polizones entendidos éstos como las personas que se esconden en un buque sin el consentimiento del armador o del capitán y cuya presencia es detectada a bordo una vez iniciada la travesía deberán ser tratados de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, garantizándose la seguridad en el buque, procediéndose a su identificación y desembarco en el puerto de escala más próximo. Se atenderá muy especialmente a las circunstancias excepcionales que podrán concurrir en el caso de polizones refugiados. Si las autoridades del puerto más cercano no autorizasen el desembarco del polizón, éste podría ser desembarcado en el territorio de otro Estado y eventualmente en territorio español. Nunca un polizón deberá pasar más tiempo del razonable en espera de ser desembarcado.

11. Las autoridades españolas deberán realizar un esfuerzo de difusión de los principios generales y normas básicas (especialmente la no devolución) del estatuto internacional de los refugiados, entre los capitanes de buques que navegan bajo pabellón español, con el objeto de que éstos, cuando se encuentren con refugiados en una intervención de rescate o descubran polizones que solicitan asilo, cuenten con la información necesaria para actuar acorde con las leyes internacionales.

12. Las personas en situación especial (niños, personas con discapacidad, mujeres embarazadas) que protagonizan migraciones irregulares y son interceptadas en el mar, deberán recibir por

parte de España una protección reforzada sobre la base del Derecho Internacional de los derechos humanos que les reconoce derechos específicos dada su situación de alta vulnerabilidad.

13. Los programas y operaciones conjuntas en el mar puestas en marcha por la Unión Europea que conllevan medidas de intercepción más allá de las fronteras exteriores de la Unión pretenden ser coherentes con la protección de los derechos humanos y seguridad de los solicitantes de asilo. Es muy importante que España, como Estado miembro de la Unión, mantenga su compromiso firme con la protección de los derechos humanos de las personas rescatadas, reforzando la práctica europea en la materia y las disposiciones que puedan emanar de los organismos europeos.

14. El marco jurídico comunitario relativo a la cooperación para la prevención de la inmigración irregular entre Estados miembros de la Unión Europea y las formas de asegurar la responsabilidad compartida en el desembarco de las personas interceptadas de aquellos países europeos que participen en la intercepción, las operaciones de búsqueda y salvamento no está consolidado. Se trata de un marco jurídico en construcción en el que España ha de seguir jugando un papel orientador.

15. Las obligaciones internacionales de los países de origen y de tránsito en relación con el regreso de sus ciudadanos o las personas que hayan transitado por sus territorios en ocasiones son objeto de discusión, no siempre son asumidas por los países señalados y requieren de un esfuerzo en el plano de los acuerdos de cooperación. La asimetría en la asunción de obligaciones internacionales en materia de derecho del mar, especialmente entre los países europeos y africanos, complica en gran medida la posibilidad de gestionar la inmigración irregular por vía marítima desde criterios unificados. En ese sentido España debería jugar un papel determinante en la difusión de las normas marítimas internacionales, en la promoción del cumplimiento de terceros Estados de sus obligaciones en el ámbito del salvamento marítimo y en el trabajo diplomático llamado a persuadir a que los países que aún no lo han hecho, ratifiquen los convenios internacionales de referencia.

16. El impacto de los acuerdos bilaterales y multilaterales de colaboración entre España y los Estados del mediterráneo o de África occidental, tendentes a fomentar la readmisión obligatoria en caso de inmigración irregular protagonizada por alguno de sus nacionales, o personas que salieran con destino a Europa desde su territorio, es desigual y en gran medida está asociado a contrapartidas en el marco de la cooperación. Los avances han sido importantes pero aún no está garantizada la readmisión en todos los casos y circunstancias. España siempre deberá velar por que en el caso de producirse, las readmisiones y repatriaciones se realicen conforme a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

17. Como hemos intentado poner de manifiesto en este trabajo existe una estrecha relación entre el Derecho Internacional del Mar y las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los derechos humanos, muy específicamente el régimen internacional de los refugiados y las normas internacionales de protección de otros grupos vulnerables. Esta relación tendrá que estar siempre presente en las actuaciones de rescate y auxilio en el mar llevadas a cabo bajo

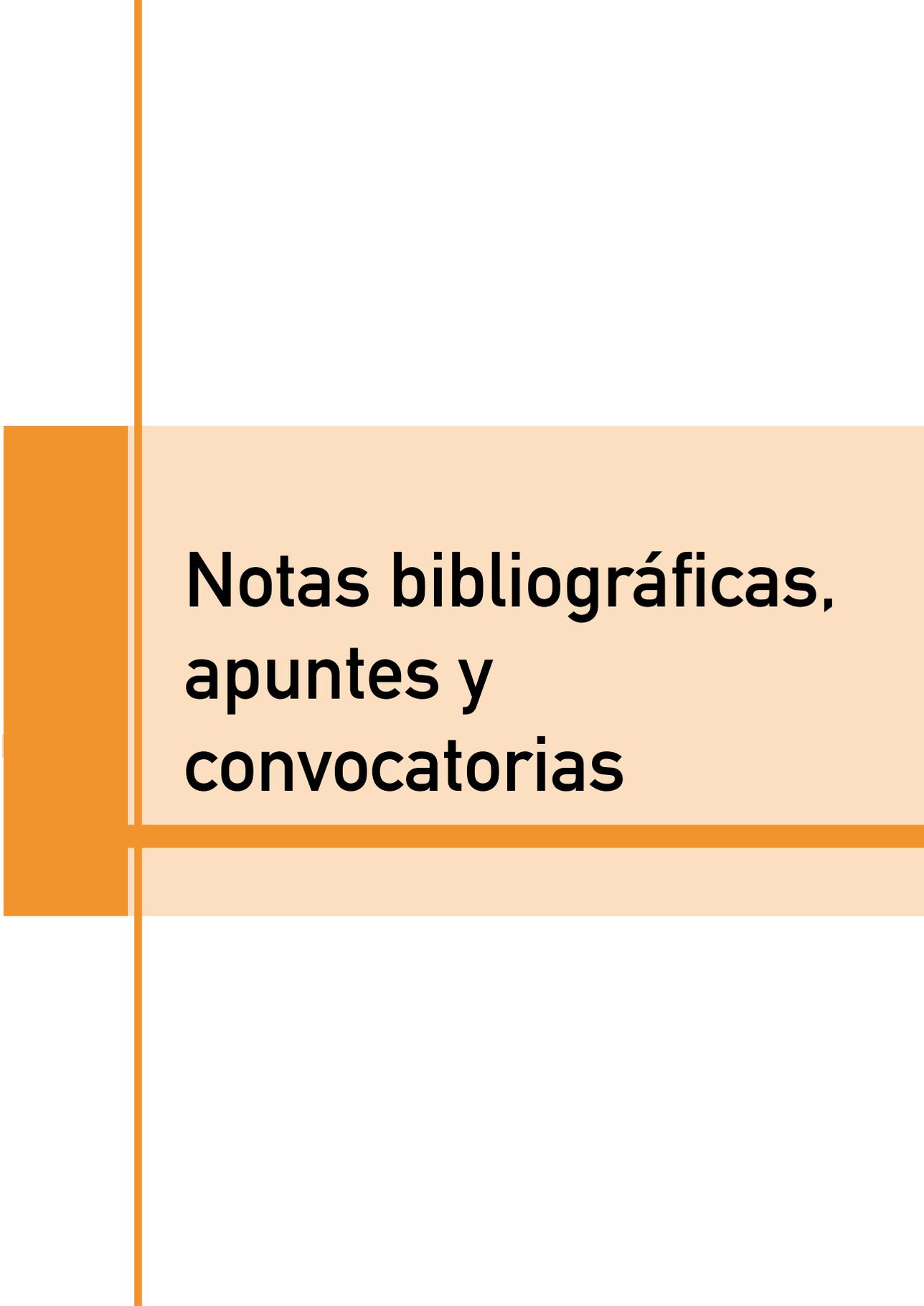
## Derecho del mar e inmigración irregular

II

responsabilidad del Estado español, en los programas conjuntos implementados en el marco de la Unión Europea y en los acuerdos de readmisión bilaterales o multilaterales que España ha adoptado o adoptará en el futuro con terceros países, llamados a mejorar la coordinación en la lucha contra la inmigración irregular por vía marítima, facilitar la repatriación de los inmigrantes rescatados y a desmotivar futuras travesías de riesgo en el océano Atlántico o en el mar Mediterráneo.

18. Por último, y aunque esto excede el objeto del presente trabajo que ahora concluye, no debemos olvidar que las migraciones de carácter irregular masivas por mar con destino a Europa son consecuencia de la pobreza y el subdesarrollo de muchos países de África y Asia y de la identificación de Europa y España, como región y país de bienestar. Por todo eso es imprescindible que las políticas que pretenden frenar la inmigración irregular no se desentiendan de las estrategias de cooperación al desarrollo a partir de lo que empieza a conocerse en el campo de la cooperación española como los programas de codesarrollo, centrados en aquellos focos emisores, en el presente, de inmigración irregular hacia España o los que pudieran ser en el futuro.

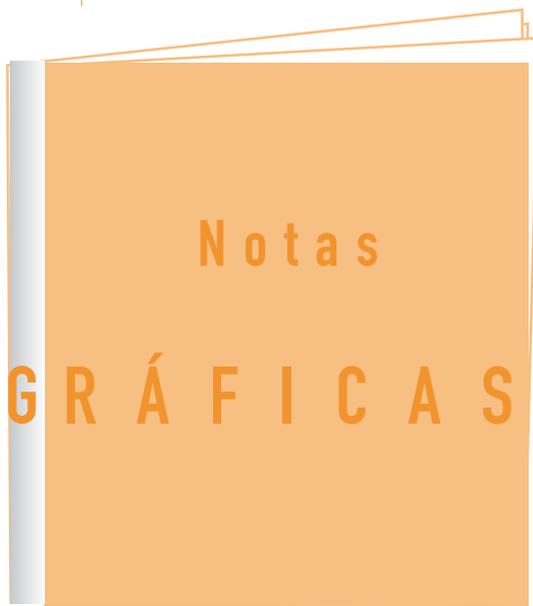




**Notas bibliográficas,  
apuntes y  
convocatorias**



# BIBLIOGRÁFICAS



- AJA FERNÁNDEZ, E y ARANGO, J.: *La inmigración en España 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración en España*, Fundació CIDOB, Barcelona 2008, 286 pp.
- BRIONES, I.: *Análisis general de la normativa estatal y autonómica sobre inmigración en España. Inmigración, cultura y factor religioso*, Edit. Difusión Jurídica Temas Actual, Madrid 2007, 619 pp.
- CASA ÁRABE, *Palestina 181. 60 años después*, Madrid 2007, 71 pp.
- CONSEIL DE L'EUROPE-COUNCIL OF EUROPE, *Compagnon. Guide d'action pédagogique pour la diversité, la participation et les droits de l'homme*, Estrasburgo 2008, 85 pp. (hay asimismo edición en inglés).
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.: *La Conferencia de Algeciras y las Relaciones Internacionales*, Fundación Tres Culturas, Sevilla 2007, 351 pp.
- DÍAZ GARCÍA CONLLEDO, M.: *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, La Ley, Madrid 2007, 758 pp.
- DURÁN AYAGO, A. y CARRILLO CARRILLO, B.: *Guía legal práctica de extranjería*, Editorial Comares, Granada 2007, 308 pp.
- FARALDO, F. (dir.): *Derecho Penal de Excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, 343 pp.
- FERNÁNDEZ ARRIBAS, G.: *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Comares, Granada 2007, 176 pp.
- R. HERRERA CARASSOU, *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*, Siglo XXI Editores, México 2007, 230 pp.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM), *Migration and the Right to Health. A review of European Community Law and Council of Europe Instruments*, Ginebra 2007, 353 pp.
- IOM, *Living Across Worlds: Diaspora, Development and Transnational Engagement*, Ginebra 2007, 211 pp.
- IOM, *Migration and Climate Change*, Ginebra 2007, 64 pp.
- JURADO VARGAS, R. (coord.): *El discurso político de los inmigrantes*, AESCO, Madrid 2007, 277 pp.
- LEMA TOMÉ, M.: *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Madrid 2007, 437 pp.

## Notas bibliográficas

- MARTINELLI, M.: *Cómo combinar la integración y la diversidad (El desafío de una ciudadanía multicultural en la UE)*, traduc del inglés de Bakun, S.L., Informes Ikuspegi (Observatorio Vasco de Inmigración), Bilbao 2007, 22 pp. (edic. bilingüe, en vasco y castellano).
- MONTILLA, J. y CAMINO, M.: *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, 79 pp.
- MORILLAS, J. (dir.): *Mercado de trabajo e inmigración. Los servicios a los hogares en el ámbito del empleo doméstico en la Comunidad de Madrid*, Comunidad de Madrid, Madrid 2007, 283 pp.
- PALOMAR OLMEDA, A. y CARDENAL CARRO, M. y otros: *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2007, 1134 pp.
- PECES-BARBA, G.: *Educación para la ciudadanía y Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid 2008, 360 pp.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F.: *Manual básico de Derecho y ciudadanía española en el exterior*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2007, 320 pp.
- *Curso de Administración Instrumental y Migración*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2007, 206 pp.
- PONCE SOLÉ, J.: *Segregación escolar e inmigración (Contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, 156 pp.
- POTOT, S.: *Vivre à l'Est, travailler à l'Ouest. Les routes roumaines de l'Europe*, L'Harmattan, París 2007, 232 pp.
- RAMOS QUINTANA, M. y ROJAS RIVERO, G.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2007, 1.020 pp.
- RODRÍGUEZ, J.: *La inmigración islámica en España: Su problemática jurídica*, Dilex, Madrid 2007, 239 pp.
- VV.AA.: *Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, 464 pp.

## Notas bibliográficas

## Laicidad e integración de los inmigrantes

MARGARITA LEMA TOMÉ  
Madrid, Marcial Pons, 2007

POR:

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ Y PAULINO CÉSAR PARDO PRIETO

Facultad de Derecho  
Universidad de León

El título de la obra nos pone sobre aviso de la complejidad de la tarea emprendida por la autora pues bien sabemos que el alcance semántico y jurídico de los términos “*laicidad*” e “*integración*” es terreno abonado para la discusión en el ámbito de las ciencias sociales. El éxito con que culmina el esfuerzo clarificador, de esos y otros conceptos que vemos entrelazados con ellos –adquisición y ejercicio de la ciudadanía, convivencia, valores, multiculturalismo constituiría por sí un aval del alto valor de la obra, pero aquí esa clarificación no es sólo un fin sino también un medio, el instrumento metodológico que permitirá a lo largo del estudio contrastar la corrección de las actuaciones normativas preconizadas por distintos autores y ensayadas por diferentes gobiernos. *Laicidad, libertad de conciencia, extranjero, inmigrante, integración, asimilación, identidad individual o identidad colectiva*, mostrarán un sentido casi unívoco para cuando hallamos concluido el Capítulo I.

Siendo crucial este logro, insistimos, no es el único atrayente para el lector. Es, en manos de la autora, el útil que permite adentrarse en el tratamiento

dispensado a la inmigración por Francia, Alemania, Gran Bretaña y Holanda desde el siglo XIX, decidir sobre la validez de las propuestas de signo liberal o comunitario formuladas por los más prestigiosos tratadistas en la materia, cohonestar el funcionamiento y eficacia de la política integradora puesta en marcha por la Comunidad Autónoma de Madrid o, a la postre, legitimar una amplia lista de medidas tendientes a superar las contradicciones e insuficiencias de los modelos estudiados.

La Dra. LEMA comienza por advertir que es innata a cualquier sociedad democrática la necesidad de armonizar identidades personales y colectivas diversas y, por ende, la inmigración no nos enfrenta a un fenómeno nuevo sino, acaso, acrecienta la dificultad del empeño por cuanto esas sociedades se convierten en receptoras de personas portadoras de elementos identitarios que antes eran del todo marginales o, simplemente, desconocidos. El camino para superar los nuevos conflictos no habría de ser en principio distinto del que habitualmente siguen aquel tipo de sociedades: el recurso al Derecho con la finalidad de asegurar la máxima libertad individual. Precisamente ese es el prisma desde el que cabe razonablemente abordar la cuestión de la convivencia en las sociedades de inmigrantes. La misma razón democrática que posibilita la coexistencia pacífica y mutuamente enriquecedora en las sociedades plurales ha de ser atendida, en primer lugar, para afrontar los retos identitarios asociados a la inmigración.

De ahí la imperiosa necesidad de asentar el significado que en los estados europeos occidentales asumen principios superiores de sus ordenamientos tales como personalismo, igual, libertad de conciencia, pluralismo, tolerancia, participación o laicidad, verdadero precipitado de todos los anteriores, y, desde ellos, perfilar el sentido de qué haya de entenderse por “*integración*”.

Y contaremos, del mismo modo, con el preciso juego de *unidades de pesos y medidas* con el que

## Notas bibliográficas

abordar la comparación de las políticas migratorias de los cuatro países de la Unión Europea donde la recepción de inmigrantes ha venido siendo históricamente mayor: la de Francia, caracterizada por la “laicidad de combate”, proclive a la asimilación pero rotundamente ineficaz para impedir la formación de ghettos en sus ciudades; la de Alemania pluri-confesional, despreocupadamente refugiada en la idea del *gastarbeiter* (trabajador invitado temporal) hasta mediados de los setenta; la de Holanda que separa del Estado a la Iglesia nacional mientras promueve la integración sobre el comunitario modelo de pilares, regalando bazas a los sectores más integristas tanto de los nacionales como de los inmigrados; Gran Bretaña, con su privilegiada iglesia estatal, defensora de la inserción de comunidades en las épocas de mayor apertura y componedora desde los años 80 de políticas más y más restrictivas consensuadas por los dos grandes partidos (Capítulos II y III).

En España, este proceso es relativamente reciente e incide en desigual medida en unas y otras regiones, lo que lleva a la autora a apostar por el estudio sociológico y jurídico de una de las principales receptoras, la Comunidad de Madrid. En ésta que, con gran probabilidad, se erige en banco de pruebas muy representativo de nuestra realidad, encuentra graves deficiencias, entre las que subraya particularmente aquellas que tienen lugar en el ámbito educativo (desdén hacia la incorporación de la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, inadecuada formación de adultos, permisividad hacia la muy poco equitativa distribución entre centros públicos y privados concertados de la población escolar inmigrante...) y aquellas que conectan con el plano de la participación real y efectiva en la vida política (Capítulos IV y V).

No podemos finalizar, sin previamente, hacer una valoración global del libro objeto de recesión, se trata de un trabajo de investigación profundo que contiene propuestas de futuro para la política migratoria. Y, el resultado final de la misma, que

se recoge en esta monografía, constituye un recorrido intenso, sereno, minucioso, crítico y actual, incluyendo no solo las reformas normativas sino también los últimos informes gubernamentales y parlamentarios. Y, además, este análisis permite a la Profesora LEMA TOMÉ reclamar el reconocimiento del derecho a emigrar en base al derecho a la libertad de conciencia y enunciar su propuesta personal para España en torno a un *pacto por la convivencia*, un *patriotismo constitucional y cultural*, presidido por la laicidad (la neutralidad, la separación y la promoción en condiciones de igualdad de todas las creencias) y la afirmación de los derechos de ciudadanía sobre el *ius soli*, fundado en la promoción de los *valores comunes* (dignidad y máximo desarrollo individuales; respeto hacia los derechos fundamentales, los principios democráticos, la moral pública) pero también en el reconocimiento y promoción de los *valores diferenciales*, siempre que no entren en contradicción con los comunes.

## Revista derechos y libertades Núm. 18

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

La Revista *derechos y libertades*, publicada por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, de la Universidad “Carlos III” de Madrid, dedica este número 18 (Época II, enero 2008) a un tema de tan enorme trascendencia como LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DEL INMIGRANTE. Son 161 páginas que ofrecen el máximo interés.

## Notas bibliográficas

Su índice es el siguiente:

- Ramón RUIZ RUIZ, “La participación política en la Historia” (pp. 17-52);
- Miguel REVENGA SÁNCHEZ, “La participación política en la actualidad” (pp. 53-66);
- Ángeles SOLANES CORELLA, “La participación política de las personas inmigrantes” (pp. 67-95);
- Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, “El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el s. XXI” (pp. 97-123);
- Laura DÍEZ BUESO, “La incorporación de la participación política de los inmigrantes al ordenamiento jurídico español” (pp. 125-140), y
- Mónica MÉNDEZ LAGO, “El reconocimiento del derecho a la participación política de los inmigrantes: algunas experiencias” (pp. 141-161).

Desde la REDEMEX saludamos la aparición de este número de tan prestigiosa Revista, abordando un tema que no suele ser examinado con atención y sin apasionamiento.

## La declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz

C.R. RUEDA CASTAÑÓN Y  
C. VILLAN DURÁN (eds)

MADÚ Ediciones  
Siero (Asturias), Pons, 2007

POR:

ANA SALADO OSUNA

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Universidad de Sevilla. Miembro de la AEDIDH y representante en Andalucía

El libro, cuya recensión acometo, *La Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz*, es una magnífica e interesante obra colectiva que está precedida de un “Prólogo” realizado por Federico MAYOR ZARAGOZA (Presidente de la Fundación Cultura de Paz y ex Director General de la UNESCO); de una “Presentación” (en catalán y español) de David MINOVES I LLUCIÀ (Director General de Cooperación al Desarrollo y Asuntos Humanitarios) y de Andreu FELIP I VENTURA (Director General de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Cataluña); y de una “Reflexión” titulada “La conquista del derecho humano a la paz” de Francisco Javier GARCÍA VALLEDOR (Consejero de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores del Principado de Asturias). La “Introducción” está realizada por Carlos VILLÁN DURÁN (Presidente de la Asociación Española para el Desarrollo y la Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –AEDIDH–), siendo ésta la conductora de una reflexión mundial sobre el derecho humano a la paz con el objetivo de que en su día la Asamblea General de las Naciones Unidas proclame una declaración universal que lo regule. Está integrado por cinco partes de las que me ocupo a continuación.

La “Primera Parte: La Declaración” (pp. 25-190) contiene un “Estudio Preliminar”, a cargo de Carmen Rosa RUEDA CASTAÑÓN (Directora Ejecutiva de la AEDIDH) y del Presidente de la misma, publicado en cuatro idiomas, como también lo está el texto de la “Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz” (“Declaración de Luarca”) que da título al libro. En el “Estudio Preliminar” se da cuenta del trabajo y esfuerzo realizado por un buen número de personas para que el texto de la “Declaración de Luarca”, elaborado por la sociedad civil, llegara a ser realidad. Pone además de manifiesto las características principales del texto de la “Declaración de Luarca” haciendo referencia a su estructura y contenido. En cuanto a su contenido justifica y precisa las referencias a determinados derechos, algunos reconocidos

## Notas bibliográficas

en diversos instrumentos internacionales, otros en cambio de carácter novedoso. Centrándose en la efectividad del derecho humano a la paz hace notar que las obligaciones, aunque recaen fundamentalmente en los Estados, “los individuos, grupos y otros actores también tienen deberes y obligaciones” (p. 45). Una de las grandes aportaciones de la “Declaración de Luarca”, y así se resalta, es que propone el establecimiento de un órgano colegiado internacional (grupo de trabajo integrado por expertos independientes) para controlar la aplicación del derecho humano a la paz a nivel nacional (p. 48).

La “Segunda Parte: Los antecedentes” (pp. 191-236), contiene un estudio de Carmelo FALEH PÉREZ acerca de “El proyecto de declaración sobre el derecho humano a la paz elaborado por la UNESCO”, en el que de forma precisa y pormenorizada describe todos los esfuerzos de la UNESCO los cuales no tuvieron un final feliz. No obstante, en sus reflexiones finales, tras calificar el intento fallido de “desalentador”, considera que “arroja lecciones positivas” (p. 214). Esta Parte (las más breve de todas) también incluye el texto del “Acuerdo final del seminario de expertos sobre el derecho humano a la paz” (Gernika, 2005).

La “Tercera Parte: Los presupuestos filosóficos y educativos” (pp. 237-332) está integrada por cuatro ponencias. José VEGA LÓPEZ aborda “El derecho a la paz a la luz del ideal kantiano de paz perpetua”. En el mismo alude a dos premisas para la codificación del derecho humano a la paz: el derecho a la paz política como derecho humano y el derecho a la paz social como derecho humano. Sobre la base de ambas premisas propone una definición del derecho humano a la paz (p. 260).

Joaquín HERRERA FLORES reflexiona sobre “Derechos humanos y paz: Nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos para nuevas prácticas sociales”. Hace notar que “los derechos humanos, como instrumentos reales y concretos de paz, deben entenderse de un modo diferente a como fueron estable-

cidos en la Declaración Universal de 1948” (p. 261) y propone para el debate el texto de una “Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Paz” (pp. 281-282).

Francisco JIMÉNEZ BAUTISTA se centra en “Cultura de paz, educación y valores”. Entre sus precisiones cabe hacer notar que: “Toda alternativa de propuesta de valores debe pasar necesariamente por una ética de mínimos como valores comunes, es decir, un mínimo de valores comunes, actitudes y comportamientos básicos para todos los seres humanos” (p. 298). Finaliza afirmando que “el papel fundamental de los valores es la solidaridad política que consiste en ocupar una posición de ayuda y apoyo a los más humildes del mundo” (p. 301).

José TUVILLA RAYO en su ponencia “El Derecho Humano a la paz en la educación: construir la cultura de la paz”, entre otras cosas sostiene: “No cabe duda que la educación constituye el instrumento más valioso para construir la Cultura de paz, pero a su vez, los valores que ésta inspira deben constituir los fines y los contenidos básicos de tal educación” (p. 330).

La “Cuarta Parte: La dimensión individual del derecho humano a la paz” (pp. 333-442) es la que mayor número de ponencias contiene, un total de ocho. Alberto HIDALGO TUÑÓN la apertura con su trabajo titulado “El derecho a la seguridad humana y el derecho a la paz”. Entre otras cosas se refiere a problemas que sólo se pueden resolver a nivel global (la seguridad, la defensa de los derechos humanos, el desarrollo económico y social, y la protección del medio ambiente planetario) a cuyos efectos sostiene que es necesario tres reformas en Naciones Unidas (pp. 345-346).

Antonio RUIZ DE LA CUESTA se ocupa de “El derecho humano a la paz como presupuesto del derecho fundamental a una vida digna”. Analiza inicialmente el derecho a la vida a través de lo que denomina una alianza de valores y la prescriptibilidad ética y jurídica del derecho a vivir con dignidad. Finaliza

## Notas bibliográficas

reproduciendo palabras de Gandhi al que con toda razón califica de “gran pacifista”.

Juan Manuel FARAMIÑÁN GILBERT dedica su ponencia al análisis de “El ejercicio del derecho humano a la Paz a través de la desobediencia civil”. Sobre el concepto de “desobediencia civil” recurre a John Rawls y a la distinción entre objeción de conciencia y desobediencia civil realizada por Hannah Arendt. Sostiene que la sociedad civil “ha canalizado su vitalidad en el marco de las ONGs” y considera que “detrás de la sociedad civil, de las organizaciones no gubernamentales, trasunta el individuo como raíz de la comunidad internacional” (373-374).

Enrique de SANTIAGO ROMERO titula su ponencia “Reconocimiento del derecho de asilo por causas económicas: persecución por vulneración de derechos económicos y sociales”. Concluye diciendo que lamentablemente no existe “percepción social ni voluntad política” para abordar lo que él también califica de “persecución” refiriéndose a la “negación y vulneración sistemática de los derechos económicos y sociales” (p. 390).

Ramón DÍAZ HERNÁNDEZ aborda el problema relacionado con la inmigración bajo el título “Ningún ser humano puede ser ilegal”. Se refiere al auge de las migraciones internacionales contemporáneas, al concepto de frontera y soberanía nacional como construcciones políticas, al miedo a la avalancha inmigratoria. En sus conclusiones sostiene que: “Se debe establecer el derecho de todo ser humano a circular libremente y sin restricciones por el mundo y a que su ciudadanía sea efectivamente respetada” (p. 402).

Prudencio GARCÍA Y MARTÍNEZ DE MURGUÍA se ocupa de “La impunidad del estamento militar como obstáculo para la construcción de la paz”. Se refiere a los principios básicos de la sociología militar y de la moral militar democrática. En sus consideraciones finales entre otras cosas sostiene que “los valores que nutren una recta moral militar, respetuosa de la democracia y los derechos huma-

nos (...) constituyen sólidas piedras angulares en la construcción de esa paz” (p. 422).

Alfred de ZAYAS en su reflexión titulada “El Crimen contra la Paz” se refiere a diversos instrumentos internacionales relacionados con la cuestión objeto de su análisis, para finalizar señalando que el derecho a la paz “implica la ilegalidad de la guerra. Por tanto, es necesario llegar a un consenso sobre una definición de agresión e instar a los Estados Partes en el Estatuto de Roma a adoptar una definición que permita a la Corte Penal Internacional comenzar a limitar la impunidad de los jefes de estado que comienzan guerras sin tener que sufrir consecuencias penales” (p. 429).

Juan RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ en su ponencia “El derecho a la paz, la dignidad de la persona y la transformación de la ciencia”, se centra en el análisis del principio constitucional de dignidad de la persona y el derecho a la paz, para ocuparse a continuación del derecho a la paz y la transformación de la ciencia y por una investigación científica en beneficio del interés general y de la paz. Concluye diciendo que la “dignidad de la persona y el derecho a la paz se sitúa en el núcleo de todo debate sobre los límites a la investigación científica” (p. 442).

La “Quinta Parte: La dimensión colectiva del derecho humano a la paz” (pp. 443-529) incluye seis ponencias. Jaume SAURA ESTAPÀ la titula “Hacia un derecho humano a la paz internacionalmente reconocido”. Analiza los fundamentos del derecho humano a la paz en Derecho internacional positivo y aborda las cuestiones pendientes en el objetivo de un derecho humano a la paz. En sus consideraciones finales pone de manifiesto que la “formulación en Derecho internacional del derecho humano a la paz no es una utopía. Constituye una reivindicación legítima que cuenta ya con una sólida, aunque parcial, base jurídica positiva” (p. 459).

Ángel G. CHUECA SANCHO se ocupa de forma específica de “El contenido de la dimensión colectiva

## Notas bibliográficas

del derecho humano a la paz”. Desde el punto de vista jurídico internacional de los derechos humanos analiza la dimensión colectiva del mencionado derecho. Considera que el derecho humano a la paz va mucho más allá de la ausencia de guerra, por lo que se refiere al derecho humano a la paz y los derechos de los pueblos, a su dimensión migratoria, social e intergeneracional. Concluye conjugando la dimensión individual y la dimensión colectiva del derecho humano a la paz señalando que ambas dimensiones “sin duda se influyen mutuamente en gran medida” (p. 476).

Felipe GÓMEZ ISA se centra en “Reparación, memoria y derecho a la paz”. Parte del derecho a la reparación para ocuparse a continuación de la verdad, la justicia y la reparación como tres elementos interdependientes, para hacer referencia finalmente a un proceso integral de reparaciones. Concluye diciendo que resulta evidente que “el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación forman parte de cualquier proceso de codificación de un futuro derecho humano a la paz” (p. 490).

Carmen MAGALLÓN PORTOLÉS en su ponencia “La paz en una perspectiva de género”, finaliza reflexionando acerca de una paz que haga sostenible la vida humana a cuyos efectos sostiene que la noción “de *sostenibilidad de la vida* una humanidad y naturaleza, es inseparable de la noción de equidad y es una clave para asentar una cultura de paz, en las dinámicas que rigen el mundo” (p. 501).

Santiago RIPOL CARULLA se ocupa de “El derecho al desarme general y completo bajo control internacional”. Inicia su reflexión sobre el derecho al desarme como expresión del derecho a la paz, para referirse a este último como “derecho de solidaridad”. Sostiene que la dimensión individual y colectiva “del derecho al desarme en tanto que expresión del derecho a la paz” consistirá en el “derecho de los pueblos y Estados a vivir en condiciones de seguridad, sin la amenaza de catástrofe que supone la posesión y el uso de armas” (p. 516).

Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, cuya monografía cierra la obra colectiva objeto de esta resección, se ocupa de “La Comisión de las Naciones Unidas para la Consolidación de la Paz y su contribución al desarrollo del derecho humano a la paz”. Tras referirse al proceso de creación de la Comisión y las reacciones más importantes, se centra en la creación formal de la misma, en su naturaleza jurídica y fundamento. Entre sus reflexiones cabe destacar que “no basta con pacificar, no basta con establecer medidas para evitar los conflictos, sino que se requiere construir y consolidar la paz si queremos hablar de un derecho humano a la paz. Éste es el objetivo primigenio de la Comisión de Consolidación de la Paz” (p. 518).

## Inmigración, empresa y formación.

### Implicaciones de la Inmigración en la Organización de las Empresas y los Centros Educativos. El Caso Aragón.

POR:

ROSA MARÍA OLIMPIO TORRES

Abogada. Doctorada del Programa de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Universidad de Zaragoza

Otrora el fenómeno de la inmigración en Europa y concretamente en España no representaban

## Notas bibliográficas

problemas, o por lo menos, no era considerado un punto de interés que diera lugar al deteniimiento de estudios de situaciones concretas generadas por la inmigración como del alcance y consecuencias de ésta en los países de acogida, ello ocasionado fundamentalmente, en lo que a España se refiere, por la situación política y económica vivida en determinada época, lo que hizo que España fuera caracterizada como un país de emigrantes, sin embargo, con el transcurrir del tiempo la situación ha cambiado y con él, el fenómeno migratorio, en este contexto, vemos cómo día a día el auge de inmigrantes va en aumento, todo lo cual ha tenido una gran repercusión en los diferentes sectores de la población, de tal manera que está generando hoy por hoy una serie de situaciones en el plano de lo jurídico, político, económico, educativo y social entre otros, que han provocado en los diferentes sectores de la sociedad la preocupación por abordar, estudiar y analizar el tema de la inmigración, sus efectos y consecuencias en la sociedad española.

Por ello, y debido a la actualidad del tema, recibimos con beneplácito este estudio, toda vez que está dirigido a un público heterogéneo y en el que se abordan de manera clara, aspectos puntuales de la inmigración, de tal suerte que sus autores analizan e interpretan desde diferentes perspectivas algunos aspectos de este fenómeno, e intentan dar respuestas a diferentes situaciones que se plantean en el terreno migratorio así como las acciones jurídicas a seguir en el futuro, consideradas necesarias y redundantes en beneficio de la inmigración, todo lo cual coadyuva a un mejor entendimiento y comprensión de esta nueva realidad social.

En efecto, en el capítulo I denominado “La inmigración en España. Pasado, presente y futuro”, su autora Pilar DE LUIS, Profesora Titular de Organización de Empresas, de la Universidad de Zaragoza, muestra mediante datos estadísticos el estado de la inmigración en España para el año 2005, de igual manera el auge y desarrollo de la misma en las próximas décadas. Por otra parte, expone y analiza las causas que

provocan la inmigración, como sus consecuencias, en este sentido, desvela mediante argumentos estadísticos cómo y de qué manera la inmigración tiene efectos positivos tanto en el país de destino como en el de origen y cuáles son a su juicio los efectos negativos, los que desarrolla ampliamente, a la vez que precisa algunas consideraciones y medidas a tomar en cuenta, que si bien no los erradican por lo menos coadyuvarían a eliminarlos en gran medida.

La Autora, con base a los datos del Padrón de habitantes, muestra cómo están distribuidos los extranjeros empadronados en las Comunidades Autónomas y las razones de esa distribución, de igual forma refleja y analiza la situación de los inmigrantes en el mercado de trabajo y de los alumnos extranjeros matriculados en los centros públicos y su participación en los distintos ciclos formativos.

En este mismo sentido, se expone la situación de la inmigración en Aragón, así las cosas, se desvela la distribución de los extranjeros empadronados en Aragón y los países de donde proceden el mayor número de ellos. Así mismo, muestra los sectores en los que se ha suscitado un incremento de extranjeros en la Comunidad Aragonesa.

Por su parte, Pilar DE LUIS, Ángel MARTÍNEZ, Manuela PÉREZ y M.<sup>a</sup> José VELA, Profesores Titulares del Departamento de Economía y Dirección de Empresas de la Universidad de Zaragoza nos presentan el Capítulo II titulado “La diversidad racial en las empresas aragonesas: implicación de la inmigración en la gestión de los recursos humanos”, en el que mediante la exposición sucinta explican con entera claridad en qué consisten las distintas perspectivas de análisis y teorías organizativas que se han utilizado en el estudio de la diversidad racial y su impacto en la empresa, y los efectos que las mismas atribuyen a la diversidad racial en las empresas.

Por otra parte, desvelan mediante un estudio estadístico los efectos de la diversidad racial en las

## Notas bibliográficas

Empresas Aragonesas y sus implicaciones en la gestión de los recursos humanos; en este sentido determinan cuáles son las acciones de integración de los trabajadores inmigrantes que realizan las empresas; la política de contratación implementada por los empresarios y la percepción que tienen de los distintos grupos de trabajadores, además de ello, las razones que se argumentan para contratar trabajadores inmigrantes en las empresas así como las ventajas y desventajas atribuidas a los trabajadores inmigrantes.

En lo que respecta al Capítulo III denominado “Derechos y libertades de los inmigrantes en España: el derecho a la educación y a la protección y promoción de la diversidad de expresiones”, su autora Dra. Yolanda GAMARRA, Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Zaragoza, muestra mediante análisis el papel determinante que juega la educación en el proceso de integración de los inmigrantes y en particular para los hijos de los inmigrantes, de igual forma, analiza en qué medida el derecho a la educación y participación en la vida cultural se encuentran protegidos desde el punto de vista jurídico tanto a nivel internacional como nacional, para lo que se sirve del estudio e interpretación de los distintos Instrumentos Internacionales que promocionan y protegen los derechos y libertades básicos para la inclusión social de los inmigrantes, como de los instrumentos jurídicos nacionales que regulan esta materia, en este sentido, se destacan los términos en que es reconocido el derecho a la educación en los referidos instrumentos internacionales, como el carácter universal del mismo y la obligación que corresponde a todos los Estados de proteger y garantizar el derecho a la educación toda vez que éste es un Derecho Humano y -como tal- inherente a la persona humana, así como la vertiente social y económica del derecho a la educación. Igualmente, se destaca y estudia la importancia del reconocimiento de la diversidad cultural como derecho fundamental a cuyos efectos se analizan de forma categórica los

instrumentos internacionales relativos a derechos humanos.

Con relación al ámbito nacional, examina los instrumentos jurídicos relativos a la regulación de los derechos y libertades de los inmigrantes, para lo que se sirve del análisis de cada uno de ellos desde sus primeras manifestaciones hasta hoy, deteniéndose también en la iniciativa del Estado Español en la creación de organismos específicos para atender y hacer frente a los asuntos referidos al fenómeno de la inmigración, así como la puesta en marcha de planes de integración social entre otros, de tal forma, que determina entre otros aspectos: cuál ha sido la actitud desarrollada por el Estado Español en lo que respecta al derecho a la educación de los inmigrantes; la política integral de inmigración española desarrollada por el Gobierno Nacional; y las medidas referidas a la educación tendentes a garantizar el derecho a la educación de los inmigrantes. Igualmente, los términos en que es reconocido en la ley que rige la materia el derecho de los extranjeros a la educación, si el reconocimiento en el ordenamiento jurídico español se encuentra en un todo conforme con lo dispuesto en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos de los que España es parte, además de ello analiza desde el punto de vista jurídico en qué términos se reconoce el derecho a la educación de los inmigrantes irregulares, de igual forma, en el plano regional se revisan las iniciativas del Gobierno de Aragón tendentes a fomentar la educación e interculturalidad.

En el capítulo IV la Dra. María ELÓSEGUI, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, nos presenta un estudio y análisis de la situación de los “Alumnos inmigrantes de origen musulmán en los centros de Zaragoza”, en el que expone, con base a informes institucionales, el repunte de la inmigración en Aragón en los últimos diez años, igualmente el auge de los alumnos extranjeros escolarizados, además de ello, se precisa en qué Provincia de

## Notas bibliográficas

Aragón es donde se concentra el mayor número de alumnos extranjeros y el nivel en el que se acentúa la presencia de los mismos, en este sentido, se esgrimen argumentos por los que se considera necesario y conveniente una continuidad entre los demás niveles educativos por parte de los alumnos extranjeros. Por otra parte, partiendo de la base que la enseñanza de la religión islámica comenzó durante el período escolar 2005-2006, se desvelan mediante datos estadísticos en qué medida los alumnos ha ejercido su derecho a recibir clases de religión.

Se valoran además los problemas que generan las prácticas y costumbres culturales realizadas por determinadas sociedades y sus efectos en el plano de las relaciones jurídicas, como por ejemplo las derivadas de la concepción con relación a la mujer en el mundo islámico y en sociedades africanas, en este sentido, se precisan los ámbitos en que se debe respetar la propia identidad cultural y el papel fundamental que juega el conocimiento de las Declaraciones de Derechos. Igualmente, se presentan, las situaciones o costumbres no tolerables desde todo punto de vista y específicamente desde la óptica de lo jurídico por ser contrarias al ordenamiento jurídico español. Se plantea el porqué la enseñanza de la religión en la Escuela Pública debe estar protegida por el ordenamiento jurídico del Estado y particularmente por la Constitución. Resulta interesante ver cómo se analizan las diferentes situaciones en las que el alumnado islámico se encuentra en desventaja en relación con otros inmigrantes y que dificultan la integración escolar, de tal forma que se insta a la Comunidad Autónoma Aragonesa a que incluya en sus políticas educativas medidas tendentes a prevenir y solucionar determinadas situaciones. Se expone la ausencia de absentismo escolar entre la población inmigrante, como de la aceptación pa-

cífica del uso del velo o foulard por parte de niñas musulmanas en los centros escolares de Aragón, así como la asistencia de alumnas a clases de gimnasia, aspectos éstos que son analizados de forma acuciosa y comparados con otras Comunidades Autónomas. Analiza desde el punto de vista jurídico, aspectos relativos al matrimonio islámico, en este sentido, desvela las diferentes situaciones o supuestos de hecho que se pueden dar tanto en los casos de celebrarse el matrimonio islámico en España por el rito musulmán como en el matrimonio islámico celebrado en el extranjero, así como sus consecuencias jurídicas y los procedimientos a seguir para que surta los efectos jurídicos correspondientes.

De otro lado, resulta interesante el análisis acucioso desde el punto de vista socio-jurídico que hace en torno a diferentes aspectos, como el repunte acelerado que ha presentado la inmigración en España y su incidencia en la sociedad Española; el estudio de las sociedades islámicas y sus implicaciones en el derecho de familia; el análisis de los diferentes modelos de integración aplicados en otros países europeos y el examen pormenorizado de su experiencia jurídica en la recepción de inmigración, como el caso de *El consejo Superior de Musulmanes en Bélgica* del que, si bien advierte algunas críticas, destaca los aspectos positivos del mismo, en este sentido, se sugieren acciones de orden legislativas y educativas, cara a determinar el modelo de integración más beneficioso para España que prevea y responda a las situaciones generadas por la inmigración en el que el sistema educativo como el jurídico, juegan un papel preponderante para hacer frente de forma efectiva a la integración de los inmigrantes a fin de lograr una convivencia en un clima de armonía entre los inmigrantes procedentes de otras culturas y las distintas culturas de ámbito nacional.



RÜTA GRUDZINSKAITÈ

Estudiante de Doctorado, Departamento de Derecho Público, Universidad de Zaragoza  
Becaria del MAEC-AECI  
(raruta@gmail.com)

# La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos\*

## SUMARIO

### I. Introducción.

### II. Cambiando las fronteras de la Unión Europea: el espacio Schengen y su extensión hacia el Este.

### III. El acervo de Schengen y las relaciones fronterizas con los vecinos del Este. A) El impacto del acervo de Schengen a los nuevos vecinos del Este. B) Haciendo la frontera exterior Schengen más amistosa. a) Flexibilizando el régimen Schengen. b) La Política Europea de Vecindad.

### IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Hablar de límites o de fronteras en momentos históricos de globalización, de “desfronterización” o de “sinfronterismo” no deja de constituir una paradoja<sup>1</sup>. No obstante, la Quinta Ampliación hacia el este del continente, que fue iniciada tras el fin de la Guerra Fría con la adhesión de diez nuevos Estados miembros<sup>2</sup> de Europa Central y Oriental el 1 de mayo de 2004, y completada con la incorporación de Rumania y Bulgaria el 1 de enero de 2007, ha levantado de nuevo

(\*) El presente artículo proviene del trabajo de investigación, titulado “El control de la frontera del Este de la Unión Europea”, dirigido por el Prof. Dr. D. Ángel Gregorio Chueca Sancho, presentado el 18 de septiembre de 2007 para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en Derecho de la Unión Europea, Departamento de Derecho Público, Universidad de Zaragoza.

(1) E. BARBÉ, “Identidad y Frontera en Europa: Los Veinticinco y sus vecinos”, p. 2. (Extraído el 22 de marzo de 2007 de: [http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/Identidad\\_y\\_frontera\\_en\\_Europa.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/Identidad_y_frontera_en_Europa.pdf)).

(2) En el presente texto se entenderá por “nuevos Estados miembros” los países de la Quinta Ampliación de la Unión Europea: la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Chipre, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Eslovenia, la República de Eslovaquia, la República de Polonia, que ingresaron en la Unión el 1 de mayo de 2004, y la República de Bulgaria y Rumania, que se adhirieron a la Unión el 1 de enero de 2007.

Por su parte, se entenderá por “antiguos Estados miembros” los siguientes países: el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda,

el interés académico y político por la cuestión de la frontera europea, su protección contra la inmigración ilegal y los crímenes más graves, y también ha hecho hablar sobre la creación de nuevas líneas divisorias en Europa. Tras la adhesión de un número considerable de los antiguos países comunistas a la UE y su incorporación en el espacio Schengen, los nuevos vecinos de la Unión, una vez más, se encuentran en el lado equivocado de la frontera. En Europa, supuestamente reunificada tras el fin de la Guerra Fría, surge la cuestión de inclusión y exclusión.

Con el objetivo de evitar la aparición de nuevas líneas divisorias entre la UE ampliada y sus vecinos, y de consolidar la estabilidad, la seguridad y el bienestar para todos, surge la Política Europea de Vecindad. No obstante, la nueva política no ofrece la posibilidad de adhesión, más bien al contrario, nace como su alternativa. Por lo tanto, cabe preguntarse sobre la oportunidad y viabilidad de la política en cuestión y considerar otras alternativas que ofrece la Unión para hacer su frontera exterior más amistosa.

El presente estudio pretende analizar el conjunto de estas complejas cuestiones. El objetivo de la investigación es doble. Por una parte, se trata de plantear algunos problemas que supone la extensión hacia el Este de la frontera “dura” Schengen para sus nuevos vecinos. Por otra, conviene presentar los últimos desarrollos legislativos de la UE a fin de mejorar y facilitar la comunicación entre la Unión ampliada y sus recientes vecinos no comunitarios, así como averiguar la efectividad de dichos instrumentos.

## II. CAMBIANDO LAS FRONTERAS DE LA UNIÓN EUROPEA: EL ESPACIO SCHENGEN Y SU EXTENSIÓN HACIA EL ESTE

La historia de la UE se caracteriza por la modificación continua de sus fronteras. Desde su inicio, la integración europea ha intentado modificar la naturaleza y la función de sus fronteras interiores, es decir, crear un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada. Para llevar a cabo la supresión de las fronteras interiores, se requería el fortalecimiento de las exteriores. En consecuencia, para defenderse mejor de la inmigración ilegal y de controlar la criminalidad y el terrorismo internacional, la Unión tomó unas medidas de seguridad: una política de visado uniforme, una frontera exterior europea muy bien vigilada, la introducción obligatoria de los datos biométricos para los pasaportes y visados, el intercambio de información sobre inmigrantes irregulares a través del Sistema de Información Schengen (SIS)<sup>3</sup>, así como de datos sobre visados a través del

la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

(3) El artículo 92.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, firmado entre los gobiernos de los estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, establece que el SIS constituye un sistema de información común que consta “de una parte nacional en cada una de las Partes contratantes y de una unidad de apoyo técnico. El Sistema de información de Schengen permitirá que las autoridades designadas de las Partes contratantes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y de objetos, al efectuar

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

Sistema de Información de Visados (VIS)<sup>4</sup>, la creación de una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores (FRONTEX)<sup>5</sup>. De ese modo, la UE ha diseñado un modelo histórico nuevo de fronteras en la Sociedad Internacional<sup>6</sup>: las fronteras interiores abiertas y las fronteras exteriores cerradas, justificadas por razones de seguridad interna.

El acontecimiento más importante para la creación de un espacio sin fronteras interiores –espacio Schengen– fue la celebración de los dos Acuerdos: el Acuerdo de Schengen<sup>7</sup>, firmado el 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, y su Convenio de aplicación<sup>8</sup>, de 14 de junio de 1990, adoptado por los mismos Estados. El espacio Schengen se fue extendiendo poco a poco a otros países<sup>9</sup> y hasta la última ampliación de la UE al espacio en cuestión pertenecían trece Estados miembros de la UE (Irlanda y el Reino Unido no participan en él) y dos no miembros (por lo que se refiere a la posición de los nuevos Estados miembros, véase a continuación).

Hay que tener en cuenta que Irlanda y el Reino Unido tienen la posibilidad de asociarse al espacio Schengen más tarde. El artículo 4 del Protocolo adjunto al Tratado de Ámsterdam<sup>10</sup>, por el que se integra el acervo de Schengen<sup>11</sup> en el marco institucional y jurídico de la UE, establece

controles en la frontera y comprobaciones y otros controles de policía y de aduanas realizados dentro del país de conformidad con el derecho nacional, así como, únicamente en relación con la categoría de la inscripción mencionada en el artículo 96 (personas no admisibles), a efectos del procedimiento de expedición de visados, de expedición de permisos de residencia y de la administración de extranjeros en el marco de la aplicación de las disposiciones sobre la circulación de personas”.

(4) Decisión 2004/512/CE del Consejo, de 8 de junio de 2004, por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS), DO L 213, de 15.6.2004.

(5) Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DO L 349, de 25.11.2004.

(6) A. DEL VALLE GÁLVEZ: “Las fronteras de la Unión: el modelo europeo de fronteras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002, p. 320.

(7) Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, DO L 239, de 22.9.2000.

(8) Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, firmado entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, DO L 239, de 22.9.2000.

(9) Los países que se adhirieron al Acuerdo en las fechas siguientes son: Italia (1990); España y Portugal (1991); Grecia (1992); Austria (1995); Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia (1996).

(10) Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DO C 340, de 10.11.1997.

(11) El llamado “acervo de Schengen” conforman el Acuerdo y el Convenio de Schengen, la normativa adoptada sobre la base de ambos textos y los acuerdos conexos. Cabe decir, que en la actualidad en esta materia hay que tener en cuenta el Código de fronteras Schengen [Reglamento (CE) núm. 562/2006, DO L 105, de 14.4.2006], que ha entrado en vigor el 13 de octubre de 2006. A partir de esa fecha quedan derogados, entre otras disposiciones, los artículos 2 a 8 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

que Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que no están vinculados por el acervo de Schengen, podrán participar en algunas o en todas las disposiciones de dicho acervo, tras un voto unánime en el seno del Consejo. Otro caso particular es el de Dinamarca. Aunque ya signatario del Convenio de Schengen, ella podrá elegir en el marco de la UE aplicar o no toda nueva decisión tomada sobre la base del acervo de Schengen.

En cuanto a las fronteras exteriores de la UE, las mismas también cambian continuamente de forma pacífica a través del proceso de ampliación. Desde hace más de medio siglo, Europa está conociendo un proceso de integración sin precedentes en el mundo. Desde la firma del Tratado de Roma en 1957 entre los seis socios fundadores de la Comunidad Económica Europea (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo), ésta no ha cesado de crecer y ha conocido cinco ampliaciones. La primera de ellas, en 1973, acogió al Reino Unido, a Dinamarca y a Irlanda. En 1981 y 1986 se produjeron dos nuevas ampliaciones que integraron a tres países mediterráneos, Grecia, España y Portugal. En 1995, con la Comunidad Económica Europea convertida ya en Unión después del Tratado de Maastricht<sup>12</sup> de 1992, se produce la ampliación a Suecia, Finlandia y Austria<sup>13</sup>. Entre 2004 y 2007 se produce la Quinta Ampliación moviendo las fronteras de la Unión hacia el Este, y, en palabras de H. GRABBE<sup>14</sup>, construyendo una nueva “zona buffer”. En comparación con las cuatro rondas de ampliaciones anteriores, la última ha sido distinta tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Con la Quinta Ampliación de la UE a diez nuevos países de la Europa Oriental y del Mediterráneo, que se llevó a cabo el 1 de mayo de 2004, y a dos países más, Rumania y Bulgaria el 1 de enero de 2007, ha cambiado considerablemente el mapa de la Unión. La nueva Unión Europea (UE-27) ahora cubre una inmensa área geográfica desde el Atlántico hasta el mar Negro.

La última ampliación ha sido extraordinaria no sólo porque han ingresado 12 países, sino que además la mayoría de ellos eran antiguos países comunistas de Europa del Este. Los nuevos socios incluyen a:

- Tres antiguos miembros de la Unión Soviética (URSS): Estonia, Letonia y Lituania.
- Seis antiguos miembros del Pacto de Varsovia: Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumania y Bulgaria.
- Ex-miembros del Movimiento de No Alineación: Eslovenia –como integrante de la Federación Yugoslava–, y dos países insulares mediterráneos –Chipre y Malta–<sup>15</sup>.

(12) Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), DO C 191, de 29.6.1992.

(13) J. MONZÓNIS-VILALLONGA: “La ampliación de la Unión Europea y el futuro de Europa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, p. 87.

(14) H. GRABBE: “The sharp edges of Europe: extending Schengen eastwards”, *International Affairs*, vol. 76, núm. 3, 2000, p. 527.

(15) J. MONZÓNIS-VILALLONGA: op. cit., p. 87.

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

Para los socios recién llegados, particularmente en el caso de los países de Europa Central y del Este, integrarse en la UE representa rectificar una página de su historia que por muy diversas razones había sido dibujada imperfectamente. Por lo tanto, para los nuevos miembros de la Unión, se cumple ahora el viejo deseo del reencuentro con Europa, una Europa de la que quedaron alejados tras la Segunda Guerra Mundial, y de la que esperan prosperidad, seguridad y solidaridad<sup>16</sup>.

Por otro lado, los antiguos Estados miembros la ampliación hacia el Este la consideraron como un factor desestabilizador de la seguridad interna de la Unión. Los nuevos países miembros de Europa Central y del Este se han convertido en los responsables de la seguridad interna de la Unión y han asumido el papel de guardianes de las fronteras exteriores del Este. Lo cual, según H. GRABBE<sup>17</sup>, se traduce en el cambio de su estado –los antiguos países de tránsito ahora se transforman en países de destino de las migraciones internacionales–. En este contexto, la incorporación de los nuevos Estados miembros al acervo de Schengen ha sido la condición previa de su adhesión<sup>18</sup>. No obstante, se ha decidido que su incorporación al espacio en cuestión no será inmediata, puesto que los controles en las fronteras interiores entre los nuevos y antiguos Estados miembros se mantendrán hasta que el Consejo decida que se han cumplido las condiciones necesarias para la aplicación de todas las partes del acervo de Schengen.

La decisión de aplicar el acervo en dos etapas distintas ha impulsado una reacción negativa entre los socios recién llegados y ha vuelto a traer algunos malos recuerdos. Para los ciudadanos de los países post-comunistas las fronteras son los símbolos de la libertad política o de su ausencia<sup>19</sup>. Por su parte, el derecho de libre circulación es el sinónimo de ser “libre”. En algunos países con régimen comunista la obtención de un pasaporte era un procedimiento muy largo, complejo y humillante, con las interrogaciones desagradables en la comisaría de policía. Incluso con los documentos necesarios, el cruce de la frontera era una mala experiencia. Cada persona que intentaba salir del país era tratada como un potencial criminal o un peligroso conspirador político<sup>20</sup>. De hecho, durante el régimen comunista la posibilidad de viajar era restringida no solamente del Este al Oeste, sino también dentro del propio bloque. Para los ciudadanos de los antiguos países comunistas más liberales, como Polonia y Hungría, a menudo era más fácil conseguir el permiso para viajar al Oeste que visitar la Unión Soviética. Por lo tanto, desde el punto de vista de la gente de Europa Central y del Este, el logro más significativo de las revo-

(16) *Ibid.*, p. 90.

(17) H. GRABBE: *op. cit.*, p. 527.

(18) Véase el artículo 3 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión, DO L 236, de 23.9.2003; y el artículo 4 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumania y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, DO L 157, de 21.06.2005.

(19) J. BATT: “The EU’s new borderlands”, *CER Working Papers*, Bruselas, 2003, p. 11. (Extraído el 1 de abril de 2007 de: [http://cer.org.uk/pdf/wp483\\_borderlands\\_batt.pdf](http://cer.org.uk/pdf/wp483_borderlands_batt.pdf)).

(20) J. BATT: “The enlarged EU’s external borders-the regional dimension”, en J. BATT *et al.*: *Partners and Neighbours: A CFSP for a wider Europe*, Paris, Institute for Security Studies, 2003, pp. 103-104.

luciones de 1989-1990 era el derecho de viajar, y la desaparición de las fronteras interiores se considera como una de las ventajas más visibles y concretas de la integración europea.

Esa es la razón por la que, los ciudadanos de los nuevos países miembros han recibido con gran alegría la Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 2007<sup>21</sup>, que fijó la fecha de eliminación de los controles fronterizos interiores. De acuerdo con la misma, nueve de los nuevos Estados miembros de la UE, excepto Chipre, Bulgaria y Rumania, el día 21 de diciembre de 2007 entraron a formar parte del espacio Schengen, eliminándose los controles en las fronteras interiores terrestres y marítimas<sup>22</sup> entre Eslovenia, Eslovaquia, Estonia, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Malta y los 15 países que ya pertenecían al espacio en cuestión.

La supresión de los controles en las fronteras interiores entre los antiguos miembros del espacio Schengen y los recientes nueve socios tiene unas consecuencias positivas tanto en términos prácticos como simbólicos. Tras la ampliación, todos los ciudadanos del espacio Schengen ampliado pueden viajar de forma más rápida y fácil. A partir del 21 de diciembre de 2007, se puede ir desde la Península Ibérica hasta los Estados Bálticos y desde Grecia hasta Finlandia sin ningún control fronterizo. Pero no solo eso, la incorporación de los nuevos socios de la UE al espacio Schengen equivale a su “reintegración social, psicológica y política en Europa”<sup>23</sup> y al reconocimiento de los mismos como miembros de pleno derecho de la UE.

No obstante, la ampliación del espacio Schengen hacia el Este no es un motivo de celebración para todo el mundo. La construcción de una frontera jurídica “dura”, representada por la aplicación estricta del acervo de Schengen a las nuevas fronteras orientales de la Comunidad, genera ansiedad y preocupación entre países terceros vecinos. En Europa del Este se habla de un renovado sentimiento de exclusión.

### III. EL ACERVO DE SCHENGEN Y LAS RELACIONES FRONTERIZAS CON LOS VECINOS DEL ESTE

Reforzar los controles en las fronteras exteriores, advierte Jean-Pierre CASSARINO<sup>24</sup>, puede tener varias consecuencias: el fortalecimiento de las fronteras exteriores afectará inevitablemente las relaciones entre los países miembros fronterizos y sus vecinos que no pertenecen al

(21) Decisión 2007/801/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, DO L 323, de 8.12.2007.

(22) De conformidad con la Decisión 2007/801/CE del Consejo, los controles a nivel aéreo dentro del espacio Schengen se eliminarán el 30 de marzo de 2008.

(23) M. BESSENYEY WILLIAMS: “On Europe’s Edge: New and Old Borders in Central and Eastern Europe”, *Workshop “The New Face of Europe”*, 2005, p. 13. (Extraído el 10 de mayo de 2007 de: <http://www.ces.ufl.edu/Williams.pdf>).

(24) J.P. CASSARINO: “Approaching Borders and Frontiers: Notions and Implications”, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2006, p. 8. (Extraído el 28 de marzo de 2007 de: [http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6274/1/CARIM-RR\\_2006\\_03.pdf](http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6274/1/CARIM-RR_2006_03.pdf)).

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

bloque, así como, el mismo bloque regional y los países vecinos no-miembros; el aumento de los controles en las fronteras exteriores podría ocasionar la reformulación de las relaciones con los países que no son miembros de la Unión; el reforzamiento de la frontera puede conducir a la fragmentación de un área regional unida por su base social e histórica.

Dichas consecuencias no son la excepción en el caso de los nuevos vecinos de la UE ampliada, sobre todo, sus regiones fronterizas. Existe una fuerte convicción de que la aplicación estricta del acervo de Schengen a la frontera oriental de la Unión está creando un nuevo Telón de Acero en Europa, de ese modo, empeorando las relaciones con los vecinos y aumentando una posible inestabilidad regional. Todo ello nos remite al discurso en torno a la oportunidad o a la inoportunidad de mantener el régimen duro de control de las fronteras exteriores con los países vecinos, y en general, de fijar los límites de la UE.

### A) El impacto del acervo de Schengen a los nuevos vecinos del Este

La última ampliación de la UE acercó los límites comunitarios a los países de Europa Oriental, que incluyen geográficamente a Ucrania, Bielorrusia, Moldavia, Rusia y los tres caucásicos (Georgia, Armenia y Azerbaiyán). Estos nuevos países vecinos no son, por el momento, potenciales candidatos de la Unión pues aún se encuentran lejos de presentar las condiciones políticas y económicas necesarias. Además, existen muy pocas probabilidades que todos ellos –y en especial Rusia– piensen algún día en la UE como una posibilidad real<sup>25</sup>.

De ese modo, con la adhesión a la UE de un gran número de los antiguos países comunistas y su incorporación al espacio Schengen, la gente de Ucrania, Bielorrusia y Moldavia, una vez más, se encuentran en el lado equivocado de la frontera y tienen que afrontar los problemas que genera la construcción de la frontera jurídica “dura” con sus vecinos occidentales.

Desde el fin de la Guerra Fría, las fronteras al este de Europa han sido uno de los lugares de mayor transformación social en el continente. Una transformación que ha venido determinada por la posibilidad de las personas de viajar y de cruzar fronteras. El derecho de libre circulación, junto a las dificultades económicas que vive la población de Europa Oriental tras la desintegración del bloque soviético, han hecho que el pequeño comercio transfronterizo, que implica a veces el movimiento diario de miles de personas, se haya convertido en un importante medio económico en ambos lados de la frontera<sup>26</sup>. Para muchos individuos, el comercio fronterizo ayudó a subir los ingresos, que de otra manera habrían sido por debajo de un nivel mínimo de subsistencia. Por ejemplo, en el año 2000, un maestro de Transcarpatía (región de Ucrania) podía doblar su sueldo mensual, de 20 dólares, haciendo dos viajes a Hungría para vender la gasolina del depósito de su automóvil en el mercado local<sup>27</sup>.

(25) J. MONZONÍS-VILALLONGA: op. cit., p. 89.

(26) E. BARBÉ: op. cit., p. 20.

(27) J. BATT.: “The enlarged EU’s external borders-the regional dimension”, op. cit., p. 111.

Al mismo tiempo, las regiones fronterizas de los nuevos Estados miembros, como Polonia, han conocido un desarrollo notable gracias a las relaciones con sus vecinos del Este<sup>28</sup>. Como observa J. BATT<sup>29</sup>, “el desarrollo del comercio transfronterizo ha ayudado a estas regiones desfavorecidas a sobrevivir, a pesar de la ausencia de ayudas estatales”. Tras la ampliación, la extensión de las estrictas reglas del acervo de Schengen en materia de fronteras puede interrumpir ese movimiento de personas y de bienes. También, dificultar la aproximación política que se está llevando a cabo entre los países de Europa del Este que forman parte de la UE y los países post-soviéticos que están excluidos del proceso de adhesión.

La aplicación del régimen Schengen no sólo tiene un efecto negativo para el comercio fronterizo, sino también hace más complicado, sobre todo para Polonia y Hungría, mantener los vínculos con sus familiares étnicos en los países vecinos y, de ese modo, debilita las relaciones culturales e históricas de la gente fronteriza con los países maternos: en Ucrania y Bielorrusia viven respectivamente cerca de 300.000 y 200.000 polacos, mientras que Hungría tiene unos 400.000 húngaros en Serbia del Norte, 200.000 en Croacia y 370.000 en Ucrania. La puesta en práctica del régimen común de visados tiene un coste económico significativo. Para la gente que gana muy poco dinero, el requerimiento de obtener un visado “Schengen” y viajar al consulado apropiado llega a ser económicamente prohibitivo<sup>30</sup>. El coste del mismo y la dificultad de su obtención (trasladarse hasta Kiev desde la frontera occidental de Ucrania supone 36 horas de tren ida y vuelta) ha hecho que, en muchos casos, se opte por entrar ilegalmente en la Unión para buscar trabajo<sup>31</sup>.

Es probable que la interrupción de la interdependencia económica y cultural fronteriza, que prosperaba en el período post-comunista, aumente las tensiones en las regiones fronterizas y potencialmente produzca la tensión centro-periferia en los presentes estados vecinos<sup>32</sup>. Como observa E. BARBÉ<sup>33</sup>, “la frontera jurídica dura, que supone Schengen, se convierte en un factor desestabilizador, al distorsionar la economía local de supervivencia y potenciar, en cierta medida, la inmigración ilegal a la Unión”, precisamente lo contrario de lo que persigue el régimen Schengen.

Por lo tanto, no podemos estar en desacuerdo con la opinión existente de que el mantenimiento de control duro frente a los nacionales de los países terceros no ha sido la mejor solución política, ya que el mismo no impide la inmigración incontrolada desde los países vecinos<sup>34</sup>.

(28) E. BARBÉ: op. cit., p. 21.

(29) J. BATT: “The EU’s new borderlands”, op. cit., p. 15.

(30) M. BESSENYEY WILLIAMS: op. cit., p. 8.

(31) E. BARBÉ: op. cit., p. 22.

(32) J. BATT: “The enlarged EU’s external borders-the regional dimension”, op. cit., p. 112.

(33) E. BARBÉ: op. cit., p. 22.

(34) M. KENGERLINSKY: “The EU’s New External Borders and Restrictions in Immigration and asylum Policies”, *UACES European Studies Online Essays*, 2005, p. 3. (Extraído el 30 de noviembre de 2006 de: <http://www.uaces.org/E53Kengerlinsky.pdf>).

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

Frente a ello, J.R. REMACHA<sup>35</sup> ha escrito que “las fronteras para ser estables deben ser respetuosas con la historia y cultura de los pueblos. La frontera exterior oriental debe situarse donde no divida naciones”. Por lo tanto, y tal como lo observa J. ZIELONKA<sup>36</sup>, necesitamos redescubrir las fronteras europeas. En lugar de reflexionar sobre la restricción de los movimientos fronterizos, se podría prestar más atención a cómo facilitarlos.

### B) Haciendo la frontera exterior Schengen más amistosa

Aunque inicialmente la prioridad de la UE, en cuanto a sus relaciones con el Este, era la de la seguridad, parece que la Comunidad ha reaccionado ante las reclamaciones de los analistas y de los países directamente implicados acerca de la necesidad de flexibilizar el régimen Schengen, facilitando la comunicación entre los nuevos socios del Este y sus vecinos no comunitarios.

#### a) Flexibilizando el régimen Schengen

Para evitar que las fronteras de la Unión ampliada con sus vecinos constituyan un obstáculo a los intercambios comerciales, sociales y culturales o a la cooperación regional, el Parlamento Europeo y el Consejo adaptaron el Reglamento (CE) núm. 1931/2006, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen<sup>37</sup>. La Comunidad, a fin de simplificar el cruce de las fronteras terrestres exteriores a residentes fronterizos<sup>38</sup>, ha decidido desarrollar un sistema de tráfico fronterizo menor y establecer un permiso de tráfico menor, cuya validez territorial se limita a la zona fronteriza<sup>39</sup> del Estado miembro de expedición<sup>40</sup>. Además, “a efectos de la aplicación del régimen de

(35) J.R. REMACHA: “Las fronteras de la Unión Europea (El papel de las fronteras en el ordenamiento jurídico comunitario)”, *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 1, 2001, p. 115.

(36) J. ZIELONKA: “How New Enlarged Borders will Reshape the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, núm. 3, 2001, p. 530.

(37) Reglamento (CE) núm. 1931/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se establecen normas relativas al tráfico fronterizo menor en las fronteras terrestres exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican las disposiciones del Convenio de Schengen, DO L 405, de 30.12.2006.

(38) El artículo 3.6 del Reglamento (CE) núm. 1931/2006 establece que por “residentes fronterizos” se entiende “los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente en la zona fronteriza de un país vecino de un Estado miembro durante un período especificado en los acuerdos bilaterales a los que se refiere el artículo 13, que será de al menos un año.

No obstante, en casos excepcionales y debidamente justificados, previstos en dichos acuerdos bilaterales, un período de residencia de menos de un año podría resultar apropiado”.

(39) De acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento (CE) núm. 1931/2006, la “zona fronteriza” es “una zona que no dista más de 30 kilómetros de la frontera. Los Estados afectados deberán especificar en sus acuerdos bilaterales a los que se refiere el artículo 13 los municipios que deban considerarse zona fronteriza. Si una parte de un municipio de este tipo está situada a más de 30 kilómetros de la línea fronteriza pero a menos de 50, se considerará no obstante parte de la zona fronteriza”.

(40) Artículo 7 del Reglamento núm. 1931/2006, DO L 405, de 30 de diciembre de 2006.

tráfico fronterizo menor, se autoriza a los Estados miembros a celebrar acuerdos bilaterales con terceros países vecinos<sup>41</sup>, que podrán contener disposiciones para la simplificación del cruce de las fronteras<sup>42</sup>.

La Unión también ha reconocido que, en cuanto al tema de migraciones, una política migratoria meramente defensiva a la larga tendría escasas expectativas de éxito. En consecuencia, la Comisión en su Comunicación sobre la aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la UE<sup>43</sup> ha subrayado que “la aplicación del Planteamiento Global a estas regiones requiere que se desarrolle, equilibre y amplíe la cooperación, dentro de los medios disponibles, especialmente de cara a abordar mejor las cuestiones relacionadas con la movilidad y la dimensión de desarrollo de la migración, y para permitir que la UE gane credibilidad a los ojos de sus socios e inicie una nueva etapa de la cooperación con ellos”. En una primera etapa, la Comisión considera esencial fomentar el diálogo y los acuerdos sobre problemas de movilidad.

Con el fin de promover los contactos entre sus pueblos como condición importante para un desarrollo constante de sus vínculos económicos, humanitarios, culturales y científicos, mediante la facilitación de la expedición de visados a sus ciudadanos sobre una base de reciprocidad, fue firmado el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia 2007/340/CE<sup>44</sup>. Su objeto es reducir los trámites burocráticos y facilitar la expedición de visados de corta duración para determinadas categorías de personas de la UE y la Federación de Rusia, de ese modo promoviendo la confianza y el diálogo, así como, una interacción más humana e intensa entre las dos zonas.

El Acuerdo flexibiliza las modalidades de concesión de visados a los ciudadanos de la UE (a excepción de Reino de Dinamarca, Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte e Irlanda) y de la Federación de Rusia para estancias cuya duración no exceda de 90 días por períodos de 180 días. En concreto, establece que la decisión de entrega o rechazo deberá comunicarse en un plazo de diez días y simplifica la documentación exigida. Asimismo, define criterios más sencillos para la concesión de visados a determinados grupos de personas, tales como parientes próximos, empresarios, miembros de delegaciones oficiales, estudiantes, participantes en acontecimientos científicos, culturales y deportivos, periodistas, personas que visitan cuarteles militares y civiles y conductores de vehículos de transporte internacional de mercancías y pasajeros. El artículo 11 del presente Acuerdo establece que “los ciudadanos de la Federación de Rusia o de los Estados miembros que se hallen en posesión de un pasaporte diplomático

(41) Artículo 13.1 del Reglamento núm. 1931/2006, DO L 405, de 30 de diciembre de 2006.

(42) Artículo 15.1 del Reglamento núm. 1931/2006, DO L 405, de 30 de diciembre de 2006.

(43) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la Unión Europea, COM (2007) 247 final, de 16.5.2007, pp. 15-16.

(44) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y de la Federación de Rusia, DO L 129, de 17 de mayo de 2007.

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

válido podrán entrar en el territorio de los Estados miembros o de la Federación de Rusia, abandonar dicho territorio o transitar por él sin necesidad de visado”.

Al mismo tiempo, con el fin de combatir más eficazmente la inmigración ilegal, la UE y la Federación de Rusia firmaron el Acuerdo de readmisión 2007/342/CE<sup>45</sup> que establece procedimientos rápidos y eficaces para la identificación y el retorno de personas que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de la Federación Rusa o de uno de los Estados miembros de la Unión (salvo el Reino de Dinamarca).

Como consecuencia de la ampliación de la llamada “política global migratoria” a los países del Este, la Comunidad Europea firmó los Acuerdos sobre la facilitación de expedición de visados y los de readmisión con dos vecinos más –Ucrania<sup>46</sup> y Moldavia–<sup>47</sup>. Dichos Acuerdos permitirán la simplificación de los desplazamientos y los contactos entre personas, al tiempo que permitirá luchar contra la inmigración clandestina, lo cual corresponde al deseo de la Comisión de fomentar el diálogo y los acuerdos sobre problemas de movilidad en relaciones de la UE con los países socios de la Política Europea de Vecindad (PEV en adelante)<sup>48</sup>.

### b) La Política Europea de Vecindad

La PEV constituye un enfoque diferente de la UE hacia sus nuevas fronteras geográficas tras la ampliación<sup>49</sup>. La nueva política fue lanzada en marzo de 2003 por una Comunicación de la Comisión llamada “Una Europa más amplia”<sup>50</sup>, a la que siguió un Documento Estratégico más elaborado sobre la PEV<sup>51</sup> publicado en mayo de 2004.

En su Comunicación la Comisión propone crear un “círculo de amigos” con los que la UE mantenga relaciones estrechas y pacíficas basadas en la cooperación, señalando que los destina-

(45) Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión, DO L 129, de 17 de mayo de 2007.

(46) Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración, DO L 332, de 18.12.2007; Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la readmisión de personas, DO L 332, de 18 de diciembre de 2007.

(47) Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre la facilitación de la expedición de visados, DO L 334, de 19.12.2007; Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre la facilitación de la expedición de visados, DO L 334, de 19 de diciembre de 2007.

(48) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales y sudorientales vecinas de la Unión Europea, op. cit., p. 16.

(49) G. ESCRIBANO: “¿Europeización sin Europa? Una reflexión crítica sobre la Política de Vecindad para el Mediterráneo”, *Real Instituto Elcano*, núm. 23, 2005, p. 1.

(50) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Una Europa más amplia. Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, COM (2003) 104 final, de 11 de marzo de 2003.

(51) Comunicación de la Comisión relativa a la Política europea de vecindad, Documento de estrategia, COM (2004) 373 final, de 12 de mayo de 2004.

tarios iniciales de la PEV son “los países vecinos que actualmente no tienen perspectivas de adherirse a la UE”<sup>52</sup>. Por tanto, no se refiere a las relaciones de la UE con los países candidatos, como Turquía y Croacia, como tampoco aquéllos de los Balcanes Occidentales.

En este sentido, la PEV se dirige a los países del Este de Europa (Rusia, Bielorrusia, Ucrania y Moldavia), del Sur del Mediterráneo (Argelia, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Marruecos, Autoridad Palestina, Siria y Túnez) y del Cáucaso del Sur (Armenia, Azerbaiyán y Georgia). No obstante, no todos ellos forman parte de la PEV. Quedan excluidos, de forma temporal, Bielorrusia, Libia y Siria.

La Federación Rusa tampoco participa en la presente política. Desde su punto de vista, la PEV representa una relación desequilibrada donde la Unión desempeña un papel principal. De ese modo, las relaciones de la UE con Rusia se desarrollan sobre una base de Asociación Estratégica, que Moscú considera ser más apropiada atendiendo a su estatus internacional<sup>53</sup>.

El objetivo de la nueva política, en palabras de la Comisión, es:

“(…) compartir los beneficios de la ampliación de la UE en 2004 con los países vecinos, mediante el refuerzo de la estabilidad, de la seguridad y del bienestar para todas las partes afectadas. Está pensada para prevenir la aparición de nuevas líneas divisorias entre la UE ampliada y sus vecinos y ofrecer a éstos la oportunidad de participar en diversas actividades de la UE gracias a una mayor cooperación en los ámbitos de la política, la seguridad, la economía y la cultura.”<sup>54</sup>

En efecto, la UE sugiere la posibilidad de que, caso por caso y una vez realizadas las reformas en diversos ámbitos (cooperación en asuntos políticos y de seguridad, cuestiones económicas y comerciales, justicia y asuntos de interior; energía, transporte, sociedad de la información, investigación e innovación; así como, política social y contactos entre comunidades) fijados en los Planes de Acción bilaterales, elaborados en función de las necesidades y capacidades de cada país, cada uno de ellos recibiera incentivos en forma de mayor integración en los programas y redes europeas, mayor asistencia y mejor acceso al mercado interior con las cuatro libertades. De ese modo, el país se compromete a llevar a cabo unas reformas políticas y económicas, y la UE, por su parte, a prestar una mayor asistencia tanto técnica como financiera<sup>55</sup> y ofrecerles la perspectiva de participación en el mercado interior de la UE.

(52) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, *Una Europa más amplia, Relaciones con los países vecinos: un nuevo marco para las relaciones con nuestros vecinos del Este y del Sur de Europa*, op. cit., p. 4.

(53) M. COMELLI, E. GRECO y N. TOCCI: “From Boundary to Borderland: Transforming the Meaning of Borders in Europe Through the European Neighbourhood Policy”, *Research project EU CONSENT on “Wider Europe, Deeper Integration? Constructing Europe Network”*, 2006, p. 9. (Extraído el 4 de abril de 2007 de: [http://www.eu-consent.net/library/brx061012/Comelli-Greco-Tocci\\_D40.pdf](http://www.eu-consent.net/library/brx061012/Comelli-Greco-Tocci_D40.pdf)).

(54) Comunicación de la Comisión relativa a la Política europea de vecindad - Documento de estrategia, COM (2004) 373, de 12 de mayo de 2004, p. 3.

(55) De acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 1638/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por el que se establecen las disposiciones generales relativas a la creación de un Instrumento Europeo de Vecindad y

## La nueva frontera del Este de la Unión Europea: el espacio Schengen extendido y sus vecinos

Por otro lado, si bien es cierto que la PEV ofrece a sus socios la posibilidad de desarrollar relaciones cada vez más estrechas con la UE, basadas en el compromiso mutuo ante valores comunes, no lo es menos que también tenga ciertos rasgos que hacen que su percepción entre los nuevos vecinos del Este sea más bien escéptico.

El instrumento más eficaz para conseguir la seguridad y estabilidad ha sido la expectativa de adhesión a la UE. Sin embargo, en el entorno de la Unión se empieza a dudar sobre la sostenibilidad de dicho instrumento. Tras el rechazo del Tratado de la Constitución Europea<sup>56</sup> por parte de Francia y Holanda, se habla cada vez más de “fatiga de ampliación”, de la necesidad de fijar definitivamente las fronteras de Europa y posponer el proceso de ampliación. Se sugiere que la Unión no puede mantener expectativas de adhesión “sin límites”. En otras palabras, ¿cómo conseguir la estabilidad en los países vecinos sin hacer uso de la expectativa de adhesión a la UE, y sin generar sentimientos de exclusión?<sup>57</sup> Como una posible respuesta a esta pregunta nace la PEV. Ésta ofrece una cooperación más estrecha con los países socios, sin perspectivas concretas de adhesión, lo cual tiene un serio impacto negativo para los habitantes pro-europeos de Ucrania, Bielorrusia y Moldavia.

Llegado a este punto, cabe preguntarse si la PEV es una alternativa viable para los vecinos del Este para posponer su deseo de devenir miembros de pleno derecho de la UE. Puede serlo a corto y medio plazo, sobre todo porque estos países parten de niveles de integración con la UE muy bajos. No obstante, se duda que lo sea a largo plazo<sup>58</sup>. En el caso de Ucrania, las deficiencias de la PEV llegan a ser especialmente obvias tras la Revolución Naranja de finales del 2004. Existen ciertos indicios que muestran que el nuevo gobierno ucraniano se compromete más que sus predecesores a llevar a cabo las reformas políticas, económicas, judiciales y administrativas, dirigidas a la democratización y modernización del país, así como, a sus posibles aspiraciones de adhesión a la UE. Por lo tanto, aunque la PEV puede suavizar y hacer la frontera exterior Schengen más amistosa, es poco probable que una “vecindad privilegiada” tenga el mismo atractivo a largo plazo, y pueda sustituir el instrumento de adhesión.

### IV. CONCLUSIONES

El control de las fronteras exteriores de un espacio de libre movilidad sin barreras interiores, es un asunto de gran relevancia. Durante la última ampliación de la UE hacia los antiguos paí-

Asociación (DO L 310, de 9.11.2006), a partir del 1 de enero de 2007 la Unión cuenta con un único instrumento jurídico –el Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación– destinado a proporcionar ayuda comunitaria para el desarrollo de una zona de prosperidad y buena vecindad que abarque la Unión Europea y los países socios.

(56) Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DO C 310, de 16 de diciembre de 2004.

(57) E. BARBÉ: op. cit., p. 10.

(58) E. SOLER I LECHA: “Las perspectivas de la Política Europea de Vecindad para el Mediterráneo”, en BARBÉ, E.; HERRANZ, A. (eds.): *Política exterior y Parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*, Barcelona, Oficina del Parlamento Europeo, 2007, p. 92.

ses comunistas, que se produjo entre 2004 y 2007, la cuestión de seguridad de las fronteras exteriores y su protección contra las inmigraciones indeseadas y los crímenes más graves, ha estado como nunca presente. La plena adopción y aplicación por los nuevos Estados miembros del acervo de Schengen, que representa la construcción de una frontera exterior “dura”, ha sido considerada como una posible solución.

No obstante, nuestra investigación nos hace dudar sobre la oportunidad y la efectividad de dicho instrumento. La aplicación estricta del acervo de Schengen a la nueva frontera oriental de la UE ha presentado y sigue presentando ciertos problemas para sus vecinos no comunitarios. Las medidas compensatorias a la supresión de las fronteras interiores, como el endurecimiento de los controles en las fronteras exteriores y una política de visado uniforme, no necesariamente han contribuido a la seguridad interna de la Unión. Estas medidas no han parado, incluso supuestamente han incitado, la inmigración ilegal. El coste de los visados y la dificultad de su obtención llega ser económicamente prohibitivo para los nuevos vecinos de la UE y hace que la gente, muchas veces, opte por entrar ilegalmente al territorio de la Unión. También, el régimen de fronteras Schengen obstaculiza el comercio fronterizo y hace más complicado mantener los vínculos familiares, las relaciones culturales e históricas entre la gente que está dentro y fuera de la Comunidad. Todo ello hace pensar en que se está creando un nuevo Telón de Acero en Europa, generando de ese modo un renovado sentimiento de exclusión entre los vecinos del Este.

El intento de la UE de paliar esta situación, a través de la nueva PEV, tampoco ofrece una solución clara respecto a la desaparición de las líneas divisorias en Europa y la estabilidad en sus nuevas fronteras, ya que surge como una política de “contención” de la ampliación. Aunque esta nueva política hace la frontera exterior Schengen relativamente más amistosa, es poco probable que tenga el mismo atractivo a largo plazo y pueda sustituir el instrumento de adhesión y eliminar todas las tensiones que nacen desde la perspectiva de los que están en el lado equivocado de la frontera.

La UE ha dado un paso importante al flexibilizar el régimen de fronteras Schengen con la introducción del sistema de tráfico fronterizo menor, así como, la firma de los Acuerdos sobre la facilitación de expedición de visados y de readmisión con sus tres vecinos del Este –Ucrania, Moldavia y Federación de Rusia–. Dichas medidas anuncian una mejora en cuanto a la simplificación de los desplazamientos y contactos entre las personas. No obstante, consideramos que la Unión no debería marcar límites en lo relativo a su alcance geográfico. La perspectiva de adhesión tiene un efecto positivo en términos de prevención de conflictos. Por lo tanto, como observa S. MARCU:

“Dado que Europa no es un rincón del mundo encerrado en sí mismo, sino al contrario, un espacio de paz y prosperidad, esperamos que proyecte su intensa luz también en el espacio de su frontera Este. Ampliándose, hundiendo sus raíces en tierras y culturas que le son próximas y familiares, Europa, sin forzar su geografía, constituirá una nueva entidad, sólida y solidaria, semejante y diversa, ganando en potencia, humanidad, y fortaleciendo sus valores democráticos.”<sup>59</sup>

(59) MARCU, S.: op. cit., p. 113.

# JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

## CELEBRADAS

- ✓ El futuro de la emigración y las remesas  
8 de febrero de 2008. Madrid.
- ✓ La protección internacional en el ordenamiento jurídico español  
11 de febrero de 2008. Bilbao.  
21-22 de enero de 2008. Lanzarote.
- ✓ Extranjería y asistencia jurídica  
27-29 marzo de 2008. Las Palmas de Gran Canaria.

## A CELEBRAR

- ✓ III Foro Social Mundial de las Migraciones  
11-13 de septiembre de 2008. Rivas Vaciamadrid.

