

Geopolítica de las migraciones y procesos de integración en la Unión Europea

Mercedes SOTO MOYA
Francisco Javier DURÁN RUIZ
Nieves ORTEGA PÉREZ
Dirección



Geopolítica de las migraciones y procesos de integración en la Unión Europea

Mercedes SOTO MOYA
Francisco Javier DURÁN RUIZ
Nieves ORTEGA PÉREZ
Dirección

M^a Nieves ALONSO GARCÍA
Karen AÑAÑOS BEDRIÑANA
Elena ARCE JIMÉNEZ
Nuria ARENAS HIDALGO
Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ
David CARRIZO AGUADO
Pablo CARRIZO AGUADO
Fernando DE ARVIZU
Roberta T. DI ROSA
Francisco Javier DURÁN RUIZ
Valentina FAGGIANI
María Dolores GARCÍA VALVERDE
Estefanía GUADIX VALENZUELA
José-Francisco JIMÉNEZ-DÍAZ
Felicia MODICA
Fran MORENILLA BELIZÓN
Nieves ORTEGA-PÉREZ
Simona PASSALACQUA
José María PORRAS RAMÍREZ
Victoria RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN
Nora Margarita RON ORDÓÑEZ
María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ
Francesco SANFILIPPO MONACHINO
Mercedes SOTO MOYA

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos



*Este ebook se encuentra registrado bajo licencia Creative Commons.
Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)
Para más información, consulte la web:
<https://creativecommons.org/share-your-work/cclicenses/>*

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación
“Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios:
Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI),
con referencia PID2023-146226OB-I00,
financiado por MICIU/ AEI /10.13039/501100011033
y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
IP: Mercedes Soto Moya.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación
“Migration incorporation policies and practices in migrants’
reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES),
con referencia PID2022-138122OB-I00, financiado por
MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.
IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.



© Copyright by
Los autores
Madrid, 2026

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 979-13-7047-005-0
DOI: <https://doi.org/10.14679/4671>

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Agradecimientos

Por haber financiado los Proyectos “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00 y “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), con referencia PID2022-138122OB-I00 nuestro agradecimiento a:

- La Agencia Estatal de Investigación (AEI).
- Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)
- Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Índice

Prólogo	9

I CONTROL EXTERNO Y FRONTERAS EN LA UNIÓN EUROPEA

El enfoque securitario como eje vertebrador del nuevo pacto europeo sobre migración y asilo	17
José María PORRAS RAMÍREZ	
La externalización de la política migratoria en la Unión Europea.....	41
Valentina FAGGIANI	
Globalización múltiple y migraciones en la España del siglo XXI.....	59
José-Francisco JIMÉNEZ-DÍAZ	
Externalización de las fronteras en el sistema de recepción italiano: la situación actual en Sicilia	83
Francesco SANFILIPPO MONACHINO	

II PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Control de la frontera exterior común y responsabilidades compartidas en materia de protección internacional	109
Nuria ARENAS HIDALGO	
Montaje y preparación de expedientes de protección internacional. Visión práctica.....	131
Fran MORENILLA BELIZÓN	

Protección especial en Italia: los efectos del decreto Cutro entre las restricciones y la protección de los derechos humanos	151
Simona PASSALACQUA	

III GÉNERO EN INVESTIGACIÓN SOBRE MIGRACIONES

Discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Valoración de la respuesta de los reglamentos europeos	173
María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ	
Acompañando la movilidad humana con enfoque de género e infancia	199
Elena ARCE JIMÉNEZ	
Vulnerabilidad de género en la migración: hacia una mirada decolonial en el trabajo social.....	217
Roberta T. DI ROSA	
El mercado de trabajo en España. Las oportunidades de las mujeres migrantes	231
María Dolores GARCÍA VALVERDE	

IV EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Observaciones histórico-jurídicas del Derecho de Extranjería: de los albores del siglo XIX al ocaso del siglo XX	253
M ^a Nieves ALONSO GARCÍA	
El trabajador extranjero en la II República Española: <i>status jurídico</i>	275
Fernando DE ARVIZU - Pablo CARRIZO AGUADO	
Autorización de residencia para familiares de españoles en el RD 1155/2024 de desarrollo de la Ley de extranjería	293
Mercedes SOTO MOYA	

Residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo	317
Estefanía GUADIX VALENZUELA	

V CIUDADANÍA Y PROCESOS DE INTEGRACIÓN

El proceso de integración europea y la ciudadanía de la UE: los derechos subjetivos de nueva generación.....	339
Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ	
Gobernanza en red y co-producción de políticas de acogida de la migración: un análisis del <i>Sistema di Accoglienza e Integrazione</i> (SAI) de Palermo*	365
Nieves ORTEGA-PÉREZ	
<i>Between protection and precarity</i> : professional intervention in migrant reception and social inclusion in Palermo's SAI system	389
Felicía MODICA	

VI SITUACIONES ESPECÍFICAS DE MOVILIDAD

La distribución de menores extranjeros no acompañados y el conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas	419
Francisco Javier DURÁN RUIZ	
Ley aplicable al divorcio: los últimos pasos del TJUE y su repercusión en el Derecho de familia internacional	445
David CARRIZO AGUADO	
La prohibición de discriminación en la movilidad laboral: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE	463
Victoria RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN	
La migración de la población venezolana hacia América Latina y el Caribe: evolución y gobernanza a multiescala.....	489
Karen AÑAÑOS BEDRIÑANA - Nora Margarita RON ORDÓÑEZ	

Prólogo

La obra que presentamos “Geopolítica de las migraciones y procesos de integración en la Unión Europea” es el valioso resultado, bajo la experta dirección de los profesores Mercedes Soto Moya, Francisco Javier Durán Ruiz y Nieves Ortega Pérez, de una labor investigadora transversal de más de 20 profesores e investigadores españoles e italianos que afronta los estudios migratorios en la Unión Europea y sus Estados miembro, especialmente España e Italia, desde un punto de vista tanto macro como micro, con una visión que explora el tratamiento del fenómeno que lo aborda sobre todo como oportunidad, tanto para las personas migrantes como para las sociedades de acogida.

La mayor parte de los capítulos son fruto de las investigaciones de los proyectos I+D+i estatales de los que son investigadores principales los directores de la obra. Así, la profesora Soto Moya dirige el proyecto “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00 y los profesores Ortega Pérez y Durán Ruiz codirigen el Proyecto de investigación “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), con referencia PID2022-138122OB-I00, ambos financiados por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

El libro se nutre de las aportaciones de investigadores de los dos proyectos y de algunas ponencias y comunicaciones escogidas y desarrolladas del Congreso Internacional que organizaron conjuntamente los días 11 a 13 de junio de 2025: “Gobernanza y migraciones: de la geopolítica internacional a la integración local”. Esto aporta una valiosa interdisciplinariedad, no sólo en el ámbito del Derecho, pues participan profesores de Derecho Internacional Privado, Administrativo, Constitucional o Historia del Derecho, sino también de otras disciplinas como la Sociología, el Trabajo Social o la Ciencia Política.

La obra se estructura en seis bloques de contenido que van desde aspectos más amplios que afectan a toda la Unión Europea y sus políticas migratorias hasta situaciones más concretas de movilidad y procesos de integración. En concreto, el primer bloque de capítulos analiza cuestiones relativas al control de fronteras y al control externo de las migraciones en la Unión Europea; el segundo se centra en la protección internacional; el

tercero se dedica a la investigación en materia de género en las migraciones; el cuarto afronta algunas cuestiones de la evolución legislativa hasta llegar a las más actuales reformas del Derecho de Extranjería; el bloque quinto se centra en los procesos de integración y la ciudadanía en la Unión Europea tanto a nivel macro como micro; y por último, el sexto bloque se refiere a situaciones específicas de movilidad como la de los menores extranjeros no acompañados o la ley aplicable al divorcio.

En el primer bloque dedicado a “control externo y fronteras de la Unión Europea”, el capítulo del profesor Porras Ramírez subraya “El enfoque securitario como eje vertebrador del nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo”, que ha prevalecido en la Unión Europea tras la denominada “crisis de los refugiados”, fundamentalmente por la ausencia de un debate público que evidencie los aspectos positivos de la inmigración y la necesidad de crear vías de migración regular, legales, ordenadas y seguras.

Junto con el enfoque securitario, la profesora Faggiani expone en su capítulo “La externalización de la Política Migratoria en la Unión Europea”, otro de los aspectos clave de la política y regulación migratoria actuales en la UE, que permite delegar el control de los flujos migratorios, así como la responsabilidad sobre ellos en los Estados de origen y tránsito, antes de la llegada al territorio europeo. Pone como base del modelo el Acuerdo UE-Turquía y el caso de Italia y su Memorándum de entendimiento con Libia o su Protocolo con Albania.

En el tercer capítulo de este bloque “Globalización múltiple y migraciones en la España del siglo XXI”, el profesor Jiménez Díaz sitúa a España como un caso paradigmático de globalización migratoria múltiple, con raíces históricas, en que la coexistencia de variadas identidades nacionales y culturales junto con la descentralización política hacen difícil su conciliación con las políticas migratorias multinivel.

El último capítulo “Externalización de las fronteras en el sistema de recepción italiano: la situación actual de Sicilia”, de Francesco Sanfilippo Monacchino, evidencia que la política de externalización de fronteras de la UE liderada por Italia no ha provocado reducciones significativas en los flujos migratorios que recibe, y lo mismo puede decirse de la Unión Europea en su conjunto.

En el segundo bloque de la obra, dedicado a la protección internacional, la profesora Arenas Hidalgo aborda la cuestión del “Control de la frontera exterior común y responsabilidades compartidas en materia de protección internacional”, destacando que el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo supone un paso importante hacia la consolidación de un mecanismo jurídico que por primera vez formaliza una solidaridad vinculante entre Estados miembros, aunque su diseño final sea mejorable pues refleja las tensiones políticas y la lógica intergubernamental que han condicionado históricamente la construcción del Sistema Europeo Común de Asilo.

Fran Morenilla Belinzón aporta en su capítulo una visión práctica y muy necesaria del montaje y preparación de expedientes de protección internacional, destacando la necesidad de su preparación exhaustiva y situando en su centro la entrevista personal. Por su parte Simona Passalacqua retoma el caso italiano, en concreto los cambios restrictivos tras el “Decreto Cutro” en el permiso por protección especial que sustituyó al permiso de residencia por razones humanitarias.

El bloque III dedicado a género en investigación sobre migraciones comienza con un capítulo de la profesora Sánchez Jiménez sobre la discriminación procesal de la mujer en el acceso a la justicia que valora la respuesta de los reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales, cuando el Estado al que haya trasladado su residencia le impida, dificulte o limite su derecho al acceso a los tribunales.

Arce Jiménez, aborda en su capítulo el acompañamiento a la movilidad humana con enfoque de género e infancia, subrayando cómo la atribución de la condición de migrantes a estos niños y niñas contribuye a difuminar su condición de menor de edad y la necesidad de proteger sus derechos, particularmente en situaciones de especial vulnerabilidad como los que necesitan protección internacional o los sometidos a trata.

La profesora Di Rosa estudia la vulnerabilidad de género en la migración desde una mirada decolonial en el Trabajo Social, para construir prácticas profesionales que no reproduzcan la violencia colonial, sino que contribuyan a procesos de dignificación, resistencia y justicia.

La profesora García Valverde cierra este bloque con un capítulo sobre las oportunidades de las mujeres migrantes en el mercado de trabajo en España, destacando que el emprendimiento de los migrantes duplica prácticamente el de los españoles, aunque el trabajo de la mujer migrante sigue siendo fundamentalmente el doméstico y necesita del enfoque de género para proteger sus derechos.

El bloque IV reúne aspectos históricos del Derecho de Extranjería en España y cuestiones actuales. Entre los primeros, la profesora Alonso García realiza un interesantísimo recorrido histórico-jurídico por el Derecho de Extranjería desde “los albores del siglo XIX al ocaso del siglo XX” y el profesor Carrizo Aguado se centra en su capítulo en el estatus jurídico del trabajador extranjero durante la Segunda República española. Por su parte, los otros dos capítulos analizan aspectos del reciente reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, que afectan a la regularización e integración de extranjeros. La profesora Soto Moya dedica su capítulo a analizar la autorización de residencia para familiares de españoles en el reglamento, concluyendo que el nuevo estatuto supone un avance parcial, pero requiere aún ajustes sustanciales para garantizar seguridad jurídica, respeto al principio de igualdad y plena coherencia con el ordenamiento jurídico. Por su parte, Estefanía Guadix, analiza las modificaciones y nuevos supues-

tos introducidos en la residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, que valora como un avance significativo más pragmático y orientado a la integración, quedando como principal vía el arraigo sociolaboral, redefiniéndose el arraigo social para centrarse en los vínculos familiares con residentes o en la acreditación de medios económicos propios e introduciendo como novedad el arraigo socioformativo.

El bloque V afronta las cuestiones de “Ciudadanía y procesos de integración”, aportando la profesora Blázquez Rodríguez una interesante perspectiva de la integración europea desde la óptica de los avances de la ciudadanía de la Unión Europea, el estatuto personal y familiar y los derechos subjetivos de nueva generación, como el reconocimiento transfronterizo de vínculos familiares o la identidad de género.

La profesora Ortega Pérez trata en su capítulo la gobernanza en red y la co-producción de políticas de acogida de la migración a partir del análisis del “sistema di accoglienza e integrazione” (SAI) de Palermo, destacando las virtudes de este modelo de gobernanza híbrida que integra de manera sofisticada y estratégica lógicas de red y co-producción, con algunos elementos clásicos de la burocracia weberiana y la *New Public Management*. Por su parte, Felicia Modica profundiza en el SAI de Palermo para abordar la intervención profesional en la recepción de migrantes y sus repercusiones en la integración social de estos.

El sexto y último bloque de la obra se refiere a algunas situaciones específicas de movilidad de la máxima relevancia y actualidad. El profesor Durán Ruiz desgrana la problemática y el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, especialmente con la Comunidad de Canarias, a raíz de la saturación de esta por las llegadas de menores extranjeros no acompañados y la necesidad de su redistribución a otras Comunidades Autónomas, que ha motivado la modificación de la Ley de Extranjería y cuya constitucionalidad tendrá que decidir el Tribunal Constitucional.

El profesor Carrizo Aguado analiza en su capítulo la jurisprudencia más reciente del TJUE en relación con la búsqueda de la ley aplicable al divorcio –residencia habitual, nacionalidad y, en última ratio, la *lex fori*–, y sus repercusiones en el derecho de familia internacional.

Por su parte, la profesora Rodríguez-Rico Roldán se centra en el estudio de la prohibición de la discriminación de los trabajadores en la movilidad laboral, como requisito indispensable para la efectividad de la libre circulación de trabajadores comunitaria, desde el análisis de la jurisprudencia del TJUE.

Cierra este bloque y la obra, un capítulo de la profesora Añaños Bedriñana y Ron Ordóñez que la conecta con América Latina y el Caribe, analizando la importante migración venezolana hacia estas regiones, profundizando en su evolución y en la necesidad de aplicar en los países de

acogida una gobernanza multiescala, basada en la colaboración y cooperación del sector privado, la academia, las comunidades de acogida, la sociedad civil y los organismos internacionales, para permitir su acogida e integración.

Con un contenido tan actual, innovador y sugerente, esta obra arroja respuestas muy necesarias y resulta una aportación indispensable para investigadores que deseen conocer mejor las tendencias geopolíticas de la migración actual en la Unión Europea y al mismo tiempo y desde una perspectiva pragmática, las líneas guía de la acogida e integración de las personas extranjeras tanto en España como en Italia.

Los directores

I
CONTROL EXTERNO
Y FRONTERAS EN LA UNIÓN EUROPEA

El enfoque securitario como eje vertebrador del nuevo pacto europeo sobre migración y asilo

José María PORRAS RAMÍREZ

*Catedrático de Derecho Constitucional
y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.
Universidad de Granada*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1573-0738>

Correo electrónico: jmporras@ugr.es

Sumario: I. Introducción: evidencias y percepciones acerca del fenómeno migratorio. II. El cambio de paradigma. La adopción del enfoque securitario tras la “crisis de los refugiados”. III. Valoración del nuevo pacto sobre migración y asilo de la Unión Europea. IV. Conclusiones.

Palabras clave: Pacto Europeo de Migración y Asilo, Unión Europea, securitización.

I. INTRODUCCIÓN: EVIDENCIAS Y PERCEPCIONES ACERCA DEL FENÓMENO MIGRATORIO

La historia de la humanidad es el relato de una larga y continua migración. Un movimiento que se ha acelerado con el avance y la mejora de las comunicaciones. Así, en la actualidad, según la ONU, se estima que 281 millones de personas viven fuera de su Estado de nacimiento; 51 millones más que en 2010: alrededor del 3,6% de la población mundial, porcentaje que se mantiene relativamente estable desde mediados del siglo pasado¹.

Las migraciones traen causa, bien de la necesidad, mostrando así un carácter forzoso, al derivar de los conflictos armados, la persecución, la

¹ Vid. los datos que aporta la Organización Internacional de las Migraciones de Naciones Unidas. <https://www.iom.int/es/datos-e-investigacion>

pobreza y la falta de oportunidades, las crisis sanitarias, el cambio climático, los desastres naturales...; pero, también, son fruto de la libre elección, presentando, por tanto, un carácter voluntario cuando obedecen al deseo de muchos de reunirse con sus familias, adquirir una mejor formación o buscar un empleo acorde con sus capacidades, en países distintos al de su lugar de origen o residencia.

Así, teniendo en cuenta a los que forman parte del primer grupo, podemos cuantificar la existencia de 123,2 millones de desplazados forzosos en el mundo, de los que 42,7 millones se consideran refugiados, incluyendo aquí a los 5,9 millones de palestinos acogidos al mandato de la Agencia de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas. De ese total, 8,4 millones son solicitantes de asilo².

Estamos, pues, en presencia de un fenómeno complejo y estructural, capaz de generar, como la propia ONU subraya, “prosperidad, innovación y desarrollo sostenible en un mundo globalizado”, siempre que su gestión se produzca a través de “canales legales, ordenados y seguros”, en garantía de los derechos de quienes son sus principales actores. Por ello, debe abordarse teniendo en cuenta todas sus dimensiones, a través de una perspectiva integral, que minimice sus “riesgos y vulnerabilidades”, creando condiciones favorables para su desarrollo, compatibles con la dignidad humana³.

En lo que a la Unión Europea concierne, según los últimos datos oficiales aportados por EUROSTAT, con fecha de 1 de enero de 2024, 44,7 millones de personas que no gozan del estatuto de ciudadanía viven en un territorio en el que moran 448,8 millones de habitantes, representando, así, el 9,9% de su población. Una cifra significativamente inferior a la que se observa en los Estados Unidos de América, donde alcanza el 14%. Ese origen migrante es, en todo caso, considerable, ya que el 10% de los jóvenes nacidos en la Unión, de entre 15 y 34 años, tienen, al menos, un progenitor de origen extranjero. Se constata así la relevancia demográfica alcanzada por unos flujos migratorios que la Unión se esfuerza por canalizar, contener o rechazar.

Porque no hay que olvidar que la mayoría de las personas que llegan a Europa lo hacen por motivos laborales o familiares. Y tan solo una pequeña fracción de ellas accede a la Unión de forma irregular, al no permitírseles o no disponer de otra opción de ingreso. Así, en 2024, había

² Son las cifras que proporciona la Agencia de Naciones Unidas de Ayuda al Refugiado: <https://www.acnur.org/es-es/>

³ Vid., a este respecto, en tanto que marco de cooperación no vinculante jurídicamente, el *Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, acordado, en el ámbito de la ONU, de 13 de julio de 2018. Dicho pacto internacional aborda el fenómeno migratorio en todas sus dimensiones, de forma integral, evitando la separación entre refugiados políticos y migrantes económicos, a fin de contribuir, en ese aspecto, a la mejora de la gobernanza de la globalización. Cfr., https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf

239.000 de esa condición, frente a 2,3 millones que utilizaron vías legales de entrada.

La búsqueda de protección internacional, en cualquiera de sus formas, es otro de los motivos por el que las personas desean ser admitidas en el territorio de la Unión. De tal modo, alrededor de 1 millón solicitó asilo aquel año, cifra que representa menos del 10% del total mundial de refugiados. Sin embargo, si se atiende al hecho de que, a finales de julio de 2025, se registraba en la Unión la presencia transitoria (no, técnicamente, como refugiados) de no menos de 4,3 millones de desplazados ucranianos, dotados de un estatuto de protección temporal, en una situación prolongada, de manera excepcional, durante el tercer año de duración de la guerra de invasión rusa⁴, la cifra total escala al 20% del promedio global.

Con todo, ¿son estos guarismos, particularmente en la Unión Europea, desmesurados, expresivos de una afluencia poblacional fuera de control, que desborda cualquier previsión y capacidad de acogida, amenazando con desestabilizar la economía y destruir el “modo de vida europeo”? No parece que así sea, aunque es cierto que, en países desarrollados como lo son la gran mayoría de los que integran la Unión, donde se precisa un gran número de trabajadores foráneos, normalmente de baja cualificación, en algunos sectores económicos, más no en aquellos dependientes de habilidades exclusiva o preferentemente humanas⁵.

No obstante, una Europa sumida en un “invierno demográfico”, la cual, al tiempo, aparece como adalid de un modelo productivo y del bienestar, considerados irrenunciables, demanda para su sostenimiento la aportación de una cuantiosa mano de obra, lo que requiere el concurso de contingentes significativos de migrantes. Pues se calcula que la mitad del déficit de crecimiento que padece, el cual se estima, hoy, en el 1,7%, muy lejos del 2.5% anual que sería deseable⁶, obedece a una demografía adversa, lo que la lleva a perder competitividad en el contexto global, en relación con otros bloques económicos, en parte por su baja natalidad y el significativo envejecimiento de su población.

Para compensarlo, la Unión Europea depende, crecientemente, de la inmigración para sostener su población activa, a fin de atender las nece-

⁴ Las cifras de EUROSTAT pueden consultarse en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics

⁵ Así lo cuantifica el Parlamento Europeo. Vid., <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20170629ST078630/asilo-y-migracion-en-la-ue-cifras-y-hechos#:~:text=La%20mayor%C3%ADa%20de%20las%20personas,utilizaron%20v%C3%ADas%20legales%20de%20migraci%C3%B3n>

⁶ Informe Letta sobre el futuro Mercado Único Europeo <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>; e Informe Draghi sobre el futuro de la competitividad europea https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf

sidades de un mercado laboral propio, claramente insuficiente⁷. De otro modo no podrá mantener los cada vez más onerosos sistemas de atención social y de pensiones de los que justamente se enorgullece; ni aumentar su competitividad. Por eso, en su estrategia para colmar sus carencias y satisfacer sus objetivos, ha de combinar la oferta de empleo a los migrantes, también en sectores de alto valor añadido⁸, y no solo de baja cualificación, teniendo en cuenta que la automatización y la implantación de la inteligencia artificial reducirán previsiblemente la demanda de mano de obra en los sectores primario y secundario, aunque, en mucha menor medida, en el terciario, destinado a los servicios⁹.

Para ello no es menos necesario afrontar la construcción de un relato positivo acerca de la inmigración, que exige un debate público del que, hoy, carecemos, mediante el que se conciencie a la población acerca de cómo gestionar adecuadamente un fenómeno social, en modo alguno coyuntural, generador de beneficios, tanto para quienes llegan como para quienes acogen. Dicha narrativa debería servir de aliciente para la creación de vías de migración regular, legales, ordenadas y seguras, que, simplificando y agilizando los procedimientos, a la vez que se reducen los tiempos de tramitación, facilitaran los permisos, visados y autorizaciones de residencia, de larga duración y temporales; favorecieran, en este último caso, el reconocimiento del arraigo, con mención expresa de sus nuevas modalidades; promovieran la gestión colectiva de contrataciones en origen y el reconocimiento de cualificaciones; y estimularan la formación y capacitación para el empleo de los migrantes regularizados¹⁰, a fin de descartar los abusos que conlleva la desprotección de seres humanos, abocados, muchas veces, a situaciones de desamparo extremo y consi-

⁷ Informe BBVA, Esenciales nº 7/2023 <https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2023/11/esenciales07-2023-demografiaypensiones.pdf>

⁸ En relación con la llamada “tarjeta azul” para la captación de trabajadores extranjeros altamente cualificados, vid., la Directiva (UE) 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por la que se deroga la Directiva 2009/50/CE. OJ L 382, 28.10.2021, p. 1-38. OJ L 251, 15.07.2021, p. 1-47. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32021L1883>

⁹ Cfr., el modelo alemán. A través de la *Ley Federal de promoción de la formación y el empleo de los extranjeros*. Vid. *Gesetz für Förderung der Ausbildung und Beshäftigung von Ausländerinnen und Ausländern-Ausländernbeshäftigungsförderungsgesetz*. Bundesgesetzblatt Teil I. 2019. Nr. 26 vom 15.07.2019. <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbiii/448.html>. Dicha ley abre el mercado laboral alemán a trabajadores cualificados de países no pertenecientes a la Unión Europea. Conforme a dicha norma, los migrantes recibirán un visado temporal de seis meses para buscar trabajo, debiendo acreditar conocimientos de alemán suficientes y una formación adecuada, no necesariamente universitaria, para desarrollar el puesto de trabajo al que optan. Durante ese tiempo, el trabajador inmigrante estará a prueba en la empresa con un contrato de hasta diez horas semanales. De este modo, tanto el empleador, como el profesional extranjero podrán comprobar si se cumplen sus expectativas mutuas. Asimismo, se prevé que los demandantes de asilo rechazados, los cuales opten a un puesto de trabajo ofertado, deban demostrar que llevan, al menos, dieciocho meses trabajando en Alemania, y que carecen de historial delictivo.

¹⁰ Cfr., el nuevo *Reglamento de Extranjería* avanza así en la línea correcta en España. Cfr., el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, que desarrolla la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-24099>.

guiente vulnerabilidad. Una política esta que, orientada a la inclusión, debería verse inspirada en el respeto a los derechos inherentes a la dignidad de toda persona¹¹.

No en vano, para muchos migrantes, la Unión Europea es considerada un oasis de libertad, seguridad y prosperidad, al provenir estos de un entorno geopolítico asolado por las guerras, el autoritarismo y las privaciones; que consideran por ello, justamente, a Europa un refugio, además de una tierra de oportunidades. Eso exige promover su acogida, también por motivos humanitarios, facilitándoles la protección internacional que la Convención de Ginebra y los Tratados constitutivos de la Unión Europea disponen.

Mientras tanto, como apunta DE HAAS¹², los flujos que recibe han producido un cambio extraordinario de mentalidad en un continente acostumbrado a ser fuente, que no destino de unos movimientos migratorios que, sin ir muy atrás en el tiempo, dieron lugar al envío, entre 1820 y 1920, de 60 millones de personas al otro lado del Atlántico, en busca de un futuro mejor.

En palabras de FERRAJOLI¹³, es la ausencia de ese debate público, basado en el suministro de la información necesaria acerca de los beneficios que aporta la movilidad humana, lo que ha alimentado planteamientos populistas y xenófobos, por medio de los cuales se demoniza e instrumentaliza la migración, la cual es mostrada como una amenaza, en tanto que competencia desleal que restringe oportunidades a los nacionales. Como si fuera la responsable de la pérdida de puestos de trabajo y de la bajada de los salarios; de la erosión del estado del bienestar, al conllevar una saturación y pérdida de la calidad de los servicios públicos; de provocar la escisión y la segregación social, por la imposibilidad de integrar a sus miembros, portadores de culturas alejadas de los valores y tradiciones europeas; y, también, en no menor medida, de ser responsable del aumento significativo de los índices de delincuencia.

Tales mitos, empíricamente rebatibles, han calado, sin embargo, en la opinión pública, hasta el punto de contribuir a la construcción de un discurso marcadamente demagógico, persuasivo y, por ende, útil para quienes lo inspiran. Una narrativa que convierte a la migración en chivo expiatorio de los males que aquejan a las sociedades europeas, aun a sabiendas de que estos obedecen, en realidad, a causas complejas y he-

¹¹ Plenamente consciente de ello, la Comisión Europea ha dispuesto un nuevo *Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión* (2020-2027). Bruselas, 24.11.2020. Se destina a los migrantes y a los extranjeros naturalizados de origen migrante, convertidos en ciudadanos de la Unión Europea. Y está ligado al nuevo Marco Financiero Plurianual de la Unión (2021-2027) y al Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52020DC0758>

¹² DE HAAS, H.: *How migration really works. A factful guide to the most divisive issue in politics*. (Trad. esp., Barcelona: Península), 2023, pp. 38-39.

¹³ FERRAJOLI, L.: Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 18, 2019, pp. 29-52 (p. 38).

terogéneas, de carácter muchas veces endógeno. Según DE HAAS¹⁴ son argumentos falaces que, dada su simplicidad, se revelan idóneos para su transmisión insistente, a menudo, a través de las redes sociales, hasta lograr su asimilación por parte de una población desinformada. De ahí su notable capacidad de movilización política, lo que los ha llevado, recientemente, a condicionar algunos procesos electorales.

Porque ha sido muy tentador responder al descontento de los miembros de las capas de población más desfavorecidas, víctimas de las sucesivas crisis económicas, atribuyendo a los inmigrantes una culpa que no tienen en relación con la generación de empleos precarios e ingresos insuficientes; la extensión de una inflación causante de la pérdida de poder adquisitivo; o con la dificultad de acceder a la vivienda y al disfrute de los beneficios que suministran los debilitados sistemas de atención y protección sociales.

Mas lo preocupante, como apuntan AKKERMAN¹⁵ y PARDOS PRADO¹⁶ es comprobar la transversalidad de un discurso acogido, de forma paulatina, en toda Europa, por partidos políticos y sindicatos, no sólo de extrema derecha, sino de uno y otro signo ideológico. Organizaciones que, habiendo hecho dejación de sus responsabilidades a la hora de concienciar a la opinión pública acerca de las ventajas que entraña una correcta gestión de la migración, han inspirado el diseño de un nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea en el que prima la voluntad de blindar las fronteras, crear muros que dificulten o eviten la entrada de quienes tanto necesitamos, estigmatizando así a quienes deberían ser, más bien, respuesta a nuestros problemas. No en vano, en vez de hablar de derechos y de economía, se ha pasado a discutir, casi solo, de seguridad.

II. EL CAMBIO DE PARADIGMA. LA ADOPCIÓN DEL ENFOQUE SECURITARIO TRAS LA “CRISIS DE LOS REFUGIADOS”

El desencadenante de este notable giro y consiguiente cambio de paradigma lo supuso la extraordinaria, dadas sus proporciones, oleada migratoria, que implicó la afluencia, entre 2015 y 2016, de 1,3 millones de desplazados forzosos, los cuales buscaron refugio en el territorio europeo¹⁷, huyendo de la situación generada por la guerra civil en Siria, que se vinculó, a su vez, a los conflictos simultáneos de Afganistán, Irak, Eritrea, Libia

¹⁴ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵ AKKERMAN, T.: Partidos de extrema derecha y política de inmigración en la UE. *Anuario CIDOB de la Inmigración* 2018, 2018, pp. 49-62 (p. 49).

¹⁶ PARDOS PRADO, S.: Actitudes ante la inmigración y comportamiento electoral en Europa. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2019, pp. 51-66 (p. 51).

¹⁷ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_quarterly_report

y del África subsahariana¹⁸. Estos acontecimientos obligaron a la Unión a enfrentarse a un problema de gestión, acogida e integración, de magnitud inédita desde el final de la Segunda Guerra Mundial, como apuntan GONZÁLEZ RODRÍGUEZ¹⁹ o PUIG DE LA BELLACASA²⁰, evidenciando la debilidad de un Sistema Europeo Común de Asilo²¹, según GONZÁLEZ VEGA²², surgido de la experiencia de la guerra de los Balcanes, tras la asunción de competencias por parte de la Unión, si bien compartidas con los Estados miembros (art. 4.2 j) TFUE). Competencias que se explican como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores de aquéllos y la conversión en comunes de las exteriores de la propia Unión. Un espacio en el que se vino, así, a hacer efectiva la libre circulación de las personas, con independencia de su nacionalidad, sin someterlas a barreras o controles de ningún tipo, lo que pretende beneficiar, si bien “de conformidad con lo dispuesto en los Tratados”, a los nacionales de terceros Estados y apátridas que hayan cruzado las fronteras de la Unión y se encuentren en situación regular en el territorio de aquélla (art. 77 y 79 TFUE).

Dicha crisis puso de manifiesto que, a pesar de los indudables progresos realizados en la creación de un sistema europeo, común e integrado, de control y gestión de las fronteras exteriores, y de desarrollo de una política auténticamente armonizada de regulación y canalización de los flujos migratorios²³, no fue posible alcanzar entre los Estados integrantes de la Unión un consenso, ni, mucho menos, la necesaria unidad de acción, en una ocasión tan singular como aquélla, que tanto lo requería. Así, las respuestas de los Gobiernos fueron muy diferentes, demostrándose, en muchos casos, opuestas a los principios expresados en los Tratados, los cuales abogan por la promoción de políticas regidas por “...el principio de solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros...” (art. 80 TFUE).

La voluntad de preservar sus, supuestamente amenazadas, identidades nacionales obstaculizó y complicó la gestión de la crisis, explicando, en parte, la descoordinación, lentitud e ineficacia de la contestación ofrecida a aquélla. Así, lo demostró, evidenciando la voluntad de revertir los

¹⁸ Conforme a los datos correspondientes a 2015, proporcionados por EUROSTAT, los veintiocho Estados de la Unión aceptaron un total de 333.350 solicitudes de asilo (913 cada día), un 72% más que el año anterior.

¹⁹ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, C.: La crisis de los refugiados y la respuesta europea. *Análisis del Real Instituto Elcano de Estudios Estratégicos*. ARI 67/2015, 2015, p. 6. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-crisis-de-los-refugiados-y-la-respuesta-europea/>

²⁰ PUIG DE LA BELLACASA, R. Europa ante sí misma, *Claves de Razón Práctica*, 244, 2016, pp. 9-19 (p. 12).

²¹ Instituido, tras la reforma del Tratado de la Unión Europea, merced al Tratado de Ámsterdam, en 1999. Su impulso se debe al Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de ese año, bajo el influjo de la guerra de los Balcanes (1991-2001), conflicto armado que generó más de 1,2 millones de solicitudes de asilo en territorio de la Unión, entre 1999 y 2002.

²² GONZÁLEZ VEGA, J. A.: Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados”). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 56, 2017, pp. 27-75 (p. 34).

²³ MARTÍNEZ ALARCÓN, 2018: 126

progresos alcanzados, la restauración, discrecional y duradera, de los controles en las fronteras de los Estados, en aras de preservar la seguridad interior. No en vano, semejante tendencia a exigir la suspensión de las reglas que afectan a la libre circulación de los extranjeros en territorio europeo excepciona las previsiones de los Tratados, dañando su credibilidad. Como también contradice su espíritu el alzado de muros y vallas fronterizas, con el establecimiento de “zonas de tránsito” obligatorias; el rechazo a la reubicación de los solicitantes de asilo, desoyendo la propuesta de la Comisión; la negativa a ser parte en el programa de reasentamiento humanitario promovido, con urgencia, por ACNUR; la fijación de cuotas de peticiones de asilo consideradas aceptables; el endurecimiento de las legislaciones nacionales para dificultar las entradas, recortar la protección y facilitar las expulsiones y los retornos; y, llevado al extremo, la decisión, avalada por la Comisión Europea, de suspender temporalmente la aplicación del derecho de asilo; o de devolver, de forma colectiva, con carácter excepcional, a los migrantes en frontera, a fin, en uno y otro caso, de contrarrestar la “instrumentalización de la migración como arma” por parte de países vecinos, considerados hostiles²⁴, tal y como decretó Grecia, en 2020, en relación con Turquía, o planean Finlandia, Polonia y los tres Estados bálticos, en 2025, con respecto a Rusia y Bielorrusia; de forma, en uno y otro caso, abiertamente incompatible con el Derecho europeo e internacional.

Y así es como ha venido, desde entonces, reiteradamente aconteciendo, a pesar de que, paradójicamente, los propios Estados se han visto obligados a reconocer lo inviable que resulta apostar por una completa renacionalización de esas políticas, habida cuenta de su incapacidad para afrontar aisladamente un desafío que desborda sus recursos y que, previsiblemente, está llamado a perdurar o reiterarse en el tiempo. Mas, en todo caso, y en atención a lo indicado, el riesgo de fragmentación o ruptura del Sistema Europeo Común de Asilo se ha mantenido, hasta ahora, como una amenaza siempre al acecho.

Y ese riesgo se evidenció particularmente cuando la Unión adoptó iniciativas para promover la distribución del ingente número de solicitantes de asilo generado²⁵. Sin embargo, tales medidas, en buena medida, fracasaron,

²⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 11 de diciembre de 2024. https://europa.eu/newsroom/ecpc-failover/pdf/ip-24-6251_es.pdf,

²⁵ La idea de reubicar a los solicitantes de protección internacional responde a un “enfoque solidario” de la política migratoria común, el cual busca evitar que la presión de la gestión migratoria recaiga en los Estados de entrada, tránsito y destino final elegido. Este fue el desencadenante de una destacada propuesta de la Comisión, formulada, sin éxito, en 2016, que contemplaba el establecimiento de un registro común de demandantes y la fijación de un mecanismo permanente y automático de reparto de aquéllos, gestionado por la Agencia de Asilo de la Unión Europea, para garantizar una equitativa distribución de responsabilidades entre todos los Estados miembros. Cfr., Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo: “Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y el reforzamiento de las vías legales de llegada de personas a Europa”. Bruselas 06.04.2016 COM (2016) 197 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0197>

al revelarse muy desigual el reparto que finalmente se decidió, con Estados que acabaron acogiendo un volumen de refugiados desproporcionado en relación con otros, que prácticamente se negaron a hacerlo. De tal modo, como destaca VALLE GÁLVEZ, frente al cierre de fronteras decretado por algunos y el rechazo a asumirlos, o a aceptar un contingente más bien simbólico, por parte de otros, Alemania acabó admitiendo al mayor número de ellos²⁶: alrededor de 440.000, el 0.5% de su población, una vez que su Gobierno decidió suspender la aplicación del Reglamento Dublín III²⁷, que determinaba qué miembro de la Unión se había de responsabilizar de examinar las solicitudes de protección internacional presentadas por un nacional de un tercer Estado o apátrida. Otros, como Hungría, acogieron a 174.000 (el 1,8% de su población); Suecia a 156.000 (1,6%) y Austria a 88.000 (1%).

De tal modo, en palabras de ARANGO VILA-BELDA la llamada “crisis de los refugiados” ocasionó un cambio, no sólo demográfico, sino también cultural en los Estados que componen la Unión Europea, cuyos Gobiernos, habida cuenta del carácter repentino de la afluencia poblacional experimentada, apenas tuvieron tiempo de preparar a sus ciudadanos acerca de lo que acontecía, ni de adecuar sus sistemas de atención y acogida, los cuales se vieron, en muchos casos, desbordados²⁸. Tal hecho suscitó percepciones y respuestas, a menudo desfavorables, que difundían sentimientos de preocupación, miedo e inseguridad, hábilmente capitalizados por los partidos populistas de extrema derecha, cuyos índices de valoración y representación aumentaron rápida y significativamente. Así, como apuntan MARÍN y SPENA en los años sucesivos, se multiplicaron las protestas, abundando los ataques dialécticos contra la Unión Europea, al tiempo que se difundía la teoría conspirativa del “Gran Reemplazo”; los discursos de odio a través de las redes; y las agresiones extremistas contra los propios refugiados²⁹. Y todo ello en un marco de reafirmación identitaria de principios nacionalistas, de carácter excluyente, que contribuyeron decisivamente al claro aumento de la polarización política.

Así, por un lado, el efecto concreto, más inmediato, de la crisis de los refugiados y del ambiente que aquélla generó vino a evidenciarse en la salida del Reino Unido de la Unión Europea, en 2016. Esta decisión ciudadana, adoptada a través de referéndum, puso de manifiesto la relevancia que alcanzaron los debates acerca de la cuestión migratoria durante la campaña, a pesar de no ser dicho Estado miembro del área Schengen y no haber sido destinatario de un número de refugiados significativo, derivado de la crisis siria.

²⁶ DEL VALLE GÁLVEZ, A.: Los refugiados, las fronteras exteriores y la evolución del concepto de frontera internacional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 759-777 (p. 5).

²⁷ Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R0604>

²⁸ ARANGO, J., MAHÍA, R., MOYA, D. y SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.: El año de los refugiados. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2016, pp. 12-26 (p. 15).

²⁹ MARÍN, L. & SPENA, A.: The criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*. 18 (2), 2016, pp. 147-156 (p. 147).

La otra consecuencia política, no menos destacada y, sin duda, más perdurable, la supuso la adopción, en buena medida reactiva, del “enfoque securitario” que ha pasado a inspirar las nuevas políticas de la Unión en materia de control de fronteras, asilo e inmigración según HATTON³⁰ o MITSILEGAS, MORENO-LAX y VAVOULA³¹. Su manifestación primera se evidenció en el Acuerdo con Turquía, de 18 de marzo de 2016, “para la devolución de migrantes irregulares”. Dicha Declaración intergubernamental, de carácter informal y naturaleza meramente política y, por tanto, no jurídicamente vinculante³², prevé, a modo de “medida temporal y extraordinaria”, que, en adelante, todos cuantos arriben a las islas griegas procedentes de Turquía (sea cual sea su nacionalidad, incluso siendo sirios, iraquíes, paquistaníes o afganos, y, por tanto, potenciales solicitantes de asilo, cuyas peticiones sean consideradas infundadas o inadmisibles), además de los considerados “migrantes económicos”, serán indistintamente reputados “ilegales” y devueltos (expulsados, en realidad), por vía marítima, a Turquía, al considerarse a éste, ficticia y sorprendentemente, “Estado seguro”, a fin de así cumplir con las exigencias contenidas en la legislación de la Unión y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³³. A cambio, por cada retornado desde las islas griegas a Turquía la Unión se comprometió a reasentar en su territorio a otro sirio considerado “legal”, procedente de Turquía, otorgándosele prioridad a los que no hubieran entrado de forma irregular previamente en aquél y a los miembros de colectivos considerados vulnerables (mujeres y niños), conforme al llamado “esquema uno por uno”.

Dicho acuerdo, ajeno al Derecho de la Unión³⁴ frenó, con el concurso operativo de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (Frontex), las llegadas masivas de migrantes a través del Egeo. Una vez abierta esa vía, a él se sumaron, posteriormente, a modo de refuerzo, en relación con el área del Mediterráneo oriental, los pactos firmados por la Unión con Egipto y el Líbano. Asimismo, también lo hicieron, para neutralizar los desembarcos en Italia y así sellar la zona del Mediterráneo central, tanto

³⁰ HATTON, T. J.: Refugees and asylum seekers., the crisis in Europe and the future of policy. *Economic Policy*, 91, 2017, pp. 447-496 (p. 482). <https://doi.org/10.1093/epolic/eix009>

³¹ MITSILEGAS, V., MORENO-LAX, V. Y VAVOULA, N.: *Securitising asylum flows: deflection, criminalisation and challenges for human rights*. Leiden, Brill, 2020, p. 17.

³² El Tribunal General de la Unión Europea (Sala Primera), mediante tres autos, referidos a los asuntos acumulados T-192/16, T-193/16 y T-257/16, *NF, NG y NM v. Consejo Europeo*, se declaró incompetente para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE-Turquía, al indicar que aquella no deriva de ningún acto de institución alguna de la Unión, sino de los Estados que la componen, razón por la cual no considera que quepa efectuar el control de su adecuación a los Tratados. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf>. En similar sentido, se pronunció, resolviendo la apelación, mediante Auto, el propio órgano jurisdiccional, en los Asuntos acumulados C-208/17 P a C-210/17 P, *NF y otros v. Consejo Europeo*. ECLI: EU: C: 2018: 705. <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-208/17&language=en>

³³ Turquía acoge, en la actualidad, a 3,6 millones de refugiados procedentes fundamentalmente de Siria y Afganistán. <https://cordis.europa.eu/article/id/448746-shedding-light-on-turkiye-s-syrian-refugees/es>

³⁴ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo: “Nuevas medidas operativas de la Cooperación UE-Turquía en el ámbito de la migración”. Bruselas 16-3.2016, COM (2016) 166 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016DC0166>

el Memorándum de Entendimiento firmado con Túnez; como el acuerdo suscrito, de modo bilateral, por aquel Estado miembro con los bandos contendientes en la guerra civil libia y, posteriormente, con Albania. A su vez, con respecto a la zona del Mediterráneo occidental y el Atlántico, GABRIELLI³⁵ destaca que España, pionera en la promoción de este tipo de convenios, impulsó, con el respaldo de la Unión, una política análoga de contención, a través de los acuerdos con Marruecos, Mauritania, Senegal y Gambia, a fin de detener y desviar la migración magrebí y subsahariana. Son protocolos que vienen a representar, de forma muy criticable, dada su carencia de garantías básicas en materia de derechos humanos, un hito en la externalización de unos controles migratorios que debería realizar, por sí misma, la Unión. No en vano, suponen una delegación en el control de las fronteras y una renuncia a toda voluntad de asegurar rutas legales y seguras para quienes desean acceder al territorio europeo, con pleno respeto a su dignidad como personas.

Tales controles impiden a los potenciales refugiados apelar a su derecho a no ser devueltos a su país de origen o residencia, precisamente por no tener aún reconocida la condición de refugiados³⁶. De este modo, la Unión ha diseñado políticas para la gestión externa de las migraciones que implican el recurso a un diversificado complejo de instrumentos políticos, jurídicos y financieros, de carácter informal (*“soft law”*), en el ámbito de la relación con terceros países, que efectivamente detienen o, más bien, alejan la presión migratoria, si bien a costa de poner en tela de juicio la aplicación racional de los principios inspiradores de la cooperación, incluidos en los Tratados (art. 218 TFUE).

No en vano, son acuerdos que eluden cualquier forma de control judicial, no satisfaciendo, además, los estándares de protección de los derechos que se expresan en la Carta. El resultado, según CARRERA³⁷, no ha sido otro que socavar la legitimidad de la Unión en un ámbito especialmente sensible, en el que aquélla se juega su pervivencia y reconocimiento como auténtica *“Comunidad de Derecho”*. De ese modo, la política promovida en la materia, expresiva de una deriva renacionalizadora evidente, ha tensionado, cuando no desbaratado, la incipiente política migratoria común, auspiciada por las instituciones europeas, reorientándola, fundamentalmente, al cierre de las fronteras y a la expulsión (con exigencia de retorno y readmisión), no sólo de los *“falsos refugiados”* (esto es, de los migrantes económicos que usan esa vía, al impedirseles acceder regular-

³⁵ GABRIELLI, L.: La externalización europea del control migratorio: ¿la acción española como modelo?, en *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2017, pp. 126-152 (p. 134).

³⁶ ABRISKETA URIARTE, 2017: 153

³⁷ CARRERA, S., DEN HERTOOG, L. AND STEFAN, M.: The EU-Turkey Deal: reversing ‘Lisbonisation’ in EU migration and asylum policies. En Carrera, S., Santos Vara, J., Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar publishing, 2019, pp. 155-173 (p. 172).

mente), sino, también, en palabras de NICOLISI³⁸ o GARCÍA ANDRADE³⁹, de los potenciales solicitantes de asilo y protección subsidiaria, privados así del ejercicio de un derecho humano reconocido por la Convención de Ginebra y por los propios Tratados constitutivos de la Unión. De tal forma, se viene a afianzar una insolidaria política de seguridad, forjada en interés exclusivo de aquellos Estados miembros que se consideran amenazados, de muy diferentes formas, por el incremento de los flujos migratorios, con independencia de que sea política o económica la motivación que los aliente.

A lo indicado han de sumarse las propuestas, proyectadas o ejecutadas por algunos Estados miembros, como Dinamarca o Italia, tendentes a crear centros de internamiento y deportación en países situados en Europa, pero fuera de la Unión, tal que Albania; o, llegado el caso, en el continente africano, como Ruanda, en los que confinar a los demandantes de asilo rechazados y, por tanto, en situación irregular, pendientes de repatriación; o a los que se hallan en espera de la tramitación de su solicitud, tras su llegada masiva, a fin de someterlos a un procedimiento acelerado que permita su pronta expulsión. Además, se trata de personas en relación con las cuales no es, a menudo, factible proceder a su devolución a su país de origen o residencia, al encontrarse la mayoría indocumentadas o no existir acuerdo con aquéllos para su readmisión, lo que alarga indefinidamente su estancia y la situación de precariedad y desamparo que padecen.

En el caso italiano, la intención del Gobierno de ese país ha sido destinar, primeramente, a tales centros a los migrantes interceptados y rescatados en el mar por naves de su pabellón. Más como un juez debe autorizar los traslados al centro de internamiento situado fuera del territorio de la Unión y verificar si proceden de Estados, considerados “seguros”, esto es, de países en donde se respetan los derechos humanos, lo que hará que sus peticiones sean presumiblemente rechazadas, las posibilidades de someterlos a ese expediente rápido de gestión del asilo se han reducido significativamente⁴⁰. El “modelo Albania”, considerado con interés por

³⁸ NICOLISI, S.: “Going unnoticed? Diagnosing the right to asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union”. *European Law Journal*, 23, 1-2, 2017, pp. 94-117 (p. 94).

³⁹ GARCÍA ANDRADE, P.: EU external competences in the field of migration: how to act externally when thinking internally. *Common Market Law Review*, 55, 2018, pp. 157-200 (p. 198).

⁴⁰ La STJUE de 4 de octubre de 2024 (Gran Sala), referida al asunto C-406/22, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Regional de Brno, República Checa, referida al procedimiento que enfrenta a CV v. el Departamento de Política de Asilo y Migración del Ministerio del Interior de la República Checa. ECLI: EU: C: 2024: 841, conforme a la interpretación hecha del art. 37, en relación con el Anexo I de la Directiva 2013/32, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, viene a reducir a siete, en relación con los veintidós iniciales, el número de “Estados seguros” de procedencia de los migrantes, a los efectos de la aplicación en Italia del procedimiento correspondiente. Y así lo dispone la Sentencia al oponerse a que un tercer país pueda ser designado país de origen seguro cuando determinadas partes de su territorio no cumplan los criterios materiales para tal designación. De este modo, sólo los nacionales de los Estados que se hallan en esa reducida lista podrán ser sometidos al expeditivo procedimiento fronterizo de gestión del asilo (art. 43 de la Directiva), al presumirse que sus solicitudes serán rechazadas por inadmisibles conforme al art. 33.1 c) de la Directiva. Mas lo cierto es que

la Comisión Europea, a fin de promover su extensión, mediante una modificación de la Directiva de Retorno⁴¹, se ha revelado, así, un experimento fallido, o más bien, prematuro, dadas las restricciones que la legislación y la jurisprudencia han interpuesto, al dificultar la selección de los migrantes que cumplen con los requisitos que permiten su remisión a tales centros. No obstante, presagia un inquietante futuro, basado en la externalización de unos controles que presentan un claro sesgo a favor del rechazo y la expulsión; con la privación de derechos y la ausencia de garantías que aquellas actuaciones comportan.

De acuerdo con esa misma lógica, el Fondo Fiduciario de Emergencia de la Unión Europea para África⁴², con el concurso del Fondo de Asilo, Migración e Integración⁴³, lejos de primar la ayuda al desarrollo, han sido impulsados para enviar fondos a los gobiernos de los países de ese continente, a fin de que se vean incentivados para frenar o detener flujos migratorios significativos de personas que desean llegar al territorio de la Unión a través de aquéllos. Este hecho genera una dinámica perversa ya que incita a tales Estados a abrir o cerrar sus puertas de salida a los migrantes que anhelan llegar a Europa para solicitar asilo y refugio, o encontrar una oportunidad de trabajo, a cambio siempre de una contraprestación de carácter económico. El cuestionable éxito de esta política de seguridad, según GÓMEZ ARANA⁴⁴ se ha traducido en una reducción ostensible de las llegadas irregulares en más de un 90%⁴⁵, si bien a costa de vulnerar sistemáticamente los derechos de los migrantes, a los que se impide arribar y solicitar, en su caso, protección internacional en el territorio de la Unión.

los que llegan a Italia, habitualmente tras desembarcar o ser rescatados en el mar, proceden de Estados no seguros, por lo que, o se someten al procedimiento ordinario (arts. 31 y ss. de la Directiva), o lo hacen al fronterizo, si bien “alojados en condiciones normales en las proximidades de la frontera o de la zona de tránsito”, a fin de ver reconocida, tras una tramitación no acelerada, la protección internacional que con justeza reclaman. De este modo, se frustra, en buena medida, la posibilidad de trasladarlos a los dos centros de internamiento y deportación habilitados por Italia en Albania.

⁴¹ Directiva 2008/115, CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*. DOUE L 348/98. 24.12.2008. <https://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>

⁴² Acerca de este Fondo <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/eu-trust-fund-africa/>

⁴³ Creado por el Reglamento (UE) 2021/1147, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2021. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32021R1147>

⁴⁴ GÓMEZ ARANA, A. & MCARDLE, S.: *The EU and the migration crisis: reinforcing a security-based approach to migration?*, en AA.VV. *Constitutionalising the external dimensions of EU migration policies in times of crisis. Legality, rule of law and fundamental rights reconsidered* (Eds. CARRERA, S., SANTOS VARA, J. y STRIK, T.), Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, Edward Elgar publishing, 2019, pp. 272-289 (p. 280).

⁴⁵ Según EUROSTAT, en 2023 se registraron 385.445 migrantes en situación irregular, muy lejos de los casi 2 millones de 2015, en plena crisis de los refugiados. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/migration-2023>

Ciertamente, como apunta REQUENA DE LA TORRE⁴⁶ la gestión de los flujos migratorios no debe conllevar la adopción de políticas incompatibles con los derechos de la persona⁴⁷. En este sentido, la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo nº 4 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos constituye un límite claro a las competencias asumidas por los Estados, que, además, son frontera exterior de la Unión, a la hora de determinar, en ciertos supuestos, conforme a su legislación interna, la expulsión de extranjeros. Así, las denominadas “devoluciones en caliente” o “expres” han de considerarse contrarias al Convenio, al no ser sino una modalidad de las expulsiones colectivas que dicho tratado internacional abiertamente rechaza. Tal determinación, fundada en una constante jurisprudencia según SOLER GARCÍA⁴⁸, fue, sin embargo, matizada por medio de una polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo, por medio de la cual su Gran Sala vino a indicar, precisamente a instancias de España, que cuando los migrantes, disponiendo de vías legales para solicitar la entrada regular en un Estado miembro, a fin de solicitar protección internacional en aquél, las eluden, optando por utilizar procedimientos considerados ilegales, basados en el engaño o la fuerza, se exponen legítimamente al arresto y la expulsión o devolución inmediata y forzosa, sin que tenga por qué incoarse un procedimiento que individualice las circunstancias personales de cada uno de los afectados. Subraya PIZZOLO⁴⁹ que, en razón a ello, esto es, como “consecuencia de la propia conducta de los solicitantes”, el Tribunal sostiene que no hay por qué permitirles el beneficio de la asistencia letrada o médica⁵⁰, ni garantizar el derecho a un recurso judicial efectivo (art. 13, en relación con el art. 3 CEDH).

Mas esta polémica resolución judicial omitía toda referencia a las limitaciones que afectan al *ámbito de aplicación del Sistema Europeo Común de Asilo*, que solo contempla aquellas solicitudes presentadas en territorio europeo, conforme ha venido disponiendo el art. 3.1 de la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013 y, una vez que cobre vigencia, en 2026, establece el art. 2 del Reglamento 2024/1348, de 14 de mayo de 2024, que añade a aquéllas las realizadas en la frontera exterior, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros; restricción ésta que dificulta extraordinariamente el acceso a la deseada protección internacional a aquéllas personas que, huyendo de la situación en la que se encuentran en sus países de origen o residencia, o temiendo por su vida o

⁴⁶ REQUENA DE LA TORRE, M^a. D.: *Un estatuto de derechos para los solicitantes de protección internacional*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2024, p. 138.

⁴⁷ La STJUE referida al asunto C-233/18 \$ 46, de 12 de noviembre de 2019, asunto *Zubair Haqbin v. Federaal Agentshaap voor de opvang van Asielzoekers*, ECLI:EU:C:2019:956 enumera los derechos considerados básicos que han de ser garantizados a todo solicitante de protección internacional.

⁴⁸ SOLER GARCÍA, C.: La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”. *Revista General de Derecho Europeo*, 45, 2018, pp. 107-160 (p. 158).

⁴⁹ PIZZOLO, C.: El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo. *Integración Regional & Derechos Humanos*, 2, 2019, pp. 40-89 (p. 86).

⁵⁰ STEDH Gran Sala. Asunto *N.D. y N.T. v. España* (Demandas nºs. 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020. <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22%3A%22001-201353%22%7D>)

sufrir un daño grave para su integridad, de mantenerse en aquéllos, han de obtener, a tal fin, previamente, el necesario visado de entrada. Y dado que su obtención requiere la satisfacción de condiciones prácticamente imposibles de asumir, al hallarse la mayoría de los Estados de los que proceden expresamente incluidos en una suerte de “lista negra”, a esos efectos expresada en el Reglamento 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, se imposibilita a sus ciudadanos su adquisición, impidiéndoles acercarse a las fronteras exteriores de la Unión para solicitar, en su caso, la protección que requieren, como apunta SÁNCHEZ LEGIDO⁵¹. Por ello, las posibilidades de que los interesados recurran a vías legales y seguras de entrada se tornan prácticamente inexistentes. Eso explica que se vean impelidos a utilizar formas ilícitas de ingreso en el territorio europeo, que no hacen sino alimentar la tan denostada migración irregular, con los efectos perniciosos que la misma implica para la conservación de su dignidad como personas.

A fin de corregir tan lamentable situación se considera urgente que las instituciones europeas procedan al reconocimiento del llamado “visado humanitario”, el cual abriría la posibilidad de establecer vías legales y seguras de entrada a los migrantes que deseen presentar una solicitud de protección internacional en el territorio de la Unión. Ya en 2017 el Tribunal de Justicia instó a ello, tras denunciar el vacío legal existente⁵². De tal modo, si nos atenemos a la propuesta hecha por el Parlamento Europeo, la solicitud de visado humanitario para entrar en el territorio de la Unión debería presentarla directamente el nacional de un país tercero o apátrida que aspire a obtener subsiguientemente la protección internacional de la Unión Europea. Dicha solicitud se cursaría por vía electrónica o por escrito, en cualquier consulado o embajada de los Estados miembros, describiendo los motivos por los que el interesado dice sufrir persecución o la amenaza de padecer daños graves para su integridad. Asimismo, la petición habría de acompañarse de una entrevista que acreditara el carácter consistente y fundado de su demanda. Finalmente, la respuesta a la solicitud, personalizada y por escrito, debería emitirse, debidamente motivada, en un plazo de quince días, para hacer así posible su impugnación, a través del recurso habilitado al efecto, en caso de ser denegada, según BOLLO AROCENA⁵³.

De adoptarse la propuesta de Visado Humanitario Europeo⁵⁴, la cual daría lugar a la obtención de un permiso territorial limitado para entrar

⁵¹ SÁNCHEZ LEGIDO, A.: El arriesgado acceso a la protección internacional en la Europa fortaleza: la batalla por el visado humanitario europeo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 57, 2017, pp. 433-472 (p. 452).

⁵² Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 7 de marzo de 2017, C-638/16 PPU, asunto X y X v. Bélgica. EU:C:2017:93. ECLI:EU:C:2017:173

⁵³ BOLLO AROCENA, M^a. D.: Fronteras exteriores, inmigración y refugio. La frustrante búsqueda de formas legales de acceso a Europa en el Derecho de la Unión: el incierto futuro del Visado Humanitario Europeo y del Marco Europeo de Reasentamiento”. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 60, 2019, pp. 219-264 (p. 263).

⁵⁴ Informe de 4.12.2018 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios (2018/2271(INL)). Comisión de Libertades, Justicia y Asuntos de Interior (iniciativa. Art. 46 del Reglamento interno del Parlamento Europeo). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0423_ES.html

en el Estado miembro que lo expidiera, en orden a solicitar asilo o protección subsidiaria, los beneficios que tal medida depararía serían muy considerables. No en vano, contribuiría decisivamente a la reducción del contingente de migrantes irregulares existente. El visado humanitario establecería así un cauce adecuado, seguro y legal, para hacer posible, a sus legítimos aspirantes, su acogida al procedimiento común previsto para requerir la concesión de la deseada protección internacional. Con ello, según SCUTO⁵⁵, se evitaría el sometimiento de los solicitantes, como hasta ahora viene ocurriendo, a las más diversas formas de tráfico ilegal y explotación, por parte de las redes o mafias al efecto operantes, con el riesgo evidente para sus vidas e integridad física que ello supone. Pero, lamentablemente, estamos ante una propuesta que sigue pendiente de aprobación, dadas las resistencias que ofrece el Consejo a la hora de asumirla.

En tanto en cuanto, la Unión persiste en el mantenimiento de las vías e instrumentos de contención y rechazo de los migrantes irregulares bien conocidas, las cuales forman parte, como se ha indicado, de una política de seguridad, que no de una auténtica, racional y humanitaria política migratoria común. De tal modo, es muy de lamentar que, durante estos últimos años, el único consenso claro se haya alcanzado en torno a la necesidad de reforzar, a corto plazo, el sellado de las fronteras exteriores, tratando de frenar, a toda costa, la migración irregular, hasta el punto de llegar sancionar a quienes ayuden o asistan a quienes la protagonizan, incluso desde una lógica estrictamente humanitaria⁵⁶, lo que ha llevado a tipificarla penalmente en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros⁵⁷. Como si aquella no fuera el resultado de los impedimentos legales establecidos para dificultar el desarrollo de la de carácter regular; o tuviera siempre, que no en situaciones extraordinarias de crisis, un carácter habitualmente masivo y descontrolado⁵⁸.

⁵⁵ SCUTO, F.: *Inmigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di Strasburgo*, en AA.VV., *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos* (dir. por PORRAS RAMÍREZ, J. M^a.), Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 443-464 (p. 455).

⁵⁶ Así, originariamente, vid., la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a *definir la ayuda a la entrada, a la circulación y la estancia irregulares*. OJ L 328 de 05/12/2002, p. 0017-1118; y su contraste con su propuesta reforzadamente “securitaria” de reforma, que trae causa de la Comunicación de la Comisión de 1/10/2024, actualmente en proceso de tramitación legislativa. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC1001\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC1001(01)&from=EN).

⁵⁷ Cfr., en Italia, la Ley N° 94 de 15 de julio de 2009 (Legge 15/07/2009, n° 94, Gazzetta Ufficiale di 24 luglio 2009, n. 170: “*il pacchetto sicurezza e immigrazione*”), que castiga penalmente a los inmigrantes clandestinos e irregulares, creando la figura de la “*persona ilegal*”, ha propiciado, por primera vez, desde la promulgación de las leyes raciales de Mussolini de 1938, la posibilidad de desarrollar una “política de exclusión” en relación a determinadas personas, en razón a su pertenencia a un determinado colectivo execrado.

⁵⁸ PORRAS RAMÍREZ, J. M^a.: *El reto de construir una política migratoria común en la Unión Europea*. *La Ley. Unión Europea*, 82, 2020, pp. 1-32 (p. 20).

III. VALORACIÓN DEL NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA

Así, implicando un paso más en la política de “securitización de los flujos migratorios”, el Parlamento Europeo y el Consejo alcanzaron un acuerdo para aprobar, en la primavera de 2024, los diferentes actos legislativos que componen el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. De tal modo, asumieron, si bien introduciendo relevantes correcciones, la propuesta realizada por la Comisión, en diciembre 2020⁵⁹, la cual implica la apertura de la llamada “tercera fase del SECA”⁶⁰. Dicho Pacto, expresivo de un enfoque de conjunto o integral (“package approach”), se liga a la reforma de la normativa Schengen. Y se plasma como ya apuntamos en un amplio conjunto de disposiciones, unas de nuevo cuño, y otras parcialmente modificadas, que redundan en controles más intensos y efectivos, destinados a la contención y el rechazo de quienes no son considerados merecedores de entrar o permanecer legalmente en el territorio de la Unión⁶¹.

Sin pretender efectuar un análisis detenido de las principales normas que componen el Pacto, cabe ahora referirse, sucintamente, al alcance y valoración que merecen sus aportaciones más significativas.

A) Quizá las más sobresaliente sea aquella por la que se establece un cribado (“screening”) ⁶², a fin de reforzar la contención y el control en frontera de los migrantes que, pese a las medidas de vigilancia aplicadas, hayan realizado un cruce no autorizado, sin cumplir las condiciones de entrada previstas; hayan sido aprehendidos al traspasar esa divisoria; hayan solicitado protección internacional durante su inspección en un paso fronterizo; hayan desembarcado tras un registro y operación de salvamento; o se encuentren ilegalmente en el territorio de los Estados miembros, no existiendo indicios de que hayan sido sometidos a controles en las fronteras exteriores de la Unión.

Así, se prevé que a esas personas se las someta a un registro e identificación, a una clasificación o triaje, a fin de verificar si constituyen un peligro para la seguridad interior de la Unión, en cuyo caso serán derivadas a un acelerado procedimiento de retorno, devolución o expulsión. O si, por el contrario, merecen acceder al territorio de la Unión, en tanto que

⁵⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al *nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*. COM/2020/609 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609>

⁶⁰ La primera fase legislativa del Sistema Europeo Común de Asilo se extendió entre 2000 y 2006; y la segunda entre 2007 y 2014.

⁶¹ PORRAS RAMÍREZ, J. M^a.: La gestión integral de la migración y las fronteras como prioridad estratégica de la Unión Europea: o cuando una solidaridad “a la carta” se pone al servicio de la seguridad. *Revista de las Cortes Generales*, 119, 2025, pp. 199-228 (p. 203).

⁶² Reglamento (UE) 2024/1356 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se introduce el triaje de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 y (UE) 2019/817. *DO L*, 2024/1356, 22.5.2024. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401356

fidedignos solicitantes de protección internacional. Se normaliza así, en palabras de FERNÁNDEZ ROJO⁶³ un “modus operandi”, ensayado, ya, con la creación, pretendidamente extraordinaria, como medida de emergencia ante “retos migratorios desproporcionados”, de los llamados “puntos críticos” (“hotspots”) en Grecia e Italia, en 2016. Estamos, pues, en presencia de un mecanismo de filtro y descarga del sistema de asilo, que busca apartar de aquél a quienes no ameritan la acogida de la Unión, dada su condición de falsos refugiados, esto es, de migrantes económicos; e impedir, de tal modo, su ingreso o permanencia, haciendo posible su, deseablemente, pronto retorno.

Dicho procedimiento previo, tramitado con gran celeridad, genera indefensión, al provocar resoluciones de expulsión irreparables, dado que no se ha previsto la posibilidad de ejercitar el derecho a un recurso efectivo. Además esto para CASSARINO y MARÍN⁶⁴ plantea el problema del lugar donde se realizará el triaje, al no aclararse si se efectuará en el territorio de la Unión o fuera de aquél, lo que vulnera el Convenio Europeo de los Derechos Humanos⁶⁵. Además, comporta un riesgo excesivo a que se recurra a la detención y el internamiento mientras transcurre su realización, tal y como resulta de la experiencia acumulada, por la aplicación hecha por parte de los Estados miembros de la Directiva de Retorno⁶⁶. Y todo ello, nuevamente, sin permitir control judicial alguno.

A ello cabe añadir que se trata de un procedimiento cuya carga se traslada a los, habitualmente desasistidos, Estados constituidos en frontera exterior de la Unión. Y, lo que es peor, subraya ABRISKETA URIARTE⁶⁷, un procedimiento a lo largo del cual no se aprecia atisbo alguno de aplicación de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades; ni, tampoco, previsión de actuaciones humanitarias, garantes de los derechos que merecen quienes lo sufren, en atención a su desamparo y especial vulnerabilidad⁶⁸. Tan solo busca incrementar la seguridad fronteriza de la Unión, atribuyendo a los Estados de primera línea la obligación de actuar como eficaz antemuro de unos flujos migratorios, prejuzgados como mayoritariamente indeseables, en tanto que amenaza para la cohesión social, la estabilidad política y la identidad cultural europea.

⁶³ FERNÁNDEZ ROJO, D.: *Los hotspots: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas FRONTEX, EASO y EUROPOL*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, pp. 1013-1056 (p. 1024).

⁶⁴ CASSARINO, J.P. y MARÍN, L.: The Pact on Migration and Asylum: turning the European territory into a non-territory, *European Journal of Migration and Law*, 24 (1), 2022, pp. 1-26 (p. 21).

⁶⁵ STEDH de 14 de diciembre de 2020, n.ºs. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, *asunto M.K. y otros v. Polonia*.

⁶⁶ STJUE de 14 de mayo de 2020, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, asuntos acumulados *FMS y otros v. Országos*. ECLI:EU:C:2020:367

⁶⁷ ABRISKETA URIARTE, J.: The European Pact on Migration and Asylum: border containment and frontline States. *European Journal of Migration and Law*, 24 (4), 2022, pp. 463-488.

⁶⁸ Claramente subrayada en las STEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *asunto M.S.S. v. Bélgica*, n.º 30696/09; y de 4 de noviembre de 2014, *asunto Tarakhel v. Suiza*, n.º 29217/12.

B) A su vez, otra aportación significativa del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo consiste en la reforma del sistema de Dactiloscopia Europea (EURODAC)⁶⁹, que convierte a la base europea común de comparación de datos biométricos, destinada a la identificación de las personas migrantes, en un medio para alcanzar objetivos que desbordan ampliamente la finalidad concreta que justificó su creación⁷⁰. Esta no fue otra, según VIGURI CORDERO⁷¹ que contribuir a la determinación del Estado miembro responsable de examinar cada solicitud de protección internacional. De tal modo, la nueva norma, sustitutiva de su predecesora, se orienta, no sólo a la consecución de esa meta, o a la de hacer posible la detección de “movimientos secundarios”, evitando así la reiteración de solicitudes de protección (“asylum shopping”); sino, también, muy destacadamente, al desarrollo de cometidos ligados a la seguridad y el cierre de fronteras. Por ello, demostrando su potencial como Tecnología de la Información (TI), amplía las categorías de personas cuyos datos deben ser contrastados para identificar a los migrantes irregulares que se consideran merecedores de expulsión; e incluye a aquellos sujetos, considerados peligrosos, cuya entrada al territorio de la Unión se entiende que debe ser rechazada.

De tal modo, los datos, verdaderamente exhaustivos, requeridos al solicitante de protección internacional, que se recabarán si supera los seis años, y no los catorce, como disponía la norma previa, obedecen al propósito de efectuar controles más intrusivos, derivados de una ficha del migrante que revele su potencial peligrosidad para la seguridad interior de la Unión, al someterse al preceptivo control de entrada. Ello, para GARCÍA MAHAMUT y VIGURI CORDERO suscita el riesgo de que facilite la elaboración de perfiles raciales, que lleven a incurrir en abusos, lesivos de los derechos y libertades fundamentales⁷².

Además, respecto al tratamiento de datos en EURODAC, la cuestionable asimilación de los solicitantes de protección internacional a los migrantes irregulares motiva que la conservación y almacenamiento de tales datos vea ampliada su duración. De ese modo, el procedimiento de comparación y transmisión de datos con fines policiales adquiere un protagonismo muy notable. EURODAC se transforma así en un sistema que se pone fundamentalmente al servicio del control y rechazo de la inmigración irregular, a fin de garantizar el mantenimiento del orden público interno, contribuyendo decisivamente a la prevención y eliminación de cuanto

⁶⁹ Reglamento 2024/1358, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la creación del sistema EURODAC para la comparación de datos biométricos. OJ L 2024/1358. 22.5.2024. <https://www.boe.es/doue/2024/1358/L00001-00069.pdf>

⁷⁰ Reglamento 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema EURODAC para la comparación de las impresiones dactilares.

⁷¹ VIGURI CORDERO, J.: *Seguridad y protección de datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 32.

⁷² GARCÍA MAHAMUT, M^a. R. y VIGURI CORDERO, J.: La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el nuevo Sistema Europeo Común de Asilo: grandes desafíos y graves deficiencias. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 2019, pp. 237-270 (p. 237).

pueda perturbarlo. Y dado que la migración es percibida con desconfianza, siendo objeto preferente de contención, más que de canalización segura y ordenada, su encuadramiento en la nueva arquitectura normativa de la Unión no puede sino ser considerada coherente, a pesar del rechazo que ese enfoque nos suscita desde la perspectiva que anima la protección y garantía de los derechos humanos.

C) Por su parte, en lo que a la gestión del asilo y la migración se refiere⁷³, se han de criticar las escasas novedades que incorpora el Pacto en relación con la polémica cuestión referida a la codificación de los criterios de determinación del Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de protección internacional. Ello ha supuesto, como subraya CANO LINARES, descartar la ambiciosa propuesta de reforma que promovía el establecimiento de un registro común de peticiones para disponer, así, de un mecanismo de reparto y reubicación automático, gestionado por la Agencia de Asilo de la Unión, a fin de garantizar una justa distribución de responsabilidades y obligaciones entre los Estados miembros⁷⁴. Por el contrario, se ha optado por confirmar el traslado, por defecto, de la competencia de evaluación, a modo de “regla de cierre del sistema”, al primer Estado miembro en el que la solicitud haya sido presentada, que suele ser un Estado de primera línea, el cual habrá de seguir encargándose de una gestión que, a menudo, desborda sus recursos y capacidades.

Para compensar esa renuncia se dispone un mecanismo de solidaridad “a la carta”, de incierta aplicación, al que, a pesar de atribuírsele un carácter obligatorio, conlleva medidas a aplicar por parte de los Estados miembros, las cuales se consideran, no obstante, “de igual valor”, al facultarse su empleo alternativo. Así, a los Estados denominados “contribuyentes”, se les requiere, fiándolo a su libre elección, para que participen en los procedimientos de reubicación; realicen contribuciones financieras destinadas a reforzar las capacidades de los Estados “beneficiarios”, esto es, de aquéllos sometidos a una intensa presión migratoria; patrocinen el retorno de los migrantes en situación irregular; promuevan y allanen las readmisiones en Estados terceros; o colaboren con los Estados responsables mediante cualquier otra forma considerada idónea. Con ello, como afirman MARTÍNEZ ALARCÓN⁷⁵ o ARENAS HIDALGO⁷⁶, la Unión parece ha-

⁷³ Reglamento (UE) 2024/1351, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, que deroga el Reglamento (UE) 604/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, que establece el Sistema Dublín III. DO L 2014/1351, 22.5.2024 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1351>

⁷⁴ CANO LINARES, M^a A.: Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 41, 2016, pp. 219-234 (p. 209).

⁷⁵ MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a. L.: Sistema Europeo Común de Asilo y solidaridad en el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, en VVAA. *La Constitución como forma de la democracia. Libro homenaje a Paloma Biglino*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2024, pp. 481-497 (p. 495).

⁷⁶ ARENAS HIDALGO, N.: *Solidaridad para la acogida. La reubicación y el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad en la política europea de asilo*, Madrid, Aranzadi, 2025, p. 178.

ber llegado a la tan realista como decepcionante conclusión de que no es posible acordar un mecanismo automático y obligatorio de reubicación que dé respuesta a las demandas de los países que se erigen en frontera exterior de la Unión, lo que pone en entredicho el principio de solidaridad europea.

D) La pretensión de uniformizar y agilizar el procedimiento de tramitación de las solicitudes de protección internacional se ve, también, condicionada por el claro sesgo securitario que inspira al Pacto. Así, para MORENO-LAX⁷⁷ se busca, por un lado, someter a una evaluación rápida las peticiones, a fin de demostrar su carácter fundado, o no; y en caso de inadmisibilidad o desestimación, propiciar el retorno inmediato de los rechazados. Y, por otro, inadmitir la presentación de sucesivas y análogas solicitudes, desincentivando así los llamados movimientos secundarios⁷⁸, al facilitar el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones negativas de asilo.

De todos modos, la principal novedad destacable consiste en la creación de un polémico y expeditivo “procedimiento fronterizo de asilo”, el cual asume el prejuicio según el cual la mayoría de quienes llegan a las fronteras de la Unión son, en realidad, migrantes económicos y no auténticos refugiados, necesitados de protección, por lo que se les debe impedir, a toda costa, el acceso a aquélla. Dicho procedimiento se inicia tras el cribado y triaje de entrada, siempre que el solicitante no haya sido autorizado a entrar en el territorio de la Unión, al no cumplir las condiciones exigidas. La intención no es otra que evaluar con la mayor celeridad posible, en las fronteras exteriores de la Unión, la petición de protección realizada y emitir, en su caso, una decisión de devolución, la cual podrá ser recurrida, aunque con limitaciones, dándose, tras ello, inicio a un procedimiento de retorno durante el cual la persona afectada residirá en un centro de internamiento ubicado en la frontera exterior.

SOLER GARCÍA⁷⁹ afirma que, con vistas a hacer efectivo el retorno de los migrantes rechazados o de aquéllos a quienes se haya retirado la protección internacional, la Comisión se compromete a elaborar y revisar periódicamente una lista de “terceros Estados seguros” que, a su juicio, cumplen las condiciones exigidas para recibir a los expulsados, sin menoscabo de lo preceptuado en los convenios internacionales.

⁷⁷ MORENO-LAX, V. La (des)confianza mutua en el sistema europeo común de asilo: la excepcionalización de los derechos fundamentales, en AA.VV. *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa* (coord. por ABRISTEKA URIARTE, J.) Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 191-222 (p. 211).

⁷⁸ Reglamento (UE) 2024/1348, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. DO L 2024/1348. 22.5.2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32024R1348>

⁷⁹ SOLER GARCÍA, C.: La noción de país seguro ¿es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 2020, pp. 559-600 (p. 66).

Afortunadamente, habida cuenta de la abundante lista de afectaciones lesivas de los derechos observadas hasta el presente, la doctrina, tanto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vienen a limitar la generosidad con la que el Ejecutivo de la Unión se muestra dispuesto a reconocer esa polémica condición a Estados que dudosamente observan las garantías requeridas⁸⁰.

E) Y, finalmente, conviene referirse al apreciable cambio de perspectiva introducido por el Pacto sobre Migración y Asilo para afrontar las situaciones consideradas de “crisis y fuerza mayor”⁸¹. Se viene, así, a poner el foco en las necesidades sobrevenidas de los Estados miembros, que no en el de las personas solicitantes de protección, afectadas por circunstancias extraordinarias. De este modo, se hace hincapié en que tales acontecimientos inusitados comprometen la capacidad de aquéllos para gestionar la contención y el rechazo; hecho este que parece preocupar más que brindar amparo de quienes piden ser acogidos en el territorio de la Unión en situaciones excepcionales que se pasan a definir como de crisis y fuerza mayor. Se pretende así proporcionar respuesta a afluencias masivas, de las que pueda resultar el colapso del sistema de asilo; crisis que pueden ser provocadas, como variante novedosa, como consecuencia de la instrumentalización realizada de la migración, en el marco de “estrategias híbridas”, con propósitos desestabilizadores, según CASSARINO⁸². A su vez, se apela al redundante concepto de fuerza mayor, que se vincula a circunstancias anormales e imprevisibles, y, por tanto, sobrevenidas, tales como catástrofes naturales o pandemias. Ambas situaciones, puestas de manifiesto por parte de los Estados afectados a la Comisión, permitirán, para ARENAS HIDALGO⁸³, más que la reclamación de las consabidas medidas de solidaridad y apoyo, “a la carta”, la activación de excepciones a las normas sobre el procedimiento y la gestión del asilo, que precarizan y debilitan las garantías que acompañan a dicho procedimiento, ya de por sí entreverado de restricciones para sus solicitantes. Se comprueba, de tal modo, una vez más, como el enfoque securitario, con el fin que ob-

⁸⁰ STJUE de 4 de octubre de 2024 (Gran Sala), referida al asunto C-406/22, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Regional de Brno, República Checa, referida al procedimiento que enfrenta a CV v. el Departamento de Política de Asilo y Migración del Ministerio del Interior de la República Checa. ECLI: EU: C: 2024: 841.

⁸¹ Reglamento (UE) 2024/1359, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y del asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147. DO L 2024/1359. 22.5.2024. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ%3AL_202401359

⁸² CASSARINO, J.P.: An Unsettling-Dejà vu. The May 2021 Ceuta events. *European Papers. A Journal on Law and Integration*, 7 (1), 2022, pp. 79-85.

⁸³ ARENAS HIDALGO, N.: La primera activación de la Directiva 2001/55/EC. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 44, 2022, p. 30. Disponible en: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaPrimeraActivacionDeLaDirectiva-200155CEntreLosLi-8783255.pdf>

sesivamente lo orienta al cierre de fronteras, se impone a toda exigencia individualizada de acogida, guiada por la voluntad de asegurar la dignidad de los más vulnerables.

IV. CONCLUSIONES

La mayoría de las personas que llegan a Europa lo hacen por motivos laborales o familiares. Y tan solo una pequeña fracción de ellas accede a la Unión de forma irregular, al no permitírseles o no disponer de otra opción de ingreso. La búsqueda de protección internacional, en cualquiera de sus formas, es otro de los motivos por el que las personas desean ser admitidas en el territorio de la Unión. Esta depende, crecientemente, de la inmigración para sostener su población activa, a fin de atender las necesidades de un mercado laboral propio, claramente insuficiente. A tal fin, precisa afrontar la construcción de un relato positivo acerca de la inmigración, que exige un debate público del que, hoy, se carece, mediante el que se conciencie a la población acerca de cómo gestionar adecuadamente un fenómeno social, en modo alguno coyuntural, generador de beneficios, tanto para quienes llegan como para quienes acogen. Dicha narrativa debería servir de aliciente para la creación de vías de migración regular, legales, ordenadas y seguras. Sin embargo, la ausencia de ese debate público ha alimentado planteamientos populistas y xenófobos, por medio de los cuales se demoniza e instrumentaliza la migración, la cual es mostrada como una amenaza, en tanto que competencia desleal que restringe oportunidades a los nacionales. La llamada “crisis de los refugiados” ocasionó un cambio, no sólo demográfico, sino también cultural en los Estados que componen la Unión Europea. Su consecuencia más perdurable la supuso la adopción, en buena medida reactiva, del “enfoque securitario” que ha pasado a inspirar las nuevas políticas de la Unión en materia de control de fronteras, asilo e inmigración. De tal forma, se viene a afianzar una insolidaria política de seguridad, forjada en interés exclusivo de aquellos Estados miembros que se consideran amenazados, de muy diferentes formas, por el incremento de los flujos migratorios, con independencia de que sea política o económica la motivación que los aliente. De este modo, la Unión viene insistiendo en la creación de las vías e instrumentos de contención y rechazo de los migrantes irregulares, las cuales están lejos de expresar una auténtica, racional y humanitaria política migratoria común. A ese fin, el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo se ha plasmado en un amplio conjunto de disposiciones que redundan en controles más intensos y efectivos, destinados a la contención y el rechazo de quienes no son considerados merecedores de entrar o permanecer legalmente en el territorio de la Unión.

La externalización de la política migratoria en la Unión Europea*

Valentina FAGGIANI

*Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho Constitucional
Universidad de Granada*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1759-3781>

Correo electrónico: valenf@ugr.es

Sumario: I. La construcción de barreras más allá del Estado. II. El impacto del *Memorandum of understanding* entre Italia y Libia en los derechos de los migrantes. III. El "Protocolo Italia-Albania". IV. El acuerdo UE-Turquía como base del modelo de externalización de la UE. V. El partenariado estratégico y global entre la UE y Túnez. VI. Conclusiones.

Palabras clave: Externalización, extraterritorialización, fronteras, Memoranda of understanding, Unión Europea

I. LA CONSTRUCCIÓN DE BARRERAS MÁS ALLÁ DEL ESTADO

La externalización de las fronteras y, por consiguiente, del derecho de asilo en Europa representa una de las principales tendencias, en las que se ha apostado para intentar gestionar el fenómeno migratorio, a fin de controlarlo. Tanto los Estados europeos con fronteras exteriores, como Italia, España, Malta, Reino Unido y Dinamarca, como la misma UE, en los últimos años, han puesto en marcha este tipo de medidas, que ya no se configuran como meramente excepcionales, sino que se están convirtiendo en la normalidad, como parte integrante de la política migratoria de los Estados más expuestos.

* Este trabajo se enmarca en el Módulo Jean Monnet: "Desafíos y perfiles estratégicos de la UE en la lucha contra el crimen organizado" (RUECO) 2023-2026, ref. 101127315.

Por ello, el presente estudio se estructurará en tres partes. Ante todo, se explicarán algunos conceptos básicos, a fin de comprender y contextualizar esta política; a continuación, se analizará cómo los Estados miembros de la UE están externalizando sus fronteras, considerando la respuesta de Italia; y finalmente, se abordará el modelo de la UE, que ha adquirido autonomía y caracteres propios. Si bien la externalización está integrada por una pluralidad de técnicas¹, esta contribución se centrará en los acuerdos bilaterales, tanto de *soft law* como de *hard law*, estipulados en dicho marco.

La externalización del control de las fronteras exteriores y de la gestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, que huyen de sus territorios, se realiza a través de un sistema complejo y articulado de “condicionalidad positiva” o “condicionalidad económica”², basado en la estipulación de acuerdos bilaterales, a partir de los que los Estados de acogida financian a los Estados de origen y tránsito a cambio del control por parte de estos Estados de los flujos migratorios. Se asiste a un esquema basado en una lógica de *do ut des*, que se traduce en más dinero a cambio no solo de más reformas estructurales sino sobre todo de más controles en las fronteras.

De hecho, la financiación procedente de los países occidentales estaría dirigida a poner en marcha programas e inversiones, que fomenten el desarrollo de estas regiones, proporcionándoles el soporte necesario de carácter técnico, tecnológico, logístico, jurídico, militar, educativo para la formación no solo de la población sino también de las autoridades involucradas en la gestión del fenómeno migratorio, como los guardacostas o el personal de los centros de acogida en los Estados de tránsito. En estos procesos participan actores públicos, como UNHCR y Frontex, privados y organizaciones no gubernamentales (ONG), que gestionan embarcaciones para transportar a los inmigrantes o que se dedican a actividades de búsqueda y rescate. Tales medidas, además, pueden ser preventivas o disuasorias para desincentivar la entrada³.

Esta suerte de pacto, de contrato, reproduce el esquema injusto y discriminatorio, el *gap* entre Norte y Sur, que desde siempre ha caracterizado los países del continente europeo, más ricos, respaldados por la UE, que ha adquirido el rol de actor global, y los países más pobres y subdesa-

¹ Para un cuadro de las tendencias en este ámbito v. NICOLOSI, S.: “Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 71, 2024, pp. 1–20. El autor pone de relieve la complejidad del fenómeno de externalización. En su opinión, “While the phenomenon of the externalisation of migration and border controls is anything but new, its ramifications through the increasingly diversified practices, as recalled in the taxonomy developed by this article, exacerbate the tension with the protection of migrants’ fundamental rights” (p. 16).

² DE PASQUALE, P.: “L’esternalizzazione dei controlli di frontiera e dei diritti dei migranti dell’Unione europea e degli Stati membri nel Mediterraneo”, *Studi sull’integrazione europea*, vol. 19, n. 2, 2024, 183–197. Sobre el punto, v. p. 187.

³ FRELICK, B., KYSEL, I.M., PODKUL, J.: “The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants”, *Journal on Migration and Human Security*, vol. 4, n. 4, 2016, p. 193.

rollados⁴. Si bien los países de primera línea “deleguen” la gestión de los flujos en los de origen y tránsito, que se consideran seguros, siguen manteniendo un “control remoto”⁵, a través de mecanismos de interceptación de los migrantes y de comunicación con las autoridades de los Estados de origen y tránsito. Se trata de una forma de “cooperación inversa y compensatoria”⁶ para poder asegurar la libre circulación y la supresión de las fronteras interiores en el territorio de la UE.

Aunque la ratio de esta política responde a criterios lógicos, se asiste a una “estrategia jurídicamente vulnerable”⁷, cuyo principal objetivo es impedir el acceso al procedimiento de protección internacional y la acogida en los países de destino. Al respecto, es importante considerar que estos tipos de acuerdos, además de haber sido caracterizados por un alto índice de informalidad, han sido generalmente estipulados con Estados que no pueden ser considerados seguros. Esto plantea un conflicto con los principios y los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, que se ven obstaculizados hasta anulados⁸ y con los valores de los que son portadores y en general con el Estado de Derecho.

Los Estados miembros de la UE tienen competencia para externalizar la política migratoria, atendiendo a lo dispuesto en el Protocolo n. 23, en conexión con el art. 77, par. 2, l. b, TFUE⁹. El objetivo es controlar los procesos migratorios procedentes de los Estados en vía de desarrollo o involucrados en situaciones de conflicto, impidiendo el ingreso desde sus principales puertas de acceso.

En el marco de esta estrategia, los Estados pueden actuar tanto de forma “directa” como “indirecta”¹⁰. En el primer caso, se realiza el trasla-

⁴ Pone de relieve el *gap* entre países más o menos desarrollados: FAIST, T.: “Contested externalisation: responses to global inequalities”, *Comparative Migration Studies*, vol. 7, n. 45, 2019, pp. 2-8; STOCK, I., ÜSTÜBICI, A., SCHULTZ, S.U.: “Externalization at work: responses to migration policies from the Global South”, *Comparative Migration Studies*, 2019, vol. 7, n. 48, pp. 1-9.

⁵ GAMMELTOFT-HANSEN, T.: “The refugee and the globalisation of migration control”, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 11-43.

⁶ OLIVITO, E.: “The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: The Case of Italy and the EU”, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2020, p. 117.

⁷ SAVINO, M.: “Refashioning resettlement: from border externalization to legal pathways for asylum”, *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*, Immigration Asylum Law Policy in Europe, vol. 44, 2018, pp. 81-104.

⁸ ALGOSTINO, A.: “L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione”, *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, p. 181. La A. considera que en tales contextos los derechos fundamentales se ven “dimidiati ed impediti”.

⁹ Atendiendo al Protocolo n. 23 sobre las relaciones exteriores de los Estados Miembros en el cruce de fronteras exteriores “Las disposiciones relativas a las medidas sobre el cruce de fronteras exteriores incluidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 77 del TFUE se entenderán sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar o celebrar acuerdos con terceros países, siempre que observen el Derecho de la Unión y los demás acuerdos internacionales pertinentes”.

¹⁰ Distingue entre externalización “directa” e “indirecta” CAMONI RODRÍGUEZ, D., “La ‘externalización’ de las políticas de asilo en el continente europeo”, en FAGGIANI, V. (Dir.), *La necesaria reconfiguración del derecho de asilo: entre la dimensión interna y externa de la política migratoria de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2023, pp. 188-189.

do forzoso del solicitante desde el primer país de llegada a un tercer país considerado seguro, que asumirá el examen de la solicitud de protección, “externaliza[ndo] el derecho subjetivo de asilo”¹¹. En el segundo caso, el Estado de primera llegada no se limita a delegar el examen de la solicitud de asilo, sino que estipula acuerdos de readmisión, que se mueven en el campo del *soft law*, con los Estados de origen y de tránsito, permitiendo a la UE y los Estados miembros ejercer un control remoto.

Este “*contactless*”¹² prolonga artificiosamente las fronteras, consolidando la dimensión externa de la política en materia de asilo. Además, evita que la UE y los Estados miembros asuman la responsabilidad de los supuestos de “*pushback* encubiertos” o *neo-refoulement*¹³. Esta “deslocalización” y la consiguiente “desterritorialización”¹⁴ de la gestión de los flujos migratorios más allá de las fronteras de los Estados contribuyen a acentuar las tensiones entre fronteras internas vs. fronteras externas. Se asiste a un nuevo modelo, que produce la extensión de los confines estatales, los prolonga y los hace más “fluidos”, “diluidos” e indefinidos¹⁵.

II. EL IMPACTO DEL MEMORANDUM OF UNDERSTANDING ENTRE ITALIA Y LIBIA EN LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

La estrategia del Gobierno italiano para consolidar este enfoque se ha desarrollado básicamente sobre tres frentes, entre ellos estrictamente relacionados, yendo de la externalización de las fronteras y la consiguiente política de los “puertos cerrados” o “casi cerrados” a la extra-territorialización. La política de externalización de Italia ha culminado con el *Memorandum of understanding* con Libia, firmado el 2 de febrero de 2017, prorrogado tácitamente en 2020 y en 2023¹⁶. Como la generalidad de los acuerdos de este tipo, estamos en el plano del *soft law*.

¹¹ Ibidem, p. 189.

¹² MORENO-LAX, V.: “Meta-Borders and the Rule of Law: From Externalisation to ‘Responsibilisation’ in Systems of Contactless Control”, *Netherlands International Law Review*, 2024, 71, pp. 21–57. La a. usa el concepto de “meta-borders” para indicar “the array of border enforcement mechanisms implemented beyond the physical frontiers of States through different means and by different actors, for the purpose or with the effect of denying human rights protection to (unwanted) non-citizens”.

¹³ HYNDMAN, J., MOUNTZ, A.: “Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe”, *Government and Opposition*, vol. 43, 2008, pp. 249 y ss.

¹⁴ DEL VALLE GÁLVEZ, J.A.: “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre ‘extraterritorialidad’, ‘desterritorialidad’ y ‘externalización’ de controles y flujos migratorios”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n. 2, 2020, p. 166.

¹⁵ Idem.

¹⁶ El Memorandum Italia-Libia fue precedido por el Tratado de amistad y cooperación de 30 de agosto de 2008, ratificado en 2009 por Legge, 6 febbraio 2009, n. 7, Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popo-

En el acuerdo con Libia, que se basa en el concepto de condicionalidad positiva, las partes se comprometen a cooperar para luchar contra el fenómeno de la inmigración clandestina y su impacto, el terrorismo, la trata de seres humanos y el contrabando de combustible. Además, a cambio del apoyo prestado por la contraparte, a Italia le corresponde proporcionar apoyo técnico y tecnológico a los organismos libios con competencias en dicho ámbito y financiar programas para el desarrollo de sus regiones.

Este documento presenta perfiles de inconstitucionalidad tanto formal como material. Desde el punto de vista formal, el *MoU*¹⁷ no habría tenido que ser concluido mediante el procedimiento simplificado, sino que debería haber sido sometido al examen preventivo del Parlamento con arreglo al art. 80 Const.¹⁸, puesto que el objeto y la materia regulados se podrían subsumir en la categoría de los “tratados de naturaleza política”, estando destinados a incidir en los derechos humanos fundamentales (art. 117 Const. it.).

Y desde el punto de vista sustantivo, la mera referencia “al respeto de las obligaciones internacionales y de los acuerdos sobre derechos humanos de los que los dos países sean partes”, prevista en el art. 5 del *memorandum*, no ofrece garantías suficientes, sobre todo si se considera que este país no puede ser considerado un lugar seguro. De hecho, Libia es un “Estado fallido”, en una situación de permanente inestabilidad político-institucional, y sin un sistema de garantías, que pueda asegurar el desarrollo de procesos equitativos.

Para favorecer la cooperación entre los dos Estados, a fin de identificar soluciones urgentes a la cuestión de los extranjeros clandestinos, que atraviesan Libia para llegar a Europa por mar, han sido predispuestos campos de acogida aparentemente “temporales”, tanto oficiales, bajo el control exclusivo del Ministerio de Interior libio, como no oficiales, controlados por organizaciones criminales.

En dichos centros los migrantes están sometidos a violaciones reiteradas y sistemáticas de sus derechos fundamentales. Se trata de crímenes que, por las dimensiones masivas, puesto que afectan a un número

lare socialista, Bengasi, 30.9.2008, GU n. 40, 18.2.2009. Sobre la situación migratoria en Libia, *vid.* CALVO MARISCAL, L.: *Inmigración, externalización de fronteras europeas y derechos humanos en Libia*, Editorial Reus, Barcelona, 2023; FAGGIANI, V.: *La necessaria riformulazione del “diritto di asilo europeo”: Tra crisi migratoria e involuzione democratica*, Franco Angeli, Milano, 2024; ID: *La protezione internazionale de los migrantes en la UE: estándares de protección, límites y perspectivas de reforma*, Aranzadi, Pamplona, 2023; PALLADINO, R.: “Nuovo quadro di partenariato dell’Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell’Italia (e dell’Unione europea) in riferimento al caso libico”, *Fsjeurostudies.eu*, n. 2, 2018, pp. 104-134.

¹⁷ ZAMBRANO, V.: “Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell’Unione europea e dell’Italia”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2019, 119-148.

¹⁸ El art. 80 de la Constitución italiana prevé que: “*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*”.

indeterminado e indeterminable de personas cada año, la tipología y la gravedad podrían ser enjuiciados por la Corte Penal Internacional (CPI)¹⁹.

Desde 2019 se ha denunciado la situación de estas personas ante la CPI para que intervenga (art. 15 ER)²⁰ y, de tal forma, verifique las responsabilidades no solo de las autoridades libias sino también de los funcionarios italianos y malteses y de los demás actores involucrados. De las informaciones y datos recogidos resultaría que la comisión de estos crímenes ha sido realizada a través de un *modus operandi*, que se repite de forma sistemática, siguiendo un esquema²¹.

La Guardia costera libia suele interceptar en el mar a los migrantes, que consiguen alcanzar la costa e intentan cruzar el Mediterráneo para llegar a Europa, los devuelve a Libia y los somete a detención indefinida y a un ciclo continuo de abusos. Los migrantes y los refugiados son trasladados con la fuerza por todo el país, recluidos en los centros de detención oficiales y no oficiales en terribles condiciones y son sometidos a tratamientos deshumanos y degradantes, trabajos forzados, violencia y en muchos casos son vendidos a contrabandistas.

Ahora bien, para comprender esta situación es importante considerar que desde la caída del régimen de Gadafi en Libia se ha producido la ruptura del Estado de Derecho, que ha favorecido el desarrollo de un espacio de impunidad en el que las actividades de los contrabandistas y el tráfico de personas, drogas y armas se han convertido en un “pilar de la economía del conflicto”²². Estas fuentes de renta proporcionan a las milicias y a los grupos armados los medios necesarios para asegurar el mantenimiento de este contexto.

La situación en Libia puede ser examinada por la CPI, atendiendo a la Resolución n. 1970/2011 del Consejo de Seguridad de las Naciones

¹⁹ Sobre la CPI *ex multis*, v. FAGGIANI, V.: “Hacia un sistema penal común: soberanía versus justicia universal”, *Anales del Derecho (Murcia)*, n. 33, 2015, pp. 1-28.

²⁰ EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, THE INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS AND LAWYERS FOR JUSTICE IN LIBYA: Article 15, Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, Situation in Libya – Crimes against Migrants and Refugees in Libya, 19.11.2021. CRIPPA, M.: “Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il procuratore all’apertura di indagini per crimini contro l’umanità e crimini di guerra di fronte alla corte penale internazionale”, *Sistema-penale.it*, 23.12.2021.

²¹ Sobre las atrocidades cometidas en Libia, v. ICC: “Statement of the ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya”, *www.icc-cpi.int*, 9.5.2017, 26 e 27; y también SECRETARY-GENERAL: Report on the Implementation of Resolution 2437 (2018), United Nations, S/2019/711, Security Council Distr.: General, 5.9.2019; Communication to the Office of the Prosecutor of the ICC Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute, EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019), *www.statewatch.org*. PASQUERO, A.: “La Comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l’umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2020, pp. 51-79.

²² Article 15, Communication to the Office of the Prosecutor of the ICC, Situation in Libya – Crimes against Migrants and Refugees in Libya, 19.11.2021, ap. 7.

Unidas²³, pues habida cuenta de que este país no ha ratificado el Estatuto de Roma, ni ha declarado aceptar su jurisdicción, solo el Consejo de Seguridad puede acudir a la CPI²⁴. Al respecto, se puede observar tanto la existencia de un vínculo suficiente y directo entre el conflicto armado y la comisión de delitos contra los migrantes y refugiados, una situación que se ha agravado desde 2011, como un nexo entre los actores, que han participado activamente en las hostilidades y los crímenes perpetrados contra estas personas.

En los centros de detención, así como en los demás lugares de detención no oficiales y durante las terribles travesías para llegar al lugar de destinación y en el curso de las devoluciones hacia el lugar de origen y de tránsito, los migrantes y los refugiados son víctimas de abusos diarios, que se pueden subsumir en los tipos penales previstos en los artículos 7 y 8 ER, que prevén respectivamente los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

Se observa la comisión de crímenes contra la humanidad (art. 7 ER), que han sido cometidos conscientemente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil dirigido contra migrantes y refugiados de distintas nacionalidades, género, grupos raciales y étnicos sobre todo el territorio de Libia. Los migrantes-víctimas están sometidos a privación grave de la libertad o prisión en ausencia de garantías procesales, esclavitud, son tratados como si fueran propiedad privada, son asesinatos, torturados, violados, sometidos a esclavitud sexual y están obligados a prostituirse, a tener embarazos forzados o soportar violencia sexual de todo tipo, persecución y otros actos inhumanos.

Al mismo tiempo, tales supuestos de delitos se podrían reconducir en la amplia categoría de los crímenes de guerra (art. 8 ER) por el nexo entre los ingentes ingresos derivados de la explotación de los migrantes y el conflicto. Esto es el caso de la comisión de actos de violencia contra la vida y la integridad de la persona, en particular homicidio, mutilaciones, tratamientos crueles, humillantes y degradantes, tortura y emisión de sentencias y su ejecución sin ser sometidos previamente a un juicio ante un tribunal establecido por la ley, que ofrezca las garantías judiciales fundamentales.

Estos delitos habrían sido cometidos desde 2011, en particular, en los centros de Zawiya, Bani Walid, Sabratha e Trípoli, por diversos actores²⁵. La Dirección de lucha contra la migración ilegal (DCIM), por ejemplo, controla solo formalmente los centros para la detención de los migrantes, siendo parte integrante del Ministerio de Interior, que en realidad se encuentra bajo el control de grupos armados y milicias involucradas en el conflicto.

²³ Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Resolución 1970 (2011), aprobada en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011.

²⁴ Artículos 12 y 13 ER.

²⁵ ICC, Communication, 2021, 37.

El ejercicio de la jurisdicción de la CPI estaría justificado, atendiendo al principio de complementariedad (art. 17 ER), habida cuenta de que Libia no está dispuesta ni es capaz de realizar investigaciones o procesos para comprobar la comisión de crímenes internacionales contra los migrantes y refugiados en su territorio. Además, los presuntos actores no han sido enjuiciados en el pasado por tales conductas y los delitos son suficientemente graves para legitimar la intervención de la Corte Penal Internacional.

A todo esto, es oportuno añadir que Libia no es un País seguro, puesto que no ha ratificado ni siquiera la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto del refugiado²⁶, no dispone de una normativa para asegurar la protección de los solicitantes de asilo y de las personas refugiadas por violaciones de sus derechos, ni de un marco adecuado para responder a estos crímenes, y su sistema de justicia penal es muy débil, no alcanzando los estándares mínimos de tutela. Los grupos armados, las milicias y las autoridades gubernamentales ejercen de hecho el control sobre los acusados y los miembros de la magistratura. Y, por último, no se puede dejar a un lado la dimensión estructural del problema, puesto que cada año se cometen violaciones contra miles de migrantes.

En dicho marco, ha sido muy criticada la no colaboración de Italia con la CPI (art. 86 ER) por la liberación del jefe de la policía judicial libia, Osama Almasry²⁷, sobre el que pende una orden de arresto de la CPI por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, entre los que se incluyen torturas, tratos inhumanos y degradantes, violaciones sexuales y crímenes cometidos también en los centros de internamientos de las personas migradas. Se ha justificado dicha medida por la presencia de vicios formales del procedimiento. Este asunto es interesante porque muestra que, en el caso de Libia, la complicidad y por lo tanto la responsabilidad del Gobierno italiano es tanto directa como indirecta.

También el TEDH se ha pronunciado sobre la responsabilidad de Italia en Libia en dos ocasiones, aunque en sentidos diferentes y, si queremos, contradictorios. La primera vez fue en la sentencia *Hirsi* (2012), en la que el Tribunal de Estrasburgo condenó a Italia por haber realizado devoluciones directas e indirectas o en cadena, los denominados “pushback”, poniendo de relieve el concepto de “jurisdicción extraterritorial” (art. 1 CEDH)²⁸. Esta dimensión “más allá del Estado” puede intervenir solo en “circunstancias excepcionales”²⁹, como en el supuesto de que se trata, puesto que los acontecimientos controvertidos se han producido en

²⁶ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951.

²⁷ CAIANIELLO, M.; MELONI, C.: “Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell’Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell’ambito delle indagini in Libia”, *Sistemapenale.it*, 24.1.2025.

²⁸ TEDH, de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jama y otros c. Italia*, n. 27765/09, 71.

²⁹ *Ibidem*, p. 72.

alta mar, en naves militares con bandera italiana, frente a acciones de los Estados signatarios del CEDH, o cuyos efectos se producen más allá de su territorio. Esta situación, por lo tanto, permitía exigir la responsabilidad³⁰.

En el segundo pronunciamiento, en cambio, en el ámbito del asunto *S.S. y otros c. Italia*, resuelto el 12 de junio de 2025³¹, después de una espera de siete años, el TEDH se ha ocupado por primera vez de los “*pullback*” practicados por Italia con la colaboración de las autoridades de Libia. En este caso, no obstante, se ha limitado a declarar la inadmisibilidad del recurso. En su opinión, no se podía concluir que Italia había ejercido la jurisdicción extraterritorial ex art. 1 CEDH³².

El Tribunal de Estrasburgo es consciente de que, mientras los *push-backs* de las personas, que desde Libia intentaban llegar a las costas de Italia, en el asunto *Hirsi*, fueron realizados por las autoridades italianas; en cambio, en *S.S. y otros*, los *pullbacks* fueron practicados por Libia, gracias a la ayuda de Italia, que en virtud del MoU formó, equipó, financió y proporcionó todas las herramientas necesarias a la guarda costera libia gracias también al respaldo de la operación Sophia, promovida por la UE, que intervino indirectamente. En su opinión, la gestión de los flujos migratorios no puede justificar la puesta en marcha de prácticas incompatibles con los estándares convencionales, no pudiendo el espacio marítimo legitimar la creación de áreas de impunidad³³. Sin embargo, en el supuesto de que se trata el TEDH llega a la conclusión de que no se dan “las circunstancias” para afirmar la responsabilidad de Italia por el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial ex art. 1 CEDH³⁴.

III. EL “PROTOCOLO ITALIA-ALBANIA”

El Protocolo Italia-Albania responde al esquema propio de la “extraterritorialización”³⁵ de la política migratoria. En este caso Italia no se ha limitado a estipular acuerdos de *soft law*, en los que se delega la gestión directa de los flujos migratorios, sino que interviene directamente en el país tercero. Dicho acuerdo fue ratificado por el Estado italiano por Ley 14/2024, de 21 de febrero³⁶, lo cual lo ha convertido a todos los efectos en un Tratado internacional.

³⁰ *Ibidem*, p. 74. Al respecto, el TEDH admite que los derechos derivados del CEDH pueden ser fraccionados y adaptados a los supuestos de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

³¹ TEDH, sentencia de 12 de junio de 2025, *S.S. y otros c. Italia*, recurso n. 21660/18.

³² *Ibidem*, p. 114.

³³ *Ibidem*, p. 111; *Hirsi c. Italia*, 179.

³⁴ TEDH, *S.S. c. Italia*, 112.

³⁵ En este sentido, v. SAVINO, M., VIRZÌ, F.V.: “Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell’extraterritorialità”, *ADiM Blog*, Editoriale, novembre 2023, pp. 1-9.

³⁶ *Legge 21 febbraio 2024, n. 14 Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in*

Se assiste a la institución de un modelo *sui generis*, distinto a los acuerdos adoptados hasta ahora. La idea que lo inspira y el esquema seguido, si bien tengan una lógica macabra muy aplastante, presentan perfiles de originalidad: si la situación en los centros de acogida en Italia, en este momento, es insostenible, ¿por qué no transferir a los inmigrantes en situación irregular y a los solicitantes de asilo en estructuras instituidas fuera del territorio italiano, pero gestionadas, controladas y financiadas por Italia? Este país, sobre todo en las zonas de primera llegada, está viviendo una situación de crisis sistémica³⁷. Por un lado, los extranjeros están sometidos a violaciones graves y repetidas de los derechos fundamentales; y por otro, se ha producido un clima de fuertes tensiones e inseguridad por la proliferación de la criminalidad y las situaciones de violencia.

Ahora bien, a pesar de las dificultades aplicativas, son varios los perfiles innovadores de este Protocolo. Al contrario, por ejemplo, del *Memorandum of understanding* con Libia, en este caso, Italia no delega la responsabilidad de controlar los flujos y de devolver a los migrantes en el país de origen, sino que se compromete a gestionar todas las fases del procedimiento de asilo, a extender la jurisdicción sobre las eventuales controversias y a hacerse cargo de los gastos que este proyecto supone.

Por otro, a pesar de las deficiencias estructurales, que siguen caracterizando a Albania, el contexto político y económico de este país ofrece sin duda mayores garantías respecto a otros países, como Libia o Ruanda, siendo el país candidato a entrar en la UE más cerca de la adhesión. Además, Albania es parte del Consejo de Europa. El hecho de ser un país supuestamente seguro hace activar la presunción *iuris tantum* de equivalencia en la protección.

A pesar de ello, no obstante, el acuerdo sigue despertando perplejidades, siendo evidente que producirá nuevas zonas de impunidad, típicas de los contextos de desterritorialización de las políticas migratorias, caracterizadas por violaciones graves de los derechos y por la proliferación de la criminalidad organizada, que acabará controlando los flujos migratorios. A través de este proyecto, el Gobierno ha querido demostrar su fuerza tanto a Italia como a la UE y, en general, en el escenario internacional. De hecho, es consciente de que conseguirá transferir solo un número mínimo de migrantes, sin embargo, quiere demostrar de poderlos transferir fuera del territorio italiano, en otro país³⁸.

materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno, GU Serie Generale, n. 44, 22.2.2024.

³⁷ CAVASINO, E.: "Il sistema di accoglienza italiano in 'crisi sistemica': strategie nazionali e risposte sovranazionali", *AdiM Blog, Analisi & Opinioni*, giugno 2023, pp. 1-7.

³⁸ Sobre el Protocolo Italia-Albania, *ex multis*, SACCUCCI, A.: "Il protocollo Italia-Albania sulla 'dislocazione' extraterritoriale dei migranti", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 107, n. 3, 2024, pp. 635-685; CELORIA, E., DE LEO, A.: "Il Protocollo Italia-Albania e il Diritto dell'Unione europea: una relazione complicata", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, (1), 2024, 1-27; SICCARDI, C.: "Le procedure paesi sicuri e il protocollo Italia-Albania alla luce della più recente giurisprudenza: profili di diritto costituzionale", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1,

El TJUE (GS) se pronunció sobre la noción de tercer país seguro en la sentencia de 1º de agosto de 2025 en los asuntos acumulados *Alace y Canpelli*, C758/24 y C759/24, relativos a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal ordinario de Roma, con respecto a las resoluciones de la *Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma — sezione procedure alla frontiera II*, en las que se desestimaba las solicitudes de protección internacional presentadas por LC (C758/24) y CP (C759/24), originarios de Bangladesh, que habían sido trasladados al Centro de internamiento de Gjadër en Albania.

En este pronunciamiento, el TJUE considera que un Estado miembro puede designar a terceros países como países de origen seguro mediante acto legislativo, entendiendo este concepto en sentido amplio, siempre y cuando dicha designación pueda ser sometida al control jurisdiccional, a fin de comprobar el respeto de los requisitos exigidos por la Directiva 2013/32/UE³⁹ en el ámbito del caso concreto en el que se interponga un recurso contra resolución desestimatoria de la solicitud de protección internacional por el procedimiento acelerado en la frontera.

En la comprobación de dicha resolución se puede considerar la información recuperada de distintas fuentes⁴⁰. El examen de las solicitudes se basa en una “presunción *iuris tantum*” de protección suficiente en el país de origen, que atendiendo al art. 36, ap. 1, de la Directiva 2013/32, puede ser desvirtuada por el solicitante si invoca motivos graves atinentes a sus circunstancias personales. Esta desvirtuación puede ser efectiva solo si el demandante conoce las razones por las que se presume que su país de origen es seguro⁴¹.

El acceso a estas fuentes, atendiendo a los artículos 36 y 37, así como al artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a la luz del artículo 47 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, tiene que ser “suficiente y adecuado”, permitiendo defender los derechos en las mejores condiciones posibles

2025, pp. 1-34; BIONDI DAL MONTE, F.: “Il protocollo Italia-Albania e i diritti dei migranti. Profili di diritto costituzionale”, *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2025, pp. 213-245. FAVILLI, C.: “Audizione ddl Protocollo Italia-Albania”, 8.1.2024, pp. 2-5 (<https://documenti.camera.it>). BONETTI, P.: “Audizione ddl Protocollo Italia-Albania”, 9.1.2024, *documenti.camera.it*. MASERA, L.: “Il Disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo tra Italia ed Albania in materia di immigrazione: analisi del progetto e questioni di legittimità”, *Sistemapenale.it*, 28.12.2023, p. 6.

³⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (versión refundida), DO L 180 de 29.6.2013.

⁴⁰ El artículo 37, ap. 3, de la Directiva 2013/32 establece que, para determinar si un tercer país es un país de origen seguro, los Estados miembros se basarán en una serie de fuentes de información, incluida, en particular, la información procedente de otros Estados miembros, la AAUE, sucesora de la EASO, el ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes”. También se permite el acceso a fuentes análogas como de la AAUE y el ACNUR y las organizaciones internacionales pertinentes de defensa de los derechos humanos (art. 12, ap. 1, letra d), de la Directiva 2013/32, en relación con el art. 10, ap. 3, letra b) y art. 10, ap. 4, de dicha Directiva).

⁴¹ STJUE (GS), *Alace y Canpelli*, 72 y 73.

y decidir con pleno conocimiento de causa, siendo a tal fin fundamental comprender los motivos sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente y permitir ejercer el control de una resolución relativa a la solicitud de protección internacional, control, que requiere “el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho”⁴². El órgano jurisdiccional puede tener en cuenta dicha información siempre y cuando compruebe su fiabilidad y garantice a las partes el respeto del principio de contradicción.

Y, por último, el TJUE excluye que un Estado miembro pueda designar como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales para tal designación, indicados en el anexo I de dicha Directiva⁴³. Sin embargo, al respecto, es interesante observar que la interpretación restrictiva del TJUE es contradicha por el nuevo Reglamento procedimientos, que se aplicará desde junio de 2026⁴⁴, el cual reconoce la posibilidad de designar Estados de origen seguros con excepciones tanto de naturaleza territorial como personal en relación con grupos de personas. Se delega, por lo tanto, en el juez la responsabilidad de decidir si procede la designación con país de origen seguro y comprobar las eventuales excepciones.

Dicho pronunciamiento es muy interesante porque produce importantes efectos en la aplicación del Protocolo para Italia, puesto que ya no se puede transferir a Albania a personas sometidas al procedimiento acelerado, si el país no ha sido correctamente designado. Por otra parte, no obstante, mientras tanto, para continuar con su proyecto, el Gobierno italiano había reformado de forma unilateral la Ley de ratificación de dicho acuerdo a través del Decreto Ley de 28 de marzo de 2025 para adoptar medidas, que garanticen la funcionalidad y uso eficaz de los centros de internamiento en un contexto de emergencia⁴⁵.

Por un lado, desde el punto de vista formal, se observa que tales modificaciones son contrarias al art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados⁴⁶, que reconoce el principio *pacta sunt servanda*, según el cual “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, al art. 117 Const. it., relativo al respeto de las obligaciones internacionales; y al art. 80 Const. it., que prevé la previa

⁴² *Ibidem*, p. 88.

⁴³ *Ibidem*, p. 109.

⁴⁴ Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, PE/16/2024/REV/1, DO L, 2024/1348, 22.5.2024.

⁴⁵ Decreto-Ley 28 marzo 2025, n. 37, Disposizioni urgenti per il contrasto dell’immigrazione irregolare, Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2025, n. 75, G.U. 23/05/2025, n. 118.

⁴⁶ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

autorización de las Cámaras para la ratificación de Tratados internacionales de naturaleza política o particular trascendencia.

Y por otro, desde el punto de vista sustantivo, la reforma ha extendido el alcance del Protocolo, que ahora prevé el traslado en los centros albaneses ya no solo de los migrantes rescatados por las autoridades internacionales en aguas internacionales sino también de las personas destinatarias de medidas de expulsión, que se encuentran en los Centros de Permanencia para el retorno en Italia (CPR), por lo tanto, independientemente de la aplicación del procedimiento acelerado.

IV. EL ACUERDO UE-TURQUÍA COMO BASE DEL MODELO DE EXTERNALIZACIÓN DE LA UE

La relación entre la dimensión interna y externa de la política migratoria está prevista de forma expresa en el art. 78, 2 g, TFUE, que atribuye a la UE la competencia para adoptar medidas, que fomenten el partenariado y la cooperación con países terceros para gestionar los flujos de solicitantes de asilo. En esta línea, el art. 79, par. 3, TFUE establece que la Unión “puede concluir con los países terceros acuerdos para la readmisión, en los países de origen o de procedencia, de ciudadanos de países terceros, que no satisfacen o ya no satisfacen las condiciones para el ingreso, la presencia o la permanencia en el territorio de uno de los Estados miembros”.

La UE ha reforzado la política de externalización, pasando de la adopción de acuerdos de *soft law* –el primero que inauguró esta tendencia fue el acuerdo UE-Turquía– a la recepción de esta estrategia en textos jurídicamente vinculantes⁴⁷. Dicho modelo ha representado el antecedente sobre la base del que se adoptaron acuerdos de este tipo y después se elaboraron medidas legislativas, como el Reglamento (UE) 2024/1350 sobre el reasentamiento⁴⁸ y también la Propuesta de Reglamento por el que se establece un sistema común para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en la Unión⁴⁹, por la que se deroga la Directiva 2008/115/CE⁵⁰. Todos estos acuerdos se inspiran en una evidente lógica utilitarista, de

⁴⁷ CONSEJO EUROPEO: Comunicado de prensa, Declaración UE-Turquía, 18 de marzo de 2016, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

⁴⁸ Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, PE/18/2024/REV/1, DO L, 2024/1350, 22.5.2024.

⁴⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un sistema común para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en la Unión y se derogan la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2001/40/CE del Consejo y la Decisión 2004/191/CE del Consejo, COM(2025) 101 final, 2025/0059(COD), Estrasburgo, 11.3.2025.

⁵⁰ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros

do ut des, basada en el intercambio de financiación por la colaboración en la lucha contra la inmigración irregular y, sobre todo, la reducción de los flujos de migrantes.

También la Declaración UE-Turquía pertenecería a la categoría de los acuerdos caracterizados por una “informalidad no homogénea”⁵¹, que se encuentran en el limbo del *soft law*, configurándose como un modelo alternativo a los Tratados internacionales. El Tribunal General de la UE, en los asuntos *NG y NM/Consejo Europeo*, de 28 de febrero de 2017⁵², se declaró incompetente para tramitar y juzgar las demandas interpuestas, considerando que, aunque se tratara de un acuerdo internacional informal, fue logrado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco, como actores de Derecho internacional, quienes llevaron a cabo las negociaciones. En este supuesto, los Estados no habrían participado en su condición de miembros, representantes de la UE, como institución, sino como Jefes de Estado y de Gobierno de los propios Estados. De esta forma, el Tribunal General ha conseguido desplazar la responsabilidad del acuerdo-declaración hacia los Estados miembros.

El que la UE habría apoyado este acuerdo, considerándolo un “modelo a seguir”, como afirma Molinari, “extrapola la declaración del marco de la emergencia, en el que ha nacido, y la normaliza, transformándola en un nuevo estándar”. Es evidente que esto genera serios problemas, puesto que su dudosa naturaleza jurídica y la escisión entre forma (declaración política, *statement de soft law*) y sustancia (tratado internacional) contribuyen al proceso de deconstrucción y desformalización del ordenamiento. En efecto, a pesar de que no se haya acudido al procedimiento previsto para la estipulación de los Tratados internacionales, consigue producir los mismos efectos jurídicos vinculantes para las partes del mismo.

Esta escisión produce la alteración y la consiguiente ruptura del sistema de fuentes y de los mecanismos de producción normativa, difuminando la distinción entre lo que tiene relevancia jurídica, y por tanto vincula a las partes, y lo que es simplemente una manifestación de interés previo a la adopción del acuerdo internacional en términos estrictos, sin dejar a un lado los efectos negativos en las garantías del procedimiento de adopción, que se caracteriza por un alto nivel de informalidad, por la falta de publicidad, de transparencia y por consiguiente de seguridad jurídica, que constituye uno de los valores básicos del Estado de Derecho, y la afectación a los derechos.

Es evidente que tales acuerdos, independientemente de que contengan algunas cláusulas, en las que los Estados signatarios se comprometan a

países en situación irregular, DO L 348 de 24.12.2008.

⁵¹ ALGOSTINO, A.: *op. cit.*, p. 156.

⁵² Tribunal General, Autos de 28 de febrero de 2017, T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, *NG y NM/Consejo Europeo*. Sobre esta decisión, *vid.* CANNIZZARO, E.: “Denialism as the Supreme Expression of Realism. A Quick Comment on NF v. European Council”, *European Papers*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 256.

respetar las obligaciones en materia de derechos humanos fundamentales, no son materialmente conformes a los estándares europeos e internacionales. En particular, se observa una incompatibilidad con los artículos 3 y 4 del CEDH y con el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, que prohíbe las devoluciones a países, en los que las personas pueden ser sometidas a tortura o tratos inhumanos y degradantes, así como a esclavitud y a trabajo forzoso, y con los artículos 18 y 19 de la Carta, que reconocen el derecho de asilo, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de *non-refoulement*.

Sin embargo, a pesar de los perfiles críticos, el Acuerdo-Declaración se ha convertido en un modelo para la UE, que en los últimos años ha acudido cada vez más a instrumentos de *soft law* (Afganistán, Bangladesh, Etiopía, Guinea, Gambia y Costa de Marfil). Con Bielorrusia se llegó a estipular un tratado para la readmisión de las personas irregulares en 2020⁵³, que no obstante fue suspendido después de alrededor de un año.

V. EL PARTENARIADO ESTRATÉGICO Y GLOBAL ENTRE LA UE Y TÚNEZ

En julio de 2023, la UE, representada por la Comisión Europea, estipuló un *MOU on a strategic and global partnership* con Túnez para reforzar la cooperación. Dicho acuerdo se basa en cinco pilares: estabilidad macroeconómica, economía y comercio, transición energética verde, contactos interpersonales, migraciones y movilidad. La Comisaria para los derechos humanos del Consejo de Europa mostró sus perplejidades, afirmando que el respaldo a este país puede traducirse, directa o indirectamente, en una violación de los derechos humanos por parte de los terceros países involucrados.

El acuerdo adopta un enfoque parcial al fenómeno migratorio, centrado en el “nexo migración/desarrollo”, no prestando atención a la tutela de los migrantes, a quienes solo se hace una referencia genérica en relación con la necesidad de favorecer el desarrollo de canales legales. Al contrario, hubiera sido interesante incorporar un sistema de garantías, que permitiera evitar los efectos negativos, como la publicación de una evaluación de impacto sobre los derechos humanos, la transparencia en la erogación de los fondos, la institución de mecanismos de supervisión y la posible suspensión de actividades que puedan violar los derechos de estas personas. Este enfoque genérico puede contribuir a aumentar la preocupante tendencia a sacrificar los derechos humanos. Además, el contexto general del país hace dudar de que se trate de un Estado seguro por la involución democrática que ha sufrido.

⁵³ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Bielorrusia relativo a la readmisión de las personas irregulares, OJ L 181, 9.6.2020.

En diciembre de 2023, en el marco del Memorándum UE-Túnez, se ha estipulado otro acuerdo, que prevé una financiación de 150 millones de euros⁵⁴. Según la Comisión Europea dicho acuerdo, que funcionaría muy bien, ha reducido sensiblemente los flujos en entrada desde Túnez a Italia, llevando al arresto por parte de las autoridades tunecinas de un número significativo de traficantes de seres humanos y contrabandistas. Sin embargo, parece que esta reducción está relacionada con las deportaciones en los desiertos, sin contar el problema de la corrupción de la policía. El mensaje que se quiere trasladar es el de la importancia de la ayuda de la UE y de la colaboración de la OIM y de UNHCR para permitir a este país, que ha sufrido un aumento del número de los refugiados del 600%, dotarse de un sistema de protección internacional.

El 21 de octubre de 2024, el Defensor del Pueblo Europeo finalizó la investigación, abierta de oficio, sobre el respeto por este país de los derechos humanos en el marco de dicho MoU. En su opinión la Comisión debería fijar los criterios que podrían determinar la suspensión del acuerdo por violación de los derechos fundamentales en la ejecución de proyectos financiados por la UE a Túnez, criterios estos que deberían ser públicos.

En el informe, se exhortó a la Comisión a actualizar y publicar periódicamente la información sobre el respeto de los derechos humanos, establecer los criterios en los que se basaría la suspensión de contratos por violaciones de los derechos humanos en la ejecución de proyectos financiados por la UE en Túnez, y animar a sus socios implementadores a establecer mecanismos de denuncia para que las personas puedan lamentar presuntas violaciones de sus derechos humanos⁵⁵.

VI. CONCLUSIONES

La externalización de las fronteras se ha convertido en una de las principales tendencias de la política migratoria tanto de los Estados miembros como de la UE, puesto que permite delegar el control de los flujos migratorios y, por consiguiente, la responsabilidad en los Estados de origen y tránsito, es decir antes de la llegada al territorio de la UE. En virtud de este esquema, la entidad delegante se limitaría a llevar a cabo un “control remoto”, a fin de eximirse de las consecuencias que podrían derivar del trato dispensado a las personas, que intentan arribar al continente europeo.

⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION: Press Release, The European Union and Tunisia come to an agreement on a EUR 150 million programme, Brussels, 20.12.2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6784.

⁵⁵ EUROPEAN OMBUDSMAN: Decision on how the European Commission intends to guarantee respect for human rights in the context of the EU-Tunisia Memorandum of Understanding (01/2/2024/MHZ), 21.10.2024 (<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/decision/en/193851>).

En esta estrategia se puede observar la existencia de algunos patrones comunes, que están contribuyendo a consolidar un modelo europeo, como la lógica subyacente, la finalidad pretendida y el *modus operandi* de los Estados involucrados. Ante todo, se constata que todas estas medidas se inspiran en la “condicionalidad positiva” o “económica”, es decir, los Estados de la UE y la misma UE se comprometen a proporcionar ingentes fondos a los países terceros, de origen y tránsito de las migraciones, para alcanzar un objetivo: luchar contra la inmigración irregular, bloqueándola *in loco*, es decir, antes del ingreso en Europa, y poner en marcha las reformas estructurales necesarias para el desarrollo y la transición democrática de los países socios. En cuanto a la forma de actuación, se constata que, en los últimos años, se ha producido un incremento tanto de los Estados que han recurrido a estas técnicas, como del número y del tipo de acuerdos.

Este estudio se ha centrado antes en el sistema italiano, como ejemplo de Estado miembro, que está promoviendo esta política, y luego en la UE, que a partir de los modelos nacionales está adoptando un modelo propio. En cuanto a Italia, ha pasado de la externalización de las fronteras en el memorándum con Libia y de los *pushbacks* y los *pullbacks*, a raíz de los que las autoridades de Libia someten los migrantes a violaciones sistemáticas, que integran los extremos de los *core crimes*, enjuiciables por tanto por la CPI, a la extraterritorialización en el Protocolo Italia-Albania.

Dicho acuerdo, nacido en el limbo del *soft law*, ha sido posteriormente tramitado, siguiendo los cauces formales previstos por los respectivos ordenamientos. Su recepción en un texto de *hard law* representa un paso en adelante en lo bueno y en lo malo. Es decir, desde un punto de vista formal, esta vez se han respetado los procedimientos de producción normativa previstos a nivel constitucional, ofreciendo la estipulación de un acuerdo jurídicamente vinculante un índice de mayor seguridad jurídica y transparencia que un *memorandum of understanding*.

Asimismo, se observa el refuerzo de la estrategia en este ámbito, intentando consolidar nuevos esquemas, y también de la influencia y la fuerza de Italia, puesto que ya no hay delegación, sino que este país se preocupa por gestionarlo todo, pero fuera de sus confines, en el territorio albanés. Evidentemente, desde el punto de vista material, esto no elimina los problemas aplicativos, en términos de respeto de los derechos fundamentales, que caracterizan estos acuerdos.

Por lo tanto, de momento, se puede observar que el modelo más efectivo y también más problemático y controvertido en la práctica es el italiano, que lleva años funcionando y experimentando formulas nuevas en el intento de bloquear el fenómeno migratorio. Todos somos conscientes de que, independientemente de la formalización de dichos acuerdos en textos de *hard law*, su puesta en marcha contribuye a crear nuevas zonas de impunidad, típicas de los contextos de desterritorialización de las políticas

migratorias, caracterizadas por violaciones graves y por la proliferación de la criminalidad organizada, que acaba controlando los flujos migratorios.

En esta línea, también la UE ha reforzado la externalización de las fronteras, pasando de la adopción de acuerdos de *soft law* –el primero que inauguró esta tendencia fue el Acuerdo UE-Turquía– a la recepción de esta estrategia en textos jurídicamente vinculantes, como el Reglamento (UE) 2024/1350 sobre el reasentamiento. Solo entre 2024 y 2025, tras el importante repunte post-Covid-19 del fenómeno migratorio, la UE ha estipulado acuerdos con Egipto, Mauritania, Líbano, Jordania y Marruecos. Aunque esta tendencia evidentemente preocupe, tenemos que ser conscientes de que se ha convertido en parte integrante de la política migratoria de la UE. La cuestión consistirá en cómo conseguir asegurar los estándares mínimos de protección en estos lugares de fronteras que representan espacios de impunidad.

Globalización múltiple y migraciones en la España del siglo XXI*

José-Francisco JIMÉNEZ-DÍAZ

Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración

Universidad Pablo de Olavide

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4475-1538>

Correo electrónico: josefco@upo.es

Sumario: I. Introducción. II. Migraciones y globalización múltiple de España, del siglo XV al XXI. III. Pensar las migraciones globales en las democracias pluralistas. IV. Gestión inmigratoria en la España multinivel. V. Conclusión.

Palabras clave: Democracias pluralistas. España. Fronteras. Globalización. Migraciones.

I. INTRODUCCIÓN

Los dos objetivos del presente capítulo son: por un lado, plantear un acercamiento al proceso globalizador de España considerando los movimientos migratorios en el largo plazo histórico; por otro, analizar la gestión migratoria en el marco de las democracias pluralistas y, concretamente, del Estado de las Autonomías español. Así, se considera el enfoque de la sociología histórica¹ para comprender el fenómeno de la globalización migratoria de España. Desde tal enfoque, primero se intro-

* El presente capítulo resulta de la colaboración en el Proyecto de Investigación: "Políticas y prácticas para la incorporación de la migración en ciudades de recepción y asentamiento de migrantes en Andalucía y Sicilia (MIGRANT-CITIES)". Proyecto de Generación de Conocimiento del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. Investigadores Principales: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz (Universidad de Granada). Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (2023-2026). Referencia: PID2022-138122OB-I00.

¹ ABRAMS, P.: *Historical Sociology*, Cornell University Press, Nueva York, 1982, pp. 1-17. RAMOS TORRE, R.: "Problemas textuales y metodológicos de la sociología histórica", *Revista Española de Investiga-*

duce y se contextualiza las migraciones históricas en la España moderna, aportando datos históricos y estadísticos al respecto. Después, desde la mirada del liberalismo democrático, se piensa sobre las migraciones en las democracias pluralistas en el contexto de la globalización reciente. Luego, se aborda la gestión de la inmigración en la España democrática, desde 1985, observando la evolución de la gestión política de las leyes migratorias estatales.

Las migraciones han conformado al ser humano. Este ha evolucionado hasta ser lo que es en el presente debido a los movimientos migratorios: si exploramos en nuestros antepasados, cualquiera de nosotros tendrá varios familiares que emigraron a otros países y muchos de ellos no volvieron a su lugar de origen. Pese a ello, la migración desde hace unas décadas aparece como “una fuente de creciente ansiedad y polarización”². De hecho, la migración es uno de los asuntos políticos (*issues*) que más polarización sociopolítica crean en España, y no es un caso aislado a este respecto. Por ejemplo, en Alemania, Francia, Grecia y Estados Unidos la migración también se utiliza políticamente tanto por la clase política como por la ciudadanía. En la última década (2015-2025), la polarización política ha aumentado notablemente en Europa, España y otros países occidentales. Ello se produce en un escenario de crisis económica entrelazada con una crisis política profunda que deslegitima los discursos políticos migratorios de los partidos tradicionales en favor de otros discursos de nuevas formaciones ultranacionalistas y populistas³ que han aparecido recientemente dentro de las democracias pluralistas.

En el contexto de dichas democracias, resulta muy curioso que cuando se debate públicamente el tema migratorio toda la atención se centra sólo en los migrantes que reciben los países de acogida (las personas inmigradas), tipificándolos en algunos casos, cada vez más frecuentes, como una amenaza para la población nacional-autóctona. Sin embargo, se olvida por completo la ciudadanía emigrada o emigrantes (las personas que salieron del país) que esos mismos países han diseminado por otros lugares del mundo. Como veremos, el caso de España es paradigmático y la migración se torna en un asunto clave en el escenario de la globalización.

ciones Sociológicas, 1993, núm. 63, pp. 7-28. SKOCPOL, Th. (Ed.): *Vision and method in historical sociology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 1-19.

² GOLDIN, I.: *Breve historia de las migraciones*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 2025, p. 15.

³ BAKDID, K.; CLAVERO, E. y GARCÍA-ESCRIBANO, J. J.: “La inmigración como tema polarizador en España”, *Más Poder Local*, 2025, núm. 59, p. 104. “La mayoría de los estudios señalan que las actitudes hacia la inmigración se han polarizado fuertemente en los últimos años, sobre todo en aquellos en los que se ha percibido que la inmigración amenaza la identidad nacional o estabilidad económica. En este contexto, las personas exhiben mayor adhesión a sus propios partidos en ciertos temas polarizadores. La inmigración ha sido utilizada como arma electoral, especialmente por los partidos de extrema derecha, que encuentran en este tema un argumento para movilizar a personas que ven en ella una amenaza a su cultura y a sus medios de vida. En España, con la llegada del partido de extrema derecha Vox en 2018, se ha asentado, como parte del escenario político, un discurso antiinmigración con importantes aportaciones a la polarización del debate”.

Pese a la complejidad del asunto migratorio, la clase política y la ciudadanía se ven involucradas en debates referidos a la inmigración en España, pero sin conocer bien una realidad complicada y diversa, como admite la ciudadanía⁴. Así, la clase dirigente española suele intervenir en dichos debates aportando juicios taxativos y contundentes con el afán de movilizar a sus respectivos electorados. La inmigración, pues, es uno de los temas más utilizados en la arena política española y europea para movilizar a ciudadanos de todas las ideologías en periodos electorales, desde hace décadas⁵.

España se transformó en un país de recepción de inmigrantes entre las décadas de 1980 y 1990, hace 40 años aproximadamente. Antes era un país de emigración del que salían personas para buscarse la vida en otros lugares del mundo: Europa, el Norte de África, América Latina y Estados Unidos fueron los destinos más habituales de los emigrantes españoles desde el siglo XV hasta tiempos recientes. Desde 1492 hasta la crisis económica de 2008 y todavía en el presente, durante más de cinco siglos, España ha sido un país de emigrados por diversas razones. A esta realidad histórica de la emigración española se suma el hecho reciente de la inmigración, desde la década de 1980.

Por tanto, ateniéndose a la realidad migratoria de España, desde la perspectiva del largo plazo histórico (de finales del siglo XV al primer cuarto del siglo XXI), este ha sido un país abierto al mundo durante gran parte de la época moderna. España no permaneció encerrada en su realidad estatal-nacional y fronteriza, pero hubo largos periodos donde la cerrazón nacional fue clara, por ejemplo: la Contrarreforma, 1600-1650 y el primer franquismo, 1940-1959. Durante largos periodos, España estuvo abierta al mundo mediante los continuos flujos migratorios, en forma de emigrados hacia América y Europa y también en forma de inmigrados más recientemente. Asimismo, el Estado-nación español surge en un momento de apertura al mundo y de unificación de reinos en la península ibérica, si bien la homogeneización nacional supuso la aparición de instituciones como la Inquisición, la citada Contrarreforma y el absolutismo político. Esto último es lo que José Ortega y Gasset llamó la tibetanización de España⁶.

⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Informe. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Consejo Económico y Social (Colección Informes, núm. 2), Madrid, 2019.

⁵ BAKDID, K.; CLAVERO, E. y GARCÍA-ESCRIBANO, J. J.: "La inmigración...", cit., p. 103. BAUBÖCK, R. y RUNDELL, J.: *Blurred Boundaries: Migration, Ethnicity, Citizenship*, Routledge, Londres, 2018. CASTLES, S. y MILLER, M. J.: *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2004. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

⁶ SOTO CARRASCO, D.: "Contra la 'tibetanización' de España. Una mirada sobre las lecturas del s. XVIII de Marías, Maravall y Díez del Corral", *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 2011, núm. 22, p. 399, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/RPUB/article/view/46124> ORTEGA Y GASSET argumentó que: "La Contrarreforma fue el ajuste de los tornillos flojos en el alma europea que obligó a las gentes todas –por tanto, unos y otros– tomasen contacto con su recóndita autenticidad. [...] Donde sí

El hecho de que España fuera el más temprano imperio de la Modernidad favoreció esa apertura al mundo. No obstante, la apertura mundial hispánica está rodeada de paradojas, de tensiones sociopolíticas y de una impronta etnocéntrica⁷. España se aventura a salir al mundo a finales del siglo XV (1492), con el descubrimiento de América, cuando se está constituyendo como Estado moderno de la mano de la política exterior expansionista de los Reyes Católicos. Los colonizadores españoles de América la “descubren” con una mirada particular: una clara pretensión de dominación política y religiosa (colonización y evangelización cristiana) y diversos afanes de dominación económica y comercial (abrir nuevas rutas comerciales, etc.). Por tanto, la apertura hispánica al mundo es compleja y controvertida. Tal complejidad se muestra cuando la dominación imperial española entró en crisis a finales del siglo XVI y principios del XVII, coincidiendo con el final del reinado de Felipe II⁸ (hasta 1598) y la referida tibetanización del país.

Dicha apertura al mundo de España se revela igualmente en las estadísticas oficiales sobre flujos migratorios del tiempo presente, según muestra la tabla 1. Así la realidad de los flujos migratorios es la siguiente: en enero de 2025, España acumula más de 3 millones de emigrantes, ciudadanos españoles que viven en el extranjero⁹; y, a la vez, en España residen casi 7,2 millones de personas con nacionalidad extranjera. Es decir, cerca de un 15% de la población total del país es inmigrante, según el Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría de Estado de Migraciones del Gobierno de España¹⁰. Concretamente, a 31 de diciembre de 2024, en España residían 3.210.635 personas extranjeras con au-

causó daño definitivo, fue precisamente en el pueblo que la emprendió y dirigió, en España”. La consecuencia que supuso la Contrarreforma fue la hermetización del pueblo español hacia y frente al resto del mundo y “fue la verdadera causa de que perdiésemos nuestro Imperio”. Así, la llamada “tibetanización” de España, entre 1600 y 1650, produjo una “radical hermetización hacia todo lo exterior, inclusive hacia la periferia de la misma España, es decir, sus colonias y su Imperio. Esta fue la verdadera causa de que el Imperio se arruinase. Todas las demás son, en comparación, secundarias”.

⁷ El etnocentrismo es el hecho por el que los seres humanos socializados en unos patrones culturales y valores sociales tienden a ver éstos como los mejores y únicos posibles y, así, surge la pretensión de imponerlos a personas originarias de otras culturas.

⁸ Con el reinado de Felipe II (desde 1556 hasta 1598), España fue la primera potencia de Europa y por primera vez en la historia, un imperio integró territorios de todos los continentes habitados.

⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): “Nota de prensa sobre Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE)”, Instituto Nacional de Estadística, 19 de marzo de 2025. CARRO, P.: “España alcanza su máximo histórico de emigrantes: más de 3 millones de españoles viven en el extranjero, un 4,7% más que en 2024”, *El Economista*, 19 de marzo de 2025, disponible en: <https://acortar.link/GkWm22> Según el PERE, la población española residente en el extranjero es de 3.045.966 personas a 1 de enero de 2025. En el año 2024 dicha población aumentó un 4,7%, situándose en el máximo histórico desde dio comienzo este registro (2009). “Los países extranjeros en los que residen más personas de nacionalidad española (a 1 de enero de 2025) son Argentina (505.940), Francia (320.749) y Estados Unidos de América (220.715)”.

¹⁰ OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: *Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor*, Secretaría de Estado de Migraciones, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Madrid, 2025. WIKIPEDIA: “Inmigración en España”, 2025a, disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Espa%C3%B1a Según datos consultados en Wikipedia, en abril de 2025 residían 6.947.711 personas con nacionalidad extranjera.

torización de residencia, así como 3.968.292 personas extranjeras bien con certificado de registro (3.752.842) o bien con acuerdo de retirada (215.450). En total, las personas extranjeras residentes en España suman 7.178.927. Por tanto, como resultado de la creciente población inmigrante que llega al país, en 2025 se ha alcanzado la cifra de 49 millones de habitantes. Estos datos muestran que España está doblemente globalizada, tanto por la vía de su ciudadanía emigrada como por la vía de las personas inmigradas. Al menos un quinto de la población actual del país vive la experiencia migratoria.

Tabla 1. Flujos migratorios en España, 2025

España, 2025: flujos migratorios	Personas con autorización de residencia	Personas con certificado de registro	Personas con acuerdo de retirada	Población total y % de flujos migratorios
Población extranjera residente en España (inmigrantes)	3.210.635	3.752.842	215.450	7.178.927 (14,6 %)
Población española residente en el extranjero (emigrantes)	--	--	--	3.045.966 (6,2 %)
Población total de España	49.153.849 (100 %)	--	--	10.224.893 (20,80%)

Fuente: Elaboración propia a partir de las siguientes fuentes¹¹.

Esta globalización múltiple (emigración con inmigración) está vinculada a varios factores históricos y sociales acontecidos en España. Esta se ha constituido históricamente en zona mundial proveedora de materias primas, productos agroalimentarios y de mano de obra barata de los centros de la economía-mundo capitalista. Además, se ha establecido como destino turístico de sol y playa, desde la década de 1960. Por su parte, la crisis económica de 2008 impulsa la aspiración de muchos jóvenes españoles, con elevada cualificación y estudios universitarios, a buscar un empleo adecuado a su formación incluso saliendo del país¹². La especialización económica y la consecuente división internacional del trabajo, unida

¹¹ OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: “Extranjeros...”, cit. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): “Nota de prensa...”, cit. ESTADÍSTICA CONTINUA DE POBLACIÓN (ECP): Instituto Nacional de Estadística (INE), Datos provisionales a 1 de abril de 2025, publicados el 8 de mayo de 2025.

¹² NAVARRETE MORENO, L. (dir.): *La emigración de los jóvenes españoles en el contexto de la crisis. Análisis y datos de un fenómeno difícil de cuantificar*, Instituto de la Juventud (INJUVE), Madrid, 2014. RODRÍGUEZ PUERTAS, R.: “Jóvenes universitarios españoles emigrados: entre la nostalgia del país de origen y la seducción por el de acogida”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios (RIEM)*, 2016, vol. 6, núm. 2, pp. 239-268.

a su situación periférica, condiciona el marco global de desigualdad e interdependencia de Andalucía y España en el contexto de la globalización¹³.

II. MIGRACIONES Y GLOBALIZACIÓN MÚLTIPLE DE ESPAÑA, DEL SIGLO XV AL XXI

En consecuencia, España ha vivido distintas y recurrentes experiencias migratorias desde el siglo XV hasta el presente, sobre todo a raíz del “descubrimiento” de América por Cristóbal Colón en 1492. Este acontecimiento histórico muestra indicios de lo que más tarde se ha concebido como globalización y/o mundialización. Colón mundializa España con su “descubrimiento”: llegó al archipiélago de las Bahamas (isla de Guanahani), pero creyó haber alcanzado las Indias (tierras de Asia). El desconocimiento del moderno colonizador llevó a denominar equívocamente al “Nuevo Mundo” (Indias). Más allá de los relatos heroicos de la llamada “gran era de los descubrimientos”, narrados en los libros de historia de los siglos XIX y XX, esa también fue “una época de explotación y destrucción”¹⁴. Así, España se constituye como Estado moderno apuntalando “su poder y sus vínculos comerciales en ultramar siguiendo un proceso que [aún configura] las migraciones actuales”¹⁵.

Tal como muestra la tabla 2, en 1492, “los Reyes Católicos promulgaron el Decreto de la Alhambra, por el que los judíos que se negasen a convertirse al catolicismo” eran “expulsados de todos sus territorios”, y los judíos españoles o sefardíes que no salieran de las tierras del imperio español podían “ser asesinados o torturados por la Inquisición española que operaba desde 1478”¹⁶. Así, el 31 de marzo de 1492 los Reyes Católicos decretaron la expulsión de los judíos de sus territorios. “Unos 165.000 judíos, tan españoles como el que más ya que llevaban quince siglos asentados en la Península, tuvieron que cruzar las fronteras hacia el exilio. Aquella fue una de las primeras ‘limpiezas étnicas’ de la historia”¹⁷.

Es paradójico que desde el momento que España salió al mundo, para constituirse primero como Estado y luego como imperio, también se replegó internamente. La globalización española marchó a través de vaivenes y no fue un proceso progresivo de plena apertura mundial, de Occidente hacia otros territorios (véase tabla 2). La interacción occidental

¹³ DELGADO, M.: *Andalucía en la otra cara de la globalización*, Mergablum, Sevilla, 2002. ENTRENA-DURÁN, F.: *Diversificación de las desigualdades y estabilización social en Andalucía*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2006, pp. 23-28. WALLERSTEIN, I. (coord.): *Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales*, Siglo XXI, Madrid, 2006 (9ª ed.).

¹⁴ GOLDIN, I.: *Breve historia...*, cit., p. 65.

¹⁵ GOLDIN, I.: *Breve historia...*, cit., p. 65.

¹⁶ GOLDIN, I.: *Breve historia...*, cit., p. 68.

¹⁷ SANTOS, F.: *Exiliados y emigrados: 1939-1999. Cuadernos de la Fundación españoles en el Mundo*, Biblioteca Virtual Cervantes, Alicante, 2003, p. 8.

con otros mundos llevó a cuestionar la convivencia entre personas con valores y patrones culturales diferentes. Por ello, la globalización se define como proceso histórico de expansión, imposición y posterior crisis de los modelos occidentales, que recientemente ha llevado al “torbellino de la globalidad”¹⁸. Ese torbellino produce y reproduce intensos flujos globales en múltiples direcciones, marcados por las críticas tanto al etnocentrismo y al nacionalismo (homogeneización cultural) como por el cuestionamiento del multiculturalismo y del globalismo (tolerancia entre culturas), así como por la emergencia de nuevas desigualdades sociales legitimadas por la visión neoliberal de la sociedad¹⁹.

Sin embargo, diversos pensadores de finales de siglo XX cuando analizaban la globalización la concebían como resultado del avance unidireccional y del progreso económico de Occidente en el mundo. De hecho, los pioneros en estudiar empírica y normativamente la globalización fueron economistas y sociólogos de Europa y Estados Unidos (Albrow, Touraine, Giddens, Beck, Stiglitz, Freedman, Hayek, Sztopmka, Robertson, etc.). Pero la globalización, desde su origen, es “una serie compleja de procesos [que marchan] de manera antitética y contradictoria”²⁰. Por ende, la globalización migratoria se torna múltiple, sinuosa, desigual, cuestionada y criticada. Además, las guerras de las metrópolis occidentales en sus colonias y la descolonización de mediados de siglo XX complejizaron aún más el proceso de la globalización.

Un ejemplo de retroceso de la globalización y de cerrazón interior del decadente imperio español, a principios del siglo XVII, ocurre en el reinado de Felipe III (1598-1621). Este rey, que gobernó el país mediante la figura del valido (Duque de Lerma), se vio envuelto en la Guerra de los Treinta Años, entreverada del conflicto religioso entre el catolicismo y el protestantismo en Europa. Antes del inicio de dicha guerra, Felipe III ordenó expulsar a los moriscos de los territorios de los diversos reinos de España. Así, entre los años 1609 y 1613 se expulsaron del país a más de 300.000 personas²¹, muchas de ellas de los reinos de Valencia, de Aragón y de Granada. Del reino de Granada se expulsaron unos dos mil moriscos, los pocos que quedaron después de la deportación de más de 60.000 moriscos granadinos que siguió a la fracasada rebelión de las Alpujarras²², entre 1568 y 1571.

¹⁸ ENTRENA-DURÁN, F.: *Local reactions to globalization processes: Competitive adaptation or socio-economic erosion*, Nova Science Publishers, Nueva York, 2003, pp. 9-15.

¹⁹ ENTRENA-DURÁN, F.: *Local reactions...*, cit., p. 14.

²⁰ GIDDENS, A.: *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Taurus, Madrid, 2000, p. 25.

²¹ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 8. La mayoría eran “campesinos y artesanos: herreros, albañiles, carpinteros, sastres, cultivadores de gusanos de seda, alfareros... Fue un nuevo paso de «limpieza étnica», en nuestro país”.

²² Conflicto ocurrido en España en el reinado de Felipe II, entre los años 1568 y 1571. La población morisca del Reino de Granada se alzó en armas protestando contra la Pragmática Sanción de 1567, que limitaba las libertades culturales de dicha población.

Tabla 2. Expulsados, exiliados y emigrados en España entre los siglos XV y XX

Expulsados, exiliados y emigrados en España, 1492-2024 (crisis históricas)	Cifras aproximadas de población afectada
31 de marzo de 1492: Reyes Católicos firman el decreto de expulsión de los judíos.	165.000 judíos expulsados de España.
Rebelión de las Alpujarras, 1568-1571 (Felipe II).	60.000 moriscos granadinos deportados.
Expulsión de los moriscos en diferentes reinos de España, 1609-1613 (Felipe III).	300.000 moriscos expulsados del país, aprox.
Destierro de los jesuitas en reinado de Carlos III, 1767 (Motín de Esquilache).	5.270 jesuitas desterrados de la Monarquía Hispánica.
Guerra de la Independencia (1808-1814).	56.946 prisioneros españoles de guerra en Francia: el 62% de todos los prisioneros de guerra extranjeros en este país. Un español de cada 200 fue deportado a Francia entre 1808 y 1814.
Reinado de Fernando VII (1814-1833)	12.000 afrancesados españoles exiliados.
Proceso masivo de emigración de españoles a América (1880-1929).	1904-1913: más de un millón de españoles salieron a hacer las Américas. 1880-1929: aprox. 3,5 millones de españoles partieron para América.
Guerra Civil Española (1936-1939).	450.000 españoles expatriados en el exilio (desde el 1 de abril de 1939).
Desarrollismo y apertura económica del franquismo (1959-1973).	Entre 1,5 y 2 millones de españoles emigraron a distintos lugares de Europa.

Fuente: Elaboración propia a partir de las siguientes fuentes²³.

Durante el reinado de Carlos III, en 1767, en pleno siglo de la Ilustración, se desterraron a más de 5.200 jesuitas de la Monarquía Hispánica, de los cuales unos 2.640 fueron expulsados de España, como consecuencia de la supuesta implicación de la Compañía de Jesús en el Motín de Esquilache (1766).

A lo largo del siglo XIX, periodo en el que se intensificó la discordia nacional y la violencia política debido a la excesiva politización y polarización de la sociedad española²⁴, surgieron “varias tandas de emigraciones, la mayoría de ellas de signo político, al ritmo de los vaivenes y convulsio-

²³ NARANJO OROVIO, C.: *Las migraciones de España a Iberoamérica desde la Independencia*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2010. SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit. VILAR, J. B.: *La España del exilio. Las emigraciones políticas españolas en los siglos XIX y XX*, Síntesis, Madrid, 2006.

²⁴ MARÍAS, J.: *España inteligible. Razón histórica de las Españas*, Alianza Editorial, Madrid, 2022.

nes de tan agitado siglo”²⁵. La primera emigración política fue el exilio de unos 12.000 afrancesados, expulsados en el reinado de Fernando VII. Las guerras carlistas llevaron al exilio a muchos partidarios del carlismo desde 1839 hasta finales del siglo XIX. Además, el ocaso del imperio español se aceleró, con la independencia de las colonias en América y Filipinas, hasta reducir las fronteras de España a su previo territorio peninsular e insular.

A principios del siglo XIX, durante la llamada Guerra de la Independencia: “un español de cada 200 fue deportado a Francia entre 1808 y 1814. Cifra, a su vez, muy elevada para el país de admisión”²⁶. Se calcula que en diciembre de 1813 había 56.946 prisioneros españoles de guerra en Francia, el 62% de todos los prisioneros de guerra extranjeros en este país. Así, desde finales del siglo XVIII hasta el último tercio del siglo XX, los españoles han experimentado de forma dramática el exilio y las emigraciones políticas, hasta el punto de que el exilio es una muestra significativa de la intolerancia en España²⁷. Por ello, se ha dicho que “los españoles son a un tiempo víctimas y verdugos de sí mismos. La precariedad, cuando no imposibilidad, de la convivencia pacífica entre las diferentes corrientes de opinión en cada momento, por causa del profundo arraigo de ideas de intolerancia, y en definitiva por desapego hacia las normas cívicas de convivencia, explica la traumática historia española de los últimos doscientos años”²⁸.

Hacia la primera década de 1900, continuó el proceso masivo de emigración de españoles por razones laborales y/o económicas a América, que se había gestado y desarrollado desde la década de 1880 hasta la crisis de 1929. Este flujo migratorio fue mucho mayor que el habido durante los siglos de la colonización y se enmarcó en un movimiento migratorio europeo más amplio, en el que España se incorporó tardíamente, junto con otros países mediterráneos como Italia y Portugal²⁹. Así, entre 1904 y 1913, “más de un millón de personas se lanzaron a *hacer las Américas* [...]. Estos emigrantes [españoles] se establecieron fundamentalmente en Cuba, Argentina, Venezuela, Brasil y Uruguay. Hay que tener en cuenta que algo más de la mitad de los que partieron regresaron a España”³⁰.

Por su parte, la expedición colonial de España en Marruecos será un anhelo de recuperación de la grandeza imperial perdida, impulsada sobre todo por la élite política y militar española. Pero tal anhelo dio lugar

²⁵ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 8.

²⁶ VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit., p. 86.

²⁷ VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit.

²⁸ VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit., p. 17.

²⁹ NARANJO OROVIO, C.: *Las migraciones de España*, cit. Los emigrantes españoles hacia el continente americano en el siglo XIX fueron impulsados principalmente por razones laborales y económicas, como, por ejemplo: la falta de oportunidades en el campo, el desempleo agrícola, la escasa industrialización del país, etc. Este proceso, que alcanzó su punto álgido entre 1880 y 1930, transformó socialmente tanto a España como a los países receptores.

³⁰ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 8.

a grandes crisis políticas nacionales: de la llamada guerra de Melilla y la matanza del Barraco del Lobo (1909), pasando por el desastre de Annual en 1921, hasta la invasión marroquí del Sahara español en 1975 (llamada "marcha verde" por Marruecos).

En pleno siglo XX los españoles vivieron de forma traumática las experiencias del exilio y de la emigración, sobre todo con la Guerra Civil Española (1936-1939). Tras esta guerra, el 1 de abril de 1939, se computaron 450.000 españoles expatriados que tuvieron que salir al exilio, huyendo en su mayoría a Francia (430.000), al Norte de África (12.000), a la Unión Soviética (4.000), otros países europeos (3.000) y a América (1.000)³¹. Los expatriados españoles huían de la represión política del régimen franquista en su primera etapa (1939-1959). Se estima que durante dicha guerra 59.000 españoles se exiliaron a diversos países de América, entre los que destacaban México (30.000), Argentina (10.000), Venezuela (5.000), República Dominicana (5.000) y Chile (3.500)³².

Además, la emigración española por motivos económicos a diversos países europeos estuvo vigente desde 1959 hasta 1973. Así, entre 1,5 y 2 millones de españoles emigraron a distintos lugares de Europa (véase tabla 2). Los emigrantes de los años sesenta eran mayoritariamente hombres jóvenes y con baja cualificación, que ocupaban los trabajos menos deseados y peor pagados en los países de destino, "atraídos por los mejores niveles salariales europeos"³³. Las regiones más afectadas por la emigración fueron Andalucía, Galicia, Castilla y León, Valencia y Extremadura. Así describía un periodista español el arribo de emigrantes españoles a sus destinos europeos en los años sesenta: "La llegada de emigrantes a las estaciones centroeuropeas es un espectáculo al que no se puede asistir indiferente. Sea de modo individual o en pequeños grupos, sea en expediciones oficiales del Instituto Español de Emigración, la sensación que producen los hombres de aspecto campesino, con equipajes voluminosos, muchas veces con pintorescas provisiones alimenticias, es una mezcla de indefensión y fatalismo, de seguir el destino. La mano de obra a la búsqueda del amo"³⁴.

Al menos hasta la primera mitad de la década de 1970, España fue un país de emigrantes por muy diversas causas: económicas, políticas, culturales, etc. Los españoles exiliados y emigrados durante el siglo XX lo fueron, primero, por razones políticas, sobre todo durante y tras el final de la Guerra Civil y, más tarde, por razones económicas y laborales, con las políticas desarrollistas del franquismo en los años sesenta³⁵. Estas polí-

³¹ VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit., p. 333.

³² VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit., p. 388.

³³ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 32.

³⁴ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 32-33. El periodista español que hacía la crónica era Díaz-Plaja en la década de 1960.

³⁵ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit. VILAR, J. B.: *La España del exilio...*, cit.

ticas de apertura económica se beneficiaron sobremanera de las remesas que los emigrantes enviaban a la España de Franco³⁶.

Tabla 3. Emigraciones totales y emigrantes jóvenes en España (2008-2024)

Emigración de españoles (años y cifra)	Emigrantes totales por año	Emigrantes de nacionalidad española	Jóvenes emigrantes menores de 35 años (cifras aproximadas)	Población española residente en el extranjero*
2008	288.432	33.505	96.000	1.471.691
2010	403.379	40.157	134.450	1.702.034
2012	446.606	57.267	148.860	1.816.835
2013	532.303	73.329	177.430	1.931.248
2014	400.430	80.441	130.000	2.058.048
2015	343.835	94.645	110.000	2.183.043
2016	327.325	89.825	100.000	2.305.030
2019	296.248	76.092	90.000	2.545.729
2021	380.786	76.200	125.000	2.654.723
2022	426.000	141.124	140.580	2.742.605
2024	480.000 aprox.	--	160.500	3.045.966

Fuente: Elaboración propia a partir de las siguientes fuentes³⁷.

Asimismo, como revela la tabla 3, en las últimas décadas (2008-2024), es llamativo el flujo migratorio de jóvenes emigrantes (menores de 35 años) que salen de España en busca de un trabajo afín a sus cualificaciones y muchos de ellos no volverán, al menos en su juventud. Así, entre 2008 y 2024, se estima que más de un millón de jóvenes (menores de 35 años) emigraron de España, con máximos anuales de hasta 140.580 salidas en los años más recientes³⁸. De este millón de jóvenes emigrados

³⁶ SANTOS, F.: *Exiliados...*, cit., p. 32. "Nuestros emigrantes a Europa apuntalaron de manera importante la economía española con sus remesas de divisas, hasta el punto de constituirse en el segundo capítulo en cuanto a ingresos de divisas de la balanza de pagos. El primer capítulo lo proporcionaba ya en aquellos años el turismo. España ingresó a lo largo de los 60 cerca de tres mil millones de dólares procedentes de los ahorros de los emigrantes. Este fenómeno produjo un impresionante aumento de los capitales y de la capacidad financiera de las cajas de ahorro y de algunos bancos".

³⁷ FUNDACIÓN BBVA: *Informe Esenciales: Emigraciones y Capital Humano*, Fundación BBVA, Madrid, 2023, núm. 9, p. 1. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): "Nota de prensa...", cit. Datos de la serie histórica del PERE (Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero) que comenzó a publicarse en 2008 por el INE.

³⁸ FUNDACIÓN BBVA: *Informe Esenciales...*, cit., p. 1.

entre 2008 y 2024, 400.000 son españoles³⁹. No existe un dato oficial para todo el periodo, pero varios estudios coinciden en que la emigración juvenil ha sido un fenómeno sostenido y relevante desde la crisis de 2008⁴⁰. Así mostraba un informe el impacto económico de los emigrantes españoles en edad de trabajar: “En definitiva, la emigración al exterior y su intensificación reciente contribuyen a reducir el capital humano de la economía española [...]. Se trata de un fenómeno que previsiblemente incrementará la dificultad para mantener y continuar desarrollando el Estado del bienestar, especialmente en un contexto de progresivo envejecimiento de la población que va a someter a fuertes tensiones la sostenibilidad del sistema de pensiones y que implicará la necesidad de dedicar cada vez más recursos al sistema sanitario y a la atención a la dependencia. Además, puede contribuir a agravar los serios problemas de relevo generacional y para cubrir vacantes que actualmente se ponen de manifiesto en cada vez más sectores y profesiones”⁴¹.

III. PENSAR LAS MIGRACIONES GLOBALES EN LAS DEMOCRACIAS PLURALISTAS

Sorprende, que las palabras globalización y migración, asociadas a realidades tan complejas y diversas, sean teorizadas (y simplificadas) desde perspectivas economicistas e instrumentales. Entre tales perspectivas destaca la teoría del mercado dual, ideada por Michael J. Piore⁴², según la cual la causa principal de la migración es la demanda de fuerza de trabajo en el contexto de diversas sociedades sometidas al proceso de globalización. Esta teoría permite comprender en su dimensión socioeconómica las migraciones, y estas explican, en parte, el fenómeno de la globalización. Dicha demanda favorece la disposición de los emigrantes a aceptar, si quiera transitoriamente, las condiciones de un mercado de trabajo secundario con peores circunstancias: trabajo más inestable, salarios más bajos y escaso prestigio social. Así, la ocupación de los inmigrantes permite a los nativos un ascenso social, pues los peores trabajos son asumidos por las personas extranjeras. Finalmente, cuando estas prolongan

³⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): “Nota de prensa...”, cit. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Estadística de Migraciones y Cambios de Residencia (EMCR)*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid, 2022. FUNDACIÓN BBVA: *Informe Esenciales...*, cit. En 2022 salieron de España unas 426.000 personas de todas edades y nacionalidades. De esta cifra, aproximadamente un tercio eran menores de 35 años: 140.000 jóvenes. A su vez, Según la Estadística de Migraciones y Cambios de Residencia (EMCR) del INE, en 2022 emigraron de España 141.124 personas con nacionalidad española.

⁴⁰ NAVARRETE MORENO, L. (dir.): *La emigración...*, cit., pp. 169-173. FUNDACIÓN BBVA: *Informe Esenciales...*, cit. La emigración de la juventud también ha afectado a otros países europeos como Italia, Grecia y Portugal, debido a las altas tasas de desempleo, especialmente tras la crisis económica de 2008.

⁴¹ FUNDACIÓN BBVA: *Informe Esenciales...*, cit., p. 2.

⁴² PIORE, M. J.: *Birds of Passage: Migrant Labor and Industrial Societies*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

su estancia en el país de destino, se hacen más resistentes a la asignación inicial del mercado de trabajo secundario, lo que lleva a la competencia y el conflicto entre inmigrados y nativos⁴³.

Un aspecto relevante de la teoría del mercado dual es que hasta el presente la demanda estructural de mano de obra inmigrante es inherente a la dinámica modernizadora de las economías de los países más desarrollados. Pero aun está por comprobar el impacto en el desempleo y paro de larga duración que tendrá en dichos países la cuarta revolución industrial y los avances tecnológicos de la Inteligencia Artificial (IA). El elemento crítico de dicha teoría es “ver a los inmigrantes como una oferta de mano de obra que genera su propia demanda”⁴⁴. De modo que las personas inmigradas se ven como mera mano de obra, cuando en realidad son portadoras de realidades humanas duras e incluso trágicas. No puede olvidarse que los migrantes que llegan a las costas del Mediterráneo, en España, Italia y Grecia, son sólo una pequeña parte de los que intentan llegar. Una gran parte de quienes lo intentaron murieron en un naufragio. Y de esos naufragios solo se conocen algunos, los más impactantes, en los medios de comunicación occidentales.

Por su parte, la palabra globalización tiene una dualidad de sentidos: por un lado, define un hecho social; por otro, se torna en eslogan o consigna ideológica que se utiliza políticamente. En cuanto hecho social, “la globalización significa la muerte del apartamiento, el vernos inmersos en formas de vida transnacionales a menudo no queridas e incomprendidas”⁴⁵. A su vez, como hecho social la globalización tiene diversas dimensiones, tales como “las técnicas de la comunicación, las dimensiones ecológicas, las económicas, las de organización del trabajo, las culturales, las de la sociedad civil, etc.”⁴⁶. De manera que la globalización “implica actuar y convivir superando todo tipo de separaciones” y, por ende, superando las fronteras convencionales físicas y simbólicas fijadas por los Estados, naciones, religiones, culturas, tradiciones y creencias⁴⁷, etc. Es decir, la globalización en tanto hecho social implica un mundo destradicionalizado, en donde “la tradición se ha replegado”⁴⁸ y desautorizado, favoreciendo “la alabanza del progreso”⁴⁹. Por ello, las personas defensoras de las tradiciones se ven obligadas a justificarse y a manifestarse en un contexto de incertidumbre, de inestabilidad y de crisis recurrentes. Los nuevos na-

⁴³ SORIANO MIRAS, R. M.: “Relaciones étnicas y migraciones en la sociedad global”, en IGLESIAS DE USSEL, J. y TRINIDAD, A. (eds.): *Leer la sociedad. Una introducción a la Sociología general*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 337-345.

⁴⁴ SORIANO MIRAS, R. M.: “Relaciones étnicas...”, cit., p. 361.

⁴⁵ BECK, U.: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós (Debolsillo), Barcelona, 2008, p. 56.

⁴⁶ BECK, U.: *¿Qué es...?*, cit., p. 53.

⁴⁷ A. GIDDENS citado en: BECK, U.: *¿Qué es...?*, cit., p. 56.

⁴⁸ GIDDENS, A.: *Un mundo...*, cit., 2000, p. 58.

⁴⁹ JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: *Miradas y meditaciones de la polis. Introducción a la Teoría Política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 58-61.

cionalismos populistas y fundamentalismos de todo tipo constituyen reacciones a la destradicionalización⁵⁰.

En cuanto consigna ideológica la globalización se torna en la controversia globalismo, versus, antiglobalismo. Donald Trump, en su discurso en la Asamblea de Naciones Unidas de 2019, expresó tal controversia posicionándose claramente a favor de los antiglobalistas, llamados patriotas por él mismo: “El futuro pertenece a los patriotas, no a los globalistas”⁵¹. Este lema seguido por otros líderes políticos europeos ultranacionalistas y populistas, como ocurre en el propio Parlamento Europeo y muchos países de Europa, es enarbolado por partidos políticos de extrema derecha que cuestionan el pluralismo cultural y expanden discursos del odio y xenóforos en el espacio público, incluso a costa de difundir mentiras⁵².

En los años 1990 gran parte de la clase política y de la academia aplicada al estudio de la sociedad global de las democracias pluralistas veía con buenos ojos la globalización (optimismo globalista), desde la perspectiva económica y de la información. Sin embargo, desde mediados de la década de 2010, a raíz del Brexit y de la primera victoria de Donald Trump, buena parte de la clase política e incluso de la academia se muestran escépticos y/o contrarios a la globalización (escepticismo globalista), optando por discursos nacionalistas y populistas⁵³. Así, se consolidan dos visiones contradictorias del porvenir que siguen en disputa en las democracias pluralistas, una vez pasado el primer cuarto del presente siglo: por un lado, “varias tribus planetarias, que luchan entre sí, que se odian pero que, por efecto de la globalización, se nutren cada día más del mismo caldo cultural indiferenciado”; por otro lado, “una humanidad consciente de su destino común y unida (...) en torno a los mismos valores esenciales, pero que sigue desarrollando las expresiones culturales más diversas y más pléticas”⁵⁴.

Desde 1960, las migraciones han intensificado el proceso de globalización y, a su vez, son objeto de una doble preocupación en las democracias pluralistas: por un lado, politizaron y polarizaron a las sociedades receptoras debido a las mudanzas sociales, políticas y culturales derivadas de las primeras⁵⁵; y, por otro, atrajeron la reflexión de diferentes pensadores políticos a partir de 1970. Desde esta segunda preocupación, Michael Walzer argumentó, en una de sus obras principales, que un Estado libe-

⁵⁰ GIDDENS, A.: *Un mundo...*, cit., 2000, pp. 61-63.

⁵¹ D. TRUMP citado en: GUIMÓN, P.: “Trump, en la ONU: ‘El futuro pertenece a los patriotas, no a los globalistas’”, *El País*, 24 de septiembre de 2019, consultado el 15 de abril de 2025.

⁵² Véanse los casos, por ejemplo, de los partidos: Patriotas por Europa en el Parlamento Europeo, de Alternativa por Alemania (AfD), Fidesz-Unión Cívica Húngara, Vox en España, Chega en Portugal, Agrupación Nacional en Francia, Hermanos de Italia, etc.

⁵³ HELD, D. y MCGREW, A.: *Globalización, antiglobalización: sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003.

⁵⁴ MAALOUF, A.: *El desajuste del mundo. Cuando nuestras civilizaciones se agotan*, Alianza editorial, Madrid, 2022, p. 274.

⁵⁵ CASTLES, S. y MILLER, M. J.: *La era de la migración...*, cit.

ral-democrático no puede tolerar la institucionalización de la desigualdad entre ciudadanos y extranjeros⁵⁶.

Para Hannah Arendt, negar la posibilidad de que cierto grupo humano aparezca en la esfera pública y exprese sus juicios políticos es perjudicial para su identidad y para lo que ella entendía por mundo común, pluralidad y acción, cimientos de la política democrática⁵⁷. En consecuencia, ella argumenta que si sólo la ciudadanía, reconocida estatal y legalmente, es la única protagonista de la vida política se obstaculiza el desarrollo de la democracia, puesto que a una cantidad considerable de personas adultas (migrantes permanentes) se les niega su capacidad de acción política y deliberativa. Si tales personas disponen de una vida material más o menos decente en términos económicos, porque así interesa para mantener el bienestar social general, pero se les excluye de la participación política, no pueden ser libres e iguales en tanto ciudadanos de pleno derecho. Esta situación lleva a una inclusión diferencial de los migrantes⁵⁸.

El reconocimiento de los derechos cívico-políticos a las personas extranjeras contradice uno de los presupuestos elementales del Estado-nación liberal, en virtud del cual sólo aquellos ciudadanos nacidos o nacionalizados en la sociedad de acogida pueden reclamar tales derechos. A partir del siglo XIX, la construcción de comunidades nacionales, mediante los diversos movimientos nacionalistas, ha condicionado el devenir político, al tiempo que desde la política se han definido los cambiantes límites de las naciones⁵⁹.

Siendo consciente de ello, Habermas admitía que “el Estado nacional y la democracia [...] se hallan culturalmente bajo la sombra del nacionalismo”⁶⁰. Por ello, cuestionar la dependencia entre nacionalidad y política es una tarea pendiente de la teoría política democrática⁶¹. Sin embargo, la tra-

⁵⁶ JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión democrática de los migrantes internacionales en las teorías políticas”, en MARÍN CASANOVA, J. A.; RAHAMÍ GARCÍA, D. y SALGUERO LAMILLAR, F. J. (coords.): *Contenidos del neo-humanismo del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 293-305. WALZER, M.: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, Nueva York, 1983.

⁵⁷ ARENDT, H.: *La condición humana*, Austral, Barcelona, 2020. ARENDT, H.: *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, Austral, Barcelona, 2022. HABERMAS, J.: *Facticidad y validez...*, cit. pp. 636-637. Habermas en sus primeras reflexiones sobre la diversidad cultural llamó la atención sobre el acertado análisis de la pensadora: “El diagnóstico de Hannah Arendt de que los carentes de hogar, los privados de sus derechos y los refugiados políticos determinarán la característica o marca del siglo XX, se ha confirmado en un grado aterrador. Las *displaced persons* que la Segunda Guerra Mundial dejó tras de sí en el centro de la Europa destruida, hace mucho tiempo que han sido relevadas por los refugiados e inmigrantes, que afluyen del Sur y del Este a la pacífica y opulenta Europa. Los viejos campos de refugiados ya no dan abasto a la inundación de nuevas olas migratorias. [...] Así, el ‘problema de los refugiados’ vuelve a poner de nuevo sobre la mesa la tensión siempre latente entre ciudadanía e identidad nacional”.

⁵⁸ JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión...”, cit. BIDERBOST, P. N.: “El estudio de las migraciones en la Ciencia Política. Un intento de sistematización”, *Ciencia Política*, 2010, vol. 9, pp. 9-34. MEZZADRA, S. y NIELSON, B.: “Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia”, *Papeles del CEIC*, 2014, vol. 2, Universidad del País Vasco.

⁵⁹ ÁLVAREZ-JUNCO, J.: *Dioses útiles. Naciones y nacionalismos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2016.

⁶⁰ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez...*, cit. p. 621.

⁶¹ WALZER, M.: *Spheres of Justice...*, cit.

dición liberal asume que el estatus de ciudadanía está restringido a la vinculación nacional de las personas, esto es, a su nacimiento en un Estado-nación o a su nacionalización en el mismo, requisito este último sobre el que tiene exclusiva potestad dicho Estado. Las exigencias para adquirir la nacionalidad en un país son de las pocas parcelas en las que éste conserva su soberanía externa y, por ende, su poder para determinar las condiciones sobre la primera. Por ello, se ha entendido que un Estado moderno es soberano cuando le es posible mantener en su interior la paz y el orden y, a la vez, proteger sus fronteras del exterior⁶². Así, dicho Estado se erige como guardián del *status quo* interior y como máximo protector de sus fronteras.

Por su parte, las democracias liberales se han constituido históricamente sobre un tipo particular de sociedad definida por tres rasgos: modernidad, carácter dinámico y naturaleza pluralista. Esto es, la democracia contemporánea se vincula con una sociedad desarrollada y modernizada en los mismos términos descritos por las teorías de la modernización: altos niveles de ingreso per cápita y de riqueza, elevada urbanización, sector primario reducido, industrialización, diversidad ocupacional, alto nivel de alfabetización y gran proporción de personas con estudios superiores, economía abierta y orientada hacia el mercado y elevados niveles de bienestar social⁶³. Además, la democracia liberal promueve y garantiza el respeto a las libertades cívicas y al pluralismo político e ideológico, base del Estado de derecho, conciliando el elemento liberal con el elemento democrático de la modernidad política⁶⁴. Sin embargo, cuando aparece el pluralismo cultural en tal democracia se torna en asunto de compleja gestión, dado que el Estado no fue concebido institucionalmente para incorporar a las minorías culturales y sus diferencias, sino más bien para el sometimiento y unificación de las mismas en un marco sociocultural y político-institucional hegemónico⁶⁵.

Esto es, la compleja génesis del Estado-nación moderno dio lugar a “un interés en lo universal” materializado en la uniformización y la marginalización de los particularismos culturales⁶⁶, mediante varias ideologías modernas basadas en la libertad (liberalismo) y la igualdad (socialismo). En disputa con tales ideologías, en el siglo XIX, surgió el nacionalismo para reclamar las idiosincrasias culturales de ciertos colectivos humanos. Es decir, el Estado-nación se configura en la continua tensión entre el universalismo, basado en la mundialización de las ideas modernas de libertad e igualdad, y el particularismo culturalista, arraigado en el énfasis de las identidades nacionales.

⁶² HABERMAS, J.: *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 84. JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión...”, cit.

⁶³ DAHL, R. A.: *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 300.

⁶⁴ HABERMAS, J.: *Facticidad y validez...*, cit. JIMÉNEZ REDONDO, M.: “Introducción”, en HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2000, p. 20.

⁶⁵ HABERMAS, J.: *La inclusión del otro...*, cit.

⁶⁶ BOURDIEU, P.: *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Anagrama, Barcelona, 2014. JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión...”, cit.

Por ello, los flujos migratorios internacionales han implicado (e implicarán) grandes transformaciones, incertidumbres y/o crisis para los Estados-naciones contemporáneos, dado que inciden sobre el significado social, la permeabilidad, la localización en el espacio y la estabilidad en el tiempo de las fronteras⁶⁷. Además, en las democracias se observan variados procesos de desigualdad socioeconómica y de exclusión política que llevan a levantar nuevas fronteras interiores entre las personas autóctonas y extranjeras⁶⁸. Pero ello es ilegítimo en una democracia si se conciben “las cuestiones sobre inclusión de inmigrantes a partir de principios de justicia social [...] que deben promover el autodesarrollo y la autodeterminación de los miembros de una sociedad”⁶⁹.

Para Habermas, la presencia de inmigrantes en las sociedades democráticas está vinculada a lo que él denomina el problema de las minorías nacidas⁷⁰. Al abordar este problema él considera que la ciudadanía no es sujeto abstracto desligado de sus múltiples referencias de origen y que ello abarca la integridad de las formas de vida personales en las que las personas dotan de sentido a sus trayectorias existenciales (“mundo de la vida”). Así, entran en juego, al decir de Habermas, lo que él llama las valoraciones fuertes que están ligadas a las tradiciones compartidas y específicas culturalmente. Es decir, el problema de tales minorías aparece en las llamadas sociedades multiculturales y postradicionales⁷¹.

A este respecto, cualquier sociedad democrática debe replantearse la siguiente pregunta, sobre todo en contextos en los que se ha trastocado la supuesta homogeneidad cultural del Estado-nación y las condiciones sociopolíticas se hayan transformado, como así reconoce Habermas, a comienzos de la década de 1990: ¿Qué personas tienen derecho legítimo a ser incluidas en el *demos*?⁷². Esta pregunta puede responderse de muy distintas maneras, y el enfoque teórico acerca del multiculturalismo condiciona las respuestas concretas y las políticas públicas para la gestión del pluralismo cultural⁷³. Estas preguntas se vinculan a las luchas por el reconocimiento en las democracias liberales. Habermas diferencia varios tipos de luchas culturales por el reconocimiento de especial relevancia en el presente: feminismo, multiculturalismo, nacionalismo, eurocentrismo. Entre tales luchas se halla de forma transversal “la cuestión de los derechos de las minorías ofendidas y despreciadas”⁷⁴.

⁶⁷ BAUBÖCK, R. y RUNDELL, J.: *Blurred Boundaries...*, cit. BIDERBOST, P. N.: “El estudio...”, cit. IZCARRA, S. P. y ANDRADE, K. L.: *Sociedades y fronteras: xenofobias y xenofilias*, Dykinson, Madrid, 2020.

⁶⁸ MEZZADRA, S. y NIELSON, B.: “Fronteras de...”, cit.

⁶⁹ MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, M.: “Política de inclusión de migrantes: Pensar la igualdad desde la diferencia”, *Working Papers*, 2013, núm. 144, Universidad Autónoma de Madrid, p. 4.

⁷⁰ HABERMAS, J.: *La inclusión del otro...*, cit., pp. 124-125.

⁷¹ JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión...”, cit.

⁷² HABERMAS, J.: *Facticidad y validez...*, cit. DAHL, R. A.: *La democracia...*, cit., p. 146.

⁷³ JIMÉNEZ-DÍAZ, J.-F.: “La inclusión...”, cit. TORRENS, X.: “Multiculturalismo”, en ANTÓN, J. y TORRENS, X. (eds.): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2020, pp. 651-657.

⁷⁴ HABERMAS, J.: *La inclusión del otro...*, cit., p. 202.

IV. GESTIÓN INMIGRATORIA EN LA ESPAÑA MULTINIVEL

Llevando la reflexión anterior a un plano empírico, merece la pena observar, siquiera en términos generales, cómo se ha regulado la inmigración en España. A este respecto, parece no existir diferencias entre los gobiernos españoles progresistas y conservadores en la gestión de los flujos migratorios, sobre todo en el contexto de creciente polarización política desde los años 2014 en adelante. Los partidos políticos en España, desde hace al menos una década, utilizan intensamente el tema de la inmigración como herramienta para polarizar y fragmentar a la ciudadanía y, por ende, para conseguir algunas ventajas electorales. Sin embargo, es necesario analizar la gestión inmigratoria de los gobiernos españoles en la elaboración de leyes orgánicas acerca de la migración, desde los años 1980 en adelante.

La primera Ley española de extranjería⁷⁵, aprobada en 1985 por el Gobierno socialista liderado por Felipe González que disponía de mayoría absoluta parlamentaria cuando el país se preparaba para integrarse en la Comunidad Económica Europea (CEE), fue diseñada desde una perspectiva liberal-conservadora para controlar la entrada de población extranjera. Dicha ley no preveía políticas públicas para la integración social de los migrantes. El 1 de julio de 1985 el Estado español sancionó su primera Ley de Extranjería. Poco antes, España firmó el Tratado de Adhesión a la CEE (Madrid, 12 de junio de 1985) y pasaba a conformar la frontera sur de ese espacio común. La nueva legislación en extranjería parecía una condición más para formar parte de la CEE.

La Ley de 1985 adoptó un carácter restrictivo y su primer efecto fue llevar a la irregularidad a miles de personas migrantes que vivían en el país. Para quienes tenían residencia y pretendían obtener un permiso de trabajo o la renovación del mismo, se fijaban dos requisitos clave: que no existieran “trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar” y “la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica”. Por primera vez en la democracia española se establecía “la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar”, con un límite máximo de 40 días de internamiento: surgían así los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)⁷⁶. Por tanto, ciertos derechos quedaban reservados en exclusividad para las personas que se hallaran “legalmente en territorio español”. Al resto se le negaba el derecho a reunión, a formar parte de una asociación, a afiliarse a un sindicato u organización profesional, a huelga y ni siquiera se reconocía el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

⁷⁵ LEY ORGÁNICA 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767>

⁷⁶ SOLANES CORELLA, Á.: “Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2016, núm. 19, pp. 2-19.

Como se ha visto anteriormente, hasta la década 1980, España expulsaba población por motivos políticos y económicos (exiliados y expatriados). Es decir, hasta muy recientemente, España no tenía ninguna experiencia "con el control fronterizo migratorio y los programas de integración"⁷⁷. Así, la primera Ley española de extranjería fue diseñada para controlar la entrada de población extranjera, pero no preveía políticas públicas para su incorporación social. Esta ley trataba "el fenómeno migratorio desde una óptica policial" y además creaba "una gran bolsa de irregularidad"⁷⁸.

Dicha ley fue considerada una de las más restrictivas de Europa. Si bien, en su exposición de motivos el texto afirmaba reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades equiparables a los ciudadanos españoles, en la práctica fue objeto de fuertes críticas por su enfoque policial y la regulación restrictiva de los derechos de los extranjeros⁷⁹. Diversas organizaciones sociales y expertos argumentaron que la ley limitaba significativamente el acceso de los extranjeros a ciertos derechos, especialmente para quienes se encontraban en situación irregular, y establecía mecanismos de control y expulsión considerados muy duros en el entorno europeo. Además, la ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que anuló varios de sus preceptos por considerarlos excesivamente restrictivos, lo que marcó posteriormente un cambio hacia una doctrina más garantista en materia de extranjería⁸⁰.

En efecto, en 1987, el Tribunal Constitucional (TC) declaró la inconstitucionalidad de varios puntos de la Ley de extranjería de 1985, mediante la Sentencia 115/1987, de 7 de julio⁸¹. El aumento de los flujos migratorios y la transformación socioeconómica de España en la década de 1990 mostraron las limitaciones de la norma de 1985. Ello llevó a la aprobación de una nueva ley, cuando el país era gobernado por el Partido Popular: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸². Aunque esta legislación supuso un cambio de enfoque al reconocer más derechos a los extranjeros y facilitar su integración social, recuperaba las anteriores limitaciones. Reunirse, manifestarse, afiliarse a un sindicato o participar en una huelga volvieron a estar prohibidos a las personas en situación irregular. En 2007 el TC restituyó los derechos fundamentales a los migrantes y su trasposición a la Ley se concretó en la modificación de 2009.

⁷⁷ GUÍA, A.: "Migraciones", en ÁLVAREZ-JUNCO, J. y SHUBERT, A. (eds.): *Nueva historia de la España contemporánea (1808-2018)*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2018, p. 508.

⁷⁸ SORIANO MIRAS, R. M.: "Relaciones étnicas...", cit. p. 369. ORTEGA PÉREZ, N.: "España: Hacia una nueva política migratoria", *Migration Information Source*, 2003, disponible online: <https://www.migrationpolicy.org/article/espa-hacia-una-nueva-pol-tica-migratoria>

⁷⁹ Véase, la citada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en este enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767>

⁸⁰ SOLANES CORELLA, Á.: "Un análisis...", cit.

⁸¹ STC de 7 de julio de 1987.

⁸² LEY ORGÁNICA 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

La citada Ley Orgánica 4/2000, aprobada en el marco del Gobierno conservador liderado por José María Aznar, aunque reformó la anterior norma hacia un enfoque más progresista, pues la Ley del año 2000 hablaba literalmente de “derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, continuaba excluyendo de ciertos derechos fundamentales a los migrantes. Sin embargo, España es un Estado social y democrático de Derecho, como afirma la vigente Constitución Española en su Artículo 1. La convivencia política en un Estado democrático y pluralista requiere el cumplimiento de los Derechos Humanos, como así también exige el Artículo 10.2 de la Constitución Española. Pero, a día de hoy, los migrantes en España no están plenamente incorporados al proceso social y político-institucional del país. El clima de confrontación y polarización políticas en España y entre sus respectivas Comunidades Autónomas no contribuye a adoptar un acuerdo político estatal sobre política inmigratoria, pese a ser la inmigración un fenómeno estructural que constituye la sociedad española desde hace más de tres décadas⁸³.

Según varios estudios sobre la incorporación social de los inmigrantes, y después de varias décadas de flujos migratorios intensos y acelerados hacia España, la integración de los primeros parece incompleta. A ello se suma que “España es uno de los países de la Unión Europea en los que mayor proporción de población reconoce no estar bien informada acerca de la inmigración y las cuestiones relacionadas”⁸⁴. Así, casi tres cuartas partes de la población española (74%) admite no estar bien informada. El dato procede de un estudio de la Comisión Europea, cuyo trabajo de campo se desarrolló en octubre de 2017⁸⁵. Por tanto, la España multinivel y pluricultural del Estado de las Autonomías tiene varios retos estructurales a la hora de gestionar los flujos migratorios dentro del país y entre las diversas comunidades autónomas. Los retos son variados y solo se destacan los principales:

1. Por un lado, se plantea la cuestión de gestionar dichos flujos en la frontera internacional de España, que también es frontera de la Unión Europea en todo el litoral del país, muy especialmente en el Mediterráneo, por su proximidad a África;
2. Por otro lado, se muestra la cuestión de la gestión inmigratoria en el interior España, conformada por 17 Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, gobernadas por diversos partidos políticos, en muchas ocasiones diferentes del partido o coalición de partidos que gobierna el Estado central. La visión cortoplacista de los gobiernos y las lógicas de confrontación política, entre el partido que gobierna el Estado y los partidos gobernantes en

⁸³ GUÍA, A.: “Migraciones”, cit. ORTEGA PÉREZ, N.: “España...”, cit. SORIANO MIRAS, R. M.: “Relaciones étnicas...”, cit.

⁸⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Informe...*, cit. p. 13.

⁸⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Informe...*, cit.

- las Autonomías, hacen muy complicada la coordinación y cooperación entre los diferentes gobiernos en política migratoria;
3. Por último, también aparece la cuestión de la gestión inmigratoria en el plano local, con múltiples municipios de diferente tamaño poblacional y con tasas de población extranjera muy dispares, en función de si tienen actividades socioeconómicas que demandan mano de obra para el sector primario y el sector servicios, dentro de la diversidad provincial y local. Así, la población inmigrada en España se concentra bien en las grandes capitales del interior (sobre todo en Madrid) y en el litoral del país, sobre todo en las ciudades de Barcelona, Valencia, Alicante, Murcia, Almería, Málaga, Cádiz y Huelva.

Cuadro 1: Distribución competencial en política migratoria en España

Competencia	Estado Central	Comunidades Autónomas (y Municipios)
Control de fronteras	Exclusiva	--
Control de entrada, residencia, expulsión	Exclusiva	--
Autorizaciones de trabajo	Normativa y en parte ejecutiva	Ejecución en algunas CCAA (Ejemplo; Andalucía, Cataluña, etc.)
Integración social y servicios	Básica	Desarrollo y ejecución (Sanidad, educación y servicios sociales)
Acogida y primera asistencia	Coordinación y financiación	Gestión y prestación directa

Fuente: elaboración propia, a partir de las siguientes fuentes⁸⁶.

Como se muestra en el Cuadro 1, las competencias de control de fronteras y de control de entrada, residencia y expulsión en política migratoria ("Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo") son exclusivas del Estado central español, de acuerdo con el Artículo 149. 1. 2ª de la Constitución Española de 1978⁸⁷. Sin embargo, el complejo proceso de construcción del Estado autonómico en España desde los años 1980, ha implicado que algunas comunidades autónomas, como Andalucía y Cataluña, gestionen conjuntamente con el Estado algunas competencias estatales referidas a la inmigración (acogida y primera asistencia, autorizaciones de trabajo, integración social y servicios, etc.). Por ejemplo, el Artículo 62 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dice expresamente

⁸⁶ ESPAÑA. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424. LEY ORGÁNICA 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-5825> NUEVO LÓPEZ, P.: "Competencias en materia de inmigración", *Hay Derecho*, 17 de marzo de 2025, disponible en: <https://www.hayderecho.com/2025/03/17/inmigracion-delegacion-inconstitucional/>

⁸⁷ ESPAÑA. *Constitución Española...*, cit., Art. 149. 1. 2ª.

que: “Corresponden a la Comunidad Autónoma [las siguientes competencias]: a) Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes [...]; b) La competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado [...]”⁸⁸.

En consecuencia, es clara la complejidad para coordinar la gestión de competencias migratorias entre el Estado central y las autonomías españolas: así, el reparto de menores migrantes no acompañados (MENAS) ha supuesto una lucha política entre comunidades autónomas. De esta forma, el acuerdo alcanzado entre el Gobierno central y el canario sobre los criterios para realizar el reparto de los 4.500 menores no acompañados (MENAS), que desborda la capacidad de Canarias y de Ceuta, ha generado una lucha política entre comunidades autónomas, desde principios de 2025. Muchas de las comunidades han competido, contraviniendo el principio de solidaridad del Art. 2 de la Constitución Española 1978, por la asignación a la baja de los MENAS en sus respectivos territorios⁸⁹. El caso de Cataluña es muy revelador. El 4 de marzo de 2025 se hizo público un acuerdo entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario de Junts para delegar a la Generalitat de Cataluña competencias en materia de inmigración, de modo que esta pueda desarrollar una política integral al respecto. Este acuerdo se plasmó en la presentación conjunta de una Proposición de Ley orgánica de delegación de competencias, registrada en el Congreso en marzo de 2025⁹⁰, lo que generó bastantes críticas en varios partidos políticos y entre juristas⁹¹.

Por tanto, la delimitación del reparto competencial en política migratoria no está cerrada y será cuestión de debate intenso en los próximos años, en la medida que se impongan bien ciertos intereses entre los partidos gobernantes, o bien predominen los discursos migratorios contrarios a la integración de los inmigrantes y las actitudes xenófobas en los diversos partidos que gobiernan las autonomías españolas. Así, por ejemplo, ante la incapacidad de reformar el modelo de acogida de menores por falta de acuerdo con el Partido Popular (PP), el Gobierno central y el Gobierno de la Comunidad de Canarias preparaban una ley que obligara a las comunidades a recibir a una parte de ellos según criterios como la población, la renta y también el esfuerzo realizado hasta ahora.

Recordemos, además, que finalmente donde se realiza el proceso de entrada, acogida e internamiento de la población inmigrada es en las ciu-

⁸⁸ LEY ORGÁNICA 2/2007, de 19 de marzo, de reforma..., cit., Art. 62.

⁸⁹ ESPAÑA. *Constitución Española*..., cit., Art. 2.

⁹⁰ Proposición de Ley Orgánica de delegación en la Comunidad Autónoma de Cataluña de competencias estatales en materia de inmigración. (122/000172). Enlace: <https://goo.su/4KRI8Zz>

⁹¹ NUEVO LÓPEZ, P.: “Competencias...”, cit.

dades y municipios que disponen de mayores recursos y capacidad para ello. En España hay 8.132 municipios, de los cuales 6.827 tiene un tamaño poblacional inferior a los 5.000 habitantes. Es decir, el 84% de los municipios en España tienen menos de 5.000 habitantes. Al mismo tiempo, en España hay 4.995 municipios con menos de mil habitantes: el 61% del total (véase tabla 4). Esta última es la “España vaciada”, en la que viven 1.444.352 habitantes (el 3% de la población del país). Por contra, la población residente en municipios de más de 50.000 habitantes se concentra en 152 ciudades españolas (1,86% de los municipios), en donde se reúnen la mayoría de los centros de acogida de personas inmigradas en España. De tal modo, en menos del 2% de municipios habita más de la mitad de la población del país (25,5 millones de habitantes)⁹².

Tabla 4. Distribución de la población en España por tamaño del municipio en 2024

Nº. Municipios, porcentaje (%) de municipios y % de pob. respecto al total	Nº. Municipios de más de 50.000 habitantes y % pob.	Nº. Municipios de menos de 20.000 habitantes y % pob.	Nº. Municipios de menos de 5000 habitantes y % pob.	Nº. municipios de menos de 1000 habitantes y % pob.
Número y porcentaje (%) de municipios	152 (1,86 %)	7708 (94,79 %)	6827 (61 %)	4995 (84 %)
Porcentaje (%) de población respecto al total	53,4 %	30,13 %	12 %	3 %
Total de municipios y población en España	8132 (100 %) 48.628.256 (100%)			

Fuente: elaboración propia, a partir de datos de la página web: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Municipios_de_Espa%C3%B1a_por_poblaci%C3%B3n

CONCLUSIÓN

En definitiva, España es un caso paradigmático de globalización migratoria múltiple, iniciada hace más de cinco siglos. Desde que se constituye como Estado-nación y, luego, como imperio ha sido un territorio muy

⁹² WIKIPEDIA: “Municipios de España por población”, 2025b. En 152 ciudades de España vive el 53% de la población del país: principalmente es la España del litoral y de las capitales de provincia. Datos consultados, el 16/05/2025, de la página web: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Municipios_de_Espa%C3%B1a_por_poblaci%C3%B3n

conectado con el mundo a través de sus emigrantes y, más recientemente, con la llegada de inmigrantes. Hacia 1985 en el contexto de la entrada en la CEE, el país se tornó en un complejo laboratorio de las políticas migratorias europeas y se redactó la citada primera Ley de extranjería en España. Esta acabó siendo derogada 15 años más tarde y sustituida por la Ley Orgánica 4/2000. La compleja realidad de la globalización migratoria requiere una atención especial del poder legislativo y político a la hora de establecer un marco jurídico común aplicable a un Estado tan descentralizado como lo es España. Esta, en su compleja conformación como realidad histórica, tiene la doble impronta de la emigración y de la inmigración en su identidad nacional, pero también un territorio diverso en el que coexisten variadas identidades nacionales y culturales. Conciliar tales identidades con las políticas migratorias multinivel no es fácil en un contexto de pluralismo cultural. Asimismo, en el marco de la creciente polarización y fragmentación electoral de la ciudadanía y la élite política españolas cabe hacer una llamada a discursos y acciones políticas prudentes respecto a la regulación y visión de las migraciones. Estas constituyen un componente estructural del país y su discusión pública no puede anclarse a la confrontación política diaria y, aún menos, aferrarse a los discursos de odio sobre las personas migrantes.

Externalización de las fronteras en el sistema de recepción italiano: la situación actual en Sicilia*

Francesco SANFILIPPO MONACHINO

Doctorando en Estudios Migratorios

Universidad de Granada

Correo electrónico: f.sanfilippomonachino@hotmail.com

Sumario: I. Introducción. II. La situación en Italia. III. El caso de Sicilia.

Palabras clave: Protección especial, Decreto Cutro, Paco Inmigración y Asilo, Reglamento sobre requisitos.

I. INTRODUCCIÓN

La forma en que experimentamos un lugar puede generar un fuerte sentido de pertenencia, lo que conduce a una comprensión y un cuidado profundos por él. Este vínculo contribuye a la construcción de la identidad individual y colectiva. Los estudiosos, desde los años setenta hasta la actualidad, han analizado las múltiples dimensiones del apego al lugar, enfatizando cómo es una necesidad humana fundamental, alimentada por paisajes, personas, experiencias y recuerdos. En la sociedad contemporánea, el apego puede desarrollarse rápidamente, tanto por la similitud entre lugares antiguos y nuevos como por la apertura general de las personas a nuevas experiencias. Sin embargo, cada lugar se percibe de ma-

* El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto "Migration incorporation policies and practices in migrants' reception and settlement cities in Andalusia and Sicily" (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.

nera personal, a través de experiencias y emociones individuales, incluso dentro del contexto cultural de la pertenencia.

La ciudadanía no debe basarse en orígenes étnicos o culturales, sino en la conciencia cívica y en un sentido compartido de pertenencia a una comunidad con derechos y deberes equilibrados. Los habitantes de una *polis* están unidos por principios fundamentales más fuertes que las diferencias, como la religión o el idioma. La verdadera integración social y cultural se logra mediante el reconocimiento de los derechos de ciudadanía y el respeto mutuo.

La migración ha sido un tema principal en la política europea durante años, alcanzando su punto máximo en 2015 y 2016, cuando la Unión Europea experimentó un fuerte aumento en la afluencia de refugiados y migrantes, lo que llevó a que el periodo fuera calificado como una “crisis migratoria”. Desde entonces, la UE ha reforzado sus políticas de externalización, centrándose en la dimensión externa de la gestión migratoria, es decir, en acciones que influyen en lo que ocurre fuera de las fronteras europeas, antes de que los migrantes lleguen a las fronteras de la UE.

Hablar de gestión migratoria en la Unión Europea significa, ante todo, distinguir entre dos dimensiones: interna y externa. La primera se refiere a las normas comunes sobre procedimientos de asilo, condiciones de recepción, reparto de responsabilidades y todos los acuerdos que la Unión formula para gestionar los flujos migratorios y sus consecuencias dentro de sus fronteras.

El mecanismo de externalización de fronteras no es reciente. No se puede olvidar que ya con la conferencia de Evian de julio de 1938, organizada para mejorar la acogida de los judíos que huían de los territorios alemanes y austriacos tras la persecución nazi, los estados democráticos impidieron la entrada regular de judíos e incluso decidieron negociar con el propio régimen nazi algún tipo de control y la limitación de su emigración, que ya no estaba permitida legalmente y acabó facilitando el genocidio posterior. Una de las primeras consideraciones de la Resolución final de esa Conferencia se refería a las consecuencias para la economía global, afirmando estar “preocupada” por la emigración masiva forzada de judíos; la Resolución recordaba la difícil situación económica en la que se encontraban los países de asilo, debilitados por la crisis económica de 1929 y marcados por el desempleo y, en nombre de diversos problemas económicos, el orden social y público, las fronteras permanecían de facto cerradas. En esa conferencia se hicieron declaraciones muy similares a las que los estados democráticos aún hacen ante la migración, incluida la de los solicitantes de asilo¹.

¹ “La emigración involuntaria de una gran parte de la población ha alcanzado proporciones tan grandes que agravan los problemas de raza y religión, [...] aumenta la inestabilidad internacional y [...] corre el riesgo de obstaculizar el proceso de pacificación en curso en las relaciones internacionales” (de la Resolución Final de la Conferencia de Evian).

En las políticas europeas más recientes sobre inmigración y asilo, la externalización del control fronterizo se remonta a la Convención de 1990, que implementó el Acuerdo de Schengen, que establece la obligación de que el transportista retorne inmediatamente, a su propio coste, al extranjero transportado por él que sea rechazado por no contar con los documentos y condiciones para la entrada en territorio de la Unión Europea. Este principio también transfiere cargas económicas a las compañías transportistas públicas y privadas, lo que induce a las propias compañías a comprobar todas las condiciones y documentos que permiten la entrada legal en el territorio del Estado al que el viajero pretende ir. De hecho, se anticipan y trasladan los controles sobre las personas extranjeras a las compañías antes de la salida del país de partida. Esta obligación sigue estando prevista en las normativas de la UE que regulan los pasos fronterizos y en la legislación de todos los Estados de la UE, incluida Italia, que la incluye en el art. 10 del Decreto Legislativo nº 286/1998. La externalización ha aumentado aún más en calidad y cantidad a medida que cada Estado y la propia UE han concluido acuerdos para la readmisión de personas en situaciones de estancia irregular, que afectan a todas las personas que han transitado irregularmente desde el territorio del tercer Estado signatario del acuerdo, trasladando así la carga de un control más ferreo de sus fronteras a dicho tercer Estado.

Otra expresión del mismo principio son instituciones importantes incluidas a partir de 2003 en las normas de la UE sobre protección internacional y, en particular, el poder otorgado a cada Estado de la UE para designar a ciertos Estados como países de tránsito seguro². De hecho, a estos últimos se les delega la carga de examinar las solicitudes de asilo de ciudadanos extranjeros y su acogida y, por supuesto, se les induce a controlar aún más sus fronteras para evitar permitir la entrada de extranjeros en su territorio que deberían asumir, incluso si son personas en tránsito que realmente desean solicitar protección en un determinado estado de la UE. Por tanto, puede decirse que, aunque en los últimos años ha habido un desarrollo nuevo y progresivo de la dimensión externa de las políticas migratorias de la UE, el intento de implementar políticas extraterritoriales destinadas a regular la protección internacional excluyendo la jurisdicción inmediata del país de llegada no es en absoluto nuevo.

Así, se remonta a la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX el intento de algunos Estados miembros (los más implicados en la gestión de los flujos migratorios) de crear un enfoque extraterritorial para las políticas dirigidas a refugiados y solicitantes de asilo, con el objetivo de experimentar con políticas de “no entrada” de las personas en el territorio, para excluirlas de la posibilidad de acogerse a la jurisdicción de ese Estado³.

² Consideremos, por ejemplo, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de la protección internacional (reformulada).

³ James C. Hathaway y Thomas Gammeltoft-Hansen, *No Devolución en un Mundo de Disuasión Cooperativa*, 2014, Documentos de trabajo de Derecho y Economía. 106: “*Durante las últimas tres décadas, aunque*

Así, a nivel europeo, con el tiempo se han articulado propuestas sobre la creación de centros de acogida fuera de los territorios de los Estados miembros y de la actual Unión Europea (o en cualquier caso de países que no hayan ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951) y de zonas regionales de protección temporal, donde verificar la validez de las solicitudes de protección internacional con el fin de, si se producen, permitir la entrada en el país europeo concreto de personas consideradas elegibles para una forma de protección que esté comprendida en el ámbito de la Convención de Ginebra⁴. Más recientemente, el Tratado Italia-Libia firmado en Bengasi el 30 de agosto de 2008, aprobado y hecho aplicable en Italia por la Ley nº 7 del 6 de febrero de 2009, prevé expresamente en su artículo 19 ayuda y financiación italiana y europea para combatir la inmigración irregular en territorio libio, así como la colaboración italiana y libia en los países de origen de extranjeros para desalentar la emigración⁵. En base a este acuerdo, y de los acuerdos firmados posteriormente⁶, Italia ha estado proporcionando financiación y apoyo a la Guardia Costera libia durante años.

No obstante, los temas que más nos preocupan, a los efectos de este análisis, empiezan con la Agenda Europea para las Migraciones de mayo de 2015⁷, y se han ido desarrollando más en los años siguientes, a través de un camino largo y estructurado que no puede explorarse en profundidad aquí, que podemos encontrar entre los pasajes fundamentales la Cumbre de La Valeta de noviembre de 2015⁸, el acuerdo UE-Turquía de marzo de 2016⁹, el nuevo marco de asociación con terceros

los Estados más poderosos han afirmado vigorosamente su compromiso de respetar la ley de refugiados, han trabajado arduamente en el diseño e implementación de políticas de “no entrada” que buscan impedir que la mayoría de los refugiados accedan a su jurisdicción y, por tanto, puedan afirmar su derecho a los beneficios legislativos proporcionados a los refugiados” (traducción nuestra). Se puede encontrar una lectura específica de prácticas en este sentido, también con referencia a las políticas recientes de la Unión Europea, en Bill Frelick, Ian M. Kysel, Jennifer Podkul, The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Requesters and Other Migrants, en Journal on Migration and Human Security, Volumen 4, n. 4, 2016, Ed. Center for Migration Studies of New York, en el enlace <http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/68>.

⁴ Alexander Betts, Las relaciones internacionales de los “nuevos” enfoques extraterritoriales para la protección de refugiados: explicando las iniciativas políticas del gobierno del Reino Unido y ACNUR, en Refuge, Canada’s Journal on Refugees, Vol. 22, n. 1, 2004, disponible en: <https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/21318/19989>.

⁵ El artículo 19 establece que: 1. Las dos Partes intensifican su cooperación continua en la lucha contra el terrorismo, el crimen organizado, el narcotráfico y la inmigración ilegal, de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo firmado en Roma el 13.12.2000 y los acuerdos técnicos posteriores, incluyendo, en particular, en lo relativo a la lucha contra la inmigración ilegal, los Protocolos de Cooperación firmados en Trípoli el 29 de diciembre de 2007.

⁶ Memorando de Entendimiento entre Italia y Libia redactado e implementado en Roma el 2 de febrero de 2017 (disponible en el enlace <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/02/Libia.pdf>. enlace <https://www.asgi.it/asilo> e protezione-internazionale/italia-libia-accordo-ue/) y renovado automáticamente por un periodo de tres años el 2 de noviembre de 2019.

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0240&rid=1>

⁸ Para los resultados de la cumbre, véase <http://www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2015/11/11-12/>

⁹ www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressure/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/

países propuesto por la Comisión Europea y respaldado por el Consejo en junio de 2016¹⁰, la Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos externos de la migración para abordar la ruta del Mediterráneo Central de febrero de 2017¹¹, los acuerdos entre Italia y Libia¹² y las iniciativas sobre el controvertido Código de conducta para ONG¹³ que realizaron rescates en el mar Mediterráneo central, incluyendo las decisiones adoptadas en 2017, tanto por los Estados miembros individuales (ante todo Italia) como por la Unión Europea, y la legislación italiana específica de 2018 sobre protección internacional y limitación de las actividades de búsqueda y rescate en el mar por parte de organizaciones humanitarias y la renovación del mencionado acuerdo con Libia en noviembre de 2019. Este marco también incluye los desarrollos de las directrices económico-políticas de la Unión Europea tras el Proceso de Jartum de 2014, que condujeron a la creación del Fondo Fiduciario UE-África y a la aprobación de un nuevo Plan para una “política de inmigración y asilo de la UE más fuerte, eficaz y justa”, destinada a “mejorar las vías legales para las personas que necesitan protección internacional” anticipado por el presidente Juncker con la presentación del Informe del Estado de la Unión a mediados de septiembre de 2017.

Un análisis de las políticas de externalización de la Unión Europea muestra que la migración se trata más como una amenaza a contener que como un recurso. La UE centra su acción en la dimensión externa porque es incapaz de alcanzar un acuerdo interno sobre responsabilidad compartida, asilo e integración. Las medidas implementadas, los acuerdos con terceros países, la ayuda y el fortalecimiento de Frontex son soluciones temporales que ignoran las causas profundas de la migración y no logran reducir las tragedias en el Mediterráneo, donde murieron aproximadamente 2.000 personas en 2023. Por tanto, un enfoque que no prioriza los derechos y la dignidad humanos es ineficaz y convierte a la UE en cómplice de las violaciones de derechos humanos sufridas por los migrantes.

Gabriele Del Grande, en su libro *“Il Secolo Mobile”*, propone detener los desembarcos y la inmigración irregular aboliendo la *“prohibición de viaje para los pobres”*. Señala que los migrantes irregulares suelen ser aquellos que no pueden obtener un visado, mientras que millones de otros llegan legalmente cada año por motivos familiares, de estudio o labora-

¹⁰ <http://www.consilium.europa.eu/it/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/migration-partnership>

Marco de referencia/

¹¹ <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2017/02/03-malta-declaration/>

¹² ASGI: “El cierre de la ruta libia y las violaciones de los derechos humanos” Video en el enlace <https://www.asgi.it/formazione/convegno-roma-libia-violazioni-diritti-umani>

¹³ ASGI “Código de conducta para ONG implicadas en el rescate de migrantes en el mar: el comentario de la ASGI” y ASGI: “el Gobierno debería revisar su línea política, el código de conducta socava la eficacia de las actividades de rescate”; ambos pueden encontrarse en el siguiente enlace <https://www.asgi.it/tag/codice-di-condotta-ong>

les¹⁴. Legalizar los viajes desde países de ingresos medios y bajos a Europa permitiría a las personas viajar de forma segura y a menor coste, con la opción de regresar si no encuentran trabajo. Los estudios sugieren que abrir fronteras provocaría aproximadamente 7 millones de llegadas, cifra que solo duplicaría la llegada, compensada por un aumento de los retornos. Las experiencias en Europa del Este muestran que, tras un pico inicial, los movimientos tienden a estabilizarse. Aunque hoy parezca poco realista, abolir las fronteras puede ser el único camino coherente con el principio de igualdad de dignidad y derechos para todos los seres humanos. El primer documento relevante desde una perspectiva más amplia es el Enfoque Global para la Migración y la Movilidad de 2012, una actualización del Enfoque Global de 2005¹⁵. Este último tenía como objetivo combatir la inmigración irregular y la trata de personas, gestionando la migración y el asilo mediante la cooperación con terceros países, especialmente países africanos y mediterráneos. También promovía la migración circular, considerada beneficiosa tanto para la economía europea como para el desarrollo de los países de origen, y se basaba en el principio de “más por más”: cuanto más cooperaba un país, más fácil era para sus ciudadanos obtener visados.

En 2012 se añadió el concepto de “movilidad”, incluyendo a quienes desean viajar a la UE por periodos cortos¹⁶. La Comisión subrayó la necesidad de fortalecer las políticas externas mediante acuerdos y asociaciones con terceros países para una cooperación mutuamente beneficiosa. El objetivo es crear un enfoque global más estratégico que conecte las dimensiones internas y externas de la política migratoria.

El nuevo marco está estructurado en torno a dos instrumentos flexibles:

- Asociación para la Movilidad: Dirigida principalmente a países vecinos, ofrece un marco integral para facilitar la movilidad laboral y coordinar los distintos aspectos de la migración. Su implementación requiere avances preliminares en el diálogo con el país socio¹⁷.
- Agenda Común sobre Migración y Movilidad (CAMM): una alternativa más simplificada para situaciones en las que aún no se puede cumplir un conjunto integral de compromisos. Incluye objetivos y recomendaciones y puede evolucionar hacia una colaboración.

Ambos instrumentos se basan en cuatro pilares: migración legal y movilidad; combatir la inmigración irregular y la trata; protección internacional y asilo; y el impacto de la migración en el desarrollo.

¹⁴ G. Del Grande, *Il Secolo Mobile, Storia dell'immigrazione illegale in Europa*. 2023, Mondadori

¹⁵ Statewatch, *El enfoque global de la migración y la movilidad: el estado del juego*, 2012

¹⁶ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2011) 0743 final: El enfoque global de la migración y la movilidad*.

¹⁷ Asociaciones de Movilidad de la UE: un instrumento inteligente para la externalización del control migratorio, *European Journal of Future Research*, 2015

En 2015, la UE adoptó la Agenda Europea sobre Migración en respuesta al alto número de muertes en el Mediterráneo¹⁸. El documento introdujo medidas inmediatas: triplicar los recursos y la capacidad de las operaciones de Frontex, especialmente Tritón y Poseidón como operaciones conjuntas en el Mediterráneo, activar un mecanismo de emergencia para apoyar a los estados más vulnerables, reubicar a 20.000 personas necesitadas de protección internacional y evaluar una operación de seguridad y defensa para combatir las redes de contrabando. También contemplaba fortalecer la cooperación con las regiones de origen y tránsito, mediante programas de desarrollo y protección y la creación de un centro polivalente en Níger. La Agenda también estableció la migración como parte de las misiones existentes de Política Común de Seguridad y Defensa e introdujo el enfoque “Hotspot” para identificar y registrar a los nuevos llegados.

El documento se basa en:

- Reducir los incentivos para la migración irregular, mediante misiones a terceros países, integrar la migración en las políticas de desarrollo y cooperar en la lucha contra los traficantes, transformando sus actividades de “bajo riesgo, alto retorno” a “alto riesgo, bajo retorno”. También se ponen de manifiesto las carencias en el sistema europeo de retorno, así como la necesidad de que los terceros países reincorporen a sus ciudadanos irregulares, mientras que los Estados miembros deben implementar la Directiva sobre el Retorno respetando los derechos fundamentales. Para mejorar el sistema, la Comisión propone reforzar los esfuerzos de repatriación de Frontex;
- La gestión fronteriza, presentada como también esencial para salvar vidas, a pesar de que esta equivalencia es problemática;
- Crear una política común de asilo más sólida;
- Desarrollar una nueva política legal de migración para mantener la atractividad de Europa en medio del declive demográfico.

En general, existe una contradicción entre el objetivo declarado, salvar vidas, y las medidas adoptadas, que se centran principalmente en fortalecer fronteras, repatriar y reducir las salidas. La Agenda confirma una tendencia europea a responder a los problemas globales con soluciones a corto plazo, centradas en combatir a los traficantes. Además, el texto pone de relieve la frecuente confusión entre el tráfico de inmigrantes (que implica que los migrantes paguen a facilitadores para cruzar fronteras en ausencia de vías legales) y la trata (que implica explotación y coacción). Por último, muchos Estados miembros, en el clima político actual, rechazan la idea de crear vías legales para reducir la irregularidad, mientras apoyan la lucha contra los traficantes, una lucha que paradóji-

¹⁸ Comisión Europea, Gestionar mejor la migración en todos los aspectos: Una agenda europea sobre migración, 2015

camente surge precisamente de la falta de canales seguros y legales¹⁹. En 2016, se introdujo el Marco de Asociación sobre Migración como parte de la Agenda Europea sobre Migración. Define una estrategia para gestionar las asociaciones existentes y crear nuevos acuerdos, basándose en dos eventos clave: la Cumbre de La Valeta de 2015, que situó la migración en el centro de las relaciones UE-África, y la Declaración UE-Turquía, considerada un modelo para “regular” los flujos migratorios y salvar vidas²⁰. El Marco tiene como objetivo reforzar el apoyo a las personas vulnerables en países de origen y tránsito, mejorar los sistemas de acogida y ofrecer soluciones duraderas a los refugiados, incluida la reubicación en la UE, con el objetivo de reducir los viajes irregulares y peligrosos. Se presentan nuevos instrumentos financieros europeos como medio para mejorar las condiciones en los países de origen, reduciendo así la presión migratoria. El documento afirma que la presión migratoria externa se ha convertido en la «nueva normalidad» para la UE y los países socios, y prevé un enfoque basado en la cooperación, pero también en la posible aplicación de presión para lograr resultados. Los objetivos se dividen en dos categorías: a corto plazo, salvar vidas en el Mediterráneo y aumentar los retornos; a largo plazo, abordar las causas profundas de la migración irregular y crear oportunidades en los países de origen. El enfoque general también tiene por objeto coordinar mejor las acciones de los Estados miembros hacia terceros países para garantizar una respuesta común y coherente.

En septiembre de 2020, la Comisión Europea presentó el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, aprobado por el Parlamento en abril de 2024. El objetivo es superar el estancamiento político que ha bloqueado las reformas migratorias durante años, buscando un equilibrio entre responsabilidad y solidaridad mediante herramientas más efectivas. Un aspecto clave es la revisión del sistema de Dublín, que actualmente otorga la responsabilidad de examinar las solicitudes de asilo al país de primera entrada, creando desequilibrios significativos entre los Estados miembros. Por ello, el Pacto introduce un nuevo sistema de solidaridad “obligatorio pero flexible”: todos los Estados deben contribuir, pero pueden elegir cómo hacerlo. Las contribuciones pueden consistir en la reubicación de solicitantes o beneficiarios de protección internacional, el “patrocinio de retornos” (es decir, la tarea de repatriar migrantes irregulares) u otras formas de solidaridad, como el despliegue de personal. También se contemplan medidas de compensación en caso de que no se cumplan las cuotas de reubicación o en situaciones de crisis. El mecanismo de Dublín no se abolió, aunque se refuerzan los criterios familiares. Los solicitantes de asilo deben seguir solicitando en el país de primera entrada hasta que se determine el estado responsable. El segundo pilar del Pacto se refiere al fortalecimiento de las

¹⁹ A. Pacciardi, Una narrativa europea de externalización fronteriza: la historia del fondo fiduciario europeo para África, European Security, 2024

²⁰ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión sobre la creación de un nuevo marco para asociaciones con terceros países en el marco de la Agenda Europea sobre Migración, 2016

fronteras y, más generalmente, a la dimensión externa de la política migratoria, confirmando la continuidad con el enfoque orientado a la gestión externa de los flujos.

II. LA SITUACIÓN EN ITALIA

El plan del Gobierno italiano era trasladar parte de los migrantes con destino a Italia a Albania, gracias a un Protocolo firmado entre ambos países en noviembre de 2023. El Protocolo prevé la construcción en territorio albanés, pero bajo jurisdicción exclusiva italiana, de dos centros: uno en la costa de Shengjin, donde se llevarán a cabo los procedimientos de identificación de solicitantes de asilo, y otro en Gjader, en el interior, donde los migrantes serán retenidos hasta el resultado de sus solicitudes de protección internacional. Según el Protocolo, solo los migrantes rescatados en aguas internacionales por buques de la guardia costera italiana o de la marina pueden ser enviados a Albania, excluyendo así a aquellos rescatados por naves de las ONG, y solo si son hombres adultos, no vulnerables física ni mentalmente, y procedentes de países seguros.

Tras varios meses de aplazamientos, los centros albaneses fueron declarados operativos el 11 de octubre, y ya el 14 de octubre el barco *Libra* de la marina italiana, tras rescatar a algunos migrantes en aguas internacionales frente a Lampedusa y realizar una entrevista inicial con ellos, había seleccionado a dieciséis hombres de Egipto y Bangladesh, países considerados seguros por Italia, para trasladarlos a los nuevos centros albaneses, donde debían permanecer bajo detención administrativa. Una vez llegados a Shengjin el 16 de octubre, los 16 migrantes fueron sometidos a nuevas investigaciones, en las que se determinó que dos de ellos eran menores de edad, mientras que otros dos estaban en condiciones vulnerables: según los requisitos establecidos en el Protocolo, los cuatro no podían ser detenidos en Albania y, por tanto, fueron trasladados inmediatamente a Italia. Las otras 12 personas sí estaban sometidas a las disposiciones del acuerdo entre Roma y Tirana, y en particular a la llamada evaluación “acelerada” de las solicitudes de asilo, introducida en Italia por el Decreto de Ley 20/2023, que contempla la posibilidad de presentar una solicitud de protección internacional directamente en la frontera (o en zonas de tránsito) por un extranjero procedente de un país de origen designado como “seguro”.

En las intenciones del gobierno en Roma, los centros albaneses deberían equipararse a una zona fronteriza perteneciente al territorio italiano, lo que permitiría evaluar las solicitudes de asilo presentadas por migrantes detenidos en Albania en un proceso total de solo 28 días. De hecho, los 12 migrantes que llegaron al centro de Gjader solicitaron protección internacional el 17 de octubre, y al mismo tiempo se presentó la solici-

tud de validación de la detención emitida contra los 12 migrantes ante la sección 18 del Tribunal de Roma competente en el asunto: según la Constitución italiana, de hecho, cualquier restricción a la libertad de un individuo sometido a la autoridad del sistema jurídico italiano debe ser validada por un juez en un plazo de 48 horas desde el inicio de la restricción.

La Comisión encargada de evaluar las solicitudes de asilo de los 12 migrantes egipcios y bangladesíes rechazó sus solicitudes de protección: para ellos, según el Protocolo, las puertas de la estructura construida dentro del centro Djaer deberían haberse abierto, debiendo quedar retenidos mientras esperaban ser repatriados, lo que según las intenciones del gobierno italiano debería haberse hecho en un máximo de 28 días. Sin embargo, el plan fue interrumpido por la decisión del Tribunal de Roma, que unas horas después no validó la orden de detención de los 12 migrantes, alegando que, al proceder de países considerados inseguros según la legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea, no podían ser sometidos al procedimiento acelerado para evaluar sus solicitudes de asilo. Dado que en los centros albaneses, como se ha mencionado, solo se puede llevar a cabo el procedimiento acelerado para evaluar las solicitudes de asilo, los 12 migrantes no deberían haber sido trasladados a Albania, sino que deberían haber sido llevados a Italia, donde sus solicitudes de protección internacional deberían haberse evaluado mediante el procedimiento ordinario, que tarda mucho más que el acelerado. Por este motivo, el 19 de octubre, los 12 migrantes que permanecieron en Albania también fueron liberados y trasladados a un Centro de Recepción para Solicitantes de Asilo en Bari, dejando las instalaciones de Shengjin y Djader vacías por el momento, o más bien ocupadas solo por el personal italiano enviado para hacer funcionales los dos centros y completar su construcción.

La suspensión temporal de la aplicación del Protocolo Italia-Albania se debe a las decisiones por las que la 18ª sección civil del Tribunal de Roma, Sección de Derechos Personales e Inmigración, se negó a validar las solicitudes de detención de los 12 migrantes detenidos en Albania. El comunicado del 18 de octubre, que anunciaba las Sentencias, se refirió a la motivación de las decisiones de la siguiente manera: teniendo en cuenta la atención que los medios de comunicación prestaron al Protocolo Italia-Albania, se considera apropiado afirmar que las medidas adoptadas por la sección especializada analizan la especificidad de cada solicitud, teniendo en cuenta las disposiciones del Protocolo y su ley ratificante. Las detenciones no fueron validadas en la aplicación de los principios, vinculantes para los jueces nacionales y para la propia Administración, establecidos en la reciente sentencia del TJUE del 4 de octubre de 2024, tras la remisión para una resolución preliminar emitida por el juez de la República Checa.

La negativa a validar las detenciones en instalaciones y áreas albanesas equiparadas a zonas fronterizas o de tránsito italianas se debe a la imposibilidad de reconocer como “países seguros” los Estados de origen de las personas detenidas, con la consecuencia de la inaplicabilidad del

procedimiento fronterizo y, según lo previsto en el Protocolo, de la transferencia fuera del territorio albanés de los migrantes, que por tanto tienen derecho a ser llevados a Italia²¹. Por tanto, las sentencias de los jueces italianos recuerdan y se basan en una decisión del Tribunal de Justicia de la UE, emitida el 4 de octubre de 2024 (Caso C-406/22), en la que los jueces luxemburgueses aclararon lo que debe entenderse por “país seguro” según la legislación vigente de la UE. Específicamente, los jueces de Luxemburgo intervinieron a petición de un tribunal de la República Checa, donde un ciudadano moldavo había solicitado protección. Tras el rechazo de la solicitud de asilo, se había presentado un recurso y el Tribunal Regional de Brno sometió entonces al Tribunal Europeo varias cuestiones sobre la interpretación de la Directiva 2013/32 de 26 de junio de 2013, que define procedimientos comunes para conceder y retirar el estatus de protección internacional: sobre la base de estos recursos, los jueces de Luxemburgo definieron con precisión los criterios a seguir para la interpretación de las normas pertinentes.

En primer lugar, la legislación de la UE no permite actualmente que los Estados miembros designen como país seguro solo parte del territorio del tercer país en cuestión. En el caso del solicitante ciudadano moldavo, las autoridades checas consideraron que Moldavia era segura con la excepción de Transnistria: una circunstancia que no se ajusta a los parámetros europeos, ya que los criterios para designar a un tercer país como país seguro de origen deben, de hecho, cumplirse en todo su territorio, según la Sentencia. En segundo lugar, el TJUE sostuvo que el hecho de que un tercer país se desvincule de sus obligaciones en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no impide que sea designado como seguro, pero, en cualquier caso, las autoridades de los Estados miembros deben evaluar si las condiciones para la aplicación del derecho de derogación son tales que pongan en duda dicha designación. En otras palabras, debe verificarse caso por caso si el incumplimiento del tercer país con los parámetros del CEDH es tal que pueda considerarse un país seguro o no. Finalmente, el tribunal nacional, al que se solicitó revisar la legalidad de una decisión administrativa sobre protección internacional, debe determinar de oficio, como parte del examen completo, si ha habido una violación de las normas del derecho de la Unión Europea relativas a la designación de países de origen seguros. La decisión del Tribunal de Roma del 18 de octubre simplemente transpone la suposición establecida por el TJUE: los países solo pueden considerarse seguros según el derecho europeo si lo son en todas las partes de su territorio y de forma indiscriminada para todos, sin distinción entre categorías de personas. En las 12 decisiones emitidas en respuesta a las solicitudes de validación de la detención de los 12 ciudadanos egipcios y bangladesíes, se afirma que, aunque están incluidos en la lista de 22 países considerados seguros

²¹ Tondo L., Henley J., Kassam A., Golpe al acuerdo de Meloni con Albania mientras el tribunal ordena el regreso de los solicitantes de asilo a Italia, *El Guardian*, 18.10.2024

por el Gobierno italiano, Egipto y Bangladés no son países seguros para, por ejemplo, las personas pertenecientes a la comunidad LGBTQI+, para víctimas de violencia de género (incluida la mutilación genital femenina), para miembros de minorías étnicas y religiosas, para personas acusadas de delitos políticos, condenadas a muerte y desplazadas debido a emergencias climáticas.

Por lo tanto, los 12 migrantes ni siquiera deberían haber llegado a Albania, donde el único procedimiento de solicitud de asilo es el acelerado, sino que deberían haber sido llevados desde el principio a centros de acogida en territorio italiano, donde habrían tenido que seguir el procedimiento ordinario, mucho más largo que el acelerado, para solicitar protección internacional, y sin ser sometidos a detención administrativa, como les habría ocurrido si hubieran permanecido en el centro de detención albanés.

El verdadero centro del asunto es la diferente interpretación que las autoridades italianas y la jurisprudencia, primero europea y luego italiana, dan al concepto de “país seguro”. El 7 de mayo de 2024, el gobierno italiano emitió el Decreto Interministerial nº 105, que actualizó la lista de países considerados seguros pasando de 16 a 22: Albania, Argelia, Bangladés, Bosnia-Herzegovina, Camerún, Cabo Verde, Colombia, Costa de Marfil, Egipto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Norte, Marruecos, Montenegro, Nigeria, Perú, Senegal, Serbia, Sri Lanka y Túnez. Fue sobre la base de ese Decreto que, tras el rescate de migrantes frente a Lampedusa el pasado 14 de octubre, se decidió que 16 de los migrantes rescatados en el mar debían ser trasladados a Albania, precisamente porque eran ciudadanos de Bangladés y Egipto: países clasificados por las autoridades italianas como seguros y que deberían haber permitido su rápida repatriación en caso de que sus solicitudes de asilo no fueran aceptadas. Son las propias autoridades italianas quienes reconocen en documentos oficiales emitidos por el Ministerio de Asuntos Exteriores que en algunos de los países considerados seguros por Italia se están violando derechos humanos fundamentales para ciertas categorías de individuos. Sin embargo, como se informó anteriormente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 4 de octubre de 2024 establece expresamente que: “la designación de un país como país seguro de origen depende de [...] poder demostrar que, de manera general y uniforme, nunca existe persecución, tal como se define en el artículo 9 de la Directiva 2011/95, tortura o tratos o castigos inhumanos o degradantes, y que no existe amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”, y que “las condiciones establecidas en ese anexo deben cumplirse en todo el territorio del tercer país correspondiente para que dicho país pueda ser designado como país seguro de origen”.

La Sentencia continúa afirmando que interpretar el artículo 37 de la Directiva 2013/32 como que permite que terceros países sean designados como países de origen seguros, con la excepción de ciertas partes de su

territorio, tendría el efecto de ampliar el alcance de ese régimen particular. Dado que tal interpretación no encuentra respaldo en la redacción del artículo 37 ni, más en general, en esa Directiva, el reconocimiento de tal opción infringiría la interpretación restrictiva a la que deben estar sujetas las disposiciones derogatorias. En otras palabras, según el TJUE, no es posible designar un tercer país como seguro por las autoridades sujetas a la Directiva 2013/32 cuando surgen pruebas de que ciertas partes de su territorio o las condiciones de vida de ciertas categorías de personas que residen en él no son seguras. Para que la atribución de la designación de “país seguro” sea legítima, explica la Sentencia del 4 de octubre, es necesario que un juez verifique el cumplimiento de los criterios establecidos en la Directiva 2011/95, al evaluar una solicitud de protección internacional, realizando un examen completo y *ex nunc* del país de origen del solicitante de asilo, posiblemente incluso de oficio. Al realizar este examen, el juez no puede limitarse a examinar expedientes nacionales como los elaborados en el caso italiano por el Ministerio de Asuntos Exteriores, sino que debe examinar todo el expediente relativo al país en cuestión, teniendo en cuenta toda la información disponible sobre el país de origen (COI). Confirmando además la rigidez de los parámetros de evaluación a adoptar, la Sentencia explica finalmente que el artículo 37 de la Directiva 2013/32 debe interpretarse en el sentido de que (la Directiva) impide que un tercer país sea designado como país seguro de origen cuando ciertas partes de su territorio no cumplen las condiciones sustantivas para dicha designación establecidas en el Anexo I de dicha Directiva²².

Si la situación regulatoria actual no parece permitir mucho margen para que el gobierno italiano intervenga, algo podría cambiar a partir del 12 de junio de 2026. De hecho, ese mismo día debería entrar en vigor el nuevo Pacto de la UE sobre Migración y Asilo, aprobado definitivamente el 14 de mayo de 2024. El Pacto constituye un conjunto de nuevas normas para la gestión de la migración y el establecimiento de un sistema común de asilo a nivel europeo, de las cuales forma parte el Reglamento 2024/1348, que establece un procedimiento común para la protección internacional en la Unión y deroga la Directiva 2013/32/UE, y cuya Sección

²² El Anexo I de la Directiva 2013/32, titulado Designación de países de origen seguros a efectos del artículo 37(1), dice: “Un país se considera un país de origen seguro donde, en función de la situación jurídica, se aplica la ley dentro de un sistema democrático y en las circunstancias políticas generales, puede demostrarse que no existe persecución en general y de forma constante según la definición del Artículo 9 de la Directiva 2011/95/UE, ni tortura ni tratos o castigos inhumanos o degradantes, ni amenaza por motivo de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno”. Al hacer esta evaluación, se tendrá en cuenta, entre otras cosas, hasta qué punto se proporciona protección contra la persecución o el maltrato mediante: (a) las leyes y reglamentos pertinentes del país y la forma en que se aplican; (b) la observancia de los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y/o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y/o la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, en particular los derechos de los que no se puede derogar según el artículo 15(2) de dicha Convención Europea; (c) el respeto al principio de no devolución conforme a la Convención de Ginebra; (d) la disposición de un sistema de remedios efectivos contra las violaciones de esos derechos y libertades.

V introduce nuevos criterios para la definición del concepto de “país seguro”. En particular, el artículo 59 establece que un tercer país solo puede ser designado como país seguro cuando:

a) no existe amenaza para la vida y libertad de los extranjeros por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social concreto; b) no existe un riesgo real de daño grave para los extranjeros según lo definido en el art. 15 del Reglamento (UE) 2024/1347; c) los ciudadanos extranjeros están protegidos contra el *refoulement* conforme a la Convención de Ginebra y contra la expulsión en violación del derecho a la protección frente a la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes consagrados en el derecho internacional; d) existe la posibilidad de solicitar y, si se cumplen las condiciones, recibir la protección efectiva según lo definido en el artículo 57 del mismo Reglamento 2024/1348²³.

La novedad, respecto a la legislación europea actualmente vigente, es que el nuevo Reglamento admite que la designación de un tercer país como país seguro tanto a nivel de la Unión como nacional puede hacerse, con excepciones, para ciertas partes de su territorio o categorías de personas claramente identificables: esto permitiría teóricamente a países como Egipto y Bangladés, por ejemplo, ser considerados seguros, ya que el incumplimiento de los derechos fundamentales no afectaría a todo su territorio nacional, sino solo a ciertas partes o a categorías específicas de individuos. Conscientes de que tal diferencia ampliaría sustancialmente la aplicabilidad de los procedimientos fronterizos a la evaluación de solicitudes de asilo, facilitando las condiciones de retorno para quienes no tienen derecho a protección internacional, varios Estados miembros están presionando a las instituciones europeas para que el Reglamento 2024/1348 entre en vigor al menos un año antes de lo previsto, es decir, ya en 2025. Es bastante seguro que el conflicto está destinado a ampliarse. El 25 de octubre, el Tribunal de Bolonia remitió al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para una resolución prejudicial sobre dos cuestiones relativas a la identificación de las condiciones sustanciales que permiten la designación de un país de origen como “seguro”, a la luz del Decreto de Ley nº 158/2024 (los llamados “d.l. Paesi sicuri”).

Se solicitó al Tribunal de Bolonia que dictaminara sobre la apelación presentada por un solicitante de asilo que era nacional bangladésí contra la decisión de la Comisión Territorial de Bolonia que, al final de un procedimiento acelerado, declaró su solicitud de protección internacional manifiestamente infundada alegando que provenía de un país de origen seguro y que no había razones serias para creer que Bangladés no era seguro debido a la situación particular en la que se encontraba el solicitante. Sin embargo, el Tribunal consideró que existían motivos para

²³ De Leo A. (2024), Gestionando la migración a la manera italiana. El acuerdo “innovador” Italia-Albania bajo Verfassungsblog, 29.10.2024

remitir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la causa para resolverla como cuestión prejudicial, ya que era necesario resolver “ciertas diferencias de interpretación que han surgido en el sistema jurídico italiano y que conciernen a las normas pertinentes contenidas en la Directiva 2013/32/UE y, en general, la regulación de la relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho nacional”.

Dado que tales divergencias, tanto en materia de protección internacional como en relación con la jerarquía de fuentes del derecho, han encontrado expresión específica en el Decreto legislativo de 23 de octubre de 2024, para el Tribunal existe un interés general en una aclaración por parte del Tribunal de Justicia destinada a garantizar la aplicación uniforme del derecho de la Unión Europea. El concepto de país seguro está inextricablemente ligado a la garantía efectiva de derechos fundamentales, un elemento inalienable del derecho europeo y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE: ya sean los derechos de los migrantes o los de los ciudadanos europeos, esto no disminuye en absoluto su centralidad en el sistema jurídico de la Unión, como ha demostrado a lo largo de los años una poderosa jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Pese a que la gestión de los flujos migratorios se ha vuelto compleja para los estados europeos, la idea de resolver el problema reduciendo la protección de los derechos humanos no parece una opción viable, porque, como muestra el asunto Italia-Albania, incluso los gobiernos están sujetos al Estado de derecho. Desde este punto de vista, el cambio de una dimensión eminentemente nacional a una compartida entre la Unión y los Estados miembros, como pretende hacer el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo en unos años, probablemente no cambiará la situación²⁴.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE del 4 de octubre de 2024 confirma, entre otras cosas, que el concepto de “país seguro de origen” es una excepción: debe interpretarse estrictamente, por analogía con la jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de las solicitudes de asilo, que a menudo considera que las interpretaciones de los estados miembros sobre los motivos de inadmisibilidad han sido demasiado restrictivas. Esto se aplica lógicamente por analogía a todos los motivos para procedimientos acelerados, aún más teniendo en cuenta que se suponía que debían ser obligatorios bajo el Pacto de Asilo de 2024²⁵. Los intentos de socavar los pilares angulares del derecho al asilo también corren el riesgo de provocar conflictos institucionales en otros Estados miembros, que pueden estar buscando salidas a situaciones objetivamente complejas en respuesta a la presión pública, pero cuya viabilidad siempre debe ser cuestionada antes de intentar implementarlas. El conflicto político y regulatorio que ha surgido en Italia sobre la viabilidad real de los centros migratorios en Albania

²⁴ Venturi, F. (2024), La legislación italiana de “países seguros de origen” bajo el escrutinio del TJUE: cuestionando la (no)seguridad, *Diritti Comparati*, 4.7.2024

²⁵ Peers, S. (2024), “Países seguros de origen” en el derecho de asilo: el TJUE interpreta primero el concepto, *Análisis del Derecho de la UE*, 14.10.2024

confirma que los intentos de reubicar a solicitantes de asilo fuera del territorio de la UE están lejos de ser sencillos de implementar, ya que las restricciones regulatorias, no solo a nivel europeo, son muy estrictas en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Por tanto, cabe esperar que las instituciones de la UE, así como los demás Estados miembros de la UE, reflexionen detenidamente sobre si considerar los centros albaneses como un modelo a seguir y replicar en otros contextos no europeos.

En los últimos años, Italia ha experimentado una tendencia extremadamente variable en los flujos migratorios por mar. Entre 2023 y 2025, hay una alternancia de picos, caídas drásticas y nuevas subidas, lo que pone de manifiesto lo complejo y difícil que es predecir el fenómeno migratorio (gráfico nº 1). Este escenario plantea cuestiones cruciales sobre las políticas de gestión migratoria, la capacidad del Estado para gestionar emergencias y las responsabilidades de Europa en la gobernanza de un fenómeno que afecta a todo el Mediterráneo (gráfico nº 2).

Gráfico n.1: *número de migrantes desembarcados desde el 1 de enero de 2023 hasta el 15 de mayo de 2025 en comparación con los datos correspondientes al mismo periodo de los años 2023 y 2024*

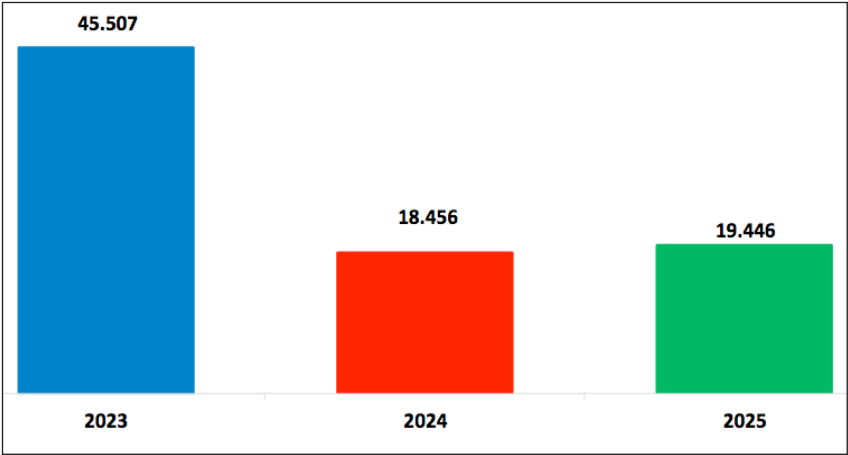
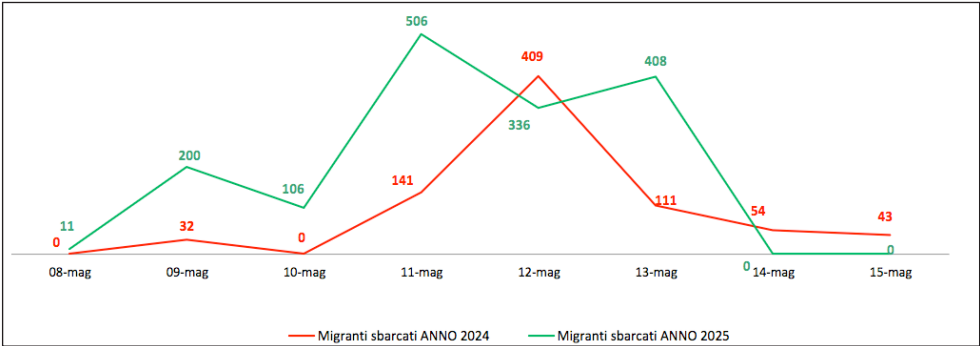


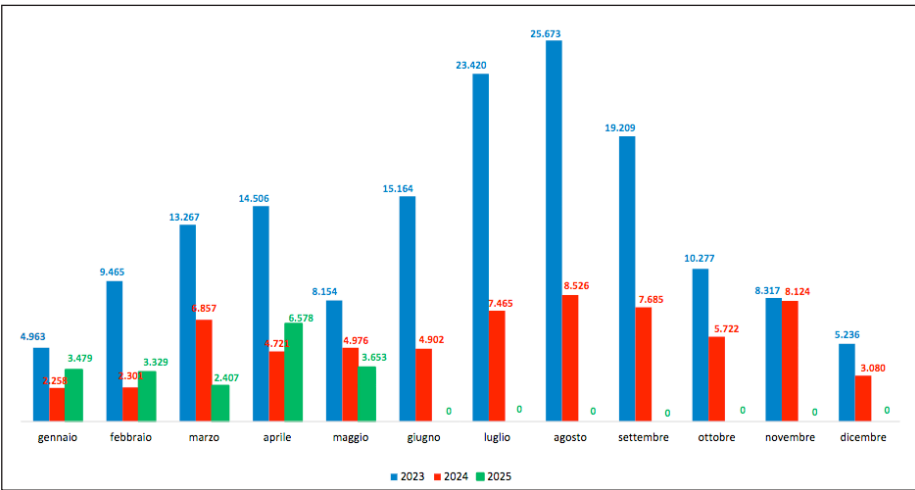
Gráfico n.2: Comparativa de migrantes llegados por vía marítima en el mismo período de 2024 y 2025



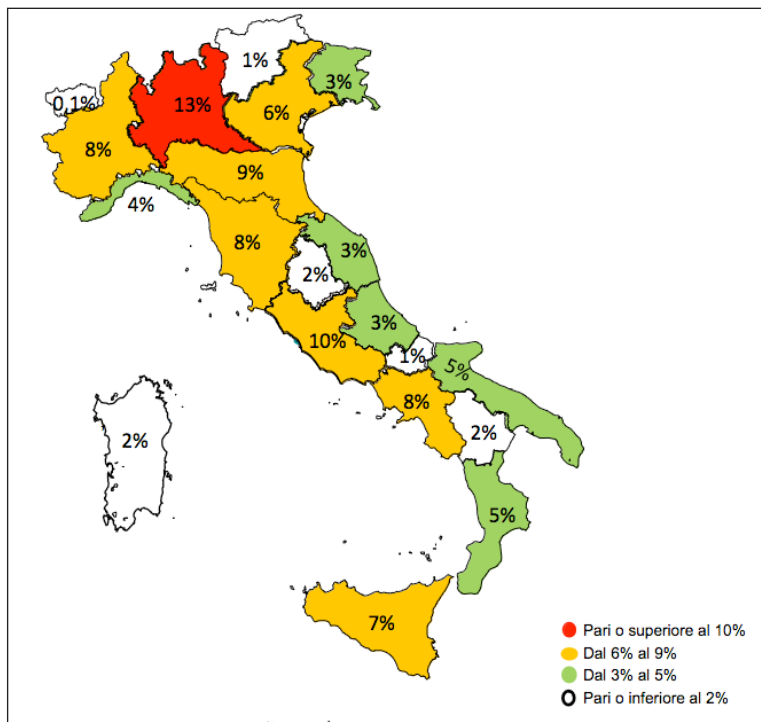
Fuente: Departamento de Seguridad Pública. Datos sujetos a consolidación posterior.

2023 fue un año emblemático: con más de 150.000 desembarcos, Italia tuvo uno de los mayores volúmenes de llegadas de la última década (gráfico n° 3). Este crecimiento es resultado de muchos factores, incluyendo la inestabilidad política en varios países africanos, la crisis económica generalizada y la ineficacia de los controles sobre las rutas del Mediterráneo. Ante un número tan alto de llegadas, el sistema de recepción italiano ha mostrado toda su fragilidad: falta de plazas, hacinamiento en los *hot spots* o dificultades para gestionar a menores no acompañados. El debate político se ha polarizado, centrándose a menudo más en los eslóganes y tensiones ideológicas que en propuestas estructurales (infografía n.1).

Gráfico n.3: comparación de los migrantes que llegaron a Italia por vía marítima en los años 2023/2024/2025.



Infografía n.1: porcentaje de migrantes recibidos por regiones.



Fuente: Departamento de Seguridad Pública. Datos sujetos a consolidación posterior.

Sin embargo, en 2024 la situación cambió drásticamente: las llegadas por vía marítima cayeron a unas 66.000, menos de la mitad que el año anterior. Este descenso fue interpretado por algunos como evidencia de la eficacia de nuevas medidas de control y acuerdos con los países de tránsito, mientras que otros lo atribuyeron a una desaceleración temporal en las rutas migratorias. Es legítimo preguntarse si la disminución se debe realmente a las políticas adoptadas o si fue solo una fase transitoria influenciada por factores externos, como las condiciones meteorológicas o la reorganización de la trata por parte de grupos criminales.

2025 ha venido a confirmar la complejidad del fenómeno: las llegadas han comenzado a crecer de nuevo, superando ya los niveles de 2024 en otoño (véanse tablas nº 1 y 2). Esto demuestra que ninguna medida única puede detener permanentemente los flujos migratorios. Las políticas de contención, si no van acompañadas de estrategias más amplias, corren el riesgo de tener solo efectos temporales. La migración, de hecho, no se detiene porque se firmen acuerdos o aumenten los controles: solo se reduce si cambian las condiciones en los países de origen o si se crean rutas legales y seguras para entrar en Europa.

Tabla n.1: Número de migrantes acogidos en Italia

PRESENZE MIGRANTI IN ACCOGLIENZA				
Regione	Immigrati presenti negli hot spot	Immigrati presenti nei centri di accoglienza	Immigrati presenti nei centri SAI*	Totale immigrati in accoglienza sul territorio
Totale complessivo	101	99.372	38.180	137.653
Lombardia		14.582	3.196	17.778
Lazio		10.662	2.588	13.250
Emilia-Romagna		8.860	3.630	12.490
Piemonte		8.894	2.448	11.342
Campania		6.879	4.059	10.938
Toscana		8.434	1.894	10.328
Sicilia	21	3.861	6.025	9.907
Veneto		7.503	812	8.315
Calabria	80	3.822	3.364	7.266
Puglia	0	3.187	3.651	6.838
Liguria		4.638	1.033	5.671
Abruzzo		3.180	919	4.099
Marche		2.485	1.532	4.017
Friuli-Venezia Giulia		3.763	246	4.009
Umbria		2.303	468	2.771
Basilicata		1.669	892	2.561
Sardegna		2.228	291	2.519
Molise		860	902	1.762
Trentino-Alto Adige		1.460	193	1.653
Valle d'Aosta		102	37	139

*I dati del SAI sono aggiornati all'ultimo giorno del mese precedente.

aggiornamento 15/05/2025

Fuente: Departamento de Seguridad Pública. Datos sujetos a consolidación posterior.

Tabla n. 2: Nacionalidades declaradas a la llegada en 2025 (hasta el 15 de mayo)

Nazionalità dichiarate al momento dello sbarco anno 2025 (aggiornato al 15 maggio 2025)	
Bangladesh	6.951
Eritrea	2.450
Pakistan	2.148
Egitto	2.067
Siria	1.009
Etiopia	960
Sudan	634
Somalia	505
Guinea	333
Tunisia	295
altre*	2.094
Totale**	19.446

Fuente: Departamento de Seguridad Pública. Datos sujetos a consolidación posterior.

III. EL CASO DE SICILIA

Desde 2023 hasta la fecha, Sicilia ha sido el principal punto de entrada para migrantes que llegan a Italia por la ruta del Mediterráneo Central. En 2023, los desembarcos alcanzaron niveles especialmente altos: unas 133.000 personas llegaron a la isla, una proporción que constituye la gran mayoría de las 157.651 llegadas totales al país. Ese año se caracterizó por una intensa presión migratoria, vinculada tanto a las condiciones geopolíticas en el norte de África como al aumento de las salidas desde las costas tunecina y libia.

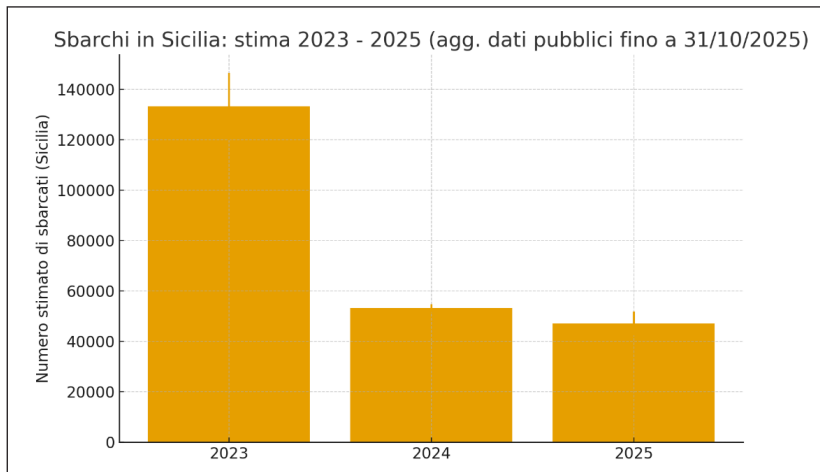
En 2024, el número de llegadas se redujo significativamente. Unos 53.000 migrantes desembarcaron en Sicilia, un valor que refleja una caída general en los desembarcos en toda Italia, que disminuyó más del 50% respecto al año anterior. Esta desaceleración de los flujos se atribuye tanto a nuevas políticas de control fronterizo como a una reducción de las salidas debido a condiciones meteorológicas más adversas y al fortalecimiento de las actividades de vigilancia en el Mediterráneo.

En 2025, según los datos disponibles hasta finales de marzo, las llegadas a Sicilia ascienden a unas 8.000 personas. Aunque estos datos son parciales, este valor muestra una tendencia hacia un posible nuevo aumento de flujos en comparación con 2024. De hecho, los primeros meses del año han registrado un número creciente de salidas y han devuelto la atención a Sicilia como punto central de las operaciones de rescate y desembarco.

En resumen, el periodo 2023–2025 muestra una tendencia variable: un pico muy alto en 2023, una fuerte caída en 2024 y un posible retorno al crecimiento en 2025. Esto confirma el papel crucial de Sicilia en los fenómenos migratorios que afectan al Mediterráneo central y subraya la necesidad constante de gestión, coordinación y apoyo para las operaciones de recepción (gráfico nº 4).

Para analizar el fenómeno migratorio en Sicilia, podemos consultar los datos obtenidos de la encuesta sobre registros y cancelaciones del registro civil para transferencia de residencia, que nos permiten detectar la intensidad, dirección y consistencia de los flujos migratorios tanto hacia países extranjeros como hacia otras zonas del territorio italiano. Los dos años de pandemia han influido significativamente en las tendencias que llevan décadas en marcha, produciendo primero, en la fase aguda de 2020, un colapso en los flujos migratorios hacia y desde el extranjero y la movilidad interna, (especialmente debido a las numerosas restricciones de viaje destinadas a contrarrestar la propagación del virus) y, posteriormente, en 2021, una recuperación lenta que aún está lejos de los niveles previos a la pandemia.

Gráfico n.4: estimación de los desembarcos en Sicilia para los años 2023, 2024 y 2025 (actualización de datos públicos hasta el 31/10/2025)



Fuente: *Ministerio del Interior / Paneles estadísticos (datos nacionales e informes actualizados diariamente) y análisis/reelaboraciones por organismos periodísticos y Openpolis.*

En Sicilia, el componente extranjero pasó de poco más de 138 mil habitantes a 185 mil (+33%). A nivel provincial, los aumentos registrados varían significativamente: en la provincia de Trapani el número de residentes extranjeros casi se duplicó (de 12.000 en 2012 a 21.000 en 2021) y también se observaron grandes aumentos en la provincia de Ragusa (+57%). Las de Messina y Palermo son, en cambio, las provincias en las que la variación de la población extranjera en la década 2012-2021 es menor (respectivamente +5% y +17%). En comparación con el número de residentes, a 31 de diciembre de 2021, en la provincia de Ragusa se registra la mayor incidencia de extranjeros (9,5%), muy por encima de la media siciliana.

En cuanto a los flujos entrantes desde el extranjero, la comparación de las tasas de inmigración de extranjeros (número medio de inmigrantes residentes por cada cien habitantes) en la isla al principio y al final de la década ponen de manifiesto una caída sustancial en la presión migratoria: mientras que en 2012 los inmigrantes que entraban en Sicilia eran aproximadamente 9,6 por cada cien residentes extranjeros, en 2020 esta proporción se redujo a la mitad (5 inmigrantes por cada cien residentes extranjeros) debido a las limitaciones de movilidad adoptadas a nivel internacional, y luego se recuperó ligeramente en 2021 (7%).

El número de extranjeros residentes en la Región de Sicilia a 1 de enero de 2024 asciende a 200.340, cifra que ha crecido aproximadamente un 5% respecto al año anterior y con una incidencia del 4,2% en la po-

blación total residente en la Región (muy inferior a la media nacional del 9%). La distribución por género de la presencia extranjera muestra una ligera prevalencia masculina (53,7%).

La provincia de Catania alberga el mayor número de residentes extranjeros, con 36.357 (18,1%) no italianos. Siguen las provincias de Palermo (35.336 habitantes, que representan aproximadamente el 17,6% de la población total), Ragusa (33.638) y Messina (28.468). Enna, que representa algo más del 2% del total de residentes extranjeros en Sicilia, es la provincia con el menor número de extranjeros (4.309). Entre las nacionalidades más representadas, Rumanía ocupa el primer lugar con el 24% de la población extranjera regional, seguida de Túnez (12%) y Marruecos (8%).

A fecha de 1 de enero de 2023, solo el componente no comunitario consta de 119.373 personas, con un aumento de más de 7.000 unidades respecto a 2022. Entre los ciudadanos no comunitarios presentes en la región de Sicilia, hay una clara mayoría masculina (56,4% del total). La distribución provincial sitúa a Palermo en primer lugar con más de una quinta parte de los ciudadanos no comunitarios, seguida por las provincias de Catania con un 18,6% y Ragusa con un 16% de los ciudadanos no comunitarios en segundo y tercer lugar, respectivamente. Entre los ciudadanos regulares no comunitarios, el 50,3% posee un permiso de residencia de larga duración, una cifra aproximadamente diez puntos porcentuales inferior a la media nacional (60,1%). A fecha de 1 de enero de 2023, había 59.327 permisos de residencia caducando.

En 2022, las adquisiciones de ciudadanía italiana en la región fueron de 7.406, con una prevalencia de nuevos ciudadanos de género masculino (52,7%). Más del 61% de las ciudadanías (4.528) fueron adquiridas por menores, mediante la transmisión del derecho por padres que se hicieron italianos, por adultos recién nacidos y residentes en Italia que optaron por la nacionalidad italiana al cumplir los 18 años y por quienes lo adquirieron por ius sanguinis, como hijos o descendientes de ciudadanos italianos. El 31,4% de las nacionalidades se adquirieron mediante residencia y el 7,4% se otorgaron mediante matrimonio.

En conclusión, hoy parece que, al menos en lo que respecta a la situación en Sicilia, esta política de externalización de fronteras no ha provocado reducciones significativas en el flujo migratorio.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, los flujos migratorios desde 2023 hasta la fecha muestran que la migración no es una emergencia ocasional, sino una realidad estructural de nuestro tiempo. Las fluctuaciones en los números no deben engañar: lo que se necesita no son medidas improvisadas, sino un enfo-

que estable, humano y visionario. Para abordar realmente el fenómeno, es necesario superar la lógica de la emergencia, invertir en la acogida, la integración y la cooperación internacional, y pedir a la Unión Europea que finalmente asuma su responsabilidad compartida.

A la luz de todo esto, está claro que Italia no puede quedarse sola en la gestión de un fenómeno que afecta a todo el continente. La migración a través del Mediterráneo Central es un problema europeo, no nacional. Sin una política común genuina de inmigración y asilo, cada país seguirá respondiendo con soluciones de emergencia, que a menudo son ineficaces y costosas.

Hoy parece que, esta política de externalización de fronteras no ha provocado reducciones significativas en el flujo migratorio. Un análisis de las políticas de externalización implementadas por la Unión Europea demuestra cómo la migración se percibe como una amenaza para la defensa de sus fronteras, más que como un enriquecimiento y un recurso para la sociedad. Sin embargo, la migración es un fenómeno que siempre ha caracterizado a los seres humanos, quienes tienen derecho a elegir dónde vivir.

La acción europea se desplaza hacia la dimensión externa debido a la incapacidad de alcanzar un acuerdo sobre la dimensión interna, compartiendo así responsabilidades equitativamente, garantizando medidas de asilo efectivas y trabajando en la integración de los migrantes. Mediante políticas de externalización, la UE busca extinguir incendios con soluciones temporales, ignorando los múltiples factores que llevan a las personas a migrar y que no pueden eliminarse mediante acuerdos con terceros países, paquetes de ayuda o la ampliación del papel de Frontex. El número constantemente elevado de muertes en el Mediterráneo (aproximadamente 2.000 personas en 2023) demuestra la ineficacia del enfoque de la UE hacia la migración. ¿Cómo puede ser eficaz un enfoque que no prioriza a los seres humanos, su dignidad y sus derechos? A través de los acuerdos de control fronterizo, repatriación y readmisión de Frontex, la falta de misiones efectivas de búsqueda y rescate y la falta de acceso legal a Europa, la UE se está volviendo cómplice de estas muertes y de las violaciones de sus derechos que padecen quienes intentan llegar a Europa.

II PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Control de la frontera exterior común y responsabilidades compartidas en materia de protección internacional*

Nuria ARENAS HIDALGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Público

Universidad de Huelva

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6644-4363>

Correo electrónico: nuria@dpub.uhu.es

Sumario: I. Introducción. El sistema de Dublín y el control de la frontera exterior común. II. Del *burden-sharing* al *responsibility-sharing*: evolución conceptual y desafíos operativos del reparto de responsabilidades en el sistema de asilo europeo. III. La solidaridad en el Reglamento 2024/1351: 1. *Los retos migratorios y el reforzamiento de las obligaciones de los Estados de entrada. El coste de la solidaridad vinculante.* 2. *El Contingente anual de solidaridad. Gobernanza, activación y conformación.* 3. *Solidaridad a la Carta en la UE: Configuración Jurídica y Tensiones Sistémicas.* IV. Conclusiones

Palabras clave: Control de la frontera exterior común, política europea de asilo, distribución equitativa de responsabilidades, solidaridad, Pacto Europeo de Migración y Asilo

I. INTRODUCCIÓN. EL SISTEMA DE DUBLÍN Y EL CONTROL DE LA FRONTERA EXTERIOR COMÚN

Los desplazamientos de personas solicitantes de protección internacional no repercuten de forma uniforme entre los Estados miembros de la

* Esta investigación se enmarca en los trabajos desarrollados en el contexto del Proyecto de I+D+i «Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: desafíos para el Derecho Internacional Privado español» (GEODIPRI), Ref. PID2023-1462260B-I00. Financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER/UE), 2024-2027. I.P. Mercedes Soto Moya.

Unión Europea, debido a condicionantes estructurales de naturaleza geográfica y geopolítica. La ubicación territorial, las diferencias en capacidad administrativa y económica, la consolidación de rutas migratorias específicas y la existencia de determinados elementos de atracción han llevado a que algunos Estados asuman una parte significativamente mayor de las responsabilidades en la gestión del sistema de asilo. Los análisis estadísticos confirman que estas variables estructurales –y no las decisiones políticas– explican de manera más precisa la distribución desigual de las personas refugiadas en Europa. Así, la adopción de políticas restrictivas no ha impedido que ciertos Estados se vean sometidos a una presión desproporcionada, determinada por la persistencia de estos elementos de atracción inherentes a su posición y características nacionales¹.

Estos desequilibrios se han visto acentuados por la persistencia del sistema de Dublín como eje central del régimen europeo de asilo². En virtud de esta normativa se atribuye, casi de forma automática, la responsabilidad del examen de las solicitudes de protección internacional al Estado miembro de primera entrada de la persona solicitante. Así, salvo que el individuo tenga algún miembro de su familia nuclear residiendo en un EM –en calidad de solicitante de protección o como beneficiario de la misma–, el Estado responsable será aquel que haya otorgado un visado o documento de residencia al demandante o aquel que haya permitido su entrada irregular. De esta forma, los Estados Schengen definieron un procedimiento por el cual la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo estaría directamente relacionada con ese control de la frontera exterior común, introduciendo una lógica de responsabilización que penaliza a los Estados situados en posiciones geográficas más expuestas. Como señaló la Abogada General Sharpston en sus conclusiones en el asunto *Jafari*, el sistema pretende incentivar la vigilancia de los Estados miem-

¹ THIELEMANN, Eiko; WILLIAMS, Richard; BOSWELL, Christina, What System of Burden-Sharing between Member States for the reception of Asylum-Seekers? STUDY, Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament, 2010, p. 156.

² Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. DO C 254/1, 1997 (adoptado en la ciudad de Dublín, es conocido como Dublín I). Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DO L 50/1, 2003 (Reglamento Dublín II). Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido). DO L 180/31, 2013 (Reglamento Dublín III). Este Reglamento (actualmente vigente) será derogado y sustituido en sus fines, a partir del 1 de julio de 2026 (art. 83) por el Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n° 604/2013. DO L 1351, 2024. Entre la doctrina española, por todas, ver: MORGADES GIL, Silvia, *De Refugiados a Rechazados. El Sistema de Dublín y el Derecho a buscar asilo en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2021. También: ABRISKETA URIARTE, Joana, *Rescate en el mar y asilo en la Unión Europea. Límites del Reglamento de Dublín III*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

bro en la protección de la frontera exterior, de modo que la asunción de la competencia para tramitar las solicitudes de asilo opera, en la práctica, como una forma de sanción para aquellos considerados menos diligentes en dicho cometido³. Todo el desarrollo del sistema europeo común de asilo (SECA) se halla condicionado así por el paradigma de control de los flujos migratorios, lo que explica algunas de sus características más restrictivas.

El sistema de Dublín revela una concepción profundamente funcionalista del régimen europeo de asilo. Esta lógica, sin embargo, resulta problemática desde una perspectiva jurídica y humanitaria. En primer lugar, plantea una tensión evidente con el principio fundamental del Derecho de la Unión según el cual las solicitudes de protección internacional deben tramitarse con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas solicitantes, sin que su acceso efectivo al procedimiento de asilo se vea condicionado por consideraciones de control fronterizo. En segundo lugar, concebir la responsabilidad de examinar solicitudes como una “sanción” desincentiva la cooperación entre Estados y refuerza una visión punitiva y nacionalmente centrada del sistema, incompatible con una concepción compartida del asilo como responsabilidad común, orientada a la equidad, la confianza mutua y la garantía efectiva de los derechos de las personas solicitantes. Finalmente, esta aproximación obvia el hecho de que las capacidades de control y gestión no son uniformes entre los Estados, lo que perpetúa los desequilibrios estructurales y penaliza implícitamente a los Estados miembros más expuestos geográficamente. Esta lógica ha conducido, además, a que un número significativo de personas solicitantes se vean obligadas a permanecer en países con sistemas de acogida insuficientes, en condiciones que no se corresponden con los estándares exigidos por el Derecho de la Unión ni con las obligaciones internacionales en materia de asilo.

Frente a esta realidad, la solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades han estado escasamente presentes en el diseño y funcionamiento efectivo del SECA. Las llamadas “crisis de refugiados” han sido, en esencia, crisis padecidas por las propias personas solicitantes, cuya exposición a condiciones humanitarias precarias ha sido consecuencia directa de la falta de respuestas estructuradas y sostenibles por parte de la Unión. Más allá de la emergencia coyuntural, estas situaciones han puesto de manifiesto una crisis estructural de solidaridad entre Estados miembros. Los sucesivos episodios de presión migratoria que han afectado al continente desde 2010, sumados a las limitaciones inherentes al propio modelo de gobernanza del asilo, revelan con claridad los déficits persistentes en la arquitectura institucional europea en materia de protección internacional, así como las tensiones no resueltas que siguen condicionando su viabilidad a largo plazo⁴.

³ Opinión de la Abogada General Sharpston, en el As. *Jafari*, presentadas el 8 de junio de 2017, C-490/16, ECLI:EU:C:2017:443, apdo. 177.

⁴ Para Ramona Coman, las sucesivas crisis que han afectado a la Unión Europea ponen de relieve una paradoja fundamental: mientras que se multiplican las demandas políticas y sociales en favor de una

Es particularmente revelador que, incluso en contextos nacionales relativamente cohesionados como el español, la implementación de mecanismos de reparto solidario –por ejemplo, la redistribución de menores extranjeros no acompañados llegados a las Islas Canarias– haya topado con resistencias explícitas⁵. Este episodio doméstico pone de manifiesto hasta qué punto los obstáculos para establecer un reparto equitativo de responsabilidades se amplifican en el contexto de la Unión Europea, donde conviven veintisiete Estados miembros con marcos normativos, prioridades políticas y capacidades operativas profundamente heterogéneos.

II. DEL *BURDEN-SHARING* AL *RESPONSIBILITY-SHARING*: EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y DESAFÍOS OPERATIVOS DEL REPARTO DE RESPONSABILIDADES EN EL SISTEMA DE ASILO EUROPEO

En el marco de los debates sobre una distribución más justa de las obligaciones de asilo entre los Estados miembros, cobró inicialmente protagonismo el concepto de *burden-sharing*, el cual enmarcaba las responsabilidades internacionales como cargas materiales –económicas, logísticas o administrativas– a ser compartidas. Esta concepción ha sido objeto de críticas por fomentar una visión instrumental de las personas refugiadas, tratadas más como un problema que como titulares de derechos. En contraposición, a partir de la década de 1990 comenzó a consolidarse el enfoque de *responsibility-sharing*, que propone un cambio tanto terminológico como conceptual. Esta noción, más acorde con el contenido normativo de las obligaciones internacionales en materia de protección, exige a los Estados no solo la provisión de apoyo financiero, sino también el compromiso directo con la acogida y la garantía de una protección efectiva⁶. Desde esta perspectiva, la solidaridad se redefine como un principio estructural que implica deberes positivos compartidos, aunque diferenciados, entre los Estados.

solidaridad reforzada, estas coexisten con notables resistencias y reticencias tanto en el ámbito político como en el social. COMAN, Ramona, “Solidarité conditionnée ou absence de solidarité vis-à-vis des réfugiés. Le positionnement des gouvernements Est-européens”, (COMAN, Ramona, FROMONT, Louise, WEYEMBERGH, Anne, dir.), *Les Solidarités Européennes. Entre enjeux, tensions et reconfigurations*, Bruylant, 2019, p. 291.

⁵ Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias. BOE, núm. 67, de 19 de marzo de 2025, pp. 36441 a 36455. Varias Comunidades Autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad, admitidos a trámite por el pleno del Tribunal Constitucional, que ha optado por acumular los casos debido a que impugnan la misma norma, facilitando así un único pronunciamiento. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Nota informativa nº 48/2025.

⁶ Van SELM, Joanne, “Global Solidarity: Report of a Plenary Session”, (van SELM, Joanne, KAMANGA, Khoti, MORRISON, John, NADIG, Annina, SPOLJAR-VRZINA, Sanja, van WILLIGEN, Loes), *The Refugee Convention at Fifty. A View from Forced Migration Studies*, Lexington Books, 2003, p. 24. THIELEMANN, Eiko, WILLIAMS, Richard, BOSWELL, Christina, What System of Burden-Sharing between Member States for the reception of Asylum-Seekers? STUDY, *op. cit.*, p. 26.

La distinción conceptual entre *burden-sharing* y *responsibility-sharing* pone de relieve una deficiencia estructural que trasciende el ámbito europeo y que hunde sus raíces en el propio diseño del régimen internacional de protección de refugiados. Desde su configuración tras la Segunda Guerra Mundial, dicho régimen ha carecido de disposiciones jurídicas vinculantes que impongan obligaciones concretas en materia de distribución de responsabilidades entre Estados. El Convenio de Ginebra de 1951, texto fundacional del Derecho Internacional de los Refugiados⁷, no establece ningún mecanismo obligatorio que articule la solidaridad entre los países que asumen una mayor presión derivada de su situación geográfica o de su proximidad a zonas de conflicto. Aunque tanto el Preámbulo del Convenio como la sección IV.D del Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios invocan la necesidad de cooperación internacional⁸, esta se ha concretado únicamente en medidas voluntarias, vehiculadas en gran parte a través del ACNUR, como la asistencia financiera –solidaridad financiera– y los programas de reasentamiento –solidaridad física–. La ausencia de una arquitectura normativa robusta para distribuir responsabilidades de forma justa y predecible ha constituido, desde entonces, uno de los principales retos del sistema de protección internacional.

En el ámbito de la Unión Europea, cabría exigir una configuración más clara y operativa del principio de solidaridad entre Estados miembros, dado su carácter constitutivo y vertebrador del proyecto de integración⁹. Esta exigencia adquiere particular relevancia en el marco de la política común de asilo, donde el artículo 67.2 del TFUE establece expresamente que su desarrollo debe basarse en el principio de solidaridad y en un reparto justo de responsabilidades¹⁰. En esta misma línea, el SECA se define como un “área común de protección y solidaridad”, lo que refuerza la

⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Adoptada en Ginebra, Suiza, 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), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43. UNTS, nº 2545, Vol. 189, p. 137.

⁸ En el Preámbulo del Convenio, las Altas Partes Contratantes consideran: “(...) que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países y que la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacional han sido reconocidos por las Naciones Unidas no puede, por esto mismo, lograrse sin solidaridad internacional”. Asimismo, en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, se recomienda a los gobiernos: “(...) que continúen recibiendo a los refugiados en su territorio y actúen de común acuerdo, con verdadero espíritu de solidaridad internacional, a fin de que los refugiados puedan hallar asilo y posibilidades de reasentamiento”.

⁹ Tal y como indicó el Abogado General Bot, procede hacer hincapié en la importancia de la solidaridad como valor fundacional y existencial de la Unión. Conclusiones del Abogado General Bot, en el As. *República Eslovaca, Hungría/Consejo de la Unión Europea*, C-643/15, C-647/15, ECLI:EU:C:2017:61, apdo. 18. Para un análisis profundo del principio de solidaridad, véase: ARENAS HIDALGO, Nuria. *Solidaridad para la Acogida. La reubicación y el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad en la política europea de asilo*, Aranzadi, 2025.

¹⁰ Art. 67.2 TFUE: “Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países”.

centralidad del principio en este ámbito¹¹. El Tratado de Lisboa profundiza en esta orientación al introducir el artículo 80 TFUE, que consagra, por primera vez en el Derecho originario, la solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades como ejes rectores de la política europea de asilo¹². Este principio no constituye una mera aspiración política, sino un mandato jurídico vinculante que obliga tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros a diseñar y aplicar el SECA desde una lógica cooperativa y equilibrada, orientada a cumplir de manera efectiva los fines perseguidos por los Tratados¹³.

Sin perjuicio de los avances normativos alcanzados y del consenso generalizado en torno a las deficiencias estructurales del sistema, la Unión Europea continúa careciendo de un mecanismo funcional de solidaridad y de un marco normativo que garantice un reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros. Esta ausencia de desarrollo institucional ha propiciado una gestión fragmentaria y reactiva de los flujos migratorios y de asilo, articulada a través de respuestas provisionales, de carácter excepcional y no coordinadas. Esta dinámica no solo perpetúa la desigualdad en la asunción de responsabilidades, sino que compromete de manera directa la coherencia, legitimidad y eficacia del sistema en su conjunto.

Las disparidades estructurales no pueden ser corregidas únicamente mediante una mayor armonización legislativa, la recentralización de competencias o el refuerzo de instrumentos financieros compensatorios. En tanto no se revise en profundidad el modelo actual de distribución de responsabilidades consagrado por el sistema Dublín, las iniciativas de apoyo económico y técnico —aunque pertinentes para mitigar déficits coyunturales— seguirán siendo insuficientes para dar respuesta a los desequilibrios sistémicos que enfrentan numerosos Estados miembros en la gestión de las solicitudes de protección internacional.

¹¹ CONSEJO EUROPEO. Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. DO C 04.05.2010, para. 6.2, p. 32. Véanse también el considerando 9 de la Directiva 2011/95; los considerandos 2 y 8 de la Directiva 2013/32 y el considerando 8 de la Directiva 2013/33. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. DO L 337, de 2011. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. DO L 180, de 2013. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. DO L 180, de 2013.

¹² Art. 80 TFUE: “Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio”.

¹³ VANHEULE, D., van SELM, J., BOSWELL, C., “Aplicación del artículo 80 del TFUE relativo al principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero, en el ámbito de los controles en las fronteras, el asilo y la inmigración. ESTUDIO”. Dirección General de Políticas Interiores, Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo. Bruselas, 2011, p. 6.

La aprobación del nuevo paquete legislativo en el marco del Pacto Europeo sobre Migración y Asilo representa, en este contexto, una coyuntura normativa significativa para revisar críticamente el alcance, las limitaciones y el potencial transformador de la solidaridad como principio operativo del SECA¹⁴. El nuevo marco introduce, por primera vez, un mecanismo de solidaridad de carácter obligatorio, aunque dotado de cierta flexibilidad en su aplicación práctica. No obstante, el mantenimiento de la regla del primer país de entrada como elemento central del sistema –al no haberse acometido una reforma sustancial del régimen de Dublín– condiciona de manera decisiva la eficacia del conjunto. En consecuencia, las perspectivas de un sistema europeo de asilo más justo y equilibrado dependen, en buena medida, del funcionamiento efectivo del nuevo mecanismo de solidaridad, cuya implementación comenzará a mediados de 2026 y cuyo impacto aún está por determinar.

III. LA SOLIDARIDAD EN EL REGLAMENTO 2024/1351

1. *Los retos migratorios y el reforzamiento de las obligaciones de los Estados de entrada. El coste de la solidaridad vinculante*

Tras un prolongado y complejo proceso de negociación, el Parlamento Europeo aprobó el 10 de abril de 2024 el paquete legislativo del “Pacto Europeo sobre Migración y Asilo”, presentado por la Comisión en 2020 como respuesta estructural a las deficiencias del SECA. Formulado en un contexto marcado por el colapso del sistema de acogida en varios Estados miembros, el fracaso de anteriores intentos de reforma y las tensiones derivadas de la pandemia de COVID-19, el Pacto aspira a establecer un nuevo marco de gobernanza migratoria en el que la solidaridad y el reparto equitativo de responsabilidades adquieren un papel central.

La propia Comisión reconoce que el SECA ha carecido hasta ahora de un mecanismo efectivo y estructurado de solidaridad, una carencia que se volvió especialmente visible tras la crisis de desplazamiento de

¹⁴ En diciembre de 2023, bajo presidencia española del Consejo, se había alcanzado un acuerdo con el Parlamento Europeo sobre los cinco reglamentos clave de la reforma. El 10 de abril de 2024, el Parlamento vota a favor de los diez expedientes legislativos, que fueron formalmente adoptadas por el Consejo de la Unión el 14 de mayo de 2024. PARLAMENTO EUROPEO. El Parlamento Europeo da luz verde a la nueva legislación sobre migración y asilo. Nota de Prensa, 10/04/2024. CONSEJO DE LA UE. El Consejo adopta el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo. Nota de Prensa. 14/05/2024. El 12 de junio de 2024 se adopta el Plan de ejecución común del Pacto sobre Migración y Asilo, que se centra en los aspectos esenciales que los EMs han de considerar a la hora de elaborar sus planes de ejecución nacionales y que deben implantarse a escala tanto nacional como de la Unión para garantizar que el Pacto sobre Migración y Asilo surta sus efectos a mediados de 2026. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de ejecución común del Pacto sobre Migración y Asilo. COM (2024) 251 final. Bruselas, 12.6.2024, p. 3.

2015-2016¹⁵. En este contexto, el nuevo paquete normativo plantea la solidaridad no solo como principio rector, sino como condición de viabilidad del sistema común de asilo y, por extensión, del proyecto europeo de integración.

Si bien se pretende que el principio de solidaridad informe todo el sistema, va a verse desarrollado de manera específica en dos de los instrumentos propuestos, el Reglamento 2024/1351 sobre la gestión del asilo y la migración, que vendría a sustituir al actual Reglamento Dublín III, así como en el Reglamento 2024/1359 por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, donde se establecen medidas específicas para atender estas circunstancias¹⁶.

Diversos documentos de la Comisión, incluido el propio Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, reconocen expresamente que el Reglamento Dublín III no fue concebido para garantizar un reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros, lo que implica una desviación respecto del mandato jurídico contenido en el artículo 80 del TFUE¹⁷. El nuevo Reglamento sobre gestión del asilo y la migración, que sustituirá al sistema actual, mantiene sin modificaciones sustanciales los principios básicos del modelo previo, preservando tanto el criterio del primer país de entrada como el vínculo funcional entre responsabilidad en materia de asilo y control de las fronteras exteriores¹⁸.

Con el fin de contrarrestar las consecuencias derivadas de esta lógica geográfica de asignación, el nuevo marco introduce un mecanismo de solidaridad, con el objetivo declarado de incorporar el principio de equidad al funcionamiento del SECA. No obstante, esta formulación reproduce un patrón ya observado: la solidaridad opera como mecanismo compensatorio de una arquitectura normativa que genera, por diseño, desequilibrios estructurales. Es lo que ECRE denomina “la paradoja inherente al sistema”, esto es, se continúa confiando en un mecanismo que genera inequidad, que luego debe ser corregida, a través de mecanismos de solidaridad¹⁹.

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA. Nuevo Pacto de Migración y Asilo 2020, pp. 1 y 3.

¹⁶ Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) n° 604/2013. DOUE núm. 1351, de 22 de mayo de 2024. Reglamento (UE) 2024/1359 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147. DOUE» núm. 1359, de 22 de mayo de 2024.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA. Nuevo Pacto de Migración y Asilo 2020, p. 15.

¹⁸ A diferencia del Reglamento Dublín III, la responsabilidad del primer Estado de entrada se extiende a los 20 meses después de la entrada (frente a los doce del Reglamento anterior) y se elimina el criterio de la estancia irregular, por lo que aumenta la responsabilidad de los Estados con fronteras exteriores. URBANEJA CILLÁN, Jorge, “La solidaridad flexible en el Pacto sobre Migración y Asilo de la Unión Europea: ¿hacia una solidaridad real entre los Estados miembros de la Unión Europea?”, *La Unión Europea ante la Inmigración y el Asilo* (Ferrer Lloret y Soler García directores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, p. 173.

¹⁹ ECRE. ECRE Comments on the Commission Proposal for a Regulation on Asylum and Migration Management. Febrero, 2021, p. 6.

El mecanismo de solidaridad incorporado en el Reglamento es más exhaustivo que en propuestas anteriores de la Comisión, así como sumamente complejo. Define las medidas de solidaridad (reubicación, contribuciones financieras, medidas de solidaridad alternativas y compensaciones de responsabilidad) y las circunstancias para hacerla efectiva (situación de presión migratoria o riesgo de presión migratoria y situación migratoria importante), un procedimiento específico para antes y después de la reubicación, así como toda una estructura de gobernanza basada en estrategias nacionales y europeas, planes de contingencia, estructuras para la toma de decisiones (Foro de Alto Nivel de la UE sobre solidaridad, Foro de Nivel Técnico de la UE sobre solidaridad, Coordinador de la UE para la solidaridad) basadas en informes y evaluaciones en tiempo real, con un importante papel de coordinación y decisión de la Comisión. Efectivamente, se trata de un mecanismo de una gran burocracia, que deja además un amplio margen de apreciación tanto a los Estados, como a la Comisión. Ello hace difícil predecir su impacto y su necesaria compatibilidad con el objetivo confesado de previsibilidad y celeridad en el acceso a los procedimientos de protección internacional. En función de las decisiones que se adopten se podrá mejorar el respeto a los derechos fundamentales o reducir el espacio de protección en Europa.

El sistema desarrolla pormenorizadamente tres escenarios en los que cuales la solidaridad intraestatal, a través de contribuciones, va a ser obligatoria: a) presión migratoria o riesgo de presión migratoria²⁰; b) situación migratoria importante²¹; y c) en situación de crisis o fuerza mayor, en cuyo caso se adoptarían medidas reforzadas de solidaridad y apoyo, reguladas por el Reglamento 2024/1359²².

²⁰ Reglamento 2024/1351: art. 2.24: “«presión migratoria», una situación causada por las llegadas por tierra, mar o aire o por las solicitudes de nacionales de terceros países o apátridas que son de tal magnitud que crean obligaciones desproporcionadas para un Estado miembro, teniendo en cuenta la situación general en la Unión, incluso en un sistema de asilo, acogida y migración bien preparado, y que requieren una acción inmediata, en particular contribuciones de solidaridad con arreglo a la parte IV del presente Reglamento; teniendo en cuenta las características específicas de la ubicación geográfica de un Estado miembro, la «presión migratoria» abarca situaciones en las que se produce una gran cantidad de llegadas de nacionales de terceros países o apátridas o un riesgo de que se produzcan dichas llegadas, también cuando dichas llegadas tengan lugar tras desembarcos recurrentes tras operaciones de búsqueda y salvamento, o de movimientos no autorizados de nacionales de terceros países o apátridas entre los Estados miembros”.

²¹ Reglamento 2024/1351: art. 2.25: “«situación migratoria importante», una situación diferente de la presión migratoria en la que el efecto acumulado de las llegadas anuales actuales y anteriores de nacionales de terceros países o apátridas hace que un sistema de asilo, acogida y migración bien preparado alcance los límites de su capacidad”.

²² Reglamento 2024/1359: art. 1.4: “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por situación de crisis: a) una situación excepcional de llegadas masivas de nacionales de terceros países o apátridas a un Estado miembro por tierra, aire o mar –incluidas las personas que hayan sido desembarcadas tras operaciones de búsqueda y salvamento–, de tal naturaleza y magnitud, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la población, el PIB y factores geográficos específicos del Estado miembro, como el tamaño del territorio, que hagan que el sistema bien preparado de asilo, acogida, incluidos los servicios de protección de menores, o retorno del Estado miembro deje de ser operativo –por ejemplo como resultado de un problema a escala local o regional– hasta tal punto que pueda haber consecuencias graves para el funcionamiento del Sistema Europeo Común de Asilo, o b) una situación de instrumentalización en la que un tercer país o un

La solidaridad se concibe, pues, para situaciones en las que el efecto acumulado de las llegadas hace que el sistema de asilo, acogida y migración alcance los límites de su capacidad; o aquellas en que las llegadas son de tal magnitud que crean obligaciones desproporcionadas para un EM, incluso en un sistema de asilo, acogida y migración bien preparado; y más grave, cuando se da una situación excepcional de llegadas masivas de tal naturaleza y magnitud que hagan que el sistema bien preparado de asilo, acogida, de protección de menores o retorno deje de ser operativo, hasta el punto que puede haber consecuencias graves para el funcionamiento del SECA.

Qué significa “efecto acumulado”, “obligaciones desproporcionadas”, “situación excepcional de llegadas masivas” o cómo medir cuando un sistema de asilo, acogida y migración alcanza los “límites de su capacidad” o “deja de ser operativo” son cuestiones que quedan sin respuesta. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados cuya definición queda a discreción de las Instituciones y que se suman a los ya previstos en la Directiva 2001/55, que podría ser aplicable igualmente²³, así como las medidas del art. 78.3 TFUE²⁴, en casos de afluencia repentina, cuyo “riesgo” ni siquiera se hubiera podido prever.

Los casos de “llegadas constantes” de nacionales de terceros países y apátridas al territorio de un Estado miembro, tras operaciones de búsqueda y salvamento, que estaba previsto como uno de los retos migratorios en el Pacto, se eliminó en la fase final de las negociaciones. No obstante, el artículo 11.3 del Reglamento 2024/1351 incorpora dicha circunstancia, como motivo para considerar que el Estado está sujeto a presión migratoria, siempre que dichas llegadas sean de tal magnitud que creen obligaciones desproporcionadas incluso sobre un sistema de asilo, acogida y migración bien preparado.

La noción de “presión migratoria”, tal como se emplea en el nuevo marco normativo, otorga a la Comisión Europea un margen apreciable de discrecionalidad, en la medida en que no se articula un sistema de medición estandarizado ni se establece un umbral cuantitativo común a escala de la Unión. El Reglamento no delimita de forma precisa los criterios objetivos necesarios para determinar cuándo un Estado miembro se encuentra efectivamente bajo presión. No obstante, el nuevo enfoque intro-

agente no estatal hostil fomente o facilite el desplazamiento de nacionales de terceros países o apátridas a las fronteras exteriores o a un Estado miembro, con el objetivo de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y en la que tales acciones pueden poner en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional”.

²³ En el considerando 3 del Reglamento 2024/1359 se establece que las medidas adoptadas en contextos de crisis y fuerza mayor son complementarias de las normas establecidas en la Directiva 2001/55/CE del Consejo y que pueden aplicarse de manera simultánea.

²⁴ Artículo 78.3 TFUE: “Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”.

duce una cierta mejora respecto al modelo anterior, en el que los Estados podían alegar una situación de sobrecarga sin que existieran parámetros imparciales y confiables establecidos.

De igual forma, la configuración actual del principio de solidaridad en el marco del SECA continúa arrastrando una vinculación estructural con la posición geográfica de los Estados miembros, especialmente aquellos situados en la frontera exterior de la Unión. Esta asociación ha condicionado históricamente el desarrollo normativo del sistema, y se mantiene en el nuevo marco legislativo. En efecto, la introducción de un mecanismo de solidaridad con componentes parcialmente obligatorios se acompaña de un notable refuerzo de las obligaciones impuestas a los Estados de primera entrada, lo que genera una tensión estructural no resuelta en la arquitectura del SECA: cómo avanzar hacia una solidaridad efectiva y jurídicamente vinculante sin profundizar en una asignación desproporcionada de responsabilidades a los países más expuestos geográficamente. El dilema radica en encontrar un equilibrio sostenible entre solidaridad y responsabilidad, que no implique penalizar a determinados Estados por su ubicación. Un análisis de las distintas propuestas normativas previas evidencia que, a medida que se ha incrementado la exigibilidad de los compromisos solidarios, también lo han hecho las cargas que deben asumir los Estados de entrada. Este fenómeno, calificado en la literatura como los “costes ocultos” de la solidaridad²⁵, se traduce hoy en una responsabilidad prácticamente automática y continuada de estos Estados respecto a las personas solicitantes de protección internacional, frente a un modelo de solidaridad que, pese a su formalización parcial, sigue siendo limitado, condicional y altamente flexibilizado.

2. El Contingente anual de solidaridad. Gobernanza, activación y conformación

De conformidad con el artículo 56 del Reglamento, el principal instrumento de respuesta de solidaridad para los Estados miembros es el Contingente anual de solidaridad. En ese contingente se incluyen las contribuciones prometidas por los Estados durante la reunión del Foro de alto nivel, sobre la base de las necesidades establecidas en la propuesta de la Comisión, y que se distribuirán para ayudar a aquellos países que se enfrenten a una situación de presión migratoria.

El mecanismo se concibe de manera que, una vez detectadas las necesidades (debe existir una previsión basada en informes), las medidas de solidaridad estén previamente definidas y a disposición de los Estados que puedan requerirlas, con un procedimiento de activación dotado de

²⁵ MORENO-LAX, Violeta., “A New Common European Approach to Search and Rescue? Entrenching Proactive Containment”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, *op. cit.*

la suficiente celeridad y en el que se hayan previsto con antelación qué contribuciones solidarias va a aportar cada Estado. Cuando se produzca una circunstancia de presión migratoria o el riesgo de la misma, no habrá que negociar ad hoc quién y de qué manera contribuye, sino que ese contingente de solidaridad debe estar delimitado previamente, en función de las potenciales necesidades detectadas en el Informe europeo anual sobre asilo y migración, que da lugar al denominado “ciclo anual de gestión de la migración”. Tal y como ha indicado la Comisión, por primera vez, la Unión dispondrá de un mecanismo de solidaridad permanente, que asegurará que ningún EM sometido a presión se quede solo y que todos contribuyan²⁶.

Cada año implicará, por tanto, la necesidad de que las Instituciones adopten dos decisiones sustanciales en el marco del sistema, con la participación de órganos intergubernamentales (Foro de alto nivel de la UE sobre solidaridad) y de carácter técnico (Foro de nivel técnico de la UE sobre solidaridad²⁷ y coordinador de la UE sobre solidaridad²⁸), que conforman la gobernanza de la solidaridad, en el marco de dicho ciclo anual de la gestión de la migración.

La primera decisión corresponde, en exclusiva, a la Comisión. La consideración de que un Estado se encuentra bajo presión migratoria o en riesgo de presión migratoria o se enfrenta a una situación migratoria importante ha de evaluarla dicha Institución, en el contexto de la elaboración del Informe europeo anual sobre asilo y migración o de una evaluación específica al respecto²⁹. Para ello, tendrá en cuenta *inter alia* las estrategias

²⁶ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de ejecución común del Pacto sobre Migración y Asilo. COM (2024) 251 final. Bruselas, 12.6.2024, p. 3

²⁷ El Foro está compuesto por representantes de las autoridades pertinentes de los EMs (y países asociados) y presidido por el Coordinador de la UE para la solidaridad, en nombre de la Comisión. Tiene como finalidad hacer operativo el mecanismo de solidaridad y responder a las necesidades de solidaridad mediante las contribuciones que se hayan determinado. Se reunirá periódicamente y, en particular, cuando un EM beneficiario informe sobre su intención de hacer uso del contingente (art. 14).

²⁸ Se trata de un órgano nombrado por la Comisión que dispondrá de oficina propia y los recursos financieros y humanos necesarios para desempeñar eficazmente sus funciones. De conformidad con el art. 15 del Reglamento: a) apoyará las actividades relacionadas con reubicaciones desde el Estado miembro beneficiario hacia el Estado miembro contribuyente; b)

coordinará y apoyará la comunicación entre los Estados miembros y los órganos, organismos y entidades que participen en la aplicación del mecanismo de solidaridad; c) mantendrá una visión general de las necesidades de los Estados miembros beneficiarios y las contribuciones de los Estados miembros contribuyentes y llevará a cabo un seguimiento de las medidas de solidaridad en curso; d) organizará reuniones periódicas entre las autoridades de los Estados miembros para garantizar la puesta en funcionamiento eficaz y eficiente del contingente anual de solidaridad con el fin de permitir una interacción y cooperación óptimas entre los Estados miembros; e) promoverá las mejores prácticas en la aplicación del mecanismo de solidaridad; f) convocará y presidirá el Foro de nivel técnico; g) desempeñará las funciones a que se refiere el artículo 7 del Reglamento (UE) 2024/1359.

²⁹ El Informe anual europeo sobre asilo y migración tendrá como finalidad evaluar la situación en materia de asilo, acogida y migración durante los doce meses anteriores, así como proporcionar una visión estratégica de la situación en estos ámbitos, sirviendo al mismo tiempo como herramienta de alerta temprana y sensibilización. La Comisión adoptará el informe el 15 de octubre de cada año (el primero se

nacionales, que se presentarán habitualmente seis meses antes de que se adopte la Estrategia Europea de Gestión del Asilo y la Migración a largo plazo, de elaboración quinquenal, cuya primera versión está prevista para el 12 de diciembre de 2025³⁰. Junto con dicho informe, la Comisión adoptará una decisión de ejecución por la que se determina si un Estado miembro concreto está sujeto a presión migratoria o corre el riesgo de estarlo durante el año siguiente o si afronta una situación migratoria importante (art. 11). La Comisión adoptará su decisión de ejecución a más tardar el 15 de octubre de cada año y la remitirá al Parlamento Europeo y al Consejo. En la valoración de la situación, la Comisión debe consultar al Estado aquejado que, en todo caso, luego deberá notificar su solicitud de apoyo solidario, para que se despliegan las medidas de apoyo.

A diferencia de la propuesta de 2016, en la que la activación de la solidaridad se vinculaba automáticamente al cumplimiento de determinados umbrales cuantitativos, el nuevo sistema no prevé un mecanismo de activación automática. La puesta en marcha de las medidas solidarias queda supeditada a que el Estado afectado por los retos migratorios definidos haya sido calificado expresamente como Estado beneficiario en el marco del Informe anual, y a que, además, haya comunicado su intención de acogerse al contingente previsto³¹. Por su parte, aquellos Estados identifi-

publicará el 15 de octubre de 2025), tras la remisión de información al respecto por parte de las Agencias el 1 de junio de cada año, la convocatoria de una reunión del Mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias durante la primera quincena de julio de cada año, la remisión de información de los EMs y organismos pertinentes de la Unión el 1 de septiembre y la convocatoria de la reunión del Mecanismo de la UE para la preparación y gestión de crisis migratorias a más tardar el 30 de septiembre de cada año, para presentar la evaluación consolidada de la situación. *Vid.* art. 9 del Reglamento 2024/1351.

³⁰ Según el art. 7.1 del Reglamento 2024/1351, las Estrategias nacionales incluirán como mínimo: a) medidas preventivas para reducir el riesgo de presión migratoria y planes de contingencia teniendo en cuenta los planes de contingencia contemplados en los Reglamentos (UE) 2019/1896 y (UE) 2021/2303 y la Directiva (UE) 2024/1346, así como los informes de la Comisión elaborados con arreglo a la Recomendación (UE) 2020/1366; b) información sobre la forma en los Estados miembros aplican los principios establecidos en la presente parte y cómo las obligaciones jurídicas derivadas de ellos se cumplen a escala nacional; c) información sobre la forma en que se han tenido en cuenta los resultados del seguimiento efectuado por la Agencia de Asilo y la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas y la evaluación llevada a cabo de conformidad con el Reglamento (UE) 2022/922, así como del seguimiento realizado de conformidad con el artículo 10 del Reglamento (UE) 2024/1356. Basada en estas Estrategias nacionales y teniendo en cuenta los informes y análisis pertinentes de los órganos y organismos de la Unión, la Comisión elaborará la Estrategia Europea de Gestión del Asilo y la Migración a largo plazo, que no será jurídicamente vinculante (art. 8).

³¹ Para hacer uso del contingente, el Estado miembro ha de informar a la Comisión y al Consejo de su intención, especificando el tipo y nivel de medidas de solidaridad que son necesarias para hacer frente a la situación (art. 58). Recibida la información, el Coordinador de la UE para la solidaridad tendrá diez días para convocar el Foro de nivel técnico que se encargará de hacer operativas las medidas de solidaridad (art. 58). En los casos en que un Estado miembro no haya sido identificado como Estado beneficiario, pero se considere sometido a presión migratoria, podrá notificar dicha circunstancia a la Comisión, que evaluará su solicitud “rápidamente” y transmitirá “sin demora” su decisión al Estado miembro, al Parlamento Europeo y al Consejo. En dicho caso, el Coordinador de la UE para la solidaridad convocará también el Foro de nivel técnico, salvo que la Comisión considere, o el Consejo, mediante un acto de ejecución, que el contingente no tiene capacidad o existen razones objetivas para no permitir a ese Estado beneficiarse del contingente anual (art. 59). De conformidad con el art. 60.3, los Estados miembros beneficiarios podrían estar excluidos del acceso al contingente, si la Comisión detecta deficiencias sistemáticas en ese país, con respecto a las

cados como sometidos a riesgo de presión migratoria o que enfrentan una situación migratoria relevante no adquieren la condición de beneficiarios plenos, aunque podrán beneficiarse de una reducción parcial o total en sus obligaciones de contribución al contingente solidario.

En cualquier caso, con carácter previo a la implementación de las medidas solidarias, debe configurarse el contingente anual de solidaridad, lo que constituye la segunda decisión esencial del ciclo anual. Corresponde a la Comisión presentar una propuesta en la que se fijen las cifras totales necesarias de reubicaciones y contribuciones financieras para responder a la situación migratoria identificada, así como las asignaciones indicativas que corresponden a cada Estado miembro, calculadas conforme al criterio de reparto establecido en el artículo 66 del Reglamento. Aunque la estructura final del contingente dependerá de las necesidades recogidas en el Informe anual, el Reglamento establece umbrales mínimos anuales de 30.000 reubicaciones y 600 millones de euros en aportaciones financieras (art. 12.2)³². Asimismo, se impone la obligación de mantener la proporción fijada entre ambos tipos de contribuciones en caso de que se requiera un incremento de dichas medidas, con el fin de garantizar su equivalencia.

Sin perjuicio de la relevancia que tiene el hecho de que la Comisión deba detallar en su propuesta tanto las medidas de solidaridad requeridas como su distribución entre los Estados miembros, lo cierto es que no ostenta la decisión final en la configuración del contingente anual. Esta responsabilidad recae, en última instancia, en los propios Estados, a través de un proceso de negociación interestatal. Quince días después de la presentación del Informe europeo anual sobre asilo y migración, de la decisión de ejecución que identifica a los Estados sometidos a presión migratoria, y de la propuesta de acto de ejecución del Consejo relativa al contingente, se convoca el Foro de Alto Nivel de la UE sobre solidaridad. Este órgano tiene el cometido de examinar los documentos presentados y alcanzar una conclusión respecto a las medidas solidarias necesarias y al nivel de contribución correspondiente (art. 13.3). En dicho contexto, los Estados miembros se comprometen a aportar sus respectivas contribucio-

normas establecidas en la parte III del Reglamento (antiguas reglas del sistema Dublín). No se ha definido qué se entiende por “deficiencias sistemáticas” parece razonable esperar que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pueda ser un punto de referencia. ECRE. ECRE Comments on the Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) no 604/2013. 2024, p. 62.

³² El número de reubicaciones puede parecer bajo, pero de conformidad con un estudio preliminar llevado a cabo por ECRE, si se implementara adecuadamente podría aumentar, de manera considerable, las cifras de reubicaciones llevadas a cabo en los últimos años. Lo mismo puede decirse de las contribuciones financieras que podrían superar entre un 5 y un 15% el presupuesto de la Unión destinado a los Fondos. Téngase en cuenta que la cantidad de 600 millones se obtuvo de multiplicar 30.000 (el umbral de reubicaciones) por 20.000 EUR, cantidad identificada en la fase de negociación como equivalente a los gastos económicos derivados de la reubicación. ECRE. ECRE Comments on the Regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management, amending Regulations (EU) 2021/1147 and (EU) 2021/1060 and repealing Regulation (EU) no 604/2013. 2024, p. 75.

nes al contingente, definiendo conjuntamente el “número de referencia global para cada medida de solidaridad y la cuota equitativa obligatoria”, conforme a la clave de reparto del artículo 66 (art. 57.3). En consecuencia, son los Estados quienes, a través del Foro, determinan el volumen y el tipo de solidaridad a desplegar. La propuesta inicial de la Comisión no vincula ni al Foro ni al Consejo, que podrá modificarla mediante mayoría cualificada (art. 57). No obstante, las conclusiones alcanzadas en el seno del Foro sí condicionan el contenido de la decisión final del Consejo, al establecerse “de conformidad” con los compromisos asumidos por los Estados en dicho marco.

En el supuesto de que el contingente anual de solidaridad resultara insuficiente para atender las necesidades identificadas, el Consejo podrá convocar, por mayoría simple, al Foro de Alto Nivel de la UE sobre solidaridad, a fin de solicitar a los Estados miembros contribuciones adicionales (art. 13.4). A diferencia de la propuesta de Reglamento de 2020, que otorgaba a la Comisión la facultad de adoptar un acto de ejecución con carácter vinculante en caso de aportaciones claramente insuficientes, el modelo finalmente adoptado opta por reforzar la lógica de la negociación intergubernamental, sin prever plazos máximos para alcanzar un acuerdo. Pese al protagonismo conferido a la dinámica interestatal, reviste especial importancia que la decisión final sobre el contingente se adopte por mayoría cualificada en el Consejo, lo cual elimina la posibilidad de bloqueo por parte de un único Estado y garantiza que todos los miembros estarán obligados a contribuir, aun en caso de disenso.

Como se aprecia, la lógica de la negociación interestatal no desaparece, sino que se reconfigura. Aunque ya no se activa de forma reactiva ante desembarcos reiterados, sino de manera anticipada y estructurada, las medidas de solidaridad que se desplegarán siguen estando determinadas, en última instancia, por los compromisos que los Estados miembros acuerden en el marco del Foro de Alto Nivel. La solidaridad adquiere carácter obligatorio, pero subsiste un margen considerable para definir tanto su modalidad como su volumen. No obstante, resulta significativo que el nuevo sistema establezca un marco normativo que impone a todos los Estados miembros la obligación de formular contribuciones solidarias en plazos determinados anualmente, superando así la dependencia de mecanismos voluntarios y acuerdos informales entre coaliciones ad hoc. Además, se introduce una obligación de mantener la proporcionalidad entre las distintas modalidades de solidaridad, así como la exigencia de aplicar compensaciones automáticas en caso de que las reubicaciones no alcancen los umbrales previstos. En conjunto, este nuevo diseño proporciona una base jurídica más sólida y previsible para activar la solidaridad, favoreciendo una mayor transparencia y rendición de cuentas en su aplicación.

El enfoque integral adoptado por el nuevo Pacto busca evitar respuestas improvisadas o soluciones ad hoc, estableciendo disposiciones

específicas en materia de solidaridad para escenarios de crisis y fuerza mayor. Uno de los principales avances de este nuevo marco normativo radica precisamente en su vocación de superación del modelo predominantemente reactivo, en favor de un sistema orientado a la previsión, la planificación y la capacidad de respuesta anticipada. Esta evolución responde al reconocimiento de una de las principales deficiencias estructurales del régimen anterior: la falta de mecanismos estables para hacer frente a situaciones excepcionales. En cualquier caso, el procedimiento previsto para contextos de crisis no se configura como un mecanismo autónomo o desvinculado del régimen general, sino como una extensión o complemento del sistema ordinario de solidaridad obligatoria previsto para situaciones de presión migratoria. Se trata, en efecto, de una adaptación funcional que busca dotar de mayor flexibilidad y capacidad operativa al sistema, en consonancia con la exigencia de que la solidaridad sea no solo efectiva, sino también ajustada a las circunstancias concretas de cada escenario.

En este contexto, la decisión del Consejo que declare la existencia de una situación de crisis o de fuerza mayor deberá ir acompañada de un Plan de respuesta solidaria, en el que se detallen las medidas de apoyo previstas para afrontar dicha situación excepcional, así como los compromisos concretos asumidos por los Estados miembros participantes (considerando 33 del Reglamento 2024/1359). La supervisión de la ejecución del plan corresponde al Coordinador de la UE para la solidaridad, quien deberá publicar información periódica sobre su implementación y sobre el funcionamiento operativo del mecanismo de reubicación. Incluso en este escenario extraordinario, se mantiene la facultad de los Estados para seleccionar el tipo de contribución solidaria que desean realizar.

Si bien el enfoque eminentemente securitario del instrumento y las disposiciones excepcionales en materia de procedimientos fronterizos suscitan preocupaciones legítimas en relación con el respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y otras normas internacionales de derechos humanos, el Reglamento incorpora también elementos valorables. Entre ellos destaca la inclusión de un mecanismo específico de solidaridad para contextos de crisis, que representa un avance en la estructuración de respuestas comunes más previsibles y coordinadas³³.

³³ Dicho dispositivo, unido al hecho de que se considere la posibilidad de proceder a un reconocimiento *prima facie* de las solicitudes de protección internacional o la posibilidad de suspender las transferencias vía Dublín a los EMs que se enfrentan a presiones excepcionales en materia de asilo, se han considerado importantes elementos positivos de la norma. INELI-CIGER, Meltem, "Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation", EU Immigration and Asylum Law and Policy, 10 June 2024. Sobre el lamentable enfoque securitario, véase PORRAS RAMÍREZ, José María, "El nuevo Reglamento de la UE sobre las situaciones de crisis y fuerza mayor en la migración y el asilo: o como supeditar la solidaridad a la seguridad", *La Ley Unión Europea*, 2024, pp. 1-13.

3. Solidaridad a la Carta en la UE: Configuración Jurídica y Tensiones Sistémicas

A cambio de establecer una solidaridad de carácter obligatorio en los escenarios regulados, los Estados miembros disponen de un margen de “flexibilidad” para definir el tipo de contribución que asumirán, eligiendo entre tres modalidades principales: la reubicación de personas solicitantes de protección internacional³⁴, aportaciones financieras al sistema común³⁵, y otras medidas alternativas de solidaridad³⁶.

A estas opciones se añade una figura complementaria: la denominada “compensación de responsabilidad” (considerando 33 del Reglamento), prevista como mecanismo subsidiario en los casos en que un Estado opte por asumir la responsabilidad de las personas llegadas a su territorio, en lugar de proceder a su reubicación³⁷. Esta medida, introducida en la versión final del Pacto, constituye una novedad con respecto a la propuesta de la Comisión de 2020. Aunque inicialmente se concibió como una herramienta correctiva frente a la falta de cooperación solidaria, puede interpretarse también como un paso hacia una mayor consideración de las preferencias de las personas solicitantes, al permitir su permanencia en el país de llegada. En este sentido, representa una forma indirecta de reconocimiento de su capacidad de decisión. Asimismo, la supresión definitiva del “patrocinio de retornos” como forma válida de contribución solidaria refuerza este avance, evidenciando algunos logros relevantes alcanzados durante el proceso negociador.

A diferencia de la propuesta presentada por la Comisión en 2016, que restringía las medidas de solidaridad a la reubicación obligatoria, el nuevo marco normativo otorga a los Estados miembros plena discrecionalidad para escoger entre las tres modalidades prioritarias –reubicación, contribuciones financieras y medidas alternativas–, o combinar varias de ellas

³⁴ Definido como el traslado de un solicitante o beneficiario de protección internacional del territorio de un Estado miembro beneficiario al territorio de un Estado miembro contribuyente (art. 2.22).

³⁵ Las contribuciones financieras serían aportaciones de los Estados miembros destinadas principalmente a acciones en los Estados miembros relacionadas con la migración, la acogida, el asilo, la reintegración previa a la salida, la gestión de las fronteras y el apoyo operativo, que podrán servir de apoyo a acciones en terceros países o en relación con ellos que podrían repercutir directamente en los flujos migratorios en las fronteras exteriores de los Estados miembros o mejorar el sistema de asilo, de acogida y de migración del tercer país de que se trate, incluidos los programas de retorno voluntario asistido y reintegración, de conformidad con el artículo 64 (art. 56. 2 b).

³⁶ Según el art. 56.2 c) serían medidas de solidaridad alternativas en el ámbito de la migración, la acogida, el asilo, el retorno, la reintegración y la gestión de fronteras, centradas en el apoyo operativo, el desarrollo de capacidades, los servicios, el apoyo al personal, las instalaciones y el equipo técnico, de conformidad con el artículo 65.

³⁷ Las personas “compensables” serían aquellas que han presentado una solicitud de protección internacional en uno de los Estados miembros contribuyentes, a pesar de que uno de los Estados miembros beneficiarios es el responsable, conforme a las reglas de asignación de la responsabilidad. Estas compensaciones tendrían carácter voluntario siempre y cuando los compromisos de reubicación alcanzasen un determinado nivel, pero devendrían obligatorias en caso de que las reubicaciones fueran escasas o no se cumplieran. *Vid.* art. 63.

(art. 57). Esta configuración da lugar a un “menú de opciones solidarias” de valor equivalente, instaurando así lo que se ha denominado “solidaridad flexible” o, en términos más críticos, una “solidaridad a la carta”.

Desde una perspectiva pragmática, esta flexibilidad se defiende como condición indispensable para la aceptación política de un régimen de solidaridad vinculante en el marco del SECA. Sin embargo, resulta pertinente plantear dos observaciones críticas: una relativa a los efectos concretos de esta flexibilidad sobre la eficacia del sistema, y otra en torno a la propia estructura del menú de opciones solidarias.

En relación con la primera observación, las implicaciones de la flexibilidad adoptada se traducen, en la práctica, en una notable asimetría entre los Estados miembros. Aunque la Comisión ha reiterado que el propósito fundamental del nuevo régimen es asegurar que todos los Estados contribuyan al principio de solidaridad y al reparto equitativo de responsabilidades, el modelo finalmente aprobado tiende a reforzar las diferencias en lugar de mitigarlas. Tal y como plantea Carrera, cabe cuestionarse por qué sería admisible que solo algunos Estados asuman las tareas vinculadas a la reubicación –y, con ello, la garantía efectiva del derecho fundamental al asilo–, mientras otros optan por fórmulas menos exigentes en términos operativos³⁸. Esta dinámica alimenta una fragmentación creciente en la cooperación europea en materia de asilo, precisamente en un ámbito en el que la acción conjunta resulta esencial para la cohesión del proyecto europeo. La cuestión clave –en palabras de Santos Vara– es si la diferenciación en materia de solidaridad sirve para desarrollar aún más la política de asilo de la UE o si la multiplicación de formas de solidaridad conducirá a largo plazo a una integración diferenciada y, a la postre, a una mayor desintegración³⁹.

Además, este enfoque se aleja de la interpretación que ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular en los asuntos *República Eslovaca y Hungría c. Consejo* (2017), donde se afirmó la naturaleza indivisible de la obligación de solidaridad⁴⁰. También en la sentencia *Comisión c. Polonia, República Checa y Hungría* (2020), el Tribunal subrayó que la solidaridad debe entenderse como una obligación compartida, anclada en la cooperación y en la confianza mutua entre los Estados

³⁸ El autor considera que esta posibilidad es aún más grave porque se le da esta opción a “... some EU governments, such as Hungary and Poland, which are currently under Article 7 TEU procedures for engaging in systematic threats to the rule of law and institutionalised forms of discrimination and xenophobia towards refugees”. CARRERA, Sergio, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, CEPS Policy Insights, September 2020, p. 8.

³⁹ Según el autor, la solidaridad flexible no necesariamente conduciría a una mejor protección de los solicitantes de asilo ni al desarrollo de una mayor solidaridad entre los Estados miembros. Una mayor diferenciación probablemente no permitirá a la UE abordar las deficiencias a las que se enfrenta actualmente el SECA mientras no haya un acuerdo entre los Estados sobre la aplicación del principio de solidaridad. SANTOS VARA, Juan, “Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration?”, *European Papers*, vol. 7, nº3, 2022, pp. 1247 y 1262-1263.

⁴⁰ TJUE (Gran Sala), Sentencia de 6 de septiembre de 2017, *As. República Eslovaca y Hungría/Consejo de la Unión Europea*, *op. cit.*, apdo. 291.

miembros, no como una lógica de reparto fragmentado⁴¹. Lejos de consolidar un mecanismo automático y equitativo, el sistema vigente continúa permitiendo grados desiguales de compromiso, debilitando así la coherencia del SECA.

En cuanto a las opciones incluidas en el llamado “menú de solidaridad”, que permite a los Estados miembros elegir entre distintas modalidades de contribución, resulta llamativo que la reubicación –tradicionalmente entendida como la expresión más directa y tangible del principio de solidaridad– haya pasado a ser considerada una medida más, equiparada formalmente a las contribuciones financieras y a las denominadas medidas de solidaridad alternativas. Esta equiparación, recogida expresamente en el artículo 56.2 del Reglamento, plantea importantes interrogantes, pues oculta la disparidad sustantiva entre mecanismos que afectan directamente a la situación jurídica y vital de las personas solicitantes de protección internacional, como la reubicación o las compensaciones de responsabilidad, y aquellos que se limitan a una implicación económica sin consecuencias concretas en términos de derechos para las personas afectadas⁴².

La adopción de este enfoque supone una desvalorización práctica de la reubicación, hasta el punto de que un Estado miembro podrá considerarse solidario sin haber acogido a ninguna persona, lo que desvirtúa el espíritu del principio de reparto justo de responsabilidades. Desde esta perspectiva, la solidaridad debería traducirse necesariamente en un compromiso efectivo con las personas que buscan protección, ya que precisamente busca corregir los desequilibrios generados por el actual sistema de determinación de responsabilidad en el examen de las solicitudes de asilo.

Igualmente problemático resulta el hecho de que se considere que determinadas actividades, como la financiación de retornos o el apoyo al control fronterizo, puedan ser tenidas en cuenta como contribuciones solidarias al mismo nivel que las acciones orientadas a la protección. Esta lógica refleja una transformación preocupante en la orientación de la política de asilo europea: de una política centrada en la acogida y la protección internacional a otra centrada en la exclusión y el control, reforzando así el paradigma de la “Europa fortaleza”⁴³.

A ello se suma el riesgo de que las contribuciones financieras puedan destinarse a operaciones de externalización del control migratorio, incluyendo actuaciones en terceros países cuyo efecto principal sea dificultar o

⁴¹ TJUE, Sentencia de 2 de abril de 2020, As. *Comisión/República de Polonia, República Checa y Hungría*, *op. cit.*, apdo. 182.

⁴² BOZA, Diego, MOYA, David, SALZANO, Laura, MORENO-LAX, Violeta, PÉREZ MEDINA, Dávika, Estudio sobre el impacto del Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, Estudio realizado por el equipo académico del Observatorio de Derecho Público - IDP Barcelona a petición de Oxfam Intermón España, 2024, p. 18.

⁴³ MARINO, Rossella, *Solidarity in the Eye of the Belholder: Reflecting on the EU's New Pact on Migration and Asylum*, United Nations University, UNI-CRIS, Institute on Comparative Regional Integration Studies, 30 octubre 2020.

impedir el acceso al territorio europeo. Del mismo modo, las medidas de solidaridad alternativas podrían dirigirse al fortalecimiento de infraestructuras fronterizas o tecnologías disuasorias que limiten la llegada de personas migrantes por vías irregulares. Este tipo de prácticas, cada vez más frecuentes en el marco de la cooperación migratoria con terceros Estados, no solo cuestionan la coherencia interna del concepto de solidaridad, sino que amenazan con vaciarlo de contenido sustantivo.

El Pacto, concebido como un compromiso común entre posiciones estatales profundamente divergentes, ha cristalizado en un entramado de mecanismos de solidaridad cuyo diseño, en no pocos casos, se aleja del objetivo esencial que debería orientar toda política común de asilo: la garantía efectiva del derecho a solicitar asilo, el acceso sin obstáculos al procedimiento de protección internacional y la provisión de condiciones de acogida adecuadas para todas las personas necesitadas de protección.

En definitiva, el nuevo marco normativo adoptado en el contexto del Pacto Europeo sobre Migración y Asilo representa un avance en la formalización jurídica del principio de solidaridad, pero no logra resolver los desequilibrios estructurales que históricamente han lastrado el funcionamiento del SECA. La persistencia de una lógica intergubernamental, la configuración de un sistema altamente flexible y asimétrico, así como la ausencia de una apuesta decidida por mecanismos que prioricen la protección efectiva de los derechos de las personas solicitantes, plantean dudas legítimas sobre la capacidad transformadora de este nuevo modelo. La construcción de una verdadera política común de asilo en la Unión Europea exige algo más que el reparto de cargas: requiere una solidaridad sustantiva, orientada a la responsabilidad compartida y a la garantía de los estándares internacionales de protección.

IV. CONCLUSIONES

El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo supone un paso importante hacia la consolidación de un mecanismo jurídico que formaliza, por primera vez, una solidaridad vinculante entre Estados miembros. No obstante, su diseño final refleja las tensiones políticas que han condicionado históricamente la construcción del Sistema Europeo Común de Asilo. A pesar de los avances normativos, el sistema continúa arrastrando una lógica intergubernamental que limita su capacidad transformadora: la solidaridad, aunque obligatoria, se articula de forma flexible y negociada, permitiendo grados desiguales de compromiso y perpetuando una asimetría funcional entre los Estados de entrada y el resto.

La arquitectura actual, que mantiene el criterio del primer país de entrada y refuerza las obligaciones para los Estados en las fronteras ex-

teriores, reproduce un modelo de responsabilidades desequilibradas. La solidaridad, lejos de ser una herramienta de reparto justo, opera como un mecanismo correctivo de un sistema que sigue generando desequilibrios estructurales. Además, el “menú de contribuciones solidarias” permite que Estados cumplan formalmente sin acoger a ninguna persona, diluyendo el contenido sustantivo del principio de solidaridad y alejándolo de su finalidad: garantizar protección efectiva a quienes la necesitan.

En definitiva, si bien el Pacto introduce herramientas valiosas para la planificación, coordinación y anticipación en la gestión migratoria, su potencial transformador depende en gran medida de cómo se implementen los mecanismos previstos. La consolidación de una verdadera política común de asilo no puede asentarse únicamente en el reparto de esfuerzos, sino que exige una responsabilidad compartida orientada a la protección efectiva de los derechos fundamentales, tal como exigen los Tratados y el Derecho internacional.

Montaje y preparación de expedientes de protección internacional.

Visión práctica

Fran MORENILLA BELIZÓN

Abogado

Centro de Migraciones de Cruz Roja Almería

Correo electrónico: fmorenilla@cruzroja.es

Sumario: I. Planteamiento del caso práctico. II. Acceso al procedimiento de protección internacional desde una situación de especial vulnerabilidad. III. Preparación de entrevista personal y montaje del expediente. IV. Acompañamiento a entrevista personal. Desarrollo y gestión de incidencias. V. Seguimiento del expediente. VI. Notificación de la resolución. VII. Sentido de la resolución. VIII. Conclusiones.

Palabras clave: asilo, entrevista, asistencia jurídica, procedimiento, expediente.

I. PLANTEAMIENTO DEL CASO PRÁCTICO

Para una adecuada exposición práctica acerca del montaje y preparación de expedientes de protección internacional en España tomaremos como referencia un caso práctico real referido a una unidad familiar monoparental de nacionalidad colombiana, llegada a España durante el mes de febrero de 2023 y compuesta por una madre viuda y dos hijos menores de edad.

En un primer momento, sin que hubieran accedido todavía al procedimiento administrativo y a petición de la madre, se la citó individualmente para una breve reunión en la que se le facilitó información general sobre los motivos que justificarían una solicitud de protección internacional; partiendo para ello de la definición del concepto de refugiado, contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados,

hecha en Ginebra el 26 de julio de 1951¹, así como en otros textos normativos del ámbito de la Unión y del ámbito nacional. Así mismo, se le informó acerca de los detalles del procedimiento administrativo desde su inicio hasta su fin, haciendo hincapié en el trámite de la entrevista personal ante las autoridades competentes. E, igualmente, se le expusieron los efectos correspondientes a una hipotética resolución favorable y desfavorable.

Confirmada la comprensión básica de lo anterior, se le pidió que expusiera brevemente las razones por las que decidió salir de su país de origen o, en otras palabras, las razones por la que, en su caso, consideraba que no podía regresar a Colombia. En su respuesta hizo referencia a su condición de desplazada interna, como consecuencia de la guerrilla, en una edad adolescente, así como a la posterior muerte violenta de su marido; contextualizando este último episodio en una situación de persecución motivada por el activismo medioambiental de ambos.

Seguidamente, se resolvieron dudas o cuestiones puntuales acerca del procedimiento y de la autorización para trabajar como solicitante de protección internacional, a la vez que se desmontaban falsas creencias relacionadas con la obligación de aportar determinadas pruebas al expediente administrativo.

Finalmente, se confirmó el deseo de esta persona de solicitar protección internacional en España y, por extensión, también el de sus hijos menores de edad; detallando a continuación la vía de acceso al procedimiento de acuerdo con su situación personal y familiar.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso advertir desde el inicio de este capítulo que todo el trabajo realizado con este caso en particular se desarrolló bajo el marco normativo referido, principalmente, a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria², la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional³ y la Directiva 2013/33/UE⁴, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. A pesar de la aprobación en mayo de 2024 de los diferentes Reglamentos y Directivas que componen el Pacto Europeo

¹ Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. *Boletín Oficial del Estado*, 21 de octubre de 1978, núm. 250.

² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2009, núm. 263.

³ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de junio de 2013, núm. 180.

⁴ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de junio de 2013, núm. 180.

de Migración y Asilo, el Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión⁵, que sería nuestra principal referencia para los trabajos que se explican en este capítulo, no será aplicable (como máximo) hasta junio de 2026; por este motivo se aborda esta reflexión desde el marco jurídico del antiguo Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), en lugar de desde el Pacto.

II. ACCESO AL PROCEDIMIENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DESDE UNA SITUACIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

El artículo 46.1 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como el artículo 21 de la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2023, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional enumeran una serie de supuestos de especial vulnerabilidad. En particular, se mencionan los casos referidos a menores, menores no acompañados, personas con discapacidad o con enfermedades graves, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas con trastornos psíquicos o que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual, víctimas de trata de seres humanos o de mutilación genital femenina.

En el caso analizado, según la información facilitada por la interesada en un momento previo al inicio del procedimiento administrativo, ya se podía constatar la concurrencia de varias circunstancias de especial vulnerabilidad. En este sentido, el análisis previo de las vulnerabilidades constituye un elemento esencial que puede propiciar un acceso efectivo al procedimiento de protección internacional; pues, en caso de no efectuarse, puede conllevar para una persona potencialmente solicitante de protección internacional en situación de vulnerabilidad el hecho de tener que enfrentarse a un sistema ineficaz de acceso al procedimiento, abocándola al “mercado negro” de citas de asilo.

En cualquier caso, tratándose de un supuesto de especial vulnerabilidad, es preciso destacar esta situación ante las autoridades encargadas del acceso al procedimiento de protección internacional, con el propósito de obtener un tratamiento diferenciado y específico por medio del cual se facilite el acceso efectivo al procedimiento a través de una vía preferente

⁵ Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 22 de mayo de 2024, núm. 1348

o prioritaria, en comparación con aquellos otros casos en los que no concurre ninguna situación de especial vulnerabilidad.

De este modo, la Comisaría de Policía Nacional competente estableció que para los casos que pudieran quedar encuadrados en alguno o varios de los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refieren los artículos anteriores, la vía de acceso preferente al procedimiento de protección internacional sería la del correo electrónico dirigido a la correspondiente Brigada de Extranjería y Fronteras. En este correo se deberían especificar, de un lado, los datos identificativos de las personas solicitantes, así como su domicilio en la provincia en cuestión; y, de otro lado, en la medida de lo posible, se debería aportar la documentación que acreditara la situación de vulnerabilidad en cuestión.

En el presente caso se aportó copia de los pasaportes, así como de los certificados de nacimiento de los hijos menores de edad y se puso de manifiesto en el correo electrónico que se trataba de una familia monoparental con menores a cargo. En cuanto al domicilio, no se aportó certificado de empadronamiento porque la familia no se había podido inscribir todavía en el padrón; sin embargo, se acompañó un certificado de una entidad encargada de la atención a personas extranjeras que acreditaba que esta unidad familiar estaba siendo atendida por dicha entidad y en el que se informaba de que su domicilio provisional se encontraba dentro del ámbito territorial de competencia de la Comisaría Provincial de Policía Nacional.

Téngase en cuenta que la acreditación de la concurrencia de una situación de especial vulnerabilidad en una fase previa al inicio del procedimiento no puede convertirse en un filtro anticipado de los hechos relevantes y de las necesidades de protección. En este momento, únicamente se está poniendo de manifiesto la concurrencia de una situación de vulnerabilidad que requiere, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 12/2009, un tratamiento diferenciado en relación a la forma de acceder al procedimiento.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es preciso entender que el correo electrónico que se envía a las autoridades encargadas del registro de las solicitudes de protección internacional (Comisaría Provincial de Policía Nacional en este caso), así como cualquier otra forma de comunicación del deseo de iniciar el procedimiento constituye un acto de formulación de la voluntad de solicitar protección internacional en España; lo cual, según estableció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 26/06/2020, relativa al asunto C-36/20⁶ *“no requiere formalidad administrativa alguna”*; y, en cualquier caso, dicho acto de formulación, según esta misma sentencia, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional,

⁶ STJUE de 26 de junio de 2020, asunto C-36/20.

atribuye a la persona en cuestión la condición de solicitante de protección internacional desde ese mismo momento.

El acto de formulación da pie al registro de la solicitud de la protección internacional, lo cual, en el sistema español, se materializa en la expedición de un documento denominado *“Manifestación de la voluntad de solicitar de protección internacional”*, en el que se reconoce expresamente la condición de solicitante y se informa de sus principales efectos jurídico-administrativos.

En el supuesto de la unidad familiar colombiana, se recibió respuesta al correo electrónico en el que se indicaba lugar, fecha y hora para proceder al registro de sus solicitudes de protección internacional (en concreto, se facilitó esta cita en un plazo, aproximado de dos o tres semanas). Llegado el momento, se le expidió a cada uno de los integrantes de la familia el documento mencionado anteriormente, en el que se concretó una nueva fecha para la presentación o formalización de sus solicitudes, previa la realización de una entrevista personal en la que se expondrían los hechos relevantes que fundamentasen sus solicitudes y a las que, en su caso, se les adjuntarían los elementos de prueba que apoyasen tales hechos.

Sin perjuicio del acceso efectivo al procedimiento administrativo y el inicio de los trámites y plazos correspondientes, el registro de la solicitud y la expedición del documento *“Manifestación de la voluntad de solicitar protección internacional”*, conllevó para esta familia el acceso a las condiciones materiales de acogida que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSM) pone a disposición de las personas solicitantes de protección internacional.

III. PREPARACIÓN DE ENTREVISTA PERSONAL Y MONTAJE DEL EXPEDIENTE

Podemos afirmar que una de las partes más determinantes del procedimiento de protección internacional es el trámite de entrevista personal ante las autoridades competentes. La Directiva 2013/32/UE dedica varios artículos a este trámite y detalla el contenido, requisitos y otras cuestiones relacionadas con la entrevista personal. Igualmente, la Agencia Europea de Asilo (EUAA)⁷ ha publicado ya diversas guías en relación al desarrollo de estas entrevistas. Paradójicamente, esta Directiva nunca llegó a ser traspuesta en nuestro ordenamiento y la Ley 12/2009 se refiere únicamente a la entrevista personal en su artículo 17.

Sea como fuere, desde el punto de vista de la asistencia jurídica, así como de la estrategia a seguir en este tipo de procedimientos, sin duda,

⁷ Guía Práctica de la EUAA: Entrevista personal. Diciembre de 2014. <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO-Practical-Guide-Personal-Interview-ES.pdf>

la preparación previa de la entrevista personal supone uno de los pilares esenciales para una adecuada asistencia. De este modo, una vez que la documentación expedida a la familia colombiana especifica ya una fecha concreta para la realización de entrevista personal, será entonces cuando deba agendarse con antelación suficiente la preparación de este trámite.

En este punto es cuando se define una metodología clara y sistemática para el desarrollo de la preparación y será el Letrado o Letrada que vaya a efectuar el posterior acompañamiento a la entrevista personal quien se haga cargo de la preparación. En este sentido, una de las premisas básicas para la preparación es su carácter individual. En ningún caso parece razonable que una persona adulta se enfrente a una preparación o a una entrevista personal en presencia de familiares menores de edad; tampoco es aconsejable que se hagan preparaciones o entrevistas con dos o más personas adultas de forma simultánea. En caso contrario, el relato de hechos facilitado por la persona solicitante se vería influenciado por la mera presencia de cualquier otra persona de su entorno familiar, mayor o menor de edad. Otro aspecto importante a la hora de afrontar la preparación es la disponibilidad de los espacios. En este sentido, se trata de facilitar la mayor intimidad y confidencialidad posible, evitando fuentes de distracción o de interrupción.

Así las cosas, con una antelación aproximada de un mes a la fecha de entrevista personal de la madre en cuestión, tuvimos una primera sesión individual de preparación en un despacho que reunía las anteriores condiciones. La estructura de la preparación, según nuestra propia metodología, se divide entonces en cuatro partes bien diferenciadas:

- a) Recopilación de datos identificativos de carácter personal y familiar para la cumplimentación del formulario oficial de solicitud de protección internacional. En este tipo de expedientes son muy habituales los errores de filiación (sobre todo en el caso de personas que ya efectuaron una entrada irregular), por lo que este será el momento adecuado para detectar estos errores; y, para ello, tomaremos siempre como referencia los pasaportes, los documentos de identidad o las propias manifestaciones de la persona interesada. Esta toma de datos es, además, una muy buena oportunidad para llevar a cabo una aproximación al contexto familiar y social de la persona solicitante, pues nos permite delimitar el nivel formativo, así como la profesión, entre otras cosas. Igualmente, al rellenar esta solicitud tendremos que hacer un recorrido detallado por la ruta recorrida hasta llegar a territorio español.
- b) Repaso de la información general sobre los motivos que justifican una solicitud de protección internacional, así como sobre el procedimiento administrativo en cuestión, con especial hincapié en el trámite de entrevista personal. Personalmente, considero

que es necesario tener la seguridad de que la persona que va a presentar una solicitud de protección internacional entiende las características básicas del expediente que se va a iniciar. Por tanto, en este punto, es preciso aclarar qué es y qué no es protección internacional, sin olvidar quién es el titular último del derecho a solicitar asilo, en cualquier caso. Igualmente, trataremos de aclarar dudas y desmontar falsas creencias acerca de la figura del asilo. También es necesario poner en situación a la persona solicitante que se va a enfrentar a una entrevista personal con agentes de Policía. En este punto, se explica cada una de las fases de la entrevista, las personas que van a participar en ella; y se efectúan diversas recomendaciones que ayuden a facilitar una exposición cronológica, detallada y verosímil de los hechos relevantes que se van a poner de manifiesto. Todo ello nos ayudará a dibujar una suerte de simulacro de entrevista personal durante la preparación en la que se podrá exponer un relato de hechos en bruto y la persona solicitante podrá visualizarse en ese trámite y construirse una idea muy aproximada del tipo de preguntas que se le van a formular.

- c) Exposición de hechos relevantes que justifican la salida forzosa del país de origen, así como de aquellos otros hechos ocurridos durante el trayecto o que imposibilitan el regreso. En este momento nos disponemos a iniciar una escucha activa, lanzando preguntas abiertas y cerradas que nos ayuden a identificar los hechos relevantes de la solicitud. Sin duda, esta será la parte más densa y dura de la preparación y requerirá mucho más tiempo del que hayamos tenido que emplear para todo lo anterior; no obstante, la obtención de esta información nos permitirá identificar los motivos concretos que, en su caso, justifican una solicitud de protección internacional, podremos profundizar en el detalle de estos motivos, aclarar contradicciones o rellenar vacíos. En definitiva, se trata de tener un conocimiento preciso de estos hechos relevantes con el propósito de asegurarnos que se trasladan debidamente a las autoridades competentes en trámite de entrevista personal.
- d) Revisión de la prueba que pueda aportarse al expediente en apoyo de los hechos expuestos durante la entrevista. La prueba en estos casos no tiene un carácter cerrado o exhaustivo; sin embargo, debería centrarse en la prueba documental. De este modo, verificaremos, en primer lugar, qué documentos identificativos se pueden aportar; seguidamente, comprobaremos también si se cuenta o no con la documentación correspondiente que acredite los parentescos alegados; en tercer lugar, debe valorarse la conveniencia de recabar una evaluación psicológica que aborde los posibles traumas, así como las secuelas psicológicas

que arrastre la persona en cuestión; y, finalmente, analizaremos qué documentación puede apoyar el relato de hechos concreto, ya se trate de informes o extractos de informes actualizados de país de origen o cualquier otra documentación pública o privada con la que pueda contar la persona interesada.

Estas cuatro actuaciones, pueden efectuarse en una sola sesión o en varias, según la complejidad del caso y del estado emocional de la persona en cuestión. De hecho, en el supuesto de la familia colombiana fueron necesarias dos sesiones para preparar la entrevista personal de la madre. Es importante calcular adecuadamente una antelación suficiente, porque podemos encontrarnos con la necesidad de sobrevenida de sesiones complementarias y que no tengamos tiempo suficiente.

Entrando ya en el fondo de las solicitudes de protección internacional que los miembros de esta familia se disponían a presentar; durante la exposición de hechos relevantes se pusieron de manifiesto actos de persecución relacionados con la guerrilla de las FARC, en los que la madre, siendo adolescente, fue secuestrada y agredida sexualmente causándole graves lesiones en la zona vaginal, como consecuencia de la utilización de algún tipo de metal incandescente. Ello conllevó severas secuelas físicas y psicológicas que perduraron a lo largo de los años. Esta situación de violencia obligó a la interesada a efectuar un desplazamiento interno que dio lugar al reconocimiento administrativo de su condición de desplazada en Colombia. Más adelante, pudo concluir estudios universitarios relacionados con la biodiversidad y la protección del medio ambiente, accediendo después a un puesto de trabajo ubicado en una zona concreta que llegó a adquirir un alto nivel de protección estatal como espacio protegido, en contra de otros intereses relativos a la tala de árboles, la caza de especies protegidas o la construcción de carreteras. Estas actividades de promoción de espacios protegidos las llevó a cabo junto con su marido, quien contaba con una formación académica y experiencia similares, y el cual falleció en una muerte violenta ejecutada por personas que le venían hostigando y amenazando hacía tiempo a causa de su activismo medioambiental. Tras esto, a pesar de haber efectuado un nuevo desplazamiento interno, la madre y sus hijos pasaron a ser el objetivo de los actos de persecución, llegando a recibir amenazas de secuestro de sus hijos e incluso amenazas de muerte hacia ella misma.

Una parte esencial relacionada con la necesidad de protección internacional de esta unidad familiar era todo lo relacionado con la efectiva protección que pudieron brindar las propias autoridades de Colombia tras el desplazamiento por la guerrilla, la muerte de su marido, así como por las amenazas posteriores. En este sentido, como hecho relevante, se puso de manifiesto la colaboración de la mujer con la Fiscalía de Colombia para la investigación de la muerte violenta del marido, sin que hasta la fecha se hubiera recibido información alguna que revelase una investigación efectiva o la detención de alguna persona responsable de los hechos violentos.

Así mismo, fueron también relevantes las afirmaciones de la madre acerca de los diversos desplazamientos internos efectuados y la imposibilidad de establecerse en un lugar seguro dentro del territorio colombiano, descartando una alternativa de huida interna.

En este punto, ya contamos con un relato de hechos relevantes en bruto con el que debemos trabajar desde diversos puntos de vista. En primer lugar, es necesario hacer una búsqueda de información de país de origen actualizada que nos permita contrastar el anterior relato y apoyarlo para dotarle de una mayor consistencia y verosimilitud. Se trata, en definitiva, de encuadrar un relato individual y subjetivo en los informes de país actualizados que aborden las mismas materias, desde un enfoque más amplio y objetivo. Esta tarea requiere tiempo de lectura y análisis de múltiples informes que rara vez estarán redactados en español, pero se trata de un elemento de prueba esencial que también será verificado de oficio por la Administración. En este sentido, lo más práctico es tratar de localizar los informes más recientes, puesto que podemos dar por hecho que los más antiguos ya habrán sido analizados por la instrucción. Es cierto, que estos informes suelen ser muy extensos y no siempre es útil para el caso concreto la totalidad de su contenido; por este motivo, puede resultar más práctica la impresión de los extractos concretos que se quieran aportar y el subrayado del contenido más relevante para la instrucción.

Y, en segundo lugar, es preciso focalizar el trámite de entrevista personal como una oportunidad para la persona solicitante de exponer con detalle y de forma cronológica los hechos relevantes que fundamentan su solicitud, permitiéndole aclarar las contradicciones o lagunas que se puedan apreciar. Es preciso interiorizar que este trámite no puede atenderse exclusivamente mediante la mera aportación de un relato escrito. Esta clase de documentos, muchas veces manuscritos, pueden aportarse como elemento probatorio, pero, en ningún caso, pueden sustituir al desarrollo de la entrevista conforme a las previsiones de los artículos 14 y siguientes de la Directiva 2013/32/UE. El desarrollo de la entrevista es una toma de declaración, son las respuestas a las preguntas que formula la autoridad competente o el Letrado o Letrada que asiste; igualmente, la transcripción de una entrevista debe recoger cualquier incidencia relevante que se haya producido durante la entrevista. Teniendo esto cuenta, resulta muy práctico tener preparado un guion de preguntas dividido por bloques de hechos relevantes. De este modo, podremos tener la certeza que la persona solicitante responde a todas las preguntas relevantes para la valoración de su caso. De hecho, adelantar este guion de preguntas a la persona solicitante resulta muy efectivo para minimizar el estrés o los nervios previos a la entrevista personal, pues ayuda a comprender lo que se espera de la persona solicitante en dicho trámite.

IV. ACOMPAÑAMIENTO A ENTREVISTA PERSONAL. DESARROLLO Y GESTIÓN DE INCEDENCIAS

Siendo coherente con la importancia de la preparación parece fácil entender la necesidad de acompañar y llevar a cabo la asistencia jurídica especializada durante la entrevista personal. En este sentido, se afirma, sin discusión que este trámite en concreto resultará determinante en la resolución que dé respuesta a la solicitud. Por tanto, en circunstancias normales, no resulta comprensible que se prepare una entrevista y toda la documentación necesaria, sin que posteriormente se efectúe el acompañamiento.

Antes de acudir a la entrevista podemos tratar de prevenir las posibles incidencias que ya se hayan advertido durante la preparación. Es decir, es posible, por ejemplo, que la persona solicitante prefiera afrontar la entrevista ante una agente de Policía, en lugar de ante un agente de sexo masculino, porque ello facilite una mejor exposición de los hechos más comprometidos para la solicitante. Igualmente, esta petición también se puede extender a quien lleve a cabo la interpretación correspondiente. También es habitual que, en determinados casos, se solicite expresamente la puesta a disposición de un espacio reservado. A este respecto, si bien es cierto que garantizar el carácter reservado de las entrevistas es una exigencia estructural que obliga a Policía Nacional; la realidad, es que no siempre, ni en todos los lugares se facilitan espacios que garanticen el carácter reservado de este trámite; al contrario, en ocasiones se trata de espacios compartidos o abiertos, en los que una simple mampara es el único elemento destinado a garantizar la intimidad y el carácter reservado de la entrevista. La preparación previa también nos permite conocer si la solicitante está embarazada y en qué estado se encuentra; si una madre está en periodo de lactancia; si existe alguna cuestión relacionada con la salud mental de la persona solicitante que dificulte el desarrollo de la entrevista o que pueda llegar a impedir su participación activa en la entrevista; si se trata de una persona de avanzada edad o que tenga algún tipo de necesidad especial que requiera determinadas adaptaciones en la forma de realizar la entrevista; etc. Todas estas cuestiones es preciso ponerlas en conocimiento de las autoridades correspondientes con la antelación suficiente, teniendo en cuenta que las autoridades tendrían que atender estas peticiones, en función de su disponibilidad de recursos.

Llegada la cita para la entrevista, localizaremos al entrevistador asignado, así como el espacio e interpretación disponible, podemos empezar por entregar toda la documentación de protección internacional, formularios, pasaportes, fotos y la prueba documental al agente entrevistador para que pueda ir adelantando parte del trabajo de grabación del expediente.

En este momento, debe tenerse en cuenta que se suceden una serie de trámites, distintos a la entrevista en sentido estricto. Para garantizar una

adecuación grabación de los datos personales, debemos poner de manifiesto lo antes posible los errores de filiación que se hayan detectado al objeto de su rectificación en ese acto. La información que previamente recopilamos en la preparación sirvió para cumplimentar un formulario de solicitud de protección internacional que será entregado a Policía para efectuar la grabación de la solicitud en sus sistemas informáticos. Es necesario ser muy precisos en los datos identificativos y de contacto, porque serán los datos que se incorporarán a la nueva documentación de protección internacional que se le expida a la persona solicitante. Seguidamente, a aquellas personas que no cuentan con pasaporte original se les exige la cumplimentación de un cuestionario sobre información general del país de origen que permite a la Administración verificar si concurren o no indicios que permitan confirmar que, efectivamente, esa persona tiene la nacionalidad que afirma tener. Se trata, en definitiva, de cubrir la falta de un documento identificativo que acredite la nacionalidad correspondiente, pues la nacionalidad constituye un elemento esencial en la valoración del expediente.

Una vez hecho esto último, debería iniciarse la entrevista. Parece claro que la dirección de la entrevista recaerá siempre en la Policía Nacional, de hecho, se les exige una formación mínima para desempeñar esta tarea. Sin embargo, no deja de ser una anomalía del procedimiento que esta tarea no esté atribuida a la autoridad decisoria de la solicitud, es decir, a la Dirección General de Protección Internacional (antigua OAR). De hecho, así lo exige el artículo 14.1 de la Directiva 2013/32/UE, cuando señala que *“Las entrevistas sobre el fondo de una solicitud de protección internacional se llevarán siempre a cabo por parte del personal de la autoridad decisoria.”*. Los agentes de Policía Nacional no están integrados en esa Dirección General, sino que forman parte de la plantilla de una Comisaría Provincial de Policía Nacional. Su función se ciñe al registro y grabación de la solicitud, así como a la realización de la entrevista personal, para efectuar después el posterior envío de todo el expediente a la Dirección General para evaluar la solicitud.

En cualquier caso, sin perjuicio de la existencia de ciertas directrices de mínimos, la realidad es que la metodología de dirección de las entrevistas no siempre es igual, ni siquiera en la misma provincia. Aun así, la regla general conlleva que sea el entrevistador quien dé comienzo a las entrevistas y formule primero todas las preguntas que considere necesarias. No obstante, la escasa información de la persona solicitante de la que dispone el entrevistador en ese momento conlleva tener que extraer los hechos relevantes, prácticamente desde cero; lo cual requiere, a su vez, de más tiempo que habrá de sumarse a las preguntas ampliatorias o aclaratorias que pueda hacer el Letrado o Letrada para complementar el relato de hechos. En algunas provincias, las autoridades han tratado minimizar el tiempo de dedicado a esta tarea, requiriendo a las personas solicitantes la aportación de un relato

escrito en el momento del registro de su solicitud, cuando se les expide la *“Manifestación de voluntad de solicitar protección internacional”*. Sin embargo, debe aclararse que no es obligatoria la aportación de ese relato, pues los hechos que justifican una solicitud de protección internacional deben trasladarse a la Administración en trámite de entrevista personal y no antes. Esta práctica puede perjudicar el expediente, si durante la entrevista se produce alguna contradicción con el relato escrito que se aportó previamente.

Este contexto nos permite poner en valor la exhaustiva preparación previa que se ha explicado anteriormente y, desde una posición de colaboración y proactividad, hacer un ofrecimiento al entrevistador en el sentido de cooperar en la dirección de la entrevista, permitiendo al Letrado o Letrada iniciar las preguntas correspondientes, siguiendo el guion previamente determinado, para exponer la totalidad de los hechos relevantes de una manera más directa y eficaz. El conocimiento detallado de los hechos que nos brinda la preparación previa de una entrevista justificaría este ofrecimiento y daría lugar, sin ninguna duda, a una reducción del tiempo empleado en cada entrevista.

Así fue, precisamente, como se inició la entrevista con la madre colombiana. Utilizamos el guion de preguntas como herramienta básica para el desarrollo del trámite desde el inicio y fuimos planteando, una a una, todas las preguntas contenidas en el guion. Mientras se daba respuesta a estas preguntas, el agente entrevistador fue lanzando otras preguntas más concretas para complementar o aclarar algunas cuestiones y ya, al finalizar, Policía formuló unas breves preguntas genéricas que pusieron fin a la declaración. Seguidamente, se hizo entrega de una copia o borrador de la entrevista para su revisión por parte del Letrado. En la transcripción de la entrevista, además de las respuestas correspondientes, se incluyeron también varias apreciaciones en relación a los diversos momentos en los que la mujer se había derrumbado emocionalmente, teniendo que interrumpir brevemente el transcurso de la entrevista, así como respecto al espacio facilitado para el trámite; en particular, a instancias del Letrado se dejó constancia de que el lugar facilitado para la entrevista era un espacio abierto al público en general que no garantizaba el carácter reservado, ni la confidencialidad del trámite. Leída la entrevista a la propia solicitante y recabada su conformidad con el contenido de la misma, se dio por concluida la toma de declaración, pasando a finalizar la presentación o formalización de la solicitud de protección internacional tras la expedición de los resguardos de solicitud de protección internacional a la madre e hijos menores y de la toma de huellas dactilares para su volcado en la base de datos EURODAC, además de la entrega de diversa documentación informativa sobre los derechos y deberes de las personas solicitantes de protección internacional.

V. SEGUIMIENTO DEL EXPEDIENTE. ALEGACIONES Y DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

Una vez realizada la entrevista personal, en principio, la persona solicitante queda a la espera de la admisión o inadmisión a trámite de solicitud (artículo 20.2 de la Ley 12/2009) durante el plazo de un mes desde la presentación. En la práctica, es habitual que la admisión a trámite se produzca por silencio administrativo positivo, sin más. De este modo, nos centraremos directamente en el seguimiento de las renovaciones de la documentación de protección internacional y en la posibilidad de aportar documentación complementaria.

Por lo que se refiere a las renovaciones de documentación, la vigencia del primer resguardo alcanza los nueve meses, transcurridos los cuales es preciso comparecer presencialmente en la Comisaría correspondiente para solicitar la renovación de esta documentación. Nuevamente, la gestión de estas citas de renovación varía en función de la provincia de que se trate; pero, en cualquier caso, las citas de renovación suelen ser momentos de una gran inquietud en las personas solicitantes, por la incertidumbre acerca de si podrán o no renovar, en la medida en que pueda existir ya una respuesta a su solicitud. En su caso, la renovación se produce automáticamente, en tanto en cuanto no conste una resolución; siendo así, la única documentación que es preciso aportar en ese momento es la propia documentación caducada y una fotografía tamaño carné. En la práctica, hay que tener muy presente la necesidad de actualizar el domicilio de la persona interesada. Para ello, una de las opciones más efectivas es la presentación en el momento de la renovación del certificado de empadronamiento que acredite el nuevo domicilio. Cuestión distinta es que se haya producido un cambio de provincia o que, a pesar del cambio de domicilio, no se haya podido efectuar la nueva inscripción en el padrón correspondiente. En el primer caso, el cambio de provincia implica un cambio de competencia territorial en cuanto a la Comisaría de Policía Nacional competente, ante la cual tendrá que gestionarse nuevamente la cita de renovación, así como la acreditación del domicilio. Y, en el segundo caso, no habiéndose podido acceder a un certificado de empadronamiento, para acreditar el nuevo domicilio podríamos solicitar la colaboración de algún tipo de entidad que atienda a personas solicitantes de protección internacional para que certifique que esa persona es usuaria de esa entidad y que ha manifestado tener su domicilio en la provincia de que se trate.

Y, respecto a la aportación de documentación complementaria o a la ampliación de alegaciones, tendremos presente que, conforme al artículo 53.1.e) Ley 39/2015⁸, podrá aportarse nueva documentación en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia. Ahora bien, es

⁸ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de octubre de 2016, núm. 236.

preciso hacer varios matices prácticos respecto a la forma de aportación de nueva documentación. Existe la posibilidad de aportar tales documentos de forma presencial en la misma Comisaría donde se realizó la entrevista, durante los diez días siguientes a su realización; lo cual, es poco frecuente por la dificultad para conseguir nueva documentación en un plazo tan breve. Sin embargo, de forma electrónica, a través del Registro Electrónico General, podremos efectuar la presentación de nueva documentación en cualquier fase del procedimiento. No obstante, los registros electrónicos dirigidos a la Dirección General de Protección Internacional, a pesar de algunas recientes mejoras, siguen teniendo demoras muy significativas que impiden que la nueva documentación llegue a tiempo para su valoración por parte de la instrucción correspondiente. De este modo, sin perjuicio de la preceptiva presentación por registro electrónico, es posible y muy recomendable, remitir por correo electrónico a la instrucción correspondiente toda la documentación que se desee aportar, así como el justificante de la presentación a través del registro. Se pretende con ello asegurarnos de que la instrucción pueda evaluar toda la documentación relevante antes de que efectúe una propuesta de resolución del caso concreto. Ciertamente, los cálculos de tiempo sobre la duración de la instrucción son meras aproximaciones pues, aunque el expediente debería estar resuelto de forma expresa en el plazo de seis meses posteriores a la formalización (artículos 19.7 y 24.3 de la Ley 12/2009), la realidad es que la tramitación de estas solicitudes se demora, generalmente, mucho más allá de los seis meses. En cualquier caso, lo más seguro siempre va a ser efectuar una nueva aportación de documentación o de alegaciones complementarias dentro de ese plazo de seis meses de referencia.

En el caso de la unidad familiar colombiana, fue necesaria tanto la aportación de nueva documentación, como de alegaciones complementarias, lo cual se llevó a cabo a través de registro electrónico y adelanto a la instrucción mediante correo electrónico, asegurando su valoración dentro del plazo de los seis meses siguientes a la entrevista. Generalmente, cuando ha habido una preparación previa y la entrevista se ha podido realizar sin incidencias graves, no suele ser necesaria la ampliación de alegaciones, porque los hechos relevantes fueron puestos de manifiesto de forma detallada en trámite de entrevista personal. Sin embargo, en nuestro supuesto, se produjeron hechos nuevos con posterioridad a la fecha de la entrevista; en particular, se produjo la muerte violenta del suegro de la solicitante por los mismos motivos que justificaban la solicitud formulada por ésta, lo cual fue explicado con detalle, en primera persona y por escrito, al que se adjuntó el certificado de defunción del referido familiar. Además de lo anterior, teniendo en cuenta que habíamos aportado diversa documentación médica y una evaluación psicológica de la madre y de la mayor de sus hijos menores de edad, se gestionó una nueva evaluación psicológica que actualizara el estado de salud de ambas. Por otra parte, la familia colombiana pudo acceder al sistema de acogida de personas soli-

citantes de protección internacional del MISSM, siendo desplazadas a un municipio fuera de la provincia donde se formalizaron sus solicitudes. Por lo tanto, el trámite de renovación se realizó en la Comisaría correspondiente a la nueva provincia, aportando el certificado de empadronamiento actualizado y así también se incorporó al expediente el nuevo domicilio a efectos de notificaciones. En el momento de la renovación no existía aún ninguna resolución, por lo que se les expidió las correspondientes “*tarjetas rojas*”, de un año de vigencia y con continuidad de la autorización para trabajar.

VI. NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Los artículos 40 a 46 de la Ley 39/2015 regulan todo lo relacionado con la notificación de actos administrativos. Tradicionalmente, las notificaciones relacionadas con expedientes de protección internacional se venían haciendo con ocasión de las comparecencias personales para el trámite de renovación de la documentación, que es una de las diferentes vías de notificación (artículo 41.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, esta forma de notificar es cada vez menos frecuente, entre otros motivos, porque conlleva tener que esperar a la referida comparecencia presencial para renovar, lo cual podría llegar a ser práctico con documentación de una vigencia de seis meses; pero hoy en día, con vigencias de nueve meses o de un año, la cosa cambia y no parece razonable demorar la notificación de una resolución por esta razón.

Actualmente, resulta difícil identificar un patrón en el sistema de notificación empleado por la Dirección General de Protección Internacional. Para un mismo tipo de expediente administrativo, coexisten prácticamente todas las formas de notificación posibles. A la notificación a través de comparecencia presencial en Comisaría, se suma la notificación al domicilio de la persona interesada y si esta notificación postal resulta infructuosa se produce la notificación a través del Boletín Oficial del Estado (BOE). Hasta aquí no parece un sistema complejo; no obstante, introducimos también la notificación electrónica, que requiere, obviamente, el uso de un certificado digital; y, además, añadimos también la notificación a través de las entidades del sistema de acogida de protección internacional, las cuales, en cierto modo, actúan en este punto como auxiliares de la Administración para facilitar una notificación presencial.

Esta mixtura de formas de notificación para un mismo expediente administrativo genera cierta confusión y no permite predecir con claridad de qué manera la Administración hará llegar la resolución a la persona solicitante. ¿Por qué en unos casos se utiliza la notificación electrónica y en otros no, si las personas solicitantes, como personas físicas, no están obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración? ¿Por qué

no se efectúa esa notificación electrónica a los Letrados y Letradas que asisten a las personas solicitantes en estos expedientes, estando aquellos obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración? Quizá esta cuestión sea intrascendente en comparación con otras deficiencias del sistema de asilo español, así que tampoco profundizaremos más en ello. Siguiendo con nuestro supuesto, en el caso de la familia colombiana, la notificación se efectuó por sede electrónica, mediante un aviso por correo electrónico enviado a la madre; lo cual, paradójicamente, sí que era lo esperado, pues de un tiempo hasta ahora parece identificarse (aunque probablemente sea solo una conjetura) que el uso de la notificación electrónica está más extendido entre los solicitantes procedentes de América latina que entre el resto procedencias geográficas, lo cual, de ser así, resultaría muy llamativo, cuanto menos, ya que se estaría empleando un criterio claramente discriminatorio por razón del origen y de la nacionalidad.

VII. EL SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN

Desde que se detecta un caso que podría dar lugar al inicio de un expediente de protección internacional, resulta inevitable caer en generalizaciones o conjeturas acerca de las posibilidades de éxito de una solicitud. Es necesario analizar cada caso de forma individual y centrar todos los esfuerzos en la entrevista y su preparación previa. Las solicitudes de protección internacional de personas procedentes de Colombia tienen un escaso nivel de concesión⁹ (996 algún tipo de protección en 2023 - 15.089 desfavorables - 696 archivos). Cuando identificamos el caso de esta familia colombiana tratamos de no pensar en las probabilidades de éxito, sino en facilitar toda la información posible sobre protección internacional, verificar la intención de ejercitar el derecho a solicitar asilo y, finalmente, profundizar en el caso para extraer todos los hechos relevantes y la prueba documental.

Tras el desarrollo de todo el procedimiento de protección internacional, finalmente, se notificó resolución de concesión del derecho de asilo a la madre y, por extensión, a sus dos hijos menores de edad, por considerar que existían temores fundados a ser perseguidos en Colombia como consecuencia de su pertenencia a un grupo social determinado; en concreto, a dos grupos sociales, el primero referido a las mujeres víctimas de violencia sexual en el contexto de la guerrilla; y, el segundo, relativo a las personas activistas y defensoras del medio ambiente.

Los efectos de la concesión del derecho de asilo se resumen en la expedición de Documento de Viaje, así como de Tarjeta de Identidad de Extranjero (TIE) con vigencia de cinco años y autorización para trabajar.

⁹ Asilo en cifras. Ministerio de Interior. <https://www.interior.gob.es/opencms/gl/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/asilo-en-cifras/>

El paso siguiente será la obtención de citas para la expedición de ambos documentos y todo lo que ello conlleva en cuanto al mercado negro de citas de “*huella*”. Es curioso el ciclo perverso en el que una persona solicitante podría tener que pagar cantidades de dinero exageradas para conseguir citas (gratuitas, según las autoridades) que permitan el acceso al procedimiento y, a su vez, tenga que volver a pagar cantidades similares para finalizarlo con las citas de “*huella*” (también gratuita) y concluir el proceso retirando el Documento de Viaje y la TIE.

A su vez, la concesión del derecho de asilo conlleva la reducción del plazo general de diez años de residencia para solicitar la adquisición de la nacionalidad a cinco años (artículo 22.1 del Código Civil¹⁰), cuyo cómputo se iniciaría, con efectos retroactivos desde el momento de la formalización, es decir, desde el día de la entrevista personal (Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 26 de enero de 2022, recurso núm. 729/2020¹¹). En el caso de la familia colombiana, tratándose de nacionales de un país iberoamericano conllevaría la aplicación de una reducción más favorable de dos años.

VII. CONCLUSIONES

En la situación actual, la gestión de un expediente de protección internacional requiere en ocasiones un intenso trabajo incluso antes de su inicio. Se ha explicado la necesidad de llevar a cabo una evaluación previa de las situaciones de vulnerabilidad que puedan facilitar el acceso efectivo y ágil al procedimiento de protección internacional y así eludir los graves obstáculos que dificultan la obtención de citas para iniciar estos expedientes. Es cierto que somos los profesionales y entidades especializadas quienes debemos brindar un asesoramiento que permita a estas personas diferenciar los casos que podrían ser encauzados a través de la figura de la protección internacional, de aquellos que no tienen ninguna relación con esta materia. Aun así, este asesoramiento no puede ignorar que son estas personas las titulares del derecho a solicitar asilo y, en su caso, le corresponde a la Administración determinar la admisión o inadmisión a trámite de aquellos casos que carecen manifiestamente de fundamento, aligerando con ello la saturación del sistema.

Con el caso de la unidad familiar monoparental colombiana se ha querido hacer hincapié en el impacto directo en el resultado del expediente que puede tener la asistencia jurídica especializada a través de una adecuada preparación de la entrevista personal, el acompañamiento a la misma, así como el seguimiento posterior del caso.

¹⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889, núm. 206.

¹¹ SAN de 26 de enero de 2022 (Roj: SAN 114/2022 - ECLI:ES:AN:2022:114).

Por lo que se refiere a la preparación, nos permite tomar contacto con la profundidad y el detalle de la historia de la persona. En este sentido, el planteamiento parte del respeto a la dignidad de la propia historia personal, de manera que podamos dedicarle el espacio y el tiempo necesario para su desarrollo en unas condiciones óptimas que permitan una exposición tranquila y seria del relato de hechos. La preparación nos facilita, en definitiva, las herramientas necesarias para la composición del caso, desde todos los enfoques necesarios para afrontar adecuadamente el trámite de entrevista personal.

Este conocimiento detallado del caso facilita también la detección de posibles incidencias y facilita su resolución. En este sentido, es preciso ser conscientes de las obligaciones que le son exigibles a las autoridades en relación al suministro de información, de espacios, de intérpretes y, en general, de garantizar unas condiciones óptimas para el desarrollo de este trámite.

La entrevista personal, sin duda, constituye el elemento esencial de este tipo de expedientes. En nuestra percepción de esta asistencia jurídica todo gira en torno a este momento. La entrevista personal tiene sustantividad propia y se concibe como la oportunidad de trasladar a las autoridades los hechos relevantes que fundamentan la solicitud de protección de internacional. Requiere unas condiciones óptimas tanto personales, como materiales; lo cual puede suponer la necesidad de no realizarse si no se cumplen esas condiciones mínimas. Hemos insistido mucho en la conveniencia de evitar, en la medida de lo posible, la aportación de relatos escritos que sustituyan la toma de declaración y las respuestas a las preguntas concretas; pues no se trata de un mero trámite de alegaciones, sino que es preciso recabar todos los hechos relevantes de una forma detallada y ordenada cronológicamente, recogiendo todas las incidencias o información de interés durante su celebración y, principalmente, permitiendo también a la persona interesada aclarar las contradicciones o lagunas que pudieran detectarse.

Por otra parte, teniendo en cuenta las demoras en la resolución de las solicitudes, el seguimiento del expediente puede ser vital en algunos casos; no solo porque se deba atender a determinados requerimientos, sino también por actualizar la situación personal, familiar, social y sanitaria de las personas solicitantes de asilo. Para ello, resulta muy oportuno conocer la práctica básica de la Dirección General de Protección Internacional en la instrucción de los expedientes, así como en la notificación de las resoluciones.

En definitiva, una conclusión principal podría ser que la asistencia jurídica especializada en esta materia puede determinar el resultado de una solicitud de protección internacional; sin embargo, creo que este capítulo evidencia, esencialmente, la necesidad de conocer en profundidad las historias personales para después resaltar los hechos relevantes, cuya

verosimilitud podremos apoyar con diferente información de país de origen u otras pruebas documentales. Esta tarea podría llevarse a cabo, exclusivamente, por la Administración si el sistema español de asilo contara con los medios materiales y humanos suficientes; y si el personal encargado de realizar las entrevistas fueran funcionarios y funcionarias especializados en protección internacional adscritos a la administración resolutoria. Mientras tanto, la asistencia jurídica prestada por entidades, por los turnos de oficio y por profesionales particulares tienen un papel muy relevante en la preparación y el montaje de expedientes de protección internacional.

Protección especial en Italia: los efectos del decreto Cutro entre las restricciones y la protección de los derechos humanos*

Simona PASSALACQUA

Doctoranda en Estudios Migratorios

Universidad de Granada

Correo electrónico: passalacqua@correo.ugr.es

Sumario: I. Introducción. II. Protección especial: breve excursus normativo. III. Los efectos del Decreto Cutro sobre la protección especial. IV. El nuevo pacto europeo sobre la inmigración y el asilo. V. Entre reforma europea y restricciones nacionales: el Reglamento 2024/1347 y el Decreto Cutro.

Palabras clave: Protección especial, Decreto Cutro, Paco Inmigración y Asilo, Reglamento sobre requisitos.

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de marzo de 2023 se publicó en el Boletín Oficial el decreto ley n.º 20, titulado «Disposiciones urgentes en materia de flujos de entrada legal de trabajadores extranjeros y de prevención y lucha contra la inmigración irregular»¹. El decreto, promulgado tras el triste naufragio frente a

* El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.

¹ Decreto Ley n.º 20, de 10 de marzo de 2023 (en la Gazzeta Ufficiale –Serie General– n.º 59, de 10 de marzo de 2023), coordinado con la ley de conversión n.º 50, de 5 de mayo de 2023 (en la misma GU, p. 7), relativo a: «Disposiciones urgentes en materia de flujos de entrada legal de trabajadores extranjeros y de prevención y lucha contra la inmigración irregular» (GU Serie General n.º 104 de 05-05-2023).

las costas de Calabria que se cobró la vida de más de cien personas, supone un endurecimiento adicional de las políticas migratorias en Italia. Al día siguiente de su entrada en vigor, este acto normativo fue «rebautizado» como Decreto Cutro² (con algunas notas de disconformidad)³, lo que suscitó no poca polémica, tanto en el ámbito académico como en los medios de comunicación, según CAMPOMORI⁴. El presente artículo pretende profundizar de forma crítica en la institución de la protección especial en su configuración actual, tal y como se define en el Decreto Cutro, precedido de un breve análisis del marco normativo vigente anteriormente.

II. PROTECCIÓN ESPECIAL: BREVE EXCURSUS NORMATIVO

La normativa que regula la institución de la protección especial en Italia ha experimentado numerosas evoluciones en los últimos veinte años, reflejando los cambios políticos, las emergencias migratorias y las necesidades de armonización con el derecho internacional y comunitario, alternando enfoques orientados a la protección de los derechos humanos con medidas más restrictivas, dictadas por la necesidad de reforzar el control migratorio.

Los años 90 marcan el nacimiento de la protección humanitaria con la Ley n.º 39/1990 (Ley Martelli)⁵ como medida discrecional para proteger a los migrantes que, aunque no entraban en la definición de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951, se encontraban en situaciones de vulnerabilidad. La condición de refugiado conlleva la noción de vulnerabilidad: «el sentimiento de no pertenencia en el que se encuentra la persona la expone a un riesgo de malestar psicológico relacionado con la dificultad de reconocerse a sí misma y de ser reconocida»⁶. La Ley 39/1990 preveía

² En palabras de STEVANATO “El decreto ley n.º 20 de 2023, convertido con modificaciones en la ley n.º 50 de 5 de mayo de 2023, se denominó «decreto Cutro», no solo por las intenciones –no muy claras– del legislador de combatir el fenómeno de la inmigración clandestina, sino también por su proximidad temporal al trágico naufragio ocurrido la noche del 26 de febrero de 2023 cerca de Cutro, en Calabria, en el que perdieron la vida 94 migrantes, entre ellos 35 menores”. STEVANATO, A.: *Che cosa resta della loro protezione? Corti supreme e salute*, (2) 2023, p.456

³ Véanse, entre las numerosas contribuciones publicadas tras la entrada en vigor del decreto ley n.º 20 de 2023, OGNINI, P., “Capiamo il DL n. 20/2023, il nuovo «Decreto Immigrazione di Cutro»” (Entendamos el DL n.º 20/2023, el nuevo «Decreto de Inmigración de Cutro»), en *Melting Pot Europa*, 23 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.meltingpot.org/2023/03/capiamo-il-dl-n-20-2023-il-nuovo-decreto-immigrazione-di-cutro/> y FACCHINI, D. Facchini, Los frutos del «Decreto Cutro», entre nuevas irregularidades y nuevos litigios en los tribunales, en *Altra economia*, 16 de marzo de 2023, disponible en: <https://altreconomia.it/i-frutti-del-decreto-cutro-tra-nuova-irregolarita-e-ulteriore-contenzioso-nei-tribunali/>.

⁴ CAMPOMORI, F.: La banalità del male: Il Decreto Cutro e la stretta (inutilmente) punitiva sulle politiche di asilo. *Social Policies*, 10(2), 2023, pp. 321-328 (p. 322).

⁵ Ley n.º 39, de 28 de febrero de 1990. Conversión en ley, con modificaciones, del decreto-ley n.º 416, de 30 de diciembre de 1989, que establece normas urgentes en materia de asilo político, entrada y estancia de ciudadanos extracomunitarios y regularización de ciudadanos extracomunitarios y apátridas ya presentes en el territorio del Estado. Disposiciones en materia de asilo.

⁶ Cfr. Vulnerabilità, risorse e resilienza. *Dignitas*. Disponible en: <www.manuale-dignitas.it>.

la concesión de un permiso de residencia por «motivos humanitarios graves», eliminando, en su artículo 1, la limitación geográfica impuesta por Italia en el momento de la firma de la Convención de Ginebra de 1951, según la cual solo se podía reconocer la condición de refugiado por persecuciones ocurridas en el continente europeo⁷.

La primera normativa de alcance general, introducida en contextos no emergenciales, fue la Ley n.º 40/1998, denominada Ley Turco-Napolitano (por el nombre de los ministros de la época), que previó una revisión significativa de la normativa sobre inmigración a través del Texto Único de las disposiciones relativas a la disciplina de la inmigración y las normas sobre la condición jurídica del extranjero (D.lgs 25 julio 1998 n. 286), que se basa en los principios de la planificación de los flujos migratorios, la lucha contra la inmigración clandestina y la promoción del derecho a la integración. Esta disposición normativa estableció una clara distinción entre los inmigrantes en general y los refugiados, reservando a estos últimos un trato especialmente favorable.

Entre las principales innovaciones normativas destaca la posibilidad de expedir permisos de residencia por motivos de protección temporal⁸. Además, se ha establecido la protección humanitaria, que permite la expedición de un permiso de residencia por razones humanitarias y conlleva la prohibición de expulsión o devolución, tal y como establece el artículo 5, apartado 6, del Decreto Legislativo n.º 286/1998. La ley también ha introducido los centros de acogida destinados a los extranjeros que se encuentran temporalmente en situación de indigencia, según lo dispuesto en el artículo 38. Otra medida prevista se refiere a la retención de los migrantes en los centros de permanencia temporal y asistencia (CPTA), tal y como se indica en el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 286/1998. Esta disposición es aplicable en los casos en que sea necesario verificar la identidad o la nacionalidad del migrante, obtener sus documentos de viaje, o cuando existan dificultades para encontrar un medio de transporte adecuado o para garantizar la asistencia. Esta intervención normativa representó sin duda un importante intento de conciliar las necesidades de protección de los derechos humanos con las de control de la inmigración y el orden público, pero, aunque adecuada en

⁷ Ley n.º 39, de 28 de febrero de 1990, Conversión en ley, con modificaciones, del decreto-ley 30 de diciembre de 1989, n.º 416, que contiene normas urgentes en materia de asilo político, entrada y estancia de ciudadanos extracomunitarios y regularización de ciudadanos extracomunitarios y apátridas ya presentes en el territorio del Estado. Disposiciones en materia de asilo. (GU n.º 49, de 28-02-1990)

⁸ Art. 18, apartado 1, Ley n.º 40/1998 «Mediante decreto del Presidente del Consejo de Ministros, adoptado de común acuerdo con los ministros de Asuntos Exteriores, del Interior, de Solidaridad Social y con los demás ministros que puedan estar interesados, se establecerán, dentro de los límites de los recursos destinados a tal fin en el marco del Fondo contemplado en el artículo 43, las medidas de protección temporal que deben adoptarse, incluso en derogación de las disposiciones de la presente ley, por exigencias humanitarias relevantes, en caso de conflictos, catástrofes naturales u otros acontecimientos de especial gravedad en países no pertenecientes a la Unión Europea».

sus intenciones, sobre todo en relación con el período histórico en el que se elaboró⁹, resultó ineficaz.

El Decreto Legislativo n.º 251/2007, también conocido como Decreto Legislativo de aplicación de la Directiva sobre los requisitos (2004/83/CE)¹⁰, regula en Italia las normas mínimas relativas al reconocimiento de la condición de refugiado y de la condición de beneficiario de protección subsidiaria, dos formas de protección que conviene diferenciar. En lo que respecta al estatuto de refugiado, de conformidad con el artículo 2, letra e), del Decreto Legislativo n.º 251/2007, se define como refugiado siguiendo la definición proporcionada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967:

“El extranjero que, por temor fundado a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del territorio del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dicho temor, no quiere acogerse a la protección de dicho país, o apátrida que se encuentra fuera del territorio en el que tenía anteriormente su residencia habitual por las mismas razones mencionadas y no puede o, debido a dicho temor, no quiere regresar, sin perjuicio de las causas de exclusión previstas en el artículo 10”.

De la definición anterior se desprenden los elementos esenciales que identifican la pertenencia a dicha categoría: a) el temor fundado; b) la persecución; c) los motivos de persecución; d) encontrarse físicamente fuera del país del que se tiene la ciudadanía o la residencia habitual; e) la falta de protección interna del país de origen o de residencia habitual, ya que la persona no puede o no quiere hacer uso de ella¹¹.

⁹ La normativa fue desarrollada durante el mandato del Gobierno Prodi, un periodo crucial en el que Italia se adhiere oficialmente al acuerdo de Schengen. Esta adhesión conlleva la implementación de un sistema de control fronterizo más riguroso y coordinado, destinado a garantizar una gestión más eficaz de la libre circulación dentro de la Unión Europea. Al mismo tiempo, se hace evidente la urgencia de adoptar medidas específicas para combatir el creciente fenómeno de la inmigración irregular y clandestina, considerado uno de los principales retos de la época.

¹⁰ 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. Esta Directiva fue sustituida por la Directiva 2011/95/UE, que a su vez ha sido derogada por el Reglamento (UE) 2024/1347, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹¹ Para más información, vid. ACNUR, *Manual sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado y Directrices sobre protección internacional*, 2019.

La protección subsidiaria se rige por el artículo 2, letra g), del Decreto Legislativo n.º 251/2007, según el cual:

“El beneficiario de la protección internacional subsidiaria es el ciudadano extranjero que no reúne los requisitos para ser reconocido como refugiado, pero respecto al cual existen motivos fundados para considerar que, si regresara a su país de origen, o, en el caso de un apátrida, si regresara al país en el que tenía anteriormente su residencia habitual, correría un riesgo real de sufrir un daño grave tal y como se define en el presente decreto y que no puede o, debido a dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de dicho país”

La protección subsidiaria se configura, por lo tanto, como una institución complementaria al estatuto de refugiado, ya que tiene por objeto reforzar la salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas que, aunque no reúnen los requisitos necesarios para ser reconocidas como refugiados, se encuentran sin embargo en una situación de vulnerabilidad que merece protección. Se aplica en los casos en que, si la persona se viera obligada a regresar a su país de origen, existiría un peligro real de sufrir un daño grave e irreparable. A diferencia del estatuto de refugiado, por lo tanto, la protección subsidiaria no contempla la dimensión subjetiva del «miedo», sino que se basa exclusivamente en la comprobación de la existencia de un «riesgo real de sufrir un daño grave», evaluado en su componente objetivo, según DI DONATO¹².

El reconocimiento del estatuto de refugiado y de la protección subsidiaria permite al beneficiario, sobre la base de lo previsto en las Directrices elaboradas por el Ministerio del Interior –Comisión Nacional para el Derecho de Asilo en 2019– y de las normas contenidas en el Texto Único de Inmigración, así como del art. 23 del Decreto Legislativo 251/2007, la expedición de un permiso de residencia válido por cinco años y, al mismo tiempo, la expedición de un documento de viaje (título de viaje en caso de protección subsidiaria). En lo que respecta a la actividad laboral, el beneficiario puede acceder al mercado de trabajo, incluido el empleo público, en igualdad de condiciones con los ciudadanos de la Unión Europea; también tendrá derecho a inscribirse en el registro civil y podrá participar en la asignación de viviendas públicas. Además, se permite la reunificación familiar sin necesidad de demostrar ingresos o alojamiento y, por último, tras cinco años, el beneficiario del estatuto de refugiado tendrá la posibilidad de solicitar la ciudadanía por naturalización. Sin embargo, esta última hipótesis no está prevista para la protección subsidiaria.

En conclusión, el Decreto Legislativo n.º 251, de 19 de noviembre de 2007, supuso un pilar en la normativa italiana sobre el derecho de asilo, ya que introdujo criterios armonizados para garantizar una protección internacional estructurada y conforme a las normas europeas, pero como

¹² DI DONATO, F., FRISINA, M. P., VESTOSO, M., & VOLPE, D.: *Contesto di indagine e profili metodologici*. Rivista di filosofia del diritto, 12(1), 2023, pp 91-110.

afirma BENVENUTTI¹³, también plantea problemas tanto a nivel teórico como práctico.

En primer lugar, las normas procesales para el reconocimiento de la protección internacional son demasiado complejas, lo que provoca retrasos que comprometen los derechos de los solicitantes y los deja en una situación de incertidumbre jurídica. Aunque el Decreto Legislativo n.º 251/2007 tiene por objeto armonizar el sistema italiano con las normas europeas, su aplicación práctica ha sido desigual, lo que ha generado disparidades en el trato entre solicitantes en situaciones similares, según NASCIMBENE¹⁴; además, la protección de los grupos vulnerables (como los menores no acompañados, las víctimas de la trata y las mujeres en situación de riesgo), aunque se prevé¹⁵, ha sido a menudo insuficiente debido a la falta de recursos y de una formación adecuada de los operadores.

Por otra parte, el decreto presta poca atención a los procesos de integración social y económica, lo que dificulta que sus destinatarios puedan construir una vida digna. Por último, a pesar del principio de *non-refoulement* o no devolución¹⁶, el sistema no siempre garantiza una protección efectiva, lo que expone a los solicitantes al riesgo de expulsión y a graves consecuencias.

En 2018 se introdujo una reforma significativa con el decreto ley n.º 113/2018 (Decreto Sicurezza), posteriormente convertido en la ley n.º 132/2018¹⁷, que introdujo cambios significativos en la normativa sobre la condición jurídica de los extranjeros, derogando el permiso de residencia

¹³ BENVENUTI, M.: *“La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure”*. Jovene Editore, 2011.

¹⁴ NASCIMBENE, B.: *“Il diritto di asilo. Gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali”*. Giappichelli Editore, 2011.

¹⁵ Art. 19, apartado 2, del Decreto Legislativo n.º 251/2007 *«En la aplicación de las disposiciones del presente capítulo, se tendrá en cuenta, sobre la base de una evaluación individual, la situación específica de las personas vulnerables, como los menores, las personas con discapacidad, las personas mayores, las mujeres embarazadas, los progenitores solteros con hijos menores, las personas que han sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual»*.

¹⁶ El principio de no devolución constituye el pilar fundamental del derecho de asilo y se basa en una amplia gama de instrumentos normativos internacionales, entre los que destaca, por su importancia, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. En particular, el artículo 33 de dicha Convención consagra y define el principio de no devolución como la prohibición a los Estados de expulsar o devolver, «de cualquier forma, a un refugiado hacia las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad estarían amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o opiniones políticas». Véase, sobre el principio de no devolución, SOLANES CORELLA, *Protection and principle of non-refoulement in the European Union*, SCIO. *Revista de Filosofía*, n.º 19, noviembre de 2020, 2020, pp. 27-62.

¹⁷ Ley n.º 113, de 4 de octubre de 2018, conversión en ley, con modificaciones, del decreto ley n.º 113, de 4 de octubre de 2018, que contiene disposiciones urgentes en materia de protección internacional e inmigración, seguridad pública, así como medidas para el funcionamiento del Ministerio del Interior y la organización y el funcionamiento de la Agencia Nacional para la Administración y Destino de los Bienes Incautados y Confiscados a la Delincuencia Organizada. Delegación al Gobierno en materia de reordenación de las funciones y carreras del personal de las Fuerzas de Policía y las Fuerzas Armadas.

por razones humanitarias¹⁸ y sustituyéndolo por un permiso de residencia por protección especial, modificando así el sistema de asilo italiano en sentido restrictivo. Otra novedad importante fue, para ALGOSTINO¹⁹ la introducción y tipificación de nuevas formas de permisos de residencia²⁰ con el fin de reducir la discrecionalidad del órgano judicial a la hora de determinar lo que, antes de la reforma, se consideraban motivos humanitarios graves.

La ley n.º 132/2018 ha endurecido sin duda alguna las normas sobre el derecho de asilo y la obtención de la nacionalidad, centrándose en un concepto de seguridad vinculado al decoro urbano y al control de las personas consideradas «peligrosas», y estableciendo disposiciones contra la delincuencia organizada, pero suscitando dudas sobre la posible inconstitucionalidad de las restricciones en materia de inmigración. El título del texto normativo en cuestión es en sí mismo emblemático y pone de relieve que el tema de la inmigración está estrechamente relacionado con las cuestiones relativas a la seguridad y el mantenimiento del orden público. A este respecto, como afirma MASERA²¹, en los últimos veinte años se utiliza el neologismo «crimmigration»²², con el que se denota la tendencia a la «criminalización del derecho de inmigración».

Las disposiciones previstas en algunos artículos del Decreto *Sicurezza*, violan según ALGOSTINO²³ el principio de igualdad consagrado en el artículo 3 de la Constitución italiana, ya que establecen situaciones de privilegio al diferenciar de manera irrazonable a algunas categorías de sujetos. A modo de ejemplo, «el artículo 20 del proyecto de ley introduce modificaciones al delito de lesiones personales (art. 583-quater del Código Penal) diferenciando el caso en que se causen «a un funcionario o agente de la policía judicial o de la seguridad pública en el ejercicio o por el cumplimiento de sus funciones», lo que determina un «privilegio de la autoridad».

¹⁸ En el texto del artículo 1 del Decreto Ley n.º 113 de 2018, en sus distintos apartados, la expresión «por motivos humanitarios» se ha suprimido de los textos normativos anteriores y se ha sustituido por la referencia a los casos específicos de permisos especiales.

¹⁹ ALGOSTINO, A.: Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza. *Costituzionalismo.it*, (2), 2018, p. 178.

²⁰ Permiso de residencia para «casos especiales»: - art. 18 T.U.I. «residencia por motivos de protección social» (duración de seis meses, renovable por un año o por el período más largo que sea necesario por motivos de justicia; convertible en permiso de trabajo); - art. 18-bis T.U.I. «permiso de residencia para víctimas de violencia doméstica» (duración de un año; convertible en permiso de trabajo); - art. 22, apartado 12-quater, del Decreto Legislativo n.º 286/1998: permiso de residencia por explotación laboral especial; permiso de residencia por «tratamiento médico» de especial gravedad: - art. 19, apartado 2, letra d-bis, del T.U.I.; permiso de residencia por «protección especial»: - art. 32, apartado 3, del Decreto Legislativo n.º 25/2008; permiso de residencia por «catástrofe contingente y excepcional» natural: - nuevo art. 20-bis del T.U.I.; permiso de residencia por «actos de especial valor cívico»: nuevo art. 42-bis del T.U.I.

²¹ MASERA, L.: La crimmigration nel decreto Salvini. *La legislazione penale*, 2019, p.1.

²² cfr. Gatta, G.L. (2018), La pena nell'era della 'crimmigration': tra Europa e Stati Uniti, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione - Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 987 ss.; Spena, A. (2017). La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 47(2), 495-514.

²³ ALGOSTINO, A.: “L'incostituzionalità nell'anima di un disegno autoritario: note sul ddln 1660 sulla sicurezza pubblica”. *Costituzionalismo.it*, 2024, (2), p. 98.

Este autor añade que: «La universalidad de los derechos, la igualdad, el disenso: se ven afectados los pilares de la democracia constitucional en favor de un nacionalismo *iure sanguinis* autoritario, del que el decreto ley “seguridad e inmigración” es un digno manifiesto, en cuanto “suma de inconstitucionalidad” en el procedimiento de adopción, en el fondo y en la ratio que lo sustenta»²⁴. Activistas y asociaciones han publicado análisis rigurosos y autorizados sobre las implicaciones del Decreto Salvini²⁵. Además, subraya PUPPA²⁶ que hay que tener en cuenta que el Consejo Superior de la Magistratura, a través de un dictamen detallado²⁷, ha expresado serias dudas y una valoración claramente negativa sobre la constitucionalidad de algunos pasajes significativos de la norma.

El Decreto Ley n.º 53/2019²⁸, conocido como «Decreto Salvini bis», amplió las medidas restrictivas previstas en la medida anterior, prestando especial atención a uno de los temas más controvertidos y divisivos, es decir, el relativo a las obligaciones internacionales relacionadas con el rescate en el mar.

El objetivo declarado del decreto era combatir la inmigración irregular mediante un control directo de las fronteras y limitar el papel de las ONG en el transporte de migrantes hacia las costas italianas²⁹. La primera parte del artículo 1 del Decreto mencionado anteriormente contrasta gravemente con la Convención de Ginebra (art. 33), que contiene disposiciones estrictas sobre la prohibición de expulsar o devolver (no devolución o *no refoulement*):

²⁴ ALGOSTINO, A.: “Il decreto...”, cit., p. 199.

²⁵ Asociación para los Estudios Jurídicos sobre Inmigración (ASGI), *Decreto Inmigración y Seguridad, una ficha para operadores*, ASGI, 2018.

²⁶ PUPPA, D. et al. “*Per una critica delle politiche migratorie italiane: fare ricerca, prendere posizione*”, In: *Politiche della vulnerabilità. Contesti di accoglienza e migranti LGBT*. ETS, 2020, p.189.

²⁷ Dictamen conforme al artículo 10 de la Ley n.º 195, de 24 de marzo de 1958, sobre el decreto ley n.º 113, de 4 de octubre de 2018, relativo a: «Disposiciones urgentes en materia de protección internacional e inmigración, seguridad pública, así como medidas para el funcionamiento del Ministerio del Interior y la organización y el funcionamiento de la Agencia Nacional para la Administración y Destino de los Bienes Incautados y Confiscados a la Delincuencia Organizada». (Resolución del Consejo de 21 de noviembre de 2018).

²⁸ Decreto ley n.º 53, de 14 de junio de 2019, sobre disposiciones urgentes en materia de orden y seguridad pública (GU n.º 138, de 14 de junio de 2019).

²⁹ En el artículo 11 del decreto legislativo n.º 286, de 25 de julio de 1998, después del apartado 1-bis se inserta el siguiente: «1-ter. El Ministro del Interior, autoridad nacional de seguridad pública en virtud del artículo 1 de la ley n.º 121, de 1 de abril de 1981, en el ejercicio de las funciones de coordinación a que se refiere el apartado 1-bis y en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Italia, podrá limitar o prohibir la entrada, el tránsito o la escala de buques en el mar territorial, salvo que se trate de buques militares o buques en servicio gubernamental no comercial, por razones de orden y seguridad pública o cuando se den las condiciones a que se refiere el artículo 19, apartado 2, letra g), limitado a las violaciones de las leyes de inmigración vigentes, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, con anexos y acto final, celebrada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por la ley n.º 689, de 2 de diciembre de 1994. La medida se adopta de común acuerdo con el Ministro de Defensa y el Ministro de Infraestructuras y Transportes, según sus respectivas competencias, informando de ello al Presidente del Consejo de Ministros.».

“un refugiado enviado hacia las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad se verían amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o opiniones políticas”.

Por consiguiente, está prohibido trasladar al migrante a un tercer país considerado no seguro, y mucho menos omitir prestarle socorro. El decreto también entra en conflicto con el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que establece la obligación de prestar socorro «a cualquier persona que se encuentre en el mar en peligro de muerte lo más rápidamente posible», pero también el deber de «promover el establecimiento, la activación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda adecuado y eficaz». El Decreto Sicurezza bis vulnera la jerarquía normativa y entra en conflicto incluso con las disposiciones internas, en particular con los artículos 10, 11 y 117 de la Constitución italiana, que exigen el cumplimiento de las convenciones y tratados internacionales. El Decreto Sicurezza bis también prevé un sistema de sanciones estrictas para quienes rescatan a migrantes en el mar Mediterráneo, lo que entra en conflicto con la normativa marítima³⁰.

Se puede afirmar con certeza que estas iniciativas parecen estar inspiradas en un enfoque punitivo y en el deseo de obtener una repercusión mediática significativa. Esto lleva a deducir que los Decretos Sicurezza, aunque con la intención de controlar los flujos migratorios en Italia y proteger el orden público, han perseguido el objetivo no de promover un sistema de acogida basado en la protección de los derechos de las personas que merecen protección internacional, sino más bien de adoptar medidas restrictivas y de seguridad que a menudo entran en conflicto con los principios constitucionales y las obligaciones derivadas de los convenios internacionales.

La protección especial se amplió y se reintrodujo como alternativa a la protección humanitaria con el decreto ley n.º 130³¹, de 21 de octubre de 2020, convertido en ley el 18 de diciembre de 2020 (Ley n.º 173/2020), que prevé, entre otras cosas, la derogación del tercer y cuarto párrafos del artículo 19, apartado 1.1, del TU sobre inmigración³². Esta intervención normativa se diferencia del planteamiento de los anteriores decretos Sicurezza, ya que introduce modificaciones y revisiones significativas,

³⁰ Real Decreto de 30 de marzo de 1942, n.º 327. Aprobación del texto definitivo del Código de Navegación (GU n.º 93 de 18-4-1942) - Art. 69 «La autoridad marítima, que tenga conocimiento de un buque en peligro, de un naufragio o de cualquier otro siniestro, deberá proceder inmediatamente al rescate y, cuando no disponga ni pueda obtener los medios necesarios, deberá avisar a las demás autoridades que puedan intervenir eficazmente. Cuando la autoridad marítima no pueda intervenir con prontitud, las primeras medidas necesarias serán tomadas por la autoridad municipal».

³¹ El decreto ley se refiere a «Disposiciones urgentes en materia de inmigración, protección internacional y complementaria, modificaciones de los artículos 131 bis, 391-bis, 391-ter y 588 del Código Penal, así como medidas en materia de prohibición de acceso a locales públicos y locales de entretenimiento público, de lucha contra el uso indebido de Internet y de regulación del Garante nacional de los derechos de las personas privadas de libertad personal».

³² Decreto legislativo n.º 286, de 25 de julio de 1998, por el que se aprueba el «Texto único de las disposiciones relativas a la regulación de la inmigración y las normas sobre la condición de extranjero».

orientándose más hacia el respeto de los principios constitucionales y las normas internacionales en la materia.

Desde el punto de vista del contenido, el decreto ley n.º 130 de 2020 se articula en dos frentes principales: por un lado, interviene en la condición jurídica de los extranjeros garantizando una mayor protección a quienes demuestren la existencia de vínculos familiares o una integración significativa en Italia, incluyendo la posibilidad de convertir el permiso de residencia por protección especial en permiso de trabajo. Por lo tanto, se pone de manifiesto la intención de garantizar, a través de la nueva medida de protección para la integración social, el pleno cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que protege el derecho a la vida privada y familiar. Además, señala FERRI³³ que la protección ofrecida por esta nueva medida se extendía más allá de lo previsto en el artículo 8 del CEDH y de la interpretación correspondiente proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Es evidente que esto facilitó la integración y, sobre todo, garantizó derechos más amplios a quienes no podían obtener otras formas de protección internacional.

Por otro lado, modifica el Código Penal, alterando las modalidades de aplicación de la causa de inimputabilidad prevista en el artículo 131-bis del Código Penal, introduciendo nuevas disposiciones para las comunicaciones en prisión y endureciendo las sanciones para algunos delitos específicos.

En definitiva, como apunta CORSI³⁴, el decreto ley n.º 130 de 2020 no deroga los decretos aprobados durante el Gobierno anterior, sino que prevé su revisión parcial.

III. LOS EFECTOS DEL DECRETO CUTRO SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL

Tras repasar brevemente la evolución normativa en materia de inmigración en Italia, cabe destacar que las autoridades han oscilado entre medidas de acogida y políticas de contención, logrando un precario equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y las consideraciones de

³³ FERRI, M. et al.: *La tutela del diritto alla vita privata quale limite all'allontanamento dello straniero derivante dal diritto dell'Unione europea. Note a margine del dl 20/2023*. EUROJUS, 2023, p.20; Cfr. FAVILI, L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano, en GRASSO, G., BETTI, M. y SANGIOVANNI, L. (Coords.), *Il diritto dell'immigrazione*, Scuola di Magistratura, Roma 2022, pp. 105-119, in particolare p. 117 ss.; vid. También FERRI, M., *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2021, pp. 78-128, in particolare pp. 125 ss.

³⁴ CORSI, C. (2021). *Il decreto legge n. 130/2020 tra continuità e cambiamento. Cenni introduttivi sui profili dell'immigrazione e dell'asilo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1, 2021, p. 70.

seguridad. En este contexto se inscribe el denominado Decreto Cutro (D.L. 20/2023, convertido en Ley 50/2023), que se promulgó con carácter de urgencia tras el trágico naufragio ocurrido frente a las costas de Calabria en marzo de 2023 y que supuso una enorme tragedia humana.

Aunque inicialmente se presentó como una medida destinada a reforzar los controles sobre los flujos migratorios y a luchar contra la trata de seres humanos, el Decreto ha introducido, de hecho, cambios mucho más amplios y profundos en el sistema de protección internacional, así como en la protección especial, los permisos de residencia y la acogida de migrantes. Si en el pasado la normativa había ampliado progresivamente las posibilidades de reconocimiento de la protección humanitaria, de conformidad con las obligaciones internacionales y las directivas europeas, el Decreto Cutro va en la dirección opuesta, restringiendo las opciones disponibles para las personas que no pertenecen a la categoría de refugiados o de protección subsidiaria.

El objetivo del decreto era facilitar la regularización del flujo migratorio en Italia y, al mismo tiempo, combatir la irregularidad, adoptando una lógica de doble vía. Sin embargo, como afirma AMBROSINI³⁵, se ha facilitado la regularización de los migrantes mediante la simplificación de los procedimientos de entrada para los trabajadores extranjeros, pero en la práctica se ha reducido significativamente el ámbito de aplicación de la protección especial, con la eliminación de la protección de la vida privada y familiar, anteriormente garantizada por el artículo 8³⁶ del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Antes del Decreto Cutro, de hecho, este tipo de protección (distinta del asilo político o la protección subsidiaria) se concedía también a quienes, aunque no huían de guerras o persecuciones, demostraban un alto nivel de integración en Italia (a través de vínculos familiares, un trabajo estable o una trayectoria académica) o cuya repatriación habría supuesto una violación del derecho a la vida privada y familiar (consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Este cambio normativo ha tenido repercusiones significativas como apunta MARINO³⁷. Al ignorar elementos cruciales como la presencia de vínculos familiares o el grado de arraigo social alcanzado, el proceso de evaluación de las solicitudes de asilo ha cambiado: por un lado, se ha pro-

³⁵ AMBROSINI, M.: Il decreto Cutro e le tre politiche dell'immigrazione in Italia. *Social Policies*, n.3, 2023, 10.3, pp. 507-510.

³⁶ El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que dicha injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delitos, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás».

³⁷ MARINO, G.: "Flussi migratori in Italia: evoluzione e dinamiche dal 1990 a oggi". [Tesis de Grado] Università Degli Studi Di Padova Dipartimento Di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali. 2024

ducido una reducción en la concesión de permisos de residencia; por otro, esta decisión ha dado lugar a la expulsión masiva de personas que ya habían construido su vida y sus relaciones en el país, lo que ha provocado el alejamiento de individuos que ya se habían integrado en el contexto social italiano.

Considerando que las modificaciones introducidas en el instituto de la protección especial constituyen el núcleo de la medida, es necesario prestar especial atención a esta nueva normativa y, sobre todo, a las consecuencias que tiene sobre el sistema de asilo, así como a las repercusiones en la vida y los derechos de los solicitantes.

Existen tres formas de protección para los solicitantes de asilo y los refugiados, y, en orden jerárquico, la protección especial es la última. La mayor protección se garantiza a quienes cumplen los requisitos para acogerse a la Convención de Ginebra, demostrando que son perseguidos individualmente; le sigue la «protección subsidiaria», regulada por el Decreto Legislativo n.º 18, de 21 de febrero de 2014, reconocida por la normativa de la UE a quienes pertenecen a poblaciones que huyen de guerras o a minorías perseguidas por motivos étnicos o religiosos. Las dos formas de protección mencionadas son de carácter internacional, ya que se basan en fuentes de derecho supranacional. Junto a las protecciones internacionales, en muchos sistemas europeos existe (los datos de EUROSTAT³⁸ cuentan al menos 14) un tercer tipo de protección «humanitaria» de carácter nacional. Este dato, según CAMPOMORI³⁹ invalida las declaraciones del Gobierno, que ha justificado el endurecimiento de la «protección especial» (así denominada tras la reforma Salvini de 2018) definiéndola como una forma de protección de origen exclusivamente italiano con respecto al resto de la UE.

El texto sostiene que la derogación de una de las hipótesis de concesión de la protección especial (la relacionada con la vida privada y familiar) es, en realidad, ineficaz o «aparente». En concreto, el Decreto Ley n.º 20/2023, en su artículo 7, ha suprimido los párrafos tercero y cuarto del apartado 1.1 del artículo 19 del TU n.º 286/98, por lo que el texto actual es el siguiente:

«No se admitirá la devolución, expulsión o extradición de una persona a un Estado cuando existan motivos fundados para considerar que corre el riesgo de ser sometida a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, o cuando se den las obligaciones previstas en el artículo 5, apartado 6. En la evaluación de dichos motivos se tendrá en cuenta también la existencia, en dicho Estado, de violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos».

³⁸ https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/TPS00192/default/table?lang=en&category=migr.migr_asy.migr_asydec. (consultado El 12/09/2025)

³⁹ CAMPOMORI, F.: «La banalità...», cit., p.323

El artículo 19 del Texto Único sobre Inmigración está concebido precisamente para crear una protección contra la expulsión o el rechazo, con el fin de proteger a las personas que ya se encuentran sin permiso de residencia, pero cuya situación personal entra dentro de uno de los ámbitos protegidos por la norma. El propio título del artículo («Prohibición de expulsión y devolución. Disposiciones relativas a las categorías vulnerables») recoge precisamente este objetivo: enumera una serie de supuestos que, si se dan, obligan a expedir un permiso de residencia especial (como excepción a las normas ordinarias, tal y como prevé el artículo 28 del Decreto Presidencial 394/99). En otras palabras, como afirma ZORZELLA⁴⁰, no se trata de una facultad discrecional: para quien se encuentra en uno de los supuestos previstos, la autoridad competente tiene una obligación de tutela.

Por lo tanto, el permiso sigue siendo válido para los otros tres supuestos principales (riesgo de persecución, tortura, tratos inhumanos en caso de repatriación). Sin embargo, tampoco se puede anular el derecho a la vida privada y familiar, ya que se trata de un derecho inalienable, protegido por una obligación internacional (art. 8 del CEDH) y, por lo tanto, difícilmente eludible, que se aplica a cualquier persona, italiana o extranjera, y que prevalece sobre la legislación nacional. «De hecho, se trata de una obligación internacional de Italia (que ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos con la Ley n.º 848/1955) y también de una obligación constitucional (art. 10, apartados 1 y 2, y art. 117 de la Constitución, parámetro interpuesto de constitucionalidad), que también puede vincularse al deber de reconocimiento, en cualquier caso, de los derechos fundamentales ex art. 2 TU 286/98 y, por lo tanto, es deber del Estado garantizarlo concretamente»⁴¹. De aquí se deriva una tensión: si, por un lado, el legislador tiende a agilizar la expulsión, por otro, el control jurisdiccional exige una evaluación adecuada de los vínculos familiares y personales del extranjero, es decir, el principio de proporcionalidad sigue siendo fundamental⁴².

La verdadera consecuencia negativa de esta modificación no es la eliminación del derecho en sí, sino la supresión de los «indicadores legales» que ayudaban a evaluarlo. Todo ello hace que el análisis de las solicitudes por parte de las comisiones territoriales resulte mucho más incierto y sujeto a discrecionalidad, lo que, según BONETTI⁴³, complica el proceso de concesión del permiso por parte de las jefaturas de policía. En este sentido, por lo tanto, el Gobierno no solo ha restringido el alcance de la protección especial, sino que, sobre todo, ha complicado enormemente su aplicación.

⁴⁰ ZORZELLA, N.: La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?, *Questione giuridica*, 3/2023;

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Véase para mayor profundidad: <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/dl-cutro-cassazione-limita-espulsioni-come-forma-alternativa-detenzione-AHFL7I>

⁴³ BONETTI, P. (2023). "Le novità legislative in materia di diritto di asilo in Italia nel 2023". En *Il Diritto d'Asilo. Report 2023. Liberi di scegliere se migrare o restare? 2023*, p. 247.

En lo que respecta a la retención en espera de expulsión, el decreto ley 124/2023 (de 19 de septiembre de 2023) interviene de manera significativa. En el artículo 20 de dicho decreto se establece que el plazo máximo de retención en los centros de permanencia para la repatriación (CPR) se amplía de 6 a 18 meses, en caso de que el extranjero no colabore en la identificación o repatriación o por retrasos en la obtención de la documentación del tercer Estado⁴⁴.

La normativa en cuestión también ha introducido un obstáculo adicional a la estabilización: a partir del 5 de mayo de 2023 (fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 50/2023 tras el Decreto Ley 20/2023), se ha prohibido la conversión del permiso de protección especial en permiso por motivos laborales, salvo que el permiso ya se hubiera concedido o la solicitud se hubiera presentado antes de esa fecha. En concreto, se ha establecido que:

- Los permisos de protección especial expedidos o solicitados antes del 5 de mayo de 2023 siguen pudiendo convertirse en permisos de trabajo, bajo determinadas condiciones.
- Los permisos expedidos posteriormente (tras la entrada en vigor de la ley modificada) corren el riesgo de quedar excluidos de la conversión, salvo excepciones.

Además, se confirma la duración bienal del permiso. La normativa actual, por los motivos mencionados, dificulta el paso de la protección especial a la residencia permanente, y la duración bienal sigue siendo un hecho significativo. Antes del Decreto Cutro, la conversión del permiso de protección especial en permiso de trabajo representaba una vía de estabilización para las personas que ya vivían en Italia, tenían vínculos, trabajo o potencial de integración. La eliminación de esta posibilidad para los nuevos titulares puede interpretarse como una reducción de las oportunidades de integración. La consecuencia directa de todo ello ha sido, por tanto, favorecer la inserción de los migrantes en circuitos laborales de la economía sumergida y desprovistos de protección⁴⁵.

El Decreto Cutro (L.50/2023) representa sin duda una de las reformas más discutidas y controvertidas de los últimos años de la legislación italiana en materia de inmigración, que ha suscitado numerosas críticas por parte de organizaciones humanitarias internacionales, juristas y asociaciones. Hemos asistido a un claro cambio hacia un nuevo enfoque conceptual: se ha pasado de un enfoque (aunque parcial) orientado a la integración y la gestión de los flujos migratorios a una lógica basada en la seguridad y la disuasión.

La crítica más significativa se refiere a la restricción radical de la protección especial. Al eliminar la posibilidad de concederla con el fin de ga-

⁴⁴ <https://temi.camera.it/leg19/provvedimento/disposizioni-urgenti-in-materia-di-politiche-di-coesione-per-il-rilancio-dell-economia-nelle-aree-del-mezzogiorno-del-paese-nonche-in-materia-di-immigrazione.html?>

⁴⁵ ISMU. Informe n° 28, p.109.

rantizar una integración efectiva y el respeto de la vida privada y familiar, esta medida no implica, de hecho, el alejamiento físico de las personas, sino que anula su estatuto jurídico. Así, se produce un fenómeno de irregularidad: personas que formaban parte activa del tejido social y económico (trabajando y contribuyendo con el pago de impuestos) se ven empujadas a la clandestinidad. Este enfoque no hace más que alimentar la marginación y la exclusión social, en lugar de consolidar la seguridad; arroja a miles de personas al mundo de la delincuencia y la explotación laboral⁴⁶, con un coste social final mucho más alto que el que supondría integrarlas. Desde el punto de vista jurídico, la norma ha generado un verdadero cortocircuito entre la ley nacional y los principios supranacionales (como el artículo 8 del CEDH), que los tribunales están obligados a aplicar en cualquier caso⁴⁷. En consecuencia, los tribunales acaban dando prevalencia a los principios internacionales, vaciando de eficacia la ley italiana y determinando un menoscabo del objetivo primordial de la norma, lo que da lugar a un marco normativo más inestable y confuso.

En conclusión, el Decreto Cutro resulta ser una medida ideológica que fracasa en sus propios objetivos. No gestiona la inmigración, sino que genera ilegalidad. No promueve la seguridad, sino que aumenta la marginación y la explotación. Al ignorar las obligaciones constitucionales e internacionales, acaba haciendo que los viajes por mar sean aún más peligrosos, sin ofrecer ninguna solución concreta para gestionar el fenómeno, agravando, por el contrario, las condiciones de seguridad que pretendía resolver.

IV. EL NUEVO PACTO EUROPEO SOBRE LA INMIGRACIÓN Y EL ASILO

La gestión de los crecientes flujos migratorios y las consiguientes solicitudes de asilo constituye, desde hace más de una década, uno de los retos más complejos y políticamente divisivos para la Unión Europea, que requiere la aplicación de instrumentos comunes. Solo una intervención normativa común a nivel europeo puede permitir una gestión sostenible en el tiempo.

Como subraya MORGESE⁴⁸ “la razón de ser de la previsión de dichos instrumentos y mecanismos deriva de la necesidad de aliviar la carga que recae sobre los Estados de la UE situados en las fronteras exteriores, es

⁴⁶ AUTIN, A.: Decreto Cutro, ulteriore stretta sui diritti dei migranti in Italia, 202. Disponible en: <https://www.hrw.org/it/node/384850>

⁴⁷ Para mayor profundidad vid.: https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/3029-le-prime-dis-applicazioni-del-c-d-decreto-cutro-nota-a-margine-dei-decreti-del-tribunale-di-catania-sez-specializzata-dellimmigrazione-nn-10459-10460-e-10461-del-29-settembre-2023?utm_

⁴⁸ MORGESE, G.: *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, Annali AISDUE Vol. 2, Editoriale Scientifica, 2021, p.435.

decir, aquellos que se encuentran a lo largo de las principales rutas migratorias hacia Europa (como Italia, Grecia, España y Malta) y que, por este motivo, experimentan flujos de entrada también significativos”. De hecho, estas cargas recaen sobre los países de primera acogida que, hasta ahora, han tenido que gestionar, en total soledad, un flujo continuo de personas en busca de protección o en situación irregular, con la consiguiente sobrecarga de las estructuras administrativas y de acogida. Se ha creado, por tanto, un mecanismo estructuralmente injusto, caracterizado por una falta de reparto de responsabilidades entre todos los Estados miembros, lo que ha provocado tensiones políticas y disparidades territoriales inevitables⁴⁹.

El punto de inflexión para la Unión Europea fue la crisis migratoria de 2015-2016, en que la sensación fue que los países fronterizos externos eran abordados por miles de personas en busca de protección internacional, poniendo de manifiesto la fragilidad del sistema europeo de asilo, regulado hasta entonces por el Reglamento de Dublín. Este último, que data de 2003, establecía que la responsabilidad del tratamiento de las solicitudes de asilo recaía exclusivamente en el país de entrada del migrante⁵⁰. Sin embargo, cuando en 2015 el número de solicitantes de asilo que entraron en la UE aumentó vertiginosamente, este sistema se colapsó. De hecho, como apuntan BORG-BARTHET y LYONS⁵¹ países como Grecia, España, Italia y Malta se vieron obligados a hacer frente a una presión migratoria considerable, a menudo sin el apoyo suficiente de los demás Estados miembros, lo que generó con el tiempo graves desequilibrios entre los Estados europeos y favoreció situaciones de gestión de emergencia, tensiones políticas e ineficiencias procedimentales⁵².

Por ello, en 2020, como apunta BORRACCETTI⁵³, la Comisión Europea consideró necesario crear un sistema europeo común en materia de migración y asilo que no surja de un mero impulso abstracto de reforma, sino de la constatación del fracaso del marco normativo anterior, representado por el Reglamento de Dublín, con vistas a un enfoque global de la migración que pueda suponer un verdadero «cambio de rumbo»⁵⁴.

⁴⁹ Para mayor profundidad vid. https://ireland.representation.ec.europa.eu/news-and-events/news/what-eu-pact-migration-and-asylum-2024-11-20_en?utm

⁵⁰ Cfr. el Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se refunde el sistema de Dublín (denominado «Dublín III»).

⁵¹ BORG-BARTHET, J., & LYONS, C.: Dublin III Regulation: A Critical Assessment, *Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2016

⁵² La doctrina coincide ampliamente en señalar las profundas deficiencias que afectan a la normativa vigente en materia de inmigración y asilo. Sobre este punto, véase DE PASQUALE, P.: Verso la refusione del regolamento “Dublino III”, *Studi sull’integrazione europea*, 2018, n.º 2, pp. 267 y ss.; FAVILLI, C.: L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo, *Questione giustizia*, 2018, n.º 2, pp. 28 y ss.

⁵³ BORRACCETTI M., “Il nuovo Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: verso il futuro guardando al passato”, in *Incontrare le migrazioni. Spunti per l’accoglienza e inclusione di migranti, richiedenti asilo e rifugiati*, 2023, p.77

⁵⁴ Véanse las declaraciones de Ursula Von der Leyen, presidenta de la Comisión Europea, en la presentación del «Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo»: <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-195380?&lg=INT>.

El Nuevo Pacto sobre Inmigración y Asilo⁵⁵ se presenta con una estructura normativa más amplia e integrada, que intenta conciliar la gestión de los flujos migratorios con el respeto de los derechos fundamentales y las obligaciones internacionales en materia de protección de los refugiados. La Comisión Europea ha subrayado que el Pacto aspira a crear un sistema «previsible y fiable», basado en una combinación de responsabilidad y solidaridad obligatoria⁵⁶. A este respecto, el artículo 80 del TFUE subraya que la política europea debe «regirse por el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el plano financiero». Por lo tanto, uno de los aspectos más innovadores de la reforma reside precisamente en la introducción de un mecanismo de solidaridad que no se limita a las meras reubicaciones, sino que incluye aportaciones alternativas como el apoyo operativo, la asistencia técnica y/o las contribuciones financieras a la gestión de los retornos. En este sentido, como apuntan CARRERA, GEDDES y GUILD⁵⁷ todos los Estados miembros están obligados a participar en la gestión común, aunque mantienen flexibilidad en cuanto a las modalidades de su contribución.

Además del pilar solidario, la reforma prevé un refuerzo significativo de los controles en las fronteras exteriores mediante la introducción de procedimientos acelerados para la identificación y la evaluación preliminar de las solicitudes de protección internacional, con plazos de decisión más rápidos gracias al uso de instrumentos de registro digitalizados, incluido el uso ampliado de datos biométricos. El objetivo, afirman SPIJKERBOER, RIJPMMA y DEN HEIJER⁵⁸ es limitar la entrada incontrolada en el territorio europeo y distinguir desde el principio con una clara distinción entre los solicitantes con posibilidades concretas de obtener protección y aquellos que, por el contrario, presentan solicitudes infundadas o proceden de países considerados seguros. Este enfoque refleja el interés de los distintos Estados miembros por reforzar el control de las fronteras y hacer más eficiente todo el sistema de procedimientos de asilo, respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales y el principio de no devolución, que sigue siendo un elemento imprescindible del Derecho de la UE.

Ante situaciones de emergencia, el pacto también ha previsto nuevos instrumentos para afrontar y gestionar mejor estos escenarios, como los flujos masivos, la instrumentalización de los migrantes o las emergencias humanitarias. De este modo, los Estados fronterizos ya no se verán solos a la hora de gestionar las llegadas, ya que podrán beneficiarse de proce-

⁵⁵ Los actos legislativos que componen el Nuevo Pacto pueden consultarse en el DOUE del 22 de mayo de 2024: <https://eur-lex.europa.eu/oj/daily-view/L-series/default.html?&ojDate=22052024>

⁵⁶ Comisión Europea, Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, COM (2020) 609 final, 23 settembre 2020.

⁵⁷ CARRERA, S., GEDDES, A., & GUILD, E., "The EU Pact on Migration and Asylum in Light of the United Nations Global Compact on Refugees, CEPS, 2021

⁵⁸ SPIJKERBOER, T., RIJPMMA, J., DEN HEIJER, M., Coercion, prohibition, and great expectations: The continuing failure of the Common European Asylum System, *Common Market Law Review*, Volume 53, Issue 3, 2016, pp 607-642.

dimientos más flexibles y de una solidaridad más concreta por parte de los demás Estados miembros. Sin embargo, aunque supone un avance con respecto al pasado, parte de la doctrina ha señalado que estos mecanismos son ambiguos en su aplicabilidad, sobre todo en lo que se refiere a la obligatoriedad efectiva de las contribuciones y a la posibilidad de que los Estados prefieran ofrecer a menudo un apoyo alternativo en lugar de aceptar reubicaciones, con el riesgo de mantener los desequilibrios que ya caracterizaban al sistema anterior⁵⁹.

En resumen, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo constituye un intento significativo de reformar un sistema que se encuentra claramente en crisis, tratando de lograr un equilibrio entre la seguridad, la protección de los derechos fundamentales y la cooperación entre los Estados miembros. Mientras que algunos autores destacan su potencial innovador, otros cuestionan la capacidad del Pacto para resolver los problemas críticos que durante años han hecho ineficaz el sistema europeo. Lo que parece cierto, en nuestra opinión, es que la reforma responde a una necesidad política y operativa apremiante: construir un modelo que satisfaga los principios de equidad, sostenibilidad y estabilidad en la gestión de la migración, capaz de evitar que la carga recaiga casi exclusivamente en los países fronterizos y de garantizar, al mismo tiempo, unos niveles de protección conformes con los valores fundamentales de la Unión. Como afirma CARTA “De este modo, la Unión Europea evitaría desperdiciar una oportunidad sin precedentes para pasar de acciones fragmentadas destinadas a abordar el problema de los flujos migratorios masivos desde una perspectiva meramente «defensiva» a un marco político y socioeconómico más coherente que sitúe en el centro de sus políticas el pleno reconocimiento jurídico de una solidaridad «de hecho», realmente virtuosa y de carácter «flexible»”⁶⁰.

V. ENTRE REFORMA EUROPEA Y RESTRICCIONES NACIONALES: EL REGLAMENTO 2024/1347 Y EL DECRETO CUTRO

Entre los principales actos normativos que componen el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo⁶¹, el Reglamento (UE) 2024/1347, de 14 de mayo de 2024⁶², llamado «Reglamento sobre los requisitos», constituye uno

⁵⁹ BROUWER, E., et. al.: *The European Commission's legislative proposals in the New Pact on Migration and Asylum*. Estudio a solicitud del Comité LIBE, Parlamento Europeo, 2021.

⁶⁰ CARTA, M.C.: “*Il nuovo Patto Europeo sulla migrazione e l’asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione*”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, p. 40.

⁶¹ El paquete se compone, de hecho, de nueve reglamentos y una directiva, cuyo plazo de transposición está fijado para el 12 de junio de 2026. Para una primera visión general de los actos, véase DI PASCALE, A., «*Publicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l’asilo*» (Publicados los actos que componen el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo), en *EuroJus*, 27 de mayo de 2024.

⁶² Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como

de los pasos más significativos hacia la construcción de un marco jurídico europeo plenamente armonizado en materia de reconocimiento de la protección internacional. Dicho Reglamento, que sustituye a la Directiva 2011/95/UE, tiene por objeto, según FAVILLI⁶³ armonizar, de manera vinculante, los criterios para la concesión del estatuto de refugiado y de la protección subsidiaria, así como los derechos y garantías relacionados con la titularidad de dichas formas de protección. La adopción de un reglamento, a diferencia de una directiva, impone la aplicabilidad inmediata de sus disposiciones en todos los Estados miembros, reduciendo considerablemente los márgenes de discrecionalidad nacional e imponiendo normas uniformes tanto en los criterios de evaluación de las solicitudes de protección como en los derechos reconocidos a los beneficiarios y, por último, en las condiciones de acogida que se les garantizan, reforzando así la coherencia del Sistema Europeo Común de Asilo, según AMADEO⁶⁴.

En este contexto, la comparación con el Decreto Ley 20/2023 (el llamado Decreto Cutro) resulta especialmente relevante. La normativa italiana, ampliamente tratada en los párrafos anteriores, se aleja en varios puntos de las normas uniformes y garantistas introducidas a nivel europeo, ya que se caracteriza por un enfoque restrictivo y una gestión predominantemente de emergencia del fenómeno migratorio. En particular, el Decreto Cutro introduce una serie de modificaciones orientadas a reforzar los controles, acelerar los procedimientos y reducir significativamente las formas de protección complementaria, en particular mediante la restricción del ámbito de aplicación de la protección especial, según ZORZELLA⁶⁵.

Desde el punto de vista sustantivo, el Reglamento 2024/1347 define criterios de evaluación de la solicitud de protección que imponen a los Estados miembros un examen individual minucioso, incluyendo elementos como el género, la orientación sexual, la pertenencia a grupos vulnerables o minorías, así como una atención específica a los riesgos personales y a las condiciones del país de origen (artículos 9 a 12 del Reglamento 1347/2024). Este enfoque contrasta con la orientación nacional introducida por el Decreto Cutro, que acentúa la dimensión selectiva y acelerada de los procedimientos, incluso mediante la ampliación de la lista de países de origen seguros y la aplicación extensiva de los procedimientos acelerados en la frontera⁶⁶.

beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶³ FAVILLI, C.: Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico. *Questione Giustizia*.it, 2 ottobre 2020.

⁶⁴ AMADEO, S.: Il regolamento 2024/1347 e la nuova disciplina delle qualifiche di protezione internazionale, *Quaderni AISDUE*, número especial 4/2024 sobre El futuro del derecho y de la política migratoria europea: el Nuevo Pacto y más, 2024.

⁶⁵ ZORZELLA, N.: La riforma 2023 della protezione speciale, *Questione Giustizia*, 3/2023.

⁶⁶ Cfr. PRATICÒ, A., Le procedure accelerate in frontiera introdotte dall'articolo 7-bis del decreto-legge n. 20 del 2023 convertito con legge n. 50 del 2023, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 3/2023, pp.

Del mismo modo, en lo que respecta a los derechos de los beneficiarios de protección, el Reglamento europeo establece normas uniformes e inderogables en materia de acceso al trabajo, la educación, la formación profesional, la asistencia sanitaria y las vías de integración (artículos 24 a 33). El Decreto Cutro, por el contrario, rediseña el sistema de acogida reduciendo significativamente los servicios prestados en la fase de primera acogida, especialmente para los solicitantes sujetos a procedimientos acelerados o retenidos en centros específicos. Este enfoque, como se ha señalado en la jurisprudencia, la doctrina o el Comité Italiano para los Refugiados⁶⁷ (CIR), puede dar lugar a posibles incompatibilidades con las disposiciones del Reglamento, en particular en lo que respecta a las garantías procesales consagradas en los artículos 34 y 39.

En conclusión, la comparación entre el Reglamento (UE) 2024/1347 y el Decreto Cutro pone de manifiesto una distancia considerable entre el modelo europeo, basado en la armonización y el refuerzo de las garantías, y el enfoque nacional, caracterizado por medidas restrictivas y una gestión de emergencia de los flujos migratorios. Esta desalineación plantea inevitables cuestiones de compatibilidad con el Derecho de la Unión, a la luz del principio de primacía y de la aplicabilidad inmediata del Reglamento. En este escenario, Italia, protagonista en el contexto migratorio del Mediterráneo, no podrá eludir un proceso de adaptación de la normativa interna a las nuevas disposiciones supranacionales. Esto requerirá sin duda la revisión de algunos elementos fundamentales del Decreto Cutro, en particular en lo que se refiere a los procedimientos acelerados y las garantías para las personas vulnerables, con el fin de garantizar la plena coherencia con el modelo europeo.

En perspectiva, Italia tendrá que enfrentarse a esta nueva arquitectura normativa y demostrar que es capaz de integrar las nuevas disposiciones del pacto en su propio marco normativo, garantizando el equilibrio efectivo entre las necesidades de control y la protección de los derechos fundamentales y contribuyendo, junto con los demás Estados, a construir un sistema común de asilo realmente uniforme y sostenible.

1-21; y ASGI, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da c.d. Paesi sicuri in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 20 del 2023*, 3 luglio 2023.

⁶⁷ CIR: Analisi del Decreto Cutro. 2021; CAPPABIANCA, C. y SVEVA, S. Prime disapplicazioni del d.l. 20/2023, *Giustiziainsieme.it*, 31 enero 2024.

III
GÉNERO EN INVESTIGACIÓN
SOBRE MIGRACIONES

Discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Valoración de la respuesta de los reglamentos europeos

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Catedrática de Derecho Internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8196-5936>

Correo electrónico: angeles@um.es

Sumario: I. Introducción. II. Discriminación procesal de la mujer y operatividad de los foros de competencia de los textos europeos: 1. *Ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.* 2. *El foro de la autonomía de la voluntad. Consideración de su (reducida) operatividad y (difícil) viabilidad.* III. El *forum necessitatis* como vía de solución: 1. *Objeto y ámbito de actuación del foro de necesidad.* 2. *Interpretación en perspectiva de género de los presupuestos del foro de necesidad por el TJUE.* IV. Resultados de la competencia residual ante las situaciones discriminatorias: 1. *Alcance de la competencia residual del Reglamento Bruselas II ter.* 2. *La disparidad de soluciones ante las situaciones discriminatorias.* IV. Conclusiones.

Palabras clave: Discriminación procesal de la mujer - Foros de competencia - Reglamentos europeos - Relaciones familiares internacionales - Foro de necesidad en perspectiva de género

I. INTRODUCCIÓN

Los movimientos transfronterizos conllevan la interrelación entre personas pertenecientes a distintos países y culturas. El bagaje cultural, las costumbres y tradiciones de las personas migrantes son, en muchos casos, radicalmente diferentes a las que configuran las señas de identidad

de la población del país de acogida, dando lugar a sociedades diversas y abiertas étnica y culturalmente que, si bien permiten un enriquecimiento mutuo, no están exentas de tensiones.

Los ordenamientos jurídicos de los países occidentales se construyen sobre la base del carácter universal de los derechos humanos. Su articulación se basa en el reconocimiento del principio de igualdad entre hombres y mujeres de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹. Esta concepción difiere de la que deriva de las declaraciones de derechos humanos promovidas por la Conferencia de los Estados islámicos que, articuladas de acuerdo con la ley religiosa (la Sharia), consagran la superioridad del hombre sobre la mujer². Esta brecha en la concepción del derecho a la no discriminación por razón de sexo motiva la existencia de relevantes conflictos en las situaciones privadas transnacionales. Su identificación resulta más evidente en las relaciones comprendidas en el derecho de familia como ámbito regido por un importante número de principios jurídicos propios de cada ordenamiento que, al venir articulados sobre la base de tradiciones culturales o religiosas, se encuentran muy arraigados³.

¹ En vigor en España desde el 4 de febrero de 1984 (BOE, núm. 69 de 21 de marzo de 1984). Sus disposiciones obligan a los Estados parte a la condena de la discriminación contra la mujer en todas sus formas (art. 2), así como a adoptar todas las medidas apropiadas, incluidas las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (art. 3). A ello añade la obligación de modificar el papel tradicional atribuido tanto al hombre como a la mujer, así como la eliminación de los prejuicios y de las funciones estereotipadas de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia (art.5). CUARTERO RUBIO, M.V.: "La protección internacional de los derechos de las mujeres", en AAVV.: *Género y mujer desde una perspectiva multidisciplinar* (coord. M. SUÁREZ OJEDA), Madrid, Fundamentos, 2012, pp. 437-448 (p. 443). Ahora bien, el reconocimiento formal de esta igualdad, sin duda un paso de esencial transcendencia no significa que la meta de la igualdad real se haya alcanzado. Como destaca C. Vaquero, el "discurso multiculturalista" hace invisibles las discriminaciones que padecen las mujeres en los países occidentales, donde no se discute el carácter universal de los derechos humanos pero no se alcanza una igualdad real entre hombres y mujeres, VAQUERO LÓPEZ, C.: "Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial; ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el favor divortii?", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 11, 2011, pp. 957-980. Las vías que introducen la discriminación por razón de sexo continúan, señala AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: *La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo*, en AAVV.: *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar* (dir. R. VERDERA IZQUIERDO), Madrid, 2013, pp. 237-262.

² AZCÁRRAGA MONZONÍS, C.: "Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo", en AAVV.: *Mujer y Derecho. Jornada de igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, (coord. G. FABREGAT MONFORT), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 219-235. Esta concepción, según indica C. Vaquero López, explica que la Convención de 1979 sea la que más número de reservas ha recibido por parte de los países islámicos, en particular el art. 16 referido al matrimonio y a las relaciones familiares. VAQUERO LÓPEZ, C.: "Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm.1, 2018, pp. 439-465 (p. 441, nota núm. 7).

³ Respecto a estos conflictos y las barreras que encuentran las mujeres en el marco del conflicto de civilizaciones, vid. (entre otros) ADAM MUÑOZ, M.D.: *La protección de las mujeres en una sociedad multicultural*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001; *Id.*: "¿Integración versus derecho a la identidad cultural? Un análisis desde la perspectiva del Derecho internacional privado", en AAVV.; *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía* (ed. S. SÁNCHEZ LORENZO), Barcelona,

La respuesta que a estos conflictos ofrece el Derecho internacional privado ha sido ampliamente abordada en las situaciones que se constatan en el país de acogida cuando, a través de su normativa conflictual, resulte aplicable la legislación discriminatoria del país de la nacionalidad de la mujer. En este escenario la situación discriminatoria ha sido considerada en el contexto de las normas conflictuales donde ha quedado expuesta la relevancia de la cláusula de orden público internacional como instrumento garante de la igualdad entre hombres y mujeres al impedir que se materialicen situaciones discriminatorias⁴, junto a la necesidad de su interpretación en perspectiva de género a través de su atenuación⁵. La

Atelier, 2009, pp. 123-150; DIAGO DIAGO, M. P.: "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", *Aequalitas*, núm. 6, 2001, pp. 6-13 (p. 8); *Id.*: "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", en AAVV.: *El derecho de familia ante el siglo XXI* (coords. A.L. CALVO CARAVACA A.L., E. CASTELLANOS), Comares, Granada, 2004, pp. 271-294, *Id.*, "El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, núm. 30, pp. 1-29; DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: "Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado", *Revista de Derecho Procesal*, 1998, pp. 541-558; ESTEBAN DE LA ROSA, G.: "La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho internacional privado", *Dereito*, 16, núm. 2, 2007, pp. 5-26; QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Nacionales de países islámicos residentes en Europa ¿qué Derecho de familia?", en AAVV.: *Inmigración e integración en la UE: dos retos para el s. XXI*, Eurobask, 2012, pp. 93-146; RODRÍGUEZ BENOT, A.: "Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 15-88; *Id.*: "El estatuto personal de los marroquíes ante el ordenamiento español: consideraciones generales y propuestas de 'lege ferenda'", en AAVV.: *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes* (dir. M. MOYA ESCUDERO), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 19-39; RUIZ SUTIL, C., RUEDA VALDIVIA, R. (coord.): *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla IAM, 2008; ZABALO ESCUDERO, M.E.: "Los efectos del matrimonio en una sociedad multicultural: especial referencia al Islam", en AAVV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Cuadernos de Derecho Judicial Madrid. Escuela Judicial del Poder Judicial, 2002, pp. 221-258.

⁴ Su operatividad, siempre con el carácter excepcional que requiere su aplicación, exige considerar que no es el contenido (en abstracto) del Derecho extranjero el que activa su operatividad, sino el resultado que conlleva la aplicación de ese derecho. FERNÁNDEZ PEREZ, A.: "La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado", en AAVV.: *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (coords. M.T. MARTÍN LÓPEZ, J.M. VELASCO RETAMOSA), Madrid, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 359-375.

⁵ La atenuación del orden público como vía para la materialización de la justicia se ha abordado en relación a diversas instituciones discriminatorias. En particular sobre su operatividad como mecanismo para el control *in casu* de la modalidad de repudio de cuyo reconocimiento se trata, por (entre otros) DIAGO DIAGO, M.P.: "El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXVI, núm. 2, 2014, pp. 49-79; QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, pp. 181-182; *Id.*: "Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: repudio revocable", en AAVV.: *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Moreno* (ed. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS), Iprolex, Madrid, 2003, pp. 297-304, *Id.*: "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", en AAVV.: *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2002, pp. 259-342; GUZMÁN ZAPATER, M.: "Divorcio sin intervención judicial y repudio. Exequatur: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México", *Aranzadi civil: Revista doctrinal*, núm. 2, 1999, pp. 1815-1832; ELVIRA BENAYAS, M.J.: "Introducción a ciertas cuestiones del derecho de familia en las sociedades multiculturales", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2008-II, pp. 149-163. También el orden público atenuado ha sido abordado en relación a la poligamia por (entre otros), ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Disolución del matrimonio en el Código de Familia de Marruecos* (2004) y derechos fundamentales de la mujer marroquí en España", en AAVV.: *Diversidad cultural, género y derecho* (coord. P. LAURENZO COPELLO), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 483-514; IRIARTE

transcendencia del orden público atenuado se ha destacado como forma de revisión de los efectos perjudiciales que puede generar en el caso concreto la estricta aplicación de esta cláusula, en cuanto permite corregir las consecuencias discriminatorias a las que puede conducir la negativa rotunda a que en el foro desplieguen sus efectos situaciones jurídicas constituidas en el extranjero⁶. Sin desconocer la importancia de estos resultados, el presente análisis se aborda desde una diferente perspectiva, determinante de las normas de Derecho internacional privado sobre las que recae, que ahora son las integradas en el sector de la competencia judicial internacional.

ÁNGEL, J.L.: "El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas", en AAVV.: *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* (eds. C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 627-641; JUÁREZ PÉREZ, P.: "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, 2012, pp. 1-45; ASÍN CABRERA, M. A.: "La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares", *Anuario de la Inmigración en España* 2014, Ed. 2015, pp. 302-326. En particular respecto de las solicitudes de pensiones de viudedad en los matrimonios poligámicos vid. SOTO MOYA, M.: "Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante". *Millenium DIPr*, núm. 3, 2016, pp. 1-14; CHARRO BAENA P., GONZÁLEZ GARCÍA, S.: "Poligamia y pensión de viudedad. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 17 de diciembre de 2019", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum* 2021, núm. 26, pp. 115-124; JUÁREZ PÉREZ, P.: "Una victoria (póstuma) de las viudas de la poligamia del Sáhara español: la STSJ de Madrid de 14 de junio de 2018", *CDT*, 2019, Vol. 11, núm. 1, pp. 807-813. Respecto de los matrimonios forzados vid. ELVIRA BENAYAS, M.J.: "Matrimonios forzados", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T.X, 2010, pp. 707-715; VAQUERO LÓPEZ, C., "Mujer, matrimonio...", *cit.*, pp. 439-465; ADAM MUÑOZ, M.D.: "La multiculturalidad como posible causa de violencia por razón de género. Incidencia sobre los matrimonios concertados", en AAVV.: *Violencia y género: congreso internacional*, 9, 10 de marzo de 2001 (coord. M.D. ADAM MUÑOZ, M. J. PORRO HERRERA), Córdoba: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 35-64; ZAMORA-GÓMEZ, C.M.: "Protección de menores víctimas de matrimonios forzados en el derecho migratorio de la Unión Europea. Especial referencia al Derecho de reagrupación familiar", en AAVV.: *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración. Cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111* (dir. B. CAMPUZANO DÍAZ), Aranzadi, 2024, pp. 401-420.

⁶ Cabe destacar la posición de Lara Aguado cuando señala que el correctivo del orden público, así como su aplicación atenuada, no equivale a entender que el Derecho internacional privado asume en sus normas la perspectiva de género, porque no remueve los obstáculos que están en el origen de la discriminación de la mujer. En este sentido defiende una revolución del Derecho internacional privado que vaya más allá de los efectos inmediatos de las normas reguladoras de las relaciones privadas internacionales. LARA AGUADO A.: "Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, 2022, pp. 293-326 (p.303); *Id.*: Discriminaciones visibles e invisibles en Derecho internacional privado: nuevos retos para la perspectiva de género, en AAVV., *La Unión Europea y los muros materiales e inmateriales: desafíos para la seguridad, la sostenibilidad y el Estado de Derecho* (dirs. A.M., SALINAS DE FRÍAS, E.J., MARTÍNEZ PÉREZ). Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 89-114. Una postura crítica con los avances que en perspectiva de género introduce el Derecho internacional privado español es también mantenida por VAQUERO LÓPEZ, C.: *Mujer, matrimonio y maternidad...*, *cit.*, cuando señala (p. 441) que "en muchos casos la solución por parte de nuestras autoridades de los litigios que afectan a la vida privada y familiar de las mujeres se ha llevado a cabo sin tomar en consideración sus necesidades reales, anteponiendo por ejemplo las políticas públicas de control de extranjería a su protección individual en el caso concreto, o perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica de manera preferente con la función maternal sin tomar en consideración su libertad personal". La existencia de estas "reminiscencias del pasado" es destacada por ESPINOSA CALABUIG, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, núm. 3, pp. 36-57 (p. 38). En el mismo sentido FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "La inclusión de la perspectiva de género...", *cit.*, pp. 365-381.

Este estudio sale del espacio que configura el contexto del país de acogida para centrarse en la situación inversa, en la que el conflicto se genera como consecuencia de la legislación discriminatoria del país al que hubiera trasladado su residencia la mujer nacional de un Estado miembro. Si bien los motivos del traslado pueden ser diversos, el caso más ilustrativo y frecuente se produce cuando obedezcan a su matrimonio con un nacional de dicho país. En este marco se comprenden los supuestos que ahora se abordan que se producen cuando la legislación de este tercer Estado suponga una discriminación procesal de la mujer al impedir, dificultar, o limitar su derecho de acceso a los tribunales. El problema que genera a la mujer la legislación discriminatoria del país de su residencia, unida a la vinculación de la situación con el ámbito europeo en atención a la nacionalidad que ostenta, motiva el objeto sobre el que gravita el presente análisis. Se trata de considerar la respuesta que ofrecen los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales ante estas situaciones discriminatorias. La cuestión que se aborda es si permiten que en estos casos la demanda pudiera presentarse ante los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro. De acuerdo con esta finalidad, este análisis se centra en las normas de competencia comprendidas en Reglamentos 2019/1111 (a partir de ahora RBr II ter)⁷, 4/2009 (a partir de ahora RBr III)⁸, 2016/1103 (a partir de ahora RREM)⁹ y el paralelo 2016/1104 (a partir de ahora REPUR)¹⁰.

El análisis de la cuestión planteada al que obedece el objeto exige, en primer lugar, abordar la respuesta en el contexto de los foros de competencia de los textos europeos señalados para considerar si permiten que la demanda pudiera presentarse en el ámbito europeo. En caso negativo, el problema de la denegación de justicia que se puede generar motiva la necesidad de abordar, en segundo lugar, la existencia de una vía de solución a través de los mecanismos que, en su caso, recogen estos Reglamentos en sus normas de competencia.

Este es el planteamiento al que obedece la sistemática de este estudio motivando la necesidad de comenzar por el análisis de la operatividad de los foros de competencia de los Reglamentos europeos en la situación de discriminación procesal de la mujer que ahora interesa (apartado II).

⁷ Reglamento (UE) 2019/1111 de 25 de junio de 2019 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y materias de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores (refundición) (DO L 178, de 2 de julio de 2019).

⁸ Reglamento (CE) 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7, de 10 enero 2009).

⁹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183/1, de 8 de julio de 2016).

¹⁰ Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DO L 183, de 8 de julio de 2016).

La respuesta permite después centrar el análisis en el *forum necessitatis* para plantear la relevancia que presenta su articulación como respuesta ante estas situaciones discriminatorias (apartado III). Sobre la base del alcance de este foro y su ausencia en el RBr II ter se aborda, por último, el resultado y consecuencias derivadas de la competencia residual como vía por la que opta este texto europeo (apartado IV). Todo ello permite articular las conclusiones con las que finaliza el trabajo (apartado V).

II. DISCRIMINACIÓN PROCESAL DE LA MUJER Y OPERATIVIDAD DE LOS FOROS DE COMPETENCIA DE LOS TEXTOS EUROPEOS

1. *Ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros*

La posible operatividad de los foros de competencia de los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares en la situación de discriminación procesal de la mujer a la que este análisis se refiere constituye la primera cuestión que ha de ser respondida. De sustentar la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro la demanda podría ser presentada en el ámbito europeo, lo que constituiría una relevante vía de salida al problema de la limitación o imposibilidad de acceso a los tribunales en el que puede encontrarse la mujer, nacional de un Estado miembro, consecuencia de la legislación discriminatoria del país al que hubiera trasladado su residencia.

La respuesta exige considerar que, en el caso que ahora se aborda, la vinculación con el ámbito europeo es únicamente consecuencia de la nacionalidad de la mujer de un Estado miembro, de ahí que estos foros no atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Entre las circunstancias que recogen los criterios que basan su articulación no queda comprendida la referida a la nacionalidad de un Estado miembro de una de las partes cuya residencia habitual se encuentra fuera del territorio europeo.

No obstante, esta atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podría venir a través del común acuerdo de las partes como resultado del foro de la autonomía de la voluntad. La relevancia que podría presentar la operatividad de este foro motiva la atención específica que de inmediato se le dedica.

2. *El foro de la autonomía de la voluntad. Consideración de su (reducida) operatividad y (difícil) viabilidad*

El acuerdo para la atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que permite este foro, siempre dentro de

los límites que la norma recoge, podría configurar una salida al problema de la discriminación procesal de la mujer en el país al que ha trasladado su residencia, sin embargo, si se atiende a su alcance respecto a estas situaciones discriminatorias, se pueden dibujar los limitados contornos de la expectativa que este resultado pudiera generar.

En este sentido es preciso considerar, en atención a su relevancia, la ausencia de este foro en materia matrimonial¹¹. El único resquicio que recoge el art. 3 del RBr II ter para la posible elección de los cónyuges se encuentra en el foro relativo a la demanda conjunta, al permitir que se presente ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de ellos¹². La consecuencia es su inoperatividad en el caso de discriminación que ahora se aborda en el que ambos cónyuges residen en un tercer Estado. La ausencia de operatividad de los foros de competencia de este Reglamento impide que la demanda de divorcio pudiera ser presentada en el ámbito europeo. Un resultado que considerado junto con la discriminación procesal de la mujer en el país de su residencia muestra la situación de denegación de justicia que genera a la mujer para la solicitud del divorcio.

Este resultado no sólo se constata en la materia matrimonial. También puede llegar a apreciarse en las restantes materias del ámbito familiar, y ello a pesar de la existencia del foro de la autonomía de la voluntad en todas ellas de acuerdo con los respectivos Reglamentos europeos, incluida la referida a la responsabilidad parental que, frente a la materia matrimonial, introduce el *RBr.II* ter. La razón se encuentra en las limitadas posibilidades y difícil viabilidad que presenta la operatividad de este foro en las situaciones discriminatorias que ahora se abordan.

En estas situaciones la nacionalidad de la mujer de un Estado miembro es la vinculación que presenta con el ámbito europeo, en consecuencia, la posible operatividad de la autonomía de la voluntad está condicionada a que la nacionalidad de una de las partes de un Estado miembro sea uno de los criterios sobre los que se puede sustentar la elección permitida por

¹¹ Un análisis sobre el despliegue e incidencia del principio de la autonomía de la voluntad en los sectores propios del Derecho internacional privado es abordado por PALAO MORENO, G.: “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2013, núm. 1, pp. 451-531. Destaca la esencial transcendencia que presenta en la ordenación de las relaciones de familia internacional y, en particular, de las crisis matrimoniales (p. 457).

¹² Para poder basar la competencia sobre el foro de la demanda conjunta que recoge el art. 3 a) iv) del RBr. II ter, es necesario, además de que la demanda se interponga por ambos cónyuges (conjunta), que tengan la posibilidad real de elegir entre uno de los Estados miembros de la residencia habitual de alguno de ellos, lo que exige: (1) que ambos cónyuges se hubieran marchado del Estado miembro en el que hubieran tenido su última residencia habitual ya que, de otro modo los foros que operan son los anteriores (bien el de la residencia habitual común, o bien el de la última residencia habitual en el que aún residía uno de los cónyuges en el momento de la demanda); (2) que dicho traslado se hubiera producido a otro Estado miembro, ya que de marcharse fuera del territorio de la Unión, no cabe la elección y (3) que sea distinto el Estado miembro al que cada uno se hubiera trasladado ya que, de ser el mismo, resultaría operativo el foro de la residencia habitual común.

el foro. Sobre esta base se pueden constatar las reducidas posibilidades de la operatividad del foro de la autonomía de la voluntad si se desciende a la consideración de los criterios que configuran los límites de la elección en cada uno de los Reglamentos que lo recogen.

En materia de responsabilidad parental el art. 10 del RBr II ter introduce la posible elección, siempre que responda al interés superior del menor, limitada a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro con el que el menor esté estrechamente vinculado de acuerdo con las circunstancias que el mismo precepto recoge (letra a) del aptdo. 1). La consideración de estas circunstancias exige destacar que la relativa a la nacionalidad se refiere al menor y no a los titulares de la patria potestad. Lo relevante es que la nacionalidad de la mujer de un Estado miembro no es el criterio en el que se puede sustentar la elección, lo que no obsta a la posible coincidencia que pueda producirse cuando el menor tuviera la nacionalidad del mismo Estado miembro que la madre, en el que ambos progenitores podrían acordar la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

También el foro de la autonomía de la voluntad limitada está presente en el art. 4 del RBR III¹³ cuando se trate de la obligación de alimentos referida a mayores de dieciocho años. En este precepto la nacionalidad de una de las partes de un Estado miembro es uno de los criterios que considera para permitir la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Ahora bien, tratándose de alimentos entre cónyuges consecuencia divorcio (pensión compensatoria) el criterio de la nacionalidad no se encuentra entre los que delimitan la posibilidad de elección. Si se atiende a los criterios que incorpora cabe constatar que ninguno de ellos permite la operatividad del foro de la autonomía de la voluntad en el supuesto que ahora se considera. La posibilidad de elección queda ahora limitada, bien al órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio en materia matrimonial determinado ex. art. 3 del RBr II ter –precepto que, como ha quedado expuesto, no atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro en la situación que se aborda–, o bien a los del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año, criterio que tampoco se constata en el caso comprendido en esta situación.

Distinto es el resultado derivado de la operatividad del foro de la autonomía de la voluntad recogido en el respectivo art. 7 del RREM y del

¹³ En virtud del art. 4 se permite la elección, cuando la obligación de alimentos no afecte a un menor de 18 años, entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que una de las partes tenga su residencia habitual o del que sea nacional una de las partes y, tratándose del caso de alimentos entre cónyuges consecuencia divorcio, entre el órgano jurisdiccional competente para conocer del litigio en materia matrimonial o los del Estado miembro en cuyo territorio hayan tenido su última residencia habitual común los cónyuges durante al menos un año.

REPUR¹⁴. La nacionalidad de la mujer de un Estado miembro podría ser el criterio en el que se base el acuerdo de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado para resolver las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial¹⁵.

Si todo lo anterior delimita las posibilidades de la operatividad del foro de la autonomía de la voluntad, es preciso considerar su viabilidad en los supuestos que ahora interesan. El acuerdo de voluntades de ambas partes que está implícito en la operatividad de este foro para la atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de la esposa no parece sencillo en el marco de la situación que se aborda, en la que el cónyuge no la misma nacionalidad, menos aún si ostenta la de un tercer Estado, llegando a ser una posibilidad prácticamente hipotética si su nacionalidad coincide con la del país de residencia común, como ocurre en cuando el traslado de residencia de la mujer sea consecuencia de su matrimonio con un nacional de dicho Estado cuya legislación es discriminatoria¹⁶. En cualquier caso, el acuerdo es necesario para la operatividad de este foro y, por lo tanto, de no existir, la posibilidad de que la demanda se presente en el ámbito europeo se desvanece.

El análisis hasta ahora realizado para precisar el alcance de la operatividad del foro de la autonomía de la voluntad permite destacar, retomando el hilo conductor al que obedece este apartado, su limitada relevancia como vía de salida a las situaciones discriminatorias que se consideran en el presente análisis en cuanto pudiera permitir la presentación de la demanda en el ámbito europeo. Si bien es cierto que este resultado es el que interesa a los efectos del objeto de este estudio, no es posible terminar sin una referencia a las garantías que han de acompañar a la articulación de este foro por su relevancia ante las situaciones de discriminación de la mujer.

En este marco el punto de partida es la igualdad negocial de las partes como base para el correcto funcionamiento. No obstante, a diferencia de lo que sucede en el ámbito contractual, en el Derecho de familia las relaciones no son horizontales; no están basadas en la independencia e igual-

¹⁴ En virtud del art. 7 del RREM se permite la elección de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable en virtud del art. 22 o del art. 26.1, letras a) o b), o de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la celebración del matrimonio.

El art. 7 del REPUR permite también la elección a favor de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley sea aplicable de conformidad con el art. 22 o del art. 26.1, o bien de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

¹⁵ Así se deriva de la remisión del art. 7 del RREM al art. 22, cuya letra b) se refiere al Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo. Del mismo modo se recoge en el art. 22 del REPUR.

¹⁶ Distinto podría ser el resultado si salimos de la situación que focaliza el objeto de este análisis para considerar los supuestos en los que la vinculación con el ámbito europeo no solo derive de la nacionalidad de la mujer de un Estado miembro, sino de que ambos cónyuges ostentaran la nacionalidad de distintos Estados miembros. Si en este caso hubieran trasladado su residencia a un tercer país, la viabilidad del acuerdo que basa la autonomía de la voluntad podría verse incrementada.

dad de las partes¹⁷. Ello motiva la necesidad de que este foro se acompañe de ciertas garantías articuladas para asegurar la protección de la voluntad de la mujer ante una posible discriminación, evitando la prevalencia de la voluntad del esposo.

A estos efectos cabe destacar la relevancia del requisito que todos los textos europeos introducen por el que exigen que la elección del órgano jurisdiccional competente conste en un acuerdo escrito firmado por las partes. No obstante, se trata de una previsión insuficiente. La protección de la libre elección tiene que pasar por la información que ha aportar a las partes el propio órgano jurisdiccional designado, referida, por una parte, a las consecuencias de la atribución de la competencia a los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado miembro como base para valorar los propios intereses; y por otra, del derecho de aceptación (o no) de la competencia¹⁸. Esta información, sin embargo, no se prevé en los Reglamentos europeos. Únicamente al segundo de los aspectos señalados se refiere el art. 10 del RBr II ter al indicar que el órgano jurisdiccional ha de asegurarse “de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia” (aptdo.1 b) ii). Un precepto que podría haber introducido de forma más amplia la cautela, de haber atendido a lo previsto en el considerando (23) del texto en el que se integra cuando afirma que “(...) Antes de ejercer su competencia a tenor de la elección del foro o de la aceptación de tal elección, el órgano jurisdiccional debe examinar si tal acuerdo o aceptación es fruto de una elección libre y tomada con pleno conocimiento de causa por las partes interesadas, y no de que una parte se haya aprovechado de las dificultades o vulnerabilidades de la otra”.

III. EL *FORUM NECESSITATIS* COMO VÍA DE SOLUCIÓN

El análisis realizado ha permitido constatar la existencia de las situaciones de denegación de justicia como resultado que se genera en los casos de discriminación procesal en el país donde reside la mujer, nacional de un Estado miembro, cuando tampoco pudiera presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro. Ante este grave problema, adquiere especial relevancia la solución que puede venir mediante la articulación del *forum necessitatis*.

¹⁷ Se desarrollan en un contexto de interdependencia que puede impedir que el individuo actúe autónomamente, como indica GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: *Party Autonomy in International Family Law*, *Recueil des cours*, vol.408, 2020, Brill-Nijhoff, Leiden- Boston, pp. 89-361 (p. 193).

¹⁸ En este sentido lo más acertado hubiera sido la incorporación de la salvaguardia dispuesta en art. 8 del Protocolo de La Haya de 2007 que impide la aplicación de la ley elegida por las partes, a menos que estas fueran debidamente informadas y conscientes, cuando esta conlleve consecuencias manifiestamente injustas, o no razonables para cualquiera de los cónyuges.

1. Objeto y ámbito de actuación del foro de necesidad

El foro de necesidad se recoge en todos los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales salvo, inexplicablemente, en el RBr II ter. Concretamente se integra en el art. 7 del RBr III¹⁹, así como en el respectivo art. 11 del RREM y el paralelo REPUR²⁰. La finalidad a la que obedece, como expresamente indican los considerandos de los anteriores textos, es la de remediar las situaciones de denegación de justicia²¹. Su campo de actuación es amplio al abarcar las situaciones generadas ante la imposibilidad o dificultad del desarrollo del proceso en el tercer país con el que la situación estuviera estrechamente vinculada.

En este marco la cuestión que ahora se plantea es el alcance del ámbito del foro de necesidad comprendido en estos Reglamentos respecto a las situaciones de discriminación que en este análisis se abordan. Se trata de considerar si estas situaciones permiten activar la operatividad de este foro.

La respuesta pasa por la precisión del alcance del *forum necessitatis* delimitado por los presupuestos a los que se supedita su operatividad. Su articulación en los Reglamentos europeos que lo introducen, prácticamente idéntica, permite señalar que se trata de presupuestos comunes.

El primero de ellos es la ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Se trata de constatar que ninguno de los foros del concreto Reglamento resulte operativo en el caso concreto.

El segundo es la imposibilidad o dificultad del desarrollo del proceso en un Estado no perteneciente a la UE con el que la situación tuviera una conexión estrecha. Un requisito del que deriva la denegación de justicia que activa el *forum necessitatis* y es coherente con su objetivo. Su ar-

¹⁹ Establece en su art. 7 que, "(c)uando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él".

²⁰ El art. 11 de estos Reglamentos, rubricado *Forum necessitatis*, establece: "(c)uando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 4, 5, 6, 7, 8 o 10, o cuando todos los órganos jurisdiccionales se hayan inhibido con arreglo al artículo 9, y ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente en virtud del artículo 9, apartado 2, o del artículo 10, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, con carácter excepcional, podrán resolver sobre el régimen económico matrimonial si el proceso no pudiere incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una conexión estrecha. El asunto deberá tener una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él".

²¹ En este sentido se expresa el Considerando (16) del RBr III, el (41) del RREM y el (40) del REPUR. Sobre la garantía de la tutela judicial que implica este foro vid. DIAGO DIAGO, M. P.: "La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado", en AAVV.: *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (dirs. C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, E.J. MARTÍNEZ PÉREZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 653-680.

ticulación no pretende ofrecer un nuevo foro que permita presentar la demanda ante los tribunales de algún Estado miembro cuando se pudiera interponer ante los tribunales de un tercer Estado con el que la situación se vincula.

Un tercer presupuesto es el que exige la conexión suficiente del asunto con el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional que se pudiera atribuir la competencia. El proceso puede desarrollarse en el ámbito europeo, a pesar de la vinculación que presenta con un tercer país cuando, al mismo tiempo, pueda apreciarse su conexión con un determinado Estado miembro. El criterio de la “suficiente vinculación” es el que justifica la atribución de competencia para evitar la situación de denegación de justicia. Esta apreciación de la vinculación en “grado suficiente” deja claro que no permite su identificación con la que basa el principio de proximidad ya que, de ser así, no tendría sentido el foro de necesidad.

Esta delimitación de los requisitos a los que se supedita la operatividad del foro de necesidad exige considerar su posible apreciación en las situaciones de discriminación procesal que se encuentran en el objeto del presente estudio. Puesto que la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en estos casos ha sido objeto del apartado anterior, hemos de centrarnos en los dos segundos requisitos.

2. Interpretación en perspectiva de género de los presupuestos del foro de necesidad por el TJUE

El presupuesto referido a la imposibilidad o dificultad del desarrollo del proceso en un Estado no perteneciente a la UE con el que la situación tuviera una conexión estrecha exige la consideración de los dos casos que lo identifican. El primero, cuando fuera imposible la interposición de la demanda ante los tribunales del tercer Estado con el que la situación se vincula. El segundo, cuando razonablemente no pudiera exigirse que el proceso se siga ante estos tribunales. Los considerandos de los Reglamentos europeos que introducen este foro se refieren a estas situaciones y establecen que puede operar “cuando en el Estado tercero de que se trate resulte imposible un procedimiento, por ejemplo, debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el solicitante introduzca o conduzca un procedimiento en dicho Estado”²². Esta delimitación ejemplificativa dibuja un contexto flexible que es, precisamente, el marco en el que cabe plantear si también quedan comprendidos los casos en los que la dificultad del desarrollo del proceso en el tercer Estado derive de motivos discriminatorios contra la mujer. La respuesta se encuentra en la inter-

²² Así lo recoge expresamente el considerando 16 del RBr III y, de modo muy similar el considerando 41 del RREM establece que estos casos pueden apreciarse, por ejemplo, debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que uno de los cónyuges incoe o lleve a cabo un procedimiento en ese Estado. En el mismo sentido el considerando 40 del REPUR.

pretación que realiza el TJUE en su Sentencia de 1 de agosto de 2022, as. C-501/20 MPA vs. LCDNMT²³ (a partir de ahora STJUE C-501/20, MPA).

Entre los diversos aspectos que esta Sentencia resuelve interesa ahora el referido a la operatividad del *forum necessitatis* del art. 7 del RBr III en respuesta a la quinta cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente (Audiencia Provincial de Barcelona). En el caso concreto, la cuestión venía motivada al invocar este foro por la demandante (nacional española) exponiendo la dificultad de plantear la demanda ante los órganos jurisdiccionales del país de su residencia habitual (en este caso, Togo)²⁴. A tal efecto aportaba informes elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que permitían constatar la falta de capacitación adecuada de los jueces y la persistencia de un clima de impunidad por lo que respecta a las violaciones de los Derechos humanos, así como la preocupación acerca de la independencia del poder judicial en Togo, del acceso a la justicia, y de la existencia de prácticas discriminatorias contra la mujer (núm. 34 de la STJUE C-501/20, MPA)²⁵.

En esta situación la AP de Barcelona pregunta al TJUE sobre las condiciones para que pueda operar la competencia basada en el *forum necessitatis*²⁶. El TJUE responde destacando que su operatividad exige la ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros²⁷. Señala, además, que la existencia de la estrecha relación entre el litigio y un tercer Estado se aprecia “cuando de las circunstancias del caso de autos resulte que todas las partes en el litigio residen habitualmente en

²³ ECLI:EU:C:2022:619.

²⁴ El caso que motiva esta Sentencia viene referido a un matrimonio entre nacional española, la demandante, y nacional portugués, demandado, celebrado en 2010 en la Embajada de España en Guinea-Bisáu. Ambos trabajan para la Comisión Europea en calidad de agentes contractuales y están destinados en su delegación de Togo, donde residen desde febrero de 2015. En marzo de 2019 la esposa presenta demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia de Manresa, acompañada de la solicitud sobre responsabilidad parental y pensión de alimentos para los hijos comunes. Este tribunal entiende que carece de competencia al no tener las partes su residencia habitual en España, motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandante ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Ante este recurso plantea las diversas cuestiones prejudiciales a las que responde el TJUE en esta Sentencia.

²⁵ Aportaba dos informes de 17 y 22 de agosto de 2016, y además indicaba que el “Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer” instó a la República Togolesa a que garantizara el acceso efectivo de las mujeres a los tribunales.

²⁶ En relación al foro de necesidad del art. 7 del RBr III, que es respecto al que se plantea, le pregunta en particular, por una parte, cuáles son los presupuestos necesarios para entender que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un tercer Estado con el cual el litigio tiene estrecha relación y si es preciso que la parte que invoca dicho artículo 7 acredite haber introducido o intentado introducir el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de dicho tercer Estado con resultado negativo. Por otra parte, si la consideración de la conexión suficiente del litigio con el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda se puede basar en la nacionalidad de alguno de los litigantes.

²⁷ A tal efecto indica que “no basta con que el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda constate su propia falta de competencia, en virtud de los artículos 3 a 6 del Reglamento n.º 4/2009, sino que también debe asegurarse, cuando, en particular, se inicien procedimientos ante varios órganos jurisdiccionales, de que no sea competente ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de dichos artículos” (apartado 101).

el territorio del tercer Estado de que se trate” (núm. 105 STJUE C-501/20 *MPA*). Indica también que la “conexión suficiente” del litigio con el Estado miembro en el que se haya presentado la demanda podría estar constituida por la nacionalidad de una de las partes (núm. 111 STJUE C-501/20, *MPA*)²⁸.

Ahora bien, a los efectos del objeto del presente análisis, el eje principal de la respuesta del TJUE a esta cuestión prejudicial gira en torno a la precisión de los elementos que permiten constatar que el procedimiento en cuestión no puede razonablemente introducirse, o llevarse a cabo, o resulte imposible ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado. En este sentido, además de indicar que no se puede exigir al solicitante que acredite haber introducido o intentado introducir el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado con resultado negativo²⁹, establece que la competencia basada en el *forum necessitatis* puede operar “cuando el acceso a la justicia en ese tercer Estado esté, de hecho o de derecho, obstaculizado, en particular, debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo” (núm. 110 STJUE C-501/20, *MPA*). Especial relevancia tiene esta específica referencia a las condiciones procesales “discriminatorias” de la mujer. Se trata de una interpretación en perspectiva de género de este presupuesto que, a los efectos de la operatividad de este foro, implica que quedan comprendidas las situaciones de discriminación procesal de la mujer. Un resultado que se aprecia con mayor claridad en las conclusiones del Abogado General M. Szpunar presentadas el 24 de febrero de 2022³⁰ cuando señala que el riesgo de denegación de justicia existe cuando se compruebe “la existencia de dificultades relativas al acceso efectivo de las mujeres a los tribunales o de prácticas discriminatorias contra ellas en el tercer Estado con el que el proceso se vincula”³¹.

²⁸ La Sentencia responde estrictamente a la duda planteada por la AP de Barcelona, motivo por el que no precisa la existencia de otras circunstancias por las que dicha conexión pudiera quedar delimitada.

²⁹ Es suficiente con que el órgano jurisdiccional, “a la vista de todos los elementos de hecho y de Derecho del asunto, esté en condiciones de asegurarse de que los obstáculos en el tercer Estado de que se trate sean tales que no sea razonable obligar al solicitante que reclame el crédito de alimentos ante los órganos jurisdiccionales de dicho tercer Estado” (apartado 108). Exigir a dicho solicitante que intente presentar un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate con el único fin de acreditar el estado de necesidad para aplicar el *forum necessitatis* sería contrario al objetivo del Reglamento n.º 4/2009, que consiste esencialmente en preservar los intereses de los acreedores de alimentos y en favorecer una buena administración de justicia.

³⁰ ECLI:EU:C:2022:138

³¹ Conclusiones del Abogado General presentadas el 24 de febrero de 2022, núm. 125, donde remite al Informe del Comité sobre la “Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo de Togo, aprobados por el Comité en su 53º período de sesiones (1 a 19 de octubre 2012, p. 3), disponible en

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/TGO/CO/6-7&Lang=En: Concretamente señala que “El Comité está preocupado por la falta de acceso efectivo a la justicia de las mujeres y por los numerosos factores que se lo impiden, como [en particular] el rechazo social contra las mujeres que presentan demandas ante los tribunales”.

De acuerdo con las consideraciones expuestas se obtiene la respuesta a la cuestión planteada en este apartado. Efectivamente el *forum necessitatis* abarca las situaciones en las que la legislación del tercer país con el que se vincula introduzca condiciones procesales discriminatorias para la mujer como consecuencia de su contrariedad con las garantías fundamentales del proceso justo³². El órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se presenta la demanda tiene que apreciar la existencia de tales condiciones en el caso concreto.

Ahora bien, el carácter excepcional que tiene este foro motiva, como de inmediato aclara la Sentencia (núm. 112) que dicho órgano jurisdiccional “no puede basarse únicamente en circunstancias generales relativas a las deficiencias del sistema judicial del tercer Estado sin analizar las consecuencias que dichas circunstancias podrían tener en el caso de autos”. Esta condición implica que el foro de necesidad no opera por el hecho de que la legislación del tercer Estado con el que se vincula la situación se base en condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo, sino sobre la base de las consecuencias que dichas condiciones tengan en el asunto que se pretende someter al órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que se presente la demanda.

Especial relevancia tiene esta interpretación del TJUE sobre el carácter excepcional del *forum necessitatis* en cuanto permite constatar un paralelismo con el que presenta la cláusula de orden público como mecanismo de rechazo de la ley extranjera. Esta última tampoco se activa por la contrariedad, en abstracto, del derecho extranjero reclamado respecto a los principios de orden público internacional del de-

³² Es relevante la aclaración del Abogado General en sus conclusiones cuando señala (núm. 128) que el estado de necesidad que motiva la aplicación de este foro se puede constatar cuando el órgano jurisdiccional del tercer Estado con el cual el litigio tiene estrecha relación se niega a ejercer su competencia o se dan condiciones procesales abusivas; cuando, debido a disturbios civiles o a catástrofes naturales, es peligroso acudir a determinados lugares y no puede llevarse a cabo la actividad normal en el tercer Estado, y, por último, cuando se obstaculiza indebidamente el acceso a la justicia, en particular debido a unos honorarios de representación legal excesivamente elevados, una prolongación excesiva de la duración de los procedimientos, graves problemas de corrupción en el sistema judicial, o la existencia de deficiencias relativas a las garantías fundamentales de un proceso equitativo o de deficiencias sistémicas. Las partes no están obligadas, en virtud de la citada disposición, a demostrar mediante pruebas documentales la existencia de tales circunstancias”. Añade después (núm. 114) que estas circunstancias pueden resultar de situaciones muy graves, como una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el solicitante introduzca o conduzca un procedimiento en un Estado tercero (en particular, en caso de inundaciones u otras catástrofes naturales), o en determinadas circunstancias, como indica la Comisión, en las que se obstaculiza indebidamente el acceso a la justicia, en particular debido a unos honorarios de representación legal excesivamente elevados, una prolongación excesiva de la duración de los procedimientos, graves problemas de corrupción en el sistema judicial, o la existencia de deficiencias relativas a las garantías fundamentales de un juicio justo (por ejemplo, cuando existe riesgo de denegación de justicia por motivos de orientación sexual, confesión religiosa o raza, o cuando los órganos jurisdiccionales de que se trate exigen pruebas inaceptables y discriminatorias) o de deficiencias sistémicas. Ya sea de carácter procesal o coyuntural, la existencia de una imposibilidad debe ser apreciada por el juez ante el que se ha planteado el asunto a la luz de todas las circunstancias del caso.

recho del foro, sino cuando se constate que el choque frontal de estos principios motiva la incompatible aplicación del derecho extranjero en el caso concreto.

Este paralelismo permite considerar en el contexto de las situaciones discriminatorias, la similitud de la función que tiene el foro de necesidad en las normas de competencia respecto a la que desempeña la cláusula de orden público en las normas conflictuales. El primero opera para remediar una situación de denegación de justicia por motivos discriminatorios y la segunda para impedir la aplicación de una ley extranjera discriminatoria contra la mujer³³. En ambos casos el carácter excepcional supone el rechazo del control en abstracto de las normas extranjeras (conflictuales o de competencia) al exigir su constatación en atención al caso concreto.

Esta conclusión motiva el carácter imprescindible del foro de necesidad en la articulación de las normas de competencia de los Reglamentos europeos, del mismo modo que el mecanismo del orden público lo tiene en los textos referidos a las normas conflictuales. A pesar de esta transcendencia, el RBr II ter no lo incorpora al optar, en su lugar, por la vía de la competencia residual y, con ella, la operatividad de los foros internos de los Estados miembros, lo que es, cuando menos, llamativo, teniendo en cuenta el expreso rechazo de estos foros que introduce el considerando (15) del RBr III³⁴. La coexistencia de diversos regímenes que conlleva la competencia residual ha sido objeto de importantes críticas³⁵, si bien, a los efectos del presente análisis es de especial relevancia la precisión de sus consecuencias respecto a las situaciones discriminatorias que ahora se abordan.

³³ En ambos casos se trata de situaciones conectadas con un tercer Estado. Como consecuencia de esta vinculación la norma de conflicto remite a un derecho extranjero que, de ser discriminatorio, puede activar la cláusula de orden público. Del mismo modo, el foro de necesidad puede activarse cuando ningún tribunal de algún Estado miembro sea competente, puesto que aquella vinculación sustenta la competencia de los tribunales del tercer Estado con el que conecta el asunto. Se trata de una relevante consideración en cuanto permite constatar la transcendencia del foro de necesidad y, esencialmente, que no es posible relegar esta importancia como consecuencia de su operatividad "limitada" a los casos en los que la competencia no quede atribuida a los tribunales de ningún Estado miembro.

³⁴ En este considerando (15) señala que "(c)on el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en la Unión Europea (...) en adelante, debería excluirse toda remisión a las reglas de competencia del derecho nacional". Un rechazo expreso que presenta significativo interés ya que, este Reglamento, del mismo modo que el RBr II (base del actual RBr II ter) deriva del RBr I. Lo que interesa destacar es que la norma que introducía la operatividad de los foros internos (art. 4 del Reglamento Bruselas I), sobre la que vino basada su consideración en el Reglamento Bruselas II, queda excluida en el RBr III.

³⁵ Por nuestra parte se han destacado las negativas consecuencias que implica. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: "El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. XIX-XX, 2019-2020, pp. 301-325.

IV. RESULTADOS DE LA COMPETENCIA RESIDUAL ANTE LAS SITUACIONES DISCRIMINATORIAS

La competencia residual viene recogida en el RBr II ter, tanto en materia matrimonial (art. 6³⁶), como en relación a la responsabilidad parental (art. 14³⁷) siguiendo lo previsto en su antecesor, el RBr II bis. En consecuencia, la interpretación que de estos preceptos realiza el TJUE en el contexto de este último texto es plenamente aplicable a los comprendidos en el actual Reglamento³⁸. En este sentido es necesario considerar la comprendida en la misma Sentencia C-501/20, *MPA*, que permite constatar el abismo entre los resultados de la operatividad del foro de necesidad respecto a los que derivan de la vía de la competencia residual.

1. Alcance de la competencia residual del Reglamento Bruselas II ter

La operatividad de los foros recogidos en las respectivas legislaciones de los Estados miembros que implica la operatividad de la competencia residual recogida en el RBr II ter³⁹, está supeditada a un presupuesto que coincide con el exigido para el *forum necessitatis*. En ambos casos es necesaria la ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de acuerdo con los propios foros del respectivo Reglamento⁴⁰. La

³⁶ El art. 6 es el resultado de la refundición y reestructuración de los arts. 6 y 7 del RBr II bis sin introducir reforma alguna de su contenido, de hecho, reproduce estos preceptos en un diferente orden en los tres apartados que comprende. Este precepto establece: “(1). Con sujeción al apartado 2, si de los artículos 3, 4 o 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”. (2). Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5. (3). Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro.

Como puede constatarse, el primer apartado de este precepto es el resultado de la transcripción del primer apartado del art. 7 del R.2201/2003, el segundo recoge lo establecido en el art. 6 de este último texto, y el tercero reproduce el contenido del apartado segundo del art. 7 del mismo instrumento.

³⁷ Este precepto establece que “Si de los artículos 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro”.

³⁸ Los elementos esenciales del Reglamento 2019/1111 están directamente incididos por los textos que lo preceden. A ellos se refiere en su Considerando 90 al destacar, como garantía de la continuidad, que, en la medida en que sus disposiciones no se hayan modificado, debe aplicarse la interpretación realizada por el TJUE.

³⁹ El considerando 29 del RBr II ter señala que “(...). El término «leyes de dicho Estado miembro» debe incluir los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado miembro”.

⁴⁰ En el contexto del RBr II ter se recoge expresamente en los art. 6 y 14 del *RBr.II ter* (*supra* notas 28 y 29) y en el considerando 29 del mismo texto que comienza señalando: “Si del presente Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia debe determinarse, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro. (...)”.

consecuencia, en el contexto de la competencia residual, es que los foros de las legislaciones de los Estados miembros que mantienen su operatividad son los diferentes a los del RBr II ter⁴¹.

Sobre la base de este presupuesto, la delimitación del alcance de la competencia residual es objeto de la interpretación en la STJUE C-501/20, *MPA*, tanto en lo que respecta a la materia matrimonial (ex. art. 6 *RBr.II* ter), como en la relativa a la responsabilidad parental (ex. art. 14 *RBr.II* ter)⁴². La coincidencia de ambas interpretaciones motiva, para evitar reiteraciones, que este análisis se centre en la primera materia, entendiendo que sus resultados son trasladables a la segunda.

A estos efectos es de especial relevancia el tercer apartado del fallo de esta Sentencia⁴³, en cuanto precisa la limitación de la operatividad de la competencia residual en el caso en el que la parte demandada ostente la nacionalidad de un Estado miembro⁴⁴. En esta situación señala que los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros (distintos al de la nacionalidad del demandado) no pueden basar su competencia en los foros recogidos en su legislación –solo pueden operar los foros com-

⁴¹ STJUE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López c. Lopez Lizaso*, as. C-68/07 (ECLI:EU:C:2007:740).

⁴² La cuestión prejudicial cuarta que planteaba el órgano remitente (AP de Barcelona) venía referida a la competencia residual en ambas materias (matrimonial y de responsabilidad parental), al preguntar “para el caso de que se determine que la residencia habitual de los progenitores y de los menores no se encuentra en un Estado miembro, habida cuenta de que, conforme al Reglamento 2201/2003 no existe ningún otro Estado miembro competente para resolver las pretensiones ¿impide la circunstancia de que el demandado sea nacional de un Estado miembro la aplicación de la cláusula residual de los artículos 7 y 14 del Reglamento 2201/2003?”. En lo que respecta a la competencia residual en materia de responsabilidad parental el apartado tercero del fallo de la Sentencia señala que “(e)n el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente para pronunciarse sobre una pretensión en materia de responsabilidad parental en virtud de los artículos 8 a 13 del Reglamento n.º 2201/2003, el artículo 14 de dicho Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que el demandado en el litigio principal sea nacional de un Estado miembro distinto de aquél al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda no obsta a la aplicación de la cláusula de competencia residual de dicho artículo 14”. También el TJUE se ha referido a la competencia residual del art. 14 en su Sentencia de 17 de octubre de 2018, C-393/18 PPU, UD (ECLI:EU:C:2018:835).

⁴³ Indica el TJUE en el apartado tercero del fallo de esta Sentencia que “(e)n el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente para pronunciarse sobre una pretensión de disolución del matrimonio en virtud de los artículos 3 a 5 del Reglamento n.º 2201/2003, el artículo 7 de dicho Reglamento, en relación con su artículo 6, debe interpretarse en el sentido de que la circunstancia de que el demandado en el litigio principal sea nacional de un Estado miembro distinto de aquél al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda impide la aplicación de la cláusula de competencia residual de dicho artículo 7 para fundamentar la competencia del referido órgano jurisdiccional, sin obstar, sin embargo, para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que es nacional sean competentes para conocer de tal pretensión con arreglo a las reglas nacionales sobre competencia de ese mismo Estado miembro”.

⁴⁴ La transcendencia de la STJUE C-501/20 deriva de la interpretación que realiza del supuesto comprendido en el art. 6 b) del R.2201/2003, referido al caso en el que cónyuge demandado sea nacional de un Estado miembro. La situación en la que el cónyuge demandado tenga la residencia habitual en un Estado miembro, a la que viene referida la letra a) del mismo precepto, no permite que se constate el presupuesto al que queda vinculada la operatividad de la competencia residual, como es la inexistencia de competencia de los tribunales de algún Estado miembro. Si el demandado tiene la residencia habitual en un Estado miembro, la competencia de los tribunales de dicho Estado miembro en virtud del art. 3 de dicho texto.

prendidos en los arts. 3 a 5 del RBr II ter-. Por el contrario, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad del demandado no tienen limitación alguna en este sentido. La operatividad de la competencia residual permite que su competencia se sustente en cualquiera de los foros de su legislación distintos a los del Reglamento⁴⁵.

Este es el escenario en el que se pueden abordar los resultados derivados de la competencia residual como vía para que las situaciones de discriminación procesal de la mujer en el país al que hubiera trasladado su residencia pudieran ser resueltas en el ámbito europeo.

2. La disparidad de soluciones ante las situaciones discriminatorias

La consideración de los resultados generados por la competencia residual en el contexto de las situaciones discriminatorias de la mujer que se abordan en el presente análisis pasa por distinguir, de acuerdo con la interpretación de la STJUE C-501/20, *MPA* que ha quedado expuesta, los dos casos que se pueden constatar, delimitados en función de que el esposo demandado sea (o no) nacional de algún Estado miembro.

De ostentar el esposo esta nacionalidad, la limitación de la operatividad de la competencia residual implica la reducción de la posibilidad de que la competencia para el divorcio pueda venir atribuida a los tribunales de algún Estado miembro. Para ello es necesario, primero, que la demanda se presente ante los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del demandado, al ser los foros internos de este país los que pueden operar para sustentar la competencia, y segundo, que alguno de dichos foros (distintos a los del RBr II ter), atribuya competencia a sus tribunales en el supuesto concreto. En este caso los órganos jurisdiccionales Estado miembro de la nacionalidad de la esposa no pueden atribuirse la competencia al no poder operar los foros recogidos en su legislación. Se puede constatar que este resultado no beneficia a la mujer que es discriminada procesalmente por la legislación del país donde reside.

En la segunda situación, en la que el cónyuge demandado es nacional de un tercer Estado la operatividad de la competencia residual no queda

⁴⁵ Esta interpretación no parece haber considerado las negativas y relevantes consecuencias en atención a los resultados que genera. El problema es, por una parte, su fundamento y, por otra, sus consecuencias, aspectos que tuvimos la ocasión de abordar en profundidad. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: “Alcance de la competencia residual en materia matrimonial. Análisis crítico de la reciente interpretación del TJUE en su Sentencia C-501/20, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 45, junio 2023, pp. 1-24. En este sentido también se ha pronunciado CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: “Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol. 15, núm. 1, pp. 254-274.

limitada. En este caso los tribunales del Estado miembro donde se presente la demanda pueden basar su competencia en cualquiera de sus foros internos distintos a los del Reglamento. No queda ahora cerrada la posibilidad de que pudieran conocer los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nacionalidad de la esposa siempre, claro está, que los foros de competencia comprendidos en su legislación le atribuyeran competencia.

El alcance de la competencia residual que se muestra a través de los casos anteriores permite constatar, además de la complejidad que ha de suponer su aplicación para el operador jurídico, la disparidad de soluciones que genera. Como consecuencia de la diversidad de los foros de las respectivas legislaciones de los Estados miembros, la competencia de los órganos jurisdiccionales se podrá sustentar en unos casos y no en otros⁴⁶. Se trata de un resultado que deriva de la directa dependencia entre el Estado miembro donde se interponga la demanda (en el caso de demandado no nacional de ningún Estado miembro) o del Estado miembro del que sea nacional el demandado (caso en que lo fuera), y la posibilidad de que sus tribunales puedan declararse competentes⁴⁷.

Esta disparidad afecta directamente a las situaciones que ahora se abordan al incidir en la posibilidad de que pueda ser resuelta en el ámbito europeo la demanda de divorcio ante la situación de discriminación procesal de la mujer en el país al que ha trasladado su residencia. Este dispar resultado implica una importante grieta, al mostrar el desigual acceso a la justicia entre los ciudadanos de la Unión⁴⁸, lo que resulta paradójico en un texto que, al mismo tiempo, pretende la unificación de las normas de competencia entre los Estados miembros. La operatividad de los foros de las respectivas legislaciones supone la quiebra de la unificación y la ruptura de la uniformidad que pretende.

Esta disparidad permite además constatar la ausencia de garantías de la competencia residual para aportar solución a las situaciones discri-

⁴⁶ Para un análisis sobre estas divergencias *vid.* “Study of residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the «Residual Jurisdiction» of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, *General Report Final Version 3 september 2007*, pp. 93-94. Puede consultarse en https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study_residual_jurisdiction_.en.pdf

⁴⁷ Si demanda se presenta en España, nuestros órganos jurisdiccionales pueden sustentar su competencia en los foros de la LOPJ distintos a los del RBr II ter y, por lo tanto, podría operar el foro de necesidad que introduce el art. 22 octies de la LOPJ. Este resultado es favorable a la garantía de la tutela judicial. Ahora bien, este resultado puede ser distinto si la demanda se presenta en otro Estado miembro en el que sus foros internos no atribuyeran la competencia a sus órganos jurisdiccionales.

⁴⁸ Este desigual acceso a la justicia como resultado de la operatividad de la competencia residual fue criticado por el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003 (COM (2014) 225 final, de 15 de abril de 2014). Sobre la diversidad de los foros de competencia y la disparidad que presentan los comprendidos en las legislaciones nacionales *vid.* NUYTS, A.: Study on Residual Jurisdiction Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations), Comisión Europea, 2007, pp. 94-97. Accesible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_.en.pdf.

minatorias que ahora se abordan. La discriminación procesal de la mujer en el tercer Estado donde reside es un aspecto que no incide en la vía que introduce la competencia residual, motivo por el que su operatividad no impide la existencia de supuestos en los que la demanda de divorcio no se pueda presentar ante los tribunales de algún Estado miembro. La ausencia de protección se produce en todas las situaciones en las que los foros internos del Estado miembro de la nacionalidad del esposo, de tenerla en un Estado miembro o, de no tenerla, los de cualquier Estado miembro incluido el de la nacionalidad de la demandante, no atribuyan competencia a sus órganos jurisdiccionales.

La consideración de la discriminación de la mujer está ausente en la interpretación del alcance de la competencia residual realizada por el TJUE en la Sentencia C-501/20, *MPA*. Realmente se trata de la consecuencia de su carácter instrumental respecto al resultado pretendido como solución del caso concreto. La situación considerada se refiere al supuesto de cónyuges nacionales de diferentes Estados miembros con residencia habitual en un tercer Estado. Precisamente, ante la ausencia del foro de necesidad en el RBr II bis (del mismo modo que en el actual RBr II ter), el objetivo de la interpretación era el de articular la vía para que, en esta situación, se pudiera presentar la demanda de divorcio ante los tribunales de algún Estado miembro⁴⁹. A estos efectos, la situación de discriminación procesal alegada por la esposa en el país de residencia (República Togolesa) no se considera, al no afectar a la solución previamente buscada. El resultado es que el alcance de la operatividad de la competencia residual no queda incidido por el hecho de que la legislación del tercer Estado de residencia de los cónyuges sea discriminatoria. No es, en consecuencia, un mecanismo adecuado para la solución de las situaciones de denegación de justicia en las que puede encontrarse la mujer.

La posible apreciación de la discriminación de la mujer en dicho Estado depende de la articulación de los foros de las legislaciones de los Estados

⁴⁹ Así se aprecia en la argumentación que aportan las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar para justificar su propuesta de interpretación La vinculación con el territorio europeo que el AG entiende que existe en el caso en el que ambos cónyuges son nacionales de dos Estados miembros distintos, aunque residan en un Estado no miembro, es uno de los motivos por los que rechaza el resultado de la “interpretación restrictiva” de la que deriva la inexistencia de un foro que en estos casos permita presentar la demanda de divorcio ante los tribunales de algún Estado miembro por cuanto, como indica, “tal interpretación no solo sería completamente contraria a la lógica ...” (aptdo. 84). Respecto de este rechazo cabe señalar que, una cosa es que se pueda plantear si hubiera sido positivo (respondiendo a esa “lógica”) que, de acuerdo con el Reglamento, la demanda hubiera podido plantearse en un Estado miembro en estos casos y, otra muy distinta, es que la respuesta afirmativa (sobre la base de esta “lógica”) pueda motivar el rechazo a este resultado. Realmente, lo que rechaza es que el Reglamento no permita que en estos casos el divorcio se solicite ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Se trata de la laguna que deja el texto europeo, pues “para estos casos solo queda la opción de acudir a la jurisdicción del tercer Estado”, como ha señalado HERRANZ BALLESTEROS, M.: “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260 (p. 234).

miembros y, en particular, de la del Estado miembro ante el que se hubiera interpuesto la demanda. Se trata de la consecuencia de la remisión de la solución a estos foros que, con independencia de los elementos del caso, se realiza a través de la competencia residual.

Este resultado exige dar un paso más para considerar la situación en la que se encuentra la mujer, nacional de un Estado miembro, cuando esta vía no aportara solución y, en consecuencia, no pudiera presentar la demanda de divorcio en el ámbito europeo. La ausencia de respuesta es relevante teniendo en cuenta la discriminación que para el acceso a los tribunales encuentra en el tercer país donde reside. En este supuesto la única posibilidad que podría plantearse es la modificación de su residencia a su Estado miembro de origen y esperar el plazo de seis meses que exige el *forum actoris* del art. 3 a), vi del RBr II ter⁵⁰. Ahora bien, a las dificultades que conlleva una modificación de la residencia (en función de las posibilidades económicas, sociales, o de cualquier tipo), se añade la necesidad de esperar el transcurso del plazo de los seis meses que establece el foro. La situación es especialmente grave cuando la mujer, además de la discriminación procesal en el país donde reside, fuese víctima de violencia de género. La huida mediante el traslado al Estado miembro de su nacionalidad en el que busca protección y la especial vulnerabilidad de la mujer en estos casos, han motivado las propuestas formuladas para la modulación del *forum actoris* en perspectiva de género de modo que permita la dispensa de los seis meses de residencia en su Estado miembro de origen con el objeto de que pudiera presentar la demanda de divorcio de inmediato⁵¹. No obstante, esta propuesta para la flexibilización del *forum actoris* no está exenta de dificultades. La dispensa del plazo de residencia en este foro supondría que se sustenta únicamente en la nacionalidad de la parte demandante. Un foro exorbitante que, si bien con interrogantes podría plantearse por motivos de especial vulnerabilidad de la mujer como propuesta de *lege ferenda* para la modificación del foro, tendría que abordar otro problema. Se trata de la paralela consecuencia negativa que

⁵⁰ También se trata de una alternativa que podría ser empleada incluso si la competencia residual permitiera presentar la demanda en el ámbito europeo, buscando que sean los tribunales del propio Estado miembro los que conozcan del divorcio en lugar de tener que acudir a los del país de la nacionalidad del cónyuge demandado.

⁵¹ En este sentido RUIZ SUTIL, C.: “La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 83, 2020, pp. 1-29; *Id.*: *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023, p. 84. Por su parte Rodríguez Rodrigo considera ante estos casos la posibilidad de interpretar los foros de competencia del art. 3 del RBr.II ter de forma similar a lo que ocurre en el marco de los contratos con los consumidores, entendiendo que la demandante pueda interponer la demanda en cualquiera de los Estados a los que conducen los foros del artículo 3 pero, en cambio, si fuera el marido quien demandara sólo pudiera hacerlo ante los órganos jurisdiccionales del país de residencia habitual de la esposa. RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Necesaria interpretación con perspectiva de género de la normativa europea en materia de divorcio internacional”, *Revista de la Facultad*, Vol. XV, núm. 1, Nueva serie II, 2024, pp. 35-50 (pp. 44-45).

presentaría a los efectos de la acumulación de la acción accesorio relativa a los alimentos respecto a la demanda de divorcio, por cuanto operaría la excepción que para esta acumulación recoge el art. 3 c) del RBr III, lo que tendría especial importancia en el caso que ahora se aborda⁵².

IV. CONCLUSIONES

El presente trabajo se centra en la situación de discriminación procesal en la que puede encontrarse la mujer, nacional de un Estado miembro, en el tercer Estado al que hubiera trasladado su residencia cuya legislación le impida, dificulte, o limite su derecho de acceso a los tribunales. El problema que se aborda se plantea cuando pretenda presentar una demanda referida a una materia del ámbito familiar (divorcio y/o cuestiones vinculadas) frente al cónyuge, nacional de otro Estado. En este contexto se ha prestado especial atención al caso frecuente en el que la nacionalidad del cónyuge coincida con la del país de la residencia común al que la mujer se hubiera trasladado por razón del matrimonio.

La vinculación de esta situación con el ámbito europeo, consecuencia de la nacionalidad que ostenta la mujer, motiva que se aborde la respuesta que ofrecen los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales. La cuestión a la que responde el objeto de este trabajo es si, en virtud de estos textos, la mujer podría presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales de algún Estado miembro.

La primera conclusión a la que lleva el desarrollo de este análisis es la ausencia de operatividad de los foros de competencia de los textos europeos. En las situaciones discriminatorias que centran este estudio no se constatan las circunstancias sobre las que se articulan estos foros, basadas en el criterio de la nacionalidad común y en el de la residencia habitual de una o ambas partes en territorio europeo.

Es cierto que, la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podría resultar del acuerdo de ambos cónyuges que permite el foro de la autonomía de la voluntad. No obstante, el estudio específico referido a la operatividad de este foro en el contexto de las situaciones que se abordan ha permitido señalar las razones que matizan las expectativas de este resultado, lo que lleva a concluir destacando su escaso margen de operatividad y su difícil viabilidad.

⁵² Para un análisis en profundidad de los foros de competencia judicial internacional en materia alimenticia con una perspectiva de género, *vid.* RUEDA VALDIVIA, R.: "Protección de menores mediante el establecimiento de medidas destinadas a facilitar la obtención de alimentos en el extranjero" en AAVV.: *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia* (coord. A. LARA AGUADO), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 492-514.

El análisis anterior permite constatar el relevante problema que se plantea, merecedor de la especial atención que le dedica el presente trabajo. Se trata de la situación de denegación de justicia como resultado que se genera en los casos de discriminación procesal de la mujer que ahora se abordan. La dificultad o imposibilidad de presentar la demanda en el tercer país donde reside, se añade a la ausencia de competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Ante este grave problema, y en atención a la vinculación del supuesto con el ámbito europeo, se ha considerado si los Reglamentos europeos aportan alguna solución y, en su caso, el alcance de la misma. El análisis de esta vía de solución permite llegar a conclusiones de especial transcendencia.

En este escenario destaca la particular importancia que presenta el *forum necessitatis* como mecanismo que, precisamente, obedece a la finalidad de remediar las situaciones de denegación de justicia como señalan los Reglamentos europeos que lo recogen. Sobre la base de esta transcendencia se ha abordado su aplicabilidad a las situaciones de discriminación procesal de la mujer a las que responde el objeto del presente estudio. Esta aplicabilidad exige considerar si, en estos casos, se pueden constatar los presupuestos a los que este foro supedita su operatividad. A estos efectos la cuestión se plantea respecto al relativo a la “imposibilidad o dificultad del desarrollo del proceso en el tercer país con el que la situación estuviera estrechamente vinculada”. La respuesta la ofrece el TJUE a través de la relevante interpretación que realiza de este presupuesto en perspectiva de género en su Sentencia de 1 de agosto de 2022, as. C-501/20 *MPA vs. LCDNMT*. En ella señala que el foro de necesidad abarca las situaciones en las que la legislación del tercer país con el que se vincula introduzca situaciones procesales discriminatorias para la mujer como situación contraria a las garantías fundamentales del proceso justo. También precisa que la nacionalidad de una de las partes puede identificarse con el presupuesto que este foro exige referido a la “conexión suficiente” del asunto con el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional que se pudiera atribuir la competencia. En consecuencia, no cabe duda de que el *forum necessitatis* se puede activar en los casos de denegación de justicia que deriven de la situación de discriminación procesal de la mujer, nacional de un Estado miembro, en el tercer país al que ha trasladado su residencia.

Ahora bien, el foro de necesidad se encuentra en todos los Reglamentos europeos en materia de familia salvo, inexplicablemente, en el RBr II ter, al introducir la competencia residual siguiendo los textos que lo preceden. Una vía cuya interpretación se aborda en la misma STJUE C-501/20, *MPA* en la que, además del foro de necesidad, se refiere también al alcance de la competencia residual, permitiendo así constatar la radical diferencia que muestra la operatividad de estos mecanismos ante las situaciones de discriminación procesal de la mujer que ahora interesan. Si estas situaciones quedan integradas en el supuesto que configura el *forum necessi-*

tatis, y por tanto permiten que se active, para nada presentan incidencia a los efectos de la operatividad de la competencia residual. Esta vía no es el mecanismo para la salvaguarda del derecho de acceso a los tribunales de la mujer. La posibilidad de que pudiera llegar a presentar la demanda de divorcio en el ámbito europeo está en directa dependencia de los foros previstos en la legislación del Estado miembro que, en el caso concreto, resulten operativos. La diversidad de estos foros internos entre los Estados miembros motiva la disparidad de las soluciones y, con ella, el desigual acceso a la justicia entre ciudadanos de la Unión. Un resultado que contrasta con el que deriva del *forum necessitatis* que permite garantizar condiciones igualitarias para el acceso a la justicia en el espacio judicial europeo.

En una consideración de conjunto de la respuesta que aportan los Reglamentos europeos ante la situación de discriminación procesal de la mujer abordada en este estudio, la conclusión última es la negativa valoración que merece el RBr II ter. Frente a los restantes textos, no recoge el foro de la autonomía de la voluntad en materia matrimonial y tampoco introduce el *forum necessitatis* en ninguna de las dos materias que comprende. Son ausencias llamativas, más aún al tratarse del último cronológicamente de todos los textos europeos, cuyas soluciones podría haber considerado. La razón, que no justificación, se encuentra en su opción por la continuidad de las normas de competencia comprendidas en el Reglamento que lo precede, el 2201/2003, que es, paradójicamente, el primero de todos ellos.

Acompañando la movilidad humana con enfoque de género e infancia

Elena ARCE JIMÉNEZ

Directora del Área de Migraciones e Igualdad de Trato

Defensor del Pueblo

Correo electrónico: elena.arce@defensordelpueblo.es

Sumario: I. Infancia en movilidad: algunos datos del panorama mundial. II. Situación en España. III. Dificil encaje práctico entre la concepción del menor como sujeto de derechos y objeto de protección. IV. Incorporar un enfoque de derechos con perspectivas de infancia y de género.

Palabras clave: género, infancia, Derechos Humanos.

I. INFANCIA EN MOVILIDAD: ALGUNOS DATOS DEL PANORAMA MUNDIAL

La infancia que se desplaza y se establece en un lugar distinto al de su país de origen es muy diversa. La Agencia de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) con una pretensión de generalidad ha acuñado la definición de «infancia en movimiento», que define a las niñas y niños que se desplazan por diversos motivos (conflictos, pobreza, violencia, catástrofes naturales, discriminación por el cambio climático, falta de educación y acceso a servicios) dentro de un país o entre países, con o sin sus padres u otros cuidadores.

La Alianza Internacional de Datos para Niños en Movimiento (IDAC), coalición global intersectorial de la que forman parte Eurostat, la OIM, la OCDE, el ACNUR y UNICEF busca mejorar los datos y las estadísticas y apoyar la formulación de políticas basadas en evidencia para esta infancia. Para subsanar las deficiencias detectadas y mejorar la calidad y la comparabilidad de los datos entre países IDAC ha elaborado dos informes

complementarios: Niños en Movimiento: Términos, definiciones y conceptos clave y Datos y estadísticas para niños en movimiento: Fuentes esenciales y buenas prácticas¹.

En agosto de 2024, IDAC ha actualizado el documento *9 Facts about Children on the Move* a fin de dar visibilidad a los datos y mensajes clave sobre la situación actual de esta infancia. Destaca las características principales de esta población infantil, incluyendo estimaciones sobre cuántos de ellos han migrado o han sido desplazados, las razones de su desplazamiento –incluido el desplazamiento forzoso– y los patrones de dicho desplazamiento, ya sea interno o transfronterizo². Se resumen a continuación los principales hallazgos de esos nueve puntos que señala el documento³:

1. En 2020, se estimaba que había 35.5 millones de niños y niñas migrantes internacionales en todo el mundo, la cifra más alta jamás registrada. Esto equivale a aproximadamente 1 de cada 66 menores en el mundo que viven fuera de su país de nacimiento, sea cual sea el motivo por el que hayan cruzado fronteras.
2. La mayoría de la infancia en movilidad se desplaza dentro de su región. De los 115 millones de personas migrantes internacionales, de todas las edades, procedentes de países de Asia, el 60 % se había trasladado a otro país asiático. Este movimiento regional fue similar en Europa (70 %), África (52 %) y Oceanía (56 %), pero no en América, donde sólo el 26 % de las personas migrantes en América Latina y el Caribe permanecieron dentro de la misma región, y en América del Norte (sólo Estados Unidos y Canadá), con un 25 %. Aunque se hayan recopilado datos sobre infancia en estos corredores, el análisis a nivel de país no considera la edad como un factor; sin embargo, el movimiento de las personas menores de edad podría no diferir mucho del patrón general.
3. Un tercio de la infancia en movilidad internacional del mundo vive en tan solo siete países. Estados Unidos alberga al mayor grupo, con 3,3 millones, seguido de Arabia Saudita (2,3 millones), Jordania (1,6 millones), los Emiratos Árabes Unidos (1,3 millones), Turquía (1,3 millones), Irán (1,2 millones) y Alemania (1,1 millones), que en conjunto acogen a un tercio de este colectivo. Sin embargo, esta lista oculta grandes diferencias en los grupos subyacentes de infancia en movilidad. Si bien en la ma-

¹ Ambos documentos están disponibles online en <https://data.unicef.org/resources/data-and-children-on-the-move-unpacking-relevant-terminology-concepts-and-data-sources/>

² <https://data.unicef.org/resources/9-facts-about-children-on-the-move/>

³ El documento *9 Facts about Children on the Move* se encuentra disponible en inglés y se ha realizado la traducción respetando los términos que utiliza al referirse a la infancia en movilidad como niños o menores migrantes. Sin embargo, se ha optado por el uso del lenguaje inclusivo en el resumen del texto siempre que ha resultado posible.

yoría de los países la proporción de personas refugiadas entre la población migrante internacional es relativamente baja (por ejemplo, en Europa en su conjunto, la proporción es inferior al 5 %), en algunos países, en particular aquellos limítrofes a países en conflicto o crisis, la gran mayoría de la población migrante internacional está compuesta por refugiados (por ejemplo, Jordania, Líbano o Chad).

4. La infancia desplazada forzosamente, tanto interna como internacionalmente, se ha duplicado con creces en los últimos 10 años. A finales de 2023, según datos de ACNUR, 117.3 millones de personas en todo el mundo vivían en situación de desplazamiento forzoso, dentro de su propio país o a través de las fronteras, obligadas a abandonar sus hogares por persecución, conflictos, violencia, violaciones de los derechos humanos o sucesos que perturban gravemente el orden público. Los niños y niñas representaban dos de cada cinco personas desplazadas por la fuerza en el mundo. Se estimaba que 28.1 millones eran menores desplazados internamente y otros 15.7 millones era infancia desplazada a través de las fronteras y bajo mandato de ACNUR y 2 millones se encontraban dentro del proceso de solicitud de protección internacional. Además, 1,7 millones de niños y niñas refugiados palestinos fueron registrados en la UNRWA. La infancia desplazada como consecuencia de conflictos, violencia y otras violaciones de los derechos humanos, tanto internas como transfronterizas, aumentó notablemente, pasando de 18.8 millones en 2010 a 47.2 millones en 2023. Esta tendencia no muestra indicios de desaceleración.
5. La mitad de la infancia refugiada del mundo proviene de sólo tres países: Afganistán, la República Árabe Siria y Ucrania. Al final de 2023, los cinco principales países de origen fueron Afganistán (3.1 millones), Siria (2.9 millones), Ucrania (1.9 millones), Venezuela (1.6 millones) y Sudán del Sur (1.3 millones). Estos cinco países representaron el 71 % de la infancia refugiada del mundo. Un gran número también procedía de Sudán (790.000), Myanmar (610.000), la República Democrática del Congo (510.000), la República Centroafricana (400.000) y Somalia (400.000).
6. Los conflictos y la violencia son las principales causas del desplazamiento interno de la infancia dentro de sus propios países. Los desplazamientos debidos a conflictos y violencia suelen durar mucho más que los provocados por desastres, debido a la naturaleza a menudo prolongada de los conflictos. A finales de 2023, se estimaba que había 31.2 millones de niños y niñas desplazados internamente, la gran mayoría (28.1 millones) debido a conflictos y violencia, lo que representa más del doble del núme-

ro de la infancia desplazada a través de las fronteras como refugiada. La mayoría de la desplazada internamente por conflictos vivía en África subsahariana, Oriente Medio y Afganistán.

7. Tan solo en 2023, se estimaron 18.1 millones de nuevos desplazamientos internos de niños y niñas a nivel mundial. La mayoría de los nuevos desplazamientos internos relacionados con conflictos ocurrieron en Oriente Medio y África subsahariana, mientras que la mayor parte de los debidos a desastres (principalmente fenómenos meteorológicos como tormentas e inundaciones) tuvieron lugar en África subsahariana y Asia oriental y sudoriental. Es probable que el número de niños y niñas desplazados aumente drásticamente en los próximos 25 años, y se estima que el cambio climático pondrá a 1.200 millones de personas en riesgo de desplazamiento interno y transfronterizo para 2050.
8. La población refugiada es mucho más joven que la población nacida en el extranjero, y la infancia representa casi la mitad del total. Los niños y niñas están sobrerrepresentados entre la población refugiada, constituyendo el 46 % de las personas refugiadas, frente al 30 % en la población mundial y el 13 % entre la población migrante. La baja proporción de menores en la población migrante general se debe principalmente a que la migración no forzada suele estar motivada por quienes buscan mejores oportunidades de trabajo y educación, y por lo tanto, se vincula predominantemente con personas jóvenes adultas y en edad laboral. Además, a medida que la población inmigrante envejece, su edad promedio aumenta.

El desplazamiento forzado, en cambio, afecta a la población de manera diferente. La estructura de edad a menudo relativamente joven de los países en conflicto (muchos se encuentran en África subsahariana, otros que aportan un gran número de personas refugiadas se encuentran en Oriente Medio y el sur de Asia) y el hecho de que las personas menores de edad y las mujeres suelen estar desplazadas sobrerrepresentados en las poblaciones desplazada son las principales razones de la mayor proporción de niños y niñas entre personas refugiadas en comparación con la población mundial.

9. Las crisis y los conflictos impulsan a más niños y niñas a viajar solos. Se desconoce en gran medida el número de quienes viajan sin una persona adulta a lo largo de las principales rutas migratorias del mundo, pero los datos de los principales puntos de llegada sugieren que una cifra alarmante se encuentra en esta peligrosa situación. En Europa, 46.500 menores no acompañados o separados figuraban entre las personas solicitantes de asilo en 2023, y en la frontera de Estados Unidos con México, un gran número de niños y niñas llegan sin acompañante (137.000

en 2023). El flujo de menores que viajan solos fluctúa con crisis y conflictos específicos, como se observó en la crisis migratoria de 2015 en Europa, cuando alrededor de 103.000 menores no acompañados solicitaron asilo en países europeos; casi la mitad de ellos (el 46 %) procedían de Afganistán.

Durante la pandemia, el número de solicitudes de asilo disminuyó a nivel mundial en un millón en 2020, pero la proporción de menores no acompañados o separados que solicitaron asilo aumentó. Desde entonces, el número de menores que viajan solos ha aumentado (en 2023, se estima que 46.500 menores no acompañados o separados solicitaron asilo, más del doble que tres años antes).

II. SITUACIÓN EN ESPAÑA⁴

En España, con cada vez más frecuencia, las expresiones «menores migrantes» o «menores inmigrantes se utilizan para definir a esta infancia en movilidad. Sin embargo, la atribución de la condición de migrantes a estos niños y niñas contribuye a difuminar su condición de menor de edad. Además, se invisibiliza aquellas situaciones de especial vulnerabilidad como la identificación de necesidades de protección internacional o los indicadores de trata de seres humanos.

Existen dos lógicas que, en la práctica, resultan opuestas: la del control de los flujos migratorios frente a la de la protección del menor extranjero y, de otra parte, el difícil encaje práctico entre la concepción del menor como sujeto de derechos y objeto de protección.

Los menores extranjeros, hijos de residentes legales en España constituyen un buen ejemplo de esa tensión entre el control de los flujos migratorios y las obligaciones que emanan de la Convención de Derechos del Niño (CDN) que instan a los Estados parte a tratar sin discriminación a todos los menores que se encuentran en su territorio. Se pueden distinguir entre ellos dos grandes grupos: los nacidos en España, cuya situación es la que menos atención ha suscitado desde el punto doctrinal, y aquellos que son reagrupados por sus progenitores siguiendo el procedimiento establecido. Las restricciones que se imponen a la residencia legal de los nacidos en España obvian el hecho de su nacimiento en nuestro país y su permanencia se vincula a la residencia de sus tutores o progenitores. Más allá de los derechos básicos: salud y educación, el resto de los derechos de este colectivo está vinculado a la regularidad documental del adulto del que dependen.

⁴ ARCE JIMÉNEZ E. *Menor y extranjero: dos lógicas enfrentadas*, (Tesis doctoral), Universidad de Málaga, 2016. Disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/15015>

En ambos casos (menor reagrupado o nacido en España hijo de residente legal), se puede transitar con más facilidad de la que sería deseable al grupo de los menores en situación irregular, el mayor número de ellos en situación de irregularidad sobrevenida ya que sus padres han perdido la documentación. La variedad de supuestos es muy amplia: desde los que no han podido renovar su autorización de trabajo por haber perdido su empleo, arrastrando al resto de la familia cuya autorización para residir en España se encuentra vinculada a este adulto; o aquellos que, debido al colapso existente en la tramitación de las solicitudes de nacionalidad española, han de aguardar durante años a que su progenitor adquiera la nacionalidad para poder acceder a ella por opción.

Paradójicamente, la primera de las recomendaciones del Defensor del Pueblo relacionada con el impacto que la regulación del derecho a la vida en familia supone para los extranjeros, no tiene como protagonista a menores extranjeros sino a menores españoles, poniendo de manifiesto así lo que SOLANES CORELLA denomina “el efecto contaminador de la política de inmigración española”⁵. La recomendación que se remonta a 1994, se refería a la situación en la que se encontraban los menores de edad de nacionalidad española, hijos de ciudadanos extranjeros en situación documental irregular. Las actuaciones del Defensor del Pueblo se centraban en conseguir que la Administración no ejecutara las resoluciones de expulsión de estos progenitores por el impacto que esto ocasionaría en sus hijos menores de edad, de nacionalidad española. En su condición de españoles, son titulares de todos los derechos, eso sí, no pueden disfrutar en plenitud del fundamental: vivir con sus padres en España⁶. Estos menores españoles ponen de manifiesto en grado máximo ese “estado de excepción permanente” al que hace referencia DE LUCAS MARTÍN⁷.

De manera progresiva, la lógica del control de los flujos migratorios y el sucesivo endurecimiento en la legislación de extranjería ha ido dificultando el acceso a la regularidad documental de los grupos de menores a los que me he referido anteriormente, incluyendo como se ha indicado incluso a este grupo de menores españoles. Tan solo hay un grupo de menores extranjeros, los menores extranjeros no acompañados, que mantiene su estatus privilegiado en la legislación de extranjería, aunque enfrenten dificultades prácticas que les impiden acceder al disfrute de sus derechos⁸.

⁵ SOLANES CORELLA, A. “El efecto contaminador de la política de inmigración española” en *Derechos humanos, migraciones y diversidad*, SOLANES CORELLA A. (Coord.) Tirant Lo Blanc, Valencia, 2010, pp. 139-174.

⁶ MOYA ESCUDERO, M. “Atribución de la nacionalidad española y declaración de la nacionalidad con valor de simple presunción”. *Aranzadi Civil*, 2007; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y Observatorio Permanente de la Inmigración. *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002*. Disponible en línea en

http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/fichas/archivos/Nacionalidad_hijos_inmigrantes.pdf.

⁷ DE LUCAS MARTÍN, J. *Mediterráneo: El naufragio de Europa*. Tirant Humanidades, Valencia, 2015.

⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO *Niños y niñas extranjeros en España solos o acompañados*. Madrid 2025

III. DIFÍCIL ENCAJE PRÁCTICO ENTRE LA CONCEPCIÓN DEL MENOR COMO SUJETO DE DERECHOS Y OBJETO DE PROTECCIÓN

La CDN reconoce por vez primera al menor como un ser humano completo, y por tanto titular de todos los derechos que le corresponden a cualquier ser humano⁹. La citada convención no proclama derechos nuevos para los niños y niñas sino que está enfocada hacia las obligaciones del Estado para garantizar que dichos derechos puedan ser ejercidos por los menores y sean respetados tanto por el Estado como por las demás personas¹⁰.

La consideración del menor de edad como titular pleno de derechos sigue sin ser trasladada en la práctica a los procedimientos administrativos y judiciales de los que es parte el menor. E incluso, sigue resultando problemático intentar formular un catálogo de derechos fundamentales atribuidos de modo pleno al menor. En la práctica continúa siendo muy frecuente entender que los derechos humanos corresponden solamente al ser humano adulto capaz de elección¹¹.

CAMPOY CERVERA afirma que se ha de reconocer a los niños como sujetos titulares de derechos fundamentales y propone partir del principio básico de que se ha de respetar al máximo posible la voluntad de cada persona en el ejercicio de sus derechos¹².

La incompreensión entre los que debían ser protegidos y quienes tenían el mandato legal de protegerlos era constante. Rápidamente se les colocó todo tipo de etiquetas, se les llamó "MENA" o incluso "MEINA" y "MINA"¹³ (introduciendo la inicial de la palabra inmigrante) y se empezaron a forjar una serie de estereotipos que aún hoy permanecen ("en su cultura en realidad ya no son menores de edad, mienten sistemáticamente sobre su edad, no tienen interés alguno en formarse..."). Las entidades de protección argumentaban que realmente estos menores no necesitaban ser protegidos y que lo único que querían era "tener papeles".

Por su parte los menores, junto a las quejas universales de cualquier adolescente se quejaban de que no se les quería en los centros y que su condición de extranjeros les impedía acceder a cursos de formación. JIMÉNEZ ÁLVAREZ afirma que se les considera como "intrusos en la for-

⁹ CAMPOY CERVERA, I. Derechos y Libertades. "Notas sobre la evolución en el reconocimiento y la protección internacional de los derechos de los niños". *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* nº 6, febrero 1998.

¹⁰ CARDONA LLORENS, J. "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012, pp. 47-68.

¹¹ HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, L. "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención Internacional de Derechos del niño", *Revista de Educación* Nº 294. Madrid, enero-abril, 1991.

¹² CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de los derechos de los niños, Modelos de reconocimiento y protección*. Dykinson, Madrid, 2006.

¹³ CAPDEVILA I CAPDEVILA, M. y FERRER PUIG, M. "Los MEINA: estudio sobre los menores extranjeros que llegan solos a Cataluña" en *Revista Catalana de Seguretat Pública* Nº 15, 2004.

taleza", como los migrantes más incómodos en la Europa de Schengen¹⁴. GARCÍA ESPAÑA alerta del peligro de que la intervención con menores extranjeros, tanto desde el sistema de protección como desde el sistema de justicia juvenil, acabe desvirtuándose por las actuales dinámicas de criminalización de la pobreza que deriva de un proceso de construcción social de los inmigrantes como peligrosos¹⁵.

Resulta de capital importancia comprender el contexto del que procede esta infancia y la innegable conexión que su presencia en España, y en toda Europa, tiene con lo que JIMÉNEZ ÁLVAREZ llama "la construcción de la dependencia convertida en oportunidad". Traducido a categoría jurídica, el concepto de dependencia que maneja esta autora podría equipararse a vulnerabilidad. Así, opina que a estos menores se les considera no sólo como personas vulnerables, sino como puntos centrales de apoyo en las estrategias transnacionales que las familias llevan a cabo. Concluye que la progresiva feminización e infantilización de las migraciones se está produciendo en un marco más amplio que describe como la progresiva movilización de los que tradicionalmente han sido entendidos como "inmóviles" o "dependientes" (mujeres, niños o ancianos) debido a la quiebra de los sistemas tradicionales de cuidado (en palabras de la autora sistemas de dependencia) en un contexto donde la frontera contemporánea pone en marcha una serie de procesos selectivos.

Compartiendo el anterior análisis, desde el punto de vista jurídico no se debe renunciar a su condición de niños y niñas hasta que alcancen la mayoría de edad y, por tanto, ser objeto de protección con independencia del grado de autonomía personal que hayan alcanzado. Sus motivaciones o el contexto del que provienen no pueden servir de excusa para construir respuestas jurídicas que subrayen la diferencia al considerar que su grado de autonomía para "elegir migrar" los hace diferentes a "nuestros niños" y por tanto menos merecedores de la protección que les otorga su condición de menores en situación de desamparo¹⁶.

La entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introdujo importantes cambios que afectan a todo el sistema de protección de menores. Estas dos normas contienen numerosos avances para la protección de los menores en general, pero para los menores extranjeros supuso un preocupante retroceso en dos aspectos: la determinación de la edad y las causas del cese de tutela.

¹⁴ JIMÉNEZ ÁLVAREZ, M. (2011) *Intrusos en la Fortaleza. Menores marroquíes migrantes en la Frontera Sur de Europa*. Tesis doctoral inédita leída en la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Antropología Social y Pensamiento Filosófico Español, 24-06-2011. Disponible en línea en <http://hdl.handle.net/10486/6842>.

¹⁵ GARCÍA ESPAÑA, E. "¿Criminalización del inmigrante o protección del menor?: Menores no acompañados y delincuencia en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Ed.) *La integración de los extranjeros (un análisis transversal desde Andalucía)*. Atelier, 2009.

¹⁶ DE LUCAS MARTÍN... *Op. cit.*

Las niñas y niños conforman un grupo esencialmente vulnerable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha configurado un concepto jurídico europeo de vulnerabilidad al establecer que la extrema vulnerabilidad de la infancia es el factor decisivo y tiene prioridad sobre las consideraciones relativas a la eventual condición de inmigrante en situación irregular¹⁷.

IV. INCORPORAR UN ENFOQUE DE DERECHOS CON PERSPECTIVAS DE INFANCIA Y DE GÉNERO

El enfoque de derechos humanos en las acciones que se desarrollan con la infancia en movilidad significa poner en el centro a estos niños y niñas como sujetos de derechos y no como objetos de protección.

Este enfoque resulta clave para su protección al obligar a tomar en consideración en todo momento que todos los niños y niñas, de todas partes tienen derecho a los derechos humanos, a las libertades fundamentales, a la dignidad y a la igualdad en virtud de las normas internacionales de derechos humanos.

La Convención de Derechos del Niño define el enfoque de protección integral del que se derivan obligaciones para que los Estados parte protejan sin discriminación a todas las personas menores de edad. La infancia en movilidad se encuentra dentro de esos grupos más vulnerables. Los derechos reconocidos en la CDN son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí.

El interés superior del niño y la niña, regulado en el artículo 3.1 de la CDN establece que, en todas las medidas concernientes a la infancia que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será su interés superior.

El primero de los derechos, que se configura como presupuesto para el ejercicio del resto de los derechos, es el derecho a la identidad. Es el «derecho a tener derechos».

Determinación de la edad¹⁸ La CDN no consagra ningún artículo específico a la determinación de la edad, pero sí establece en su artículo 7 que cualquier menor deberá ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento. La inscripción inmediata permite, entre otras cuestiones, conocer la edad y dar fe de la misma frente a terceros. UNICEF considera que la pronta inscripción del recién nacido constituye un primer presupuesto donde se sustenta una pluralidad de derechos básicos, llegando a calificar

¹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO *Niños y niñas extranjeros...cit.*

¹⁸ ARCE JIMÉNEZ E. *Menor y extranjero... cit*

la inscripción del nacimiento de un menor de edad como “el derecho para tener derechos”¹⁹.

Este postulado de la CDN encuentra graves dificultades para su general cumplimiento en muchas partes del mundo. UNICEF alerta de que en los países en vías de desarrollo sólo se registran la mitad de los nacimientos de los menores de cinco años. Por ejemplo, más del 64 % de los nacimientos que tienen lugar en países del África subsahariana no se registran. Señala también que la invisibilidad oficial de estos menores incrementa su vulnerabilidad y, entre otras cuestiones, establece la necesidad de encontrar sistemas fiables de determinación de la edad que sustituyan esa falta de registro oficial del nacimiento²⁰.

El alto número de nacimientos que todavía no son registrados al nacer conduce a la necesidad de determinar la edad de personas cuyo nacimiento no fue registrado en el momento en que se produjo, ya que la prueba de la edad es la llave para poder acceder a un conjunto de derechos y salvaguardas de las que son titulares los menores de edad²¹.

La movilidad de un número importante de menores procedentes de países en vías de desarrollo, sin referentes adultos, en el contexto de flujos migratorios de gran complejidad, en los que se mezclan inmigrantes económicos, refugiados, desplazados y víctimas de trata, hace que la cuestión de la determinación de la edad acabe ocupando un lugar central en el control de los flujos migratorios.

Por tanto, la situación de la persona extranjera indocumentada que aparece en territorio nacional, cuya minoría de edad pueda resultar dudosa, no debería obviar la realidad mundial expuesta. De lo contrario, puede sucumbirse a la fácil tentación de que toda indocumentación ha sido buscada de propósito para burlar la legislación de extranjería²².

La existencia de menores de edad indocumentados, o cuya minoría de edad pueda resultar dudosa, pone en cuestión la lógica fundamental del control de los flujos migratorios en la que prima, sobre cualquier otra cuestión, el derecho de un Estado a controlar quiénes, cómo y cuándo llegan a su territorio. En el caso de los menores de edad, el Estado se ve obligado (al menos, se ven obligados todos los Estados firmantes de la CDN) a “olvidar” o, al menos a conjugar, la condición de extranjero con la

¹⁹ UNICEF “El registro de nacimiento: el derecho a tener derechos”. *Innocenti Digest* n° 9 Centro de Investigaciones Innocenti Florencia. Marzo 2002. Disponible en línea en <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>.

²⁰ UNICEF “Age Assessment: A Technical Note” *Working paper* Programme Division Unicef NYHQ Nueva York, 2013. Disponible en línea en [http://www.unicef.org/protection/files/Age_Assessment_Note_final_version_\(English\).pdf](http://www.unicef.org/protection/files/Age_Assessment_Note_final_version_(English).pdf).

²¹ LA SPINA, E. *Familias transnacionales, sociedades multiculturales e integración: España, Italia y Portugal en perspectiva comparada*. Dykinson, Madrid, 2011.

²² DEFENSOR DEL PUEBLO ¿Menores o adultos?: Procedimientos para la determinación de la edad. Madrid, 2012.

de menor de edad que, por el mero hecho de serlo, es titular de los derechos recogidos en la citada Convención²³.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación general sexta, dedicada al trato de los menores no acompañados y separados de sus familias, establece como primera medida a adoptar, para atender las necesidades de protección de estos menores, la determinación de la condición de menor no acompañado o separado de su familia²⁴. El citado Comité recuerda que las medidas para determinar la edad no sólo deben tener en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. Respecto a la evaluación señala que deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atendiendo al interés del menor y a consideraciones de género, evitando todo riesgo de violación de su integridad física, respetando debidamente su dignidad humana, y, en caso de incertidumbre, otorgando al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal.

La preocupación por las consecuencias de la práctica de pruebas de determinación de la edad a la infancia en movilidad ha sido motivo de reiterada atención, tanto por parte de organismos internacionales como de autoridades nacionales encargadas de supervisar o asesorar a los servicios de inmigración o asilo. La práctica totalidad de la bibliografía analizada se refiere a las técnicas utilizadas en Europa y Estados Unidos para la estimación de la edad de menores extranjeros no acompañados y menores solicitantes de asilo, centrándose en buscar respuestas a los numerosos problemas éticos y técnicos con los que se enfrentan las autoridades a la hora de determinar quién debe recibir el tratamiento previsto para los menores de edad, con independencia de su nacionalidad, al que están obligados todos los Estados parte de la CDN²⁵.

En España, el Defensor del Pueblo en el informe monográfico *¿Menores o adultos?: procedimientos para la determinación de la edad presenta unas conclusiones con carácter general y otras que se refieren a la situación en España*. Entre las conclusiones generales, se destacan las siguientes²⁶:

1. La alta tasa mundial de no inscripción de nacimientos en el momento en que se producen tiene como consecuencia que la posterior inscripción pueda tener importantes márgenes de error. De hecho, la relevancia que la inmediata y rigurosa inscripción de los nacimientos tiene para el reconocimiento de derechos bá-

²³ DE LUCAS MARTÍN, J. "La inmigración como res política" en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, 2004, pp. 1-44. Disponible en línea en: <http://www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño (2005) Observación General nº 6. *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*. Disponible en línea en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6_sp.doc.

²⁵ UNICEF. *Age assessment practices: a literature review & annotated bibliography*. Disponible en línea en http://www.unicef.org/protection/Age_Assessment_Practices_2010.pdf.

²⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO *¿Menores o adultos?... Op. cit.*

sicos, comenzando por el derecho a una identidad, alcanza un reconocimiento muy extendido en el plano teórico, pero se enfrenta aún a dificultades prácticas de gran calado en muchas partes del mundo. La pretensión de combatir esa realidad, asignando una fecha exacta de nacimiento mediante el uso de una técnica científica, resulta inviable en el estado actual de la ciencia.

2. Ante casos de duda sobre la edad, la primera medida a adoptar para atender las necesidades de protección de los menores no acompañados y separados de su familia es precisamente la determinación de su edad. El Comité de Derechos del Niño ha señalado que las medidas para determinar la edad no sólo deben tener en cuenta el aspecto físico del individuo, sino también su madurez psicológica. El procedimiento para determinar la edad deberá realizarse con criterios científicos, seguridad e imparcialidad, atender al interés del menor y a consideraciones de género, evitar todo riesgo de violación de su integridad física, respetar debidamente su dignidad humana y, en caso de incertidumbre, otorgar al individuo el beneficio de la duda. En cualquier supuesto, el interesado debe tener acceso a un recurso efectivo para oponerse a la decisión que se adopte sobre su edad²⁷.
3. Se aprecia consenso entre la comunidad científica en advertir los grandes márgenes de error que presentan las técnicas para estimar la edad por medio de la medición de la madurez ósea y la mineralización dental. Asimismo, los expertos llaman la atención sobre lo inadecuado del uso de ciertas técnicas, que implican una sobreexposición a los rayos o la irradiación de zonas sensibles, para usos no terapéuticos, como es el caso. En el ámbito internacional se constata un interés creciente por identificar medios de prueba alternativos a la realización de pruebas radiológicas, si bien este debate está abierto y sus resultados difieren notablemente en función del país que se examine.
4. La comunidad científica insiste en la necesidad de tener en cuenta en la realización de cualquier estudio de estimación de la edad, la influencia que factores patológicos específicos, nutricionales, higiénico-sanitarios y de actividad física tiene en la cronología de las secuencias de cambios morfológicos. Sin embargo, la relevancia de los factores étnicos continúa siendo una cuestión debatida.
5. Los márgenes de error que presentan las técnicas médicas, a las que se ha aludido, han suscitado la propuesta de avanzar hacia un método que se denomina holístico. Sin embargo, no existe consenso sobre los elementos que debe contemplar ese método, si bien se apunta que los exámenes médicos debieran ceder su protagonismo en favor de exámenes psicosociales.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño (2005)... *Op cit.*

La falta de referencia en el protocolo marco a un procedimiento específico para la determinación de la edad en estos casos ayuda a comprender el escaso impacto que, en la práctica, pueden llegar a tener sus previsiones en la determinación de la edad de estos colectivos de menores especialmente vulnerables.

Como ejemplo de situaciones en las que el procedimiento de determinación de la edad existente contribuye a su vulnerabilidad se puede destacar el caso de los menores polizones, que podrían ser a su vez también víctimas de trata o solicitantes de protección internacional. El Defensor del Pueblo alerta periódicamente en sus informes anuales acerca de las deficiencias que se detectan a través de las quejas recibidas, entre las que se destacan las condiciones en las que se presta la asistencia letrada que, a juicio del Defensor del Pueblo, debería hacerse efectiva tan pronto como el polizón manifieste su deseo de entrar en España²⁸. La ausencia de esa asistencia desde el primer momento plantea dudas acerca del procedimiento que se sigue cuando los agentes de policía no aprecian que éste pudiera ser menor de edad, a pesar de que lo manifieste.

También la detección de los indicadores de trata entre las personas menores de edad, cuya minoría de edad resulta dudosa resulta comprometida con este procedimiento de determinación de la edad. El escaso número de víctimas de trata menores de edad que se identifican en España desde que están disponibles los datos es un fenómeno común en toda Europa, que parece estar estrechamente relacionado con los procedimientos utilizados para la determinación de la edad²⁹.

El Defensor del Pueblo recomendó a la Fiscalía General del Estado que se dictasen instrucciones acerca del procedimiento de determinación de la edad en las que, entre otras cuestiones, en la solicitud de informe al servicio médico-forense o al especialista en medicina legal, el objeto de la pericia se extendiese a examinar la existencia de indicios de cualquier forma de violencia o maltrato³⁰.

Además, una vez recabado el informe médico forense, y antes de dictar el decreto por el que se fija la edad, se celebre una comparecencia con el interesado con la debida asistencia y en presencia de intérprete, en caso de resultar necesario, en que se le pondrá de manifiesto el resultado de dicho informe, con indicación de las pruebas utilizadas, a fin de que puedan formularse las alegaciones que se estimen oportunas.

Este examen forense no sólo debería realizarse en aquellos casos en los que la presunta víctima manifiesta ser menor de edad, sino también

²⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Recomendaciones y sugerencias 2004*, Recomendación 116/2004, de 30 de diciembre, sobre tratamiento a polizones extranjeros. *BOCG*, Sección Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A, Nº 124, p. 458.

²⁹ ARCE JIMÉNEZ, E. "Menores víctimas de trata" *Crítica penal y poder Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, nº. 18, 2019, págs. 278-296

³⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO *¿Menores o adultos... Op. cit.*

en aquellos otros en los que es la víctima la que dice ser mayor de edad, pero que existan indicios que pudieran hacer pensar en su minoría de edad. Esta cuestión fue analizada en el informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2012, así como en el informe *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, tras varias quejas recibidas referidas a las dificultades para hacer valer esa condición de menor de edad y a la realización de pruebas de determinación de la edad³¹.

La utilización de procedimientos de determinación de la edad, con sus considerables márgenes de error, la ausencia de un enfoque de género y su aplicación restringida sólo a los supuestos en los que el interesado declara ser menor de edad, facilita que las menores víctimas de trata que son interceptadas intentando entrar irregularmente en territorio nacional no sean detectadas con la necesaria celeridad³².

La necesidad de extremar las cautelas en estos casos ha sido trasladada a la Fiscalía por el Defensor del Pueblo insistiendo en la necesidad de que se adopten mayores garantías. En particular, se ha recordado a la Fiscalía que la realización de pruebas complementarias brinda la oportunidad al profesional médico de examinar y detectar si existen indicios de cualquier forma de violencia o maltrato, además de pronunciarse sobre la mayoría o minoría de edad³³.

³¹ DEFENSOR DEL PUEBLO *Informe 2012... Op. cit.*; *La trata de seres... Op. cit.*, p. 248: "Margaret es nigeriana y llegó a las costas españolas hace tres años, con catorce años de edad. Tras ser identificada como menor fue derivada a un centro de acogida inmediata. Sin embargo, sólo permaneció unos días allí porque una mujer de su misma nacionalidad fue a recogerla al centro. Margaret tenía el teléfono de esta mujer porque se lo habían facilitado en Marruecos. Se trasladaron a una gran ciudad del noreste de España donde comenzó a ser prostituida junto a otras chicas. Meses después, la trasladaron a una isla española donde siguieron explotándola. La policía la detuvo en una ocasión durante un control de extranjería, pero Margaret mostró un pasaporte falso y dijo que era mayor de edad, por lo que tras incoarle un expediente de expulsión la dejaron en libertad. Unos meses después la volvieron a llevar a la gran ciudad donde ya había sido explotada anteriormente; allí Margaret entabló amistad con un cliente al que le confesó que era menor de edad; éste intentó ayudarla poniéndola en contacto con una asociación. Cuando los miembros de la red se enteraron, rápidamente la cambiaron a otra ciudad, esta vez a una pequeña capital de provincia, donde es obligada a ejercer la prostitución en un club. Un día, cansada de los abusos a los que estaba sometida, decidió abandonar el club junto a una amiga y llegan a una ciudad del sur de España, donde comenzó de nuevo a ejercer la prostitución, esta vez controlada por el novio de su amiga. En esta última ciudad fue identificada como víctima de trata por una asociación que trabajaba con las mujeres que ejercen la prostitución en la calle. Esta asociación consiguió que Margaret ingresara de nuevo en los servicios de protección de menores, donde fue de nuevo trasladada a un centro de acogida inmediata, desde donde, transcurridos dos meses, fue derivada al mismo centro del que se fugó al llegar a España. La policía comprobó, tras tomarle las huellas, que fue identificada y detenida en dos ocasiones por infracción de la ley de extranjería y que sus datos estaban registrados en la base de datos policial de extranjeros, sin que constara en la misma ninguna referencia a su entrada en territorio nacional como menor de edad indocumentada".

³² AGENCIA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES (FRA) *Guardianship for children deprived of parental care: A handbook to reinforce guardianship systems to cater for the specific needs of child victims of trafficking* 2014 p. 100. Disponible en línea en http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-guardianship-children_en_0.pdf.

³³ DEFENSOR DEL PUEBLO *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. Madrid, 2012. pp. 244-248. Se da cuenta de las deficiencias detectadas en la identificación de una presunta menor de edad, que presentaba indicios objetivos de ser víctima de trata. Disponible en línea en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.pdf>

Por último, se hace referencia también a las consecuencias que el procedimiento de determinación de la edad tiene para la identificación de menores con necesidades de protección internacional.

El Defensor del Pueblo ha alertado acerca de la especial relevancia que adquiere la presunción de minoría de edad en caso de duda en los supuestos en los que existen indicios de necesidades de protección internacional; ya que los menores en esa situación tienen habitualmente serias dificultades para salir de sus países, por lo que pueden verse obligados a utilizar documentación falsa o recurrir a redes de tráfico de personas³⁴.

Se llama la atención también acerca de la situación de menores que acceden a territorio español utilizando el pasaporte de un adulto de las que han alertado las entidades especializadas en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional en frontera que, si bien no responde al perfil anteriormente relatado, podría estar encubriendo situaciones de varones, menores de edad, potenciales víctimas de trata de seres humanos que no están siendo detectadas de manera eficaz.

Las quejas se refieren a presuntos menores de edad que viajan solos, provistos de un pasaporte en el que consta su mayoría de edad, expedido normalmente por un país africano, con un visado expedido por un Consulado de la Unión Europea. Al llegar al puesto fronterizo de Madrid-Barajas solicitan protección internacional afirmando ser menores de edad y ser nacionales de otro país africano.

En ninguno de los supuestos analizados se realizaron pruebas de determinación de edad, al considerar la Fiscalía que los pasaportes eran auténticos y no habían sido manipulados. Sin embargo, a juicio del Defensor del Pueblo, las manifestaciones de los interesados y la repetición de supuestos idénticos deberían alertar a los funcionarios policiales de frontera y a los instructores de asilo, dado que como mínimo estas afirmaciones merecen un análisis más profundo, antes de adoptar decisiones de retorno inmediato o de inadmisión de la solicitud de asilo, ya que resulta preciso comprobar si estas personas pudieran ser víctimas de trata de seres humanos o bien de tráfico de inmigrantes.

Las dudas sobre la minoría de edad en los supuestos de solicitantes de protección internacional, tutelados por las entidades de protección de menores, han sido también objeto de atención por parte del Defensor del Pueblo. Por su condición de menores, estos solicitantes de asilo son ingresados en centros de protección de menores. Sin embargo, tras la realización de pruebas de determinación de la edad, la entidad de protección de menores cesaba la tutela y, sin comunicarlo a la Oficina de Asilo y Refugio, donde se estaba tramitando la solicitud de protección internacional como menor de edad, se le daba de baja en el sistema de protección por lo que

³⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO *La trata de seres...* Op. cit., pp. 251-252.

quedaba en situación de absoluta desprotección al no poder continuar en el recurso residencial que se le había asignado.

A la vista de esta situación, los interesados se veían obligados a renunciar a la tramitación de su solicitud de protección internacional como menores de edad, a fin de poder acceder a los recursos residenciales existentes para los solicitantes adultos³⁵.

La incorporación de la perspectiva de género. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres obliga a incorporar esta perspectiva en todas las políticas y acciones del Estado. En su exposición de motivos la norma contempla una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, mencionando expresamente a las mujeres migrantes.

Las niñas que, por motivos diversos, se encuentran dentro de la definición de infancia en movilidad padecen riesgos específicos ya que sufren formas múltiples e interseccionales de discriminación y experimentan una desigualdad agravada en todos los aspectos de su vida³⁶.

Sin embargo, la dificultad de acceso a datos desagregados, incluidos por sexo y edad, contribuyen a la invisibilización de estas niñas³⁷.

Por último, la perspectiva de infancia constituye un marco teórico que busca orientar las acciones necesarias para dar cumplimiento a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Según UNICEF, un enfoque basado en sus derechos es aquel que:

- a) Promueve que se hagan efectivos los derechos de la infancia establecidos en la Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos;
- b) Emplea las normas y principios relativos a los derechos de la infancia procedentes de la CDN y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos para orientar el comportamiento, las acciones, las políticas y los programas, en particular: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el derecho a ser escuchado y tomado en serio; y el derecho del niño a ser guiado en el ejerci-

³⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Recomendaciones y sugerencias 2011*, Recomendación 3/2011, de 12 de enero. *BOCG*, Sección Cortes Generales, X Legislatura, Serie A, Nº 35, p. 499: "Que por esa Consejería se dicten instrucciones detallando las actuaciones a seguir para aquellos supuestos en los que se acuerde el cese de la protección de menores como consecuencia de pruebas sobrevenidas de cualquier tipo, cuando estos tengan la condición de solicitantes de asilo, con el fin de evitar que los interesados queden desprotegidos al abandonar los centros de protección".

³⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO *Niños y Niñas...* cit

³⁷ UNICEF *Migrant and refugee children via mixed migration routes in Europe: An overview of trends for accompanied, unaccompanied and separated children from January to December 2023*

<https://www.unicef.org/eca/media/41726/file/2024%20Migrant%20and%20refugee%20children%20in%20Europe.pdf>

cio de sus derechos por sus cuidadores, sus padres y los miembros de la comunidad, de modo acorde con la evolución de sus facultades;

- c) Fomenta la capacidad de los niños y las niñas como titulares de derechos para reclamarlos y la capacidad de los que tienen la obligación de cumplirlos.

Vulnerabilidad de género en la migración: hacia una mirada decolonial en el trabajo social^{*/**}

Roberta T. DI ROSA

Catedrática de Sociología de las Migraciones, Desarrollo y Trabajo Social Internacional

Universidad de Palermo

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6062-8559>

Correo electrónico: robertateresa.dirosa@unipa.it

Sumario: I. Protección de las mujeres migrantes: miradas y éticas. II. Epistemologías del norte y del sur: enfoques de trabajo social con mujeres migrantes. III. Mirada interseccional. IV. Reflexiones sobre los retos de una práctica decolonial. V. Cambios de paradigma de formación. VI. conclusiones.

Palabras clave: Trabajo social decolonial, interseccionalidad, mujeres migrantes, violencia de género

I. PROTECCIÓN DE LAS MUJERES MIGRANTES: MIRADAS Y ÉTICAS

En las últimas décadas, el trabajo social ha sido objeto de una revisión crítica que cuestiona sus bases epistemológicas, éticas y políticas, especialmente en relación con poblaciones históricamente marginalizadas. Entre

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.

** Todas las citas en lengua inglesa han sido traducidas por la autora.

ellas, las mujeres migrantes ocupan un lugar central, ya que sus experiencias están marcadas por múltiples formas de opresión –racismo, sexismo, clasismo, xenofobia– que se entrecruzan en contextos de alta vulnerabilidad institucional.

Las mujeres refugiadas y migrantes representan uno de los grupos más expuestos a la violencia de género en el mundo. Diversos documentos internacionales subrayan la necesidad urgente de proteger a las mujeres migrantes que son víctimas o están en riesgo de violencia¹. Sin embargo, las respuestas de los gobiernos, de las instituciones de la Unión Europea, de las agencias humanitarias y de las organizaciones de la sociedad civil siguen siendo insuficientes y requieren una revisión profunda. La intervención social y las políticas públicas, aun bien intencionadas, se ven a menudo limitadas por enfoques paternalistas y eurocéntricos que reducen a las mujeres migrantes a figuras de vulnerabilidad, negando su agencia y su capacidad de resistencia². Frente a este panorama, surge la necesidad urgente de decolonizar el trabajo social, es decir, de dismantelar las lógicas coloniales que siguen operando en sus prácticas, discursos y metodologías. La perspectiva decolonial ofrece una herramienta crítica para comprender las relaciones de poder que configuran la experiencia migratoria y las prácticas institucionales. Decolonizar significa cuestionar las narrativas dominantes que representan a las mujeres migrantes como víctimas sin voz, e identificar sus estrategias de resistencia, agencia y reconstrucción comunitaria.

Como destacan PITTAWAY Y BARTOLOMEI³, la violencia de género se manifiesta no solo como arma de guerra, sino también como consecuencia directa de los desplazamientos forzados y del estrés asociado a ellos⁴. Las mujeres y adolescentes migrantes sufren violencias y opresiones en los países de origen, donde las desigualdades estructurales y la violencia sexual se entrelazan con conflictos armados o pobreza extrema.

Durante el viaje migratorio, muchas de ellas deben recurrir a traficantes o redes de contrabando, exponiéndose a abusos y explotación⁵.

¹ CAMUS-JACQUES G.: "Refugee women: the forgotten majority", en AA.VV., *Refugees and International Relations* (coord. por G. LOESCHER e L. MONAHAN) Oxford University Press, New York, 1989 pp. 141–57; BOYD M., GRIECO E.: *Women and Migration: Incorporating Gender into International Migration Theory*. Migration Information Source, 2003; UNFPA, UNHCR and Women's Refugee Commission: *Initial Assessment Report: Protection Risks for Women and Girls in the European Refugee and Migrant Crisis. Greece and the former Yugoslav Republic of Macedonia*. United Nations Refugee Agency, 2016; DI ROSA, R.T. "Vulnerability in migration: the applicability of recommendations, reports and guidelines to the Italian context of hosting", en AA. VV.: *Migrations: a global welfare challenge. Policies, practices and contemporary vulnerabilities* (coord. por F. PATTARO AMARAL, I. BARTHOLINI, R.T. DI ROSA y C. MIRANDA MEDINA Editorial Corporación Universitaria Americana, Barranquilla (Colombia), 2018, pp. 197–228.

² PEROCCO, F.: *Migrazioni e razzismo in Europa*, Ombre Corte, Verona, 2012.

³ PITTAWAY, E., & BARTOLOMEI, L.: *Refugees, Race and Gender: The Multiple Discrimination against Refugee Women*, Refugee Studies Centre, University of Oxford, Oxford, 2001.

⁴ BANULESCU-BODAN, N.: *Reducing Social Isolation for Refugee Women and Other Marginalized Newcomers*, MPI Migration Policy Institute, Waskington DC, 2020.

⁵ SANSONETTI, S.: *Female refugees and asylum seekers: The issue of integration*, European Parliament, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016.

Las mujeres que viajan solas o son responsables de su familia enfrentan situaciones de peligro extremo. En los centros de detención o acogida, la falta de servicios básicos, la dependencia económica y las dificultades de acceso al empleo agravan su precariedad⁶. Además, las políticas de control fronterizo, diseñadas para frenar la migración irregular, aumentan la exposición a la violencia, empujando a las mujeres hacia rutas irregulares o redes de tráfico⁷.

En los espacios de acogida, las estructuras suelen ser inadecuadas para atender las necesidades específicas de las mujeres migrantes. Las condiciones de hacinamiento, el aislamiento y la falta de personal especializado pueden reactivar traumas previos o generar nuevos. La escasa vinculación entre los centros y los servicios territoriales dificulta la identificación temprana de quienes necesitan atención psicológica urgente⁸. Los problemas a los que se enfrentan las mujeres migrantes requieren respuestas humanitarias e intervenciones eficaces, como la reducción de la exposición tras la migración a diferentes tipos de violencia y amenazas, el acceso a servicios físicos y psicológicos, la asistencia para la integración, el apoyo a las creencias culturales y prácticas sociales adecuadas, el apoyo prestado a las familias, el asentamiento estable en el país de acogida y la acción concertada para reducir las desigualdades en el acceso a los recursos⁹.

Las legislaciones migratorias, al vincular la residencia legal al trabajo o al matrimonio, refuerzan la dependencia económica y afectiva¹⁰. En los procesos de inclusión, las condiciones sociales y laborales reproducen formas de discriminación y marginación¹¹: las mujeres migrantes sufren una doble opresión: por su género y por su origen étnico o social. Suelen ocupar posiciones desventajosas en el mercado laboral, especialmente en sectores feminizados como el trabajo doméstico y de cuidados, donde las mujeres migrantes sostienen –invisiblemente– la reproducción social del bienestar y donde al mismo tiempo se perpetúan lógicas racializadas de explotación, invisibilizando su aporte social y económico¹².

⁶ GEORGE, M.: "Migration Traumatic Experiences and Refugee Distress: Implications for Social Work Practice", *Clinical Social Work Journal*, 2012, 40, pp. 429-437.

⁷ UNHCR: *Women on the Run: First-Hand Accounts of Refugees Fleeing El Salvador, Guatemala, Honduras, and Mexico*, ACNUR, 2014; MENDOLA, D., & PERA, A.: "Vulnerability of refugees: Some reflections on definitions and measurement practices", *International Migration*, 2022, 60(5), pp. 108-121.

⁸ DI ROSA, R.T. (2013), "La prossimità alla prova delle migrazioni: forme e definizioni di violenza nell'esperienza delle donne migranti", en AA.VV., *Violenza di prossimità. La vittima, il carnefice, lo spettatore e il "grande occhio"*, (coord. por I. BARTHOLINI), Franco Angeli, Milano, 2013, pp. 93-133.

⁹ GAROFALO, R.: *Migrazione e accoglienza: la necessità di un approccio di genere- buone pratiche e nuove progettualità*, Centro Salute Globale, 2017: <http://www.centrosaluteglobale.eu/site/wp-content/uploads/2017/06/GAROFALO-Migrazione-e-Accoglienza-la-necessità-di-un-approccio-di-genere.pdf>

¹⁰ PEROCCO, F.: *Migrazioni e razzismo...*, cit.

¹¹ CRAWFORD, J., KAPISAVANHU, N., MOORE, J., CRAWFORD, C., LUNDY, T.: "A critical review of social exclusion and inclusion among immigrant and refugee women", *Adv. Public Health* 2023, (1): 8889358; DI ROSA, R.T., TUMMINELLI, G.: "Vulnerabilità sociali e disuguaglianze digitali post pandemia: l'inclusione trascurata dei migranti". *Autonomie locali e servizi sociali*, 2022, (3), pp. 459-474.

¹² BALBO, L.: *La doppia presenza*, Feltrinelli, Milano, 1978.

Las múltiples discriminaciones por género, raza y clase se ven reforzadas por sistemas que limitan el acceso al trabajo digno, la vivienda y los servicios básicos, o que condicionan los permisos de residencia a relaciones laborales o matrimoniales precarias.

Las mujeres migrantes no enfrentan una sola opresión, sino múltiples y entrelazadas, que se activan desde el sistema migratorio, el sistema de salud, la escuela, el trabajo y, sí, también desde las intervenciones sociales. Esta situación se enmarca en un sistema de representaciones y estructuras de poder heredadas del colonialismo, que continúan afectando la forma en que las sociedades occidentales perciben e integran a las mujeres migrantes.

Además, se suele asumir que el modelo cultural y social del país receptor es el parámetro universal al que las mujeres migrantes deben adaptarse, sin cuestionar las violencias simbólicas que este proceso de “integración” puede implicar. El discurso público, además, tiende a representarlas como “otras culturas”, necesitadas de salvación o tutela, y que solo pueden emanciparse adoptando valores occidentales. La “neutralidad” del profesional encubriría entonces una posición de poder: al aplicar modelos estandarizados de intervención, el trabajo social reproduce jerarquías coloniales entre quien “ayuda” y quien “recibe” la ayuda. Esta visión paternalista niega las desigualdades estructurales del neocolonialismo y del capitalismo global, así como el impacto de las políticas migratorias restrictivas que generan vulnerabilidad. En lugar de preguntarse qué necesita cambiar en las estructuras receptoras para acoger dignamente la diversidad, se espera que las migrantes se adecuen a marcos normativos ajenos, muchas veces atravesados por racismo institucional y eurocentrismo.

Otro punto problemático es la invisibilización de la dimensión política del acto migratorio. Las razones por las que las mujeres migran suelen estar vinculadas a contextos de desigualdad global, violencia, despojo o responsabilidad histórica de los países del Norte Global en las crisis del Sur. Sin embargo, el trabajo social convencional tiende a despolitizar estas causas, enfocándose únicamente en la gestión de la “inmigración” como un problema administrativo o humanitario, sin atender a las raíces estructurales del fenómeno migratorio.

Las opresiones de raza, clase y género forman un “sistema de matriz de dominación” que sitúa a las mujeres racializadas en posiciones de desventaja, tanto en el mercado laboral como en el acceso a los derechos¹³. La matriz de dominación no actúa sólo desde lo estructural, sino también desde lo simbólico y lo cotidiano. En el trabajo social esto se refleja cuando las prácticas profesionales no cuestionan los marcos legales que excluyen a las personas migrantes, o cuando se patologiza su situación

¹³ HILL COLLINS, P.: *Black Feminist Thought*, Unwin Hyman, Boston, 1990; HOOKS, B.: *Feminist Theory: From Margin to Center*, South End Press, Boston, 1984.

sin atender a los factores estructurales que la generan. Desde esta perspectiva, la vulnerabilidad de las mujeres migrantes no es inherente, sino producida socialmente por políticas migratorias restrictivas, jerarquías laborales y discursos paternalistas¹⁴.

Varios documentos internacionales proponen como prioridad la protección de las mujeres migrantes que son víctimas o están en riesgo de sufrir violencia e indican estrategias para su protección. Como se desprende de los informes de investigación SWIM¹⁵, las mayores dificultades para establecer una relación con las mujeres migrantes víctimas de violencia se identifican en la falta de competencias específicas sobre la cuestión de la violencia de género y, en particular, sobre la gestión de casos complejos. Por lo tanto, establecer una relación de confianza lleva mucho tiempo, debido también a la distancia cultural que perciben tanto las profesionales como los profesionales y a las diferencias en las experiencias vitales. A fin de prestar servicios de calidad a los refugiados, se pide a los trabajadores sociales de profundizar y ampliar su comprensión de las traumáticas experiencias migratorias de los refugiados más allá de formulaciones estrechas¹⁶. La formación y el desarrollo profesional pueden intervenir para garantizar que los operadores sobre el terreno sean capaces de hacer frente adecuadamente a esta emergencia en la emergencia, prestando mayor atención a las dinámicas relacionales, culturales y políticas de la intervención en este ámbito¹⁷.

Si la intervención humanitaria se centra, sobre todo y especialmente en su respuesta inicial, en las necesidades físicas inmediatas, el asesoramiento para el trauma también debe considerarse una intervención primaria y un posible salvavidas¹⁸. Por lo tanto, parece esencial contar con equipos multidisciplinarios y multiculturales para abordar todos los diversos aspectos involucrados y, en consecuencia, es además esencial que todos los operadores, institucionales o no, que atienden a mujeres que buscan protección internacional o que son refugiadas, estén capacitados para comprender sus necesidades, pero también para establecer, desde su primer lugar de acogida, soluciones de recepción adecuadas para protegerlas a ellas y a sus hijos de los mecanismos de violencia de los que huyen.

La tarea de reasentarse en un nuevo país después de haber huido de una zona de guerra o haber sufrido abusos contra los derechos humanos

¹⁴ FEDERICI, S.: *Revolution at Point Zero: Housework, Reproduction, and Feminist Struggle*. PM Press, Oakland, 2012.

¹⁵ AA.VV.: - *Safe Women in Migration. Strengthen GBV protection for migrant and asylum seeker women* Fact sheet SWIM (coord. por E. BONINI), ISMU, Milano.

¹⁶ GEORGE, M.: "Migration Traumatic Experiences...", cit., p. 430.

¹⁷ AA.VV.: *Il servizio sociale nella società multietnica* (coord. por A.M. CAMPANINI), Unicopli, Milano, 2002; SPINELLI, E.: *Immigrazione e servizio sociale. Conoscenze e competenze dell'assistente sociale*, Carrocci, Roma, 2005; DI ROSA, R.T. (2013), "La prossimità alla..." cit.

¹⁸ M.S.F.: *Obstacle course to Europe. A policy-made humanitarian crisis at EU borders*, 2016, Available at http://www.msf.org/sites/msf.org/files/msf_obstacle_course_to_europe_0.pdf

constituye un proceso complejo. “La profesión de trabajador social tiene mucho que ofrecer en materia de servicios a los refugiados y solicitantes de asilo. Utilizando un marco de derechos humanos, se espera de los trabajadores sociales que respondan a las complejas necesidades de los refugiados y solicitantes de asilo con una comprensión del contexto más amplio de las relaciones familiares y las instituciones sociales, poniendo en juego habilidades de ayuda intrapersonal e interpersonal, juntas a competencia de acompañamiento al sistema de bienestar social”¹⁹.

II. EPISTEMOLOGÍAS DEL NORTE Y DEL SUR: ENFOQUES DE TRABAJO SOCIAL CON MUJERES MIGRANTES

El trabajo social moderno surge en el contexto de la modernidad occidental, asociado al desarrollo de los Estados-nación y a la idea de civilización. Y no se puede pensar en la modernidad sin tener en cuenta lo inseparablemente unida que está a la colonialidad, con sus jerarquías globales de raza, género y conocimiento²⁰. Autores como DOMINELLI²¹ y LORENZ²² destacan que el trabajo social moderno se ha construido desde marcos eurocéntricos sobre supuestos universalistas que reflejan valores occidentales –individualismo, racionalidad técnica, neutralidad profesional–, invisibilizando las dimensiones culturales y políticas de la intervención.

El enfoque tradicional del trabajo social con mujeres migrantes ha sido objeto de múltiples críticas, especialmente desde los marcos decoloniales y feministas interseccionales²³. Una de las principales observaciones es que muchas prácticas han operado desde un lugar asistencialista y paternalista, donde las mujeres migrantes son vistas como sujetos pasivos, necesitadas de ayuda, protección o integración, pero raramente como protagonistas de sus propios procesos vitales. La representación de las “mujeres que hay que salvar” reproduce un imaginario eurocéntrico que despoja a las mujeres migrantes de su agencia y capacidad de resistencia. Esta visión reduce su complejidad y agencia, reforzando estereotipos que las asocian con la vulnerabilidad extrema, sin reconocer sus saberes, trayectorias de resistencia o redes comunitarias. La posición salvadora del operador, acompañándose de formas asimétricas de atención y de una re-

¹⁹ A.A.S.W. (Australian Association of Social Worker): *Scope of Social Work Practice with Refugees and Asylum Seekers*, Melbourne: Australian Association of Social Workers, Melbourne, 2016, p. 3.

²⁰ MIGNOLO, W.: *La idea de América Latina: La herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2007.

²¹ DOMINELLI, L.: *Anti-Oppressive Social Work Theory and Practice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2002; DOMINELLI, L.: *Social Work in a Globalizing World*, Polity Press, Cambridge, 2010.

²² LORENZ, W.: “Practising History: Memory and Contemporary Professional Practice”, *International Social Work*, 2007, 50(5), pp. 597–612.

²³ VEUVLIT, M., DE MOL, J., BROEKAERT, E., & DERLUYN, I.: “‘That I live, that’s because of her’: intersectionality as a framework for unaccompanied refugee mothers”, *British Journal of Social Work*, 2014, 44, (7), pp. 2023–2041.

producción sustancial de los poderes institucionales, contribuye a reforzar las desigualdades racializadas²⁴.

El enfoque tradicional del trabajo social ha sido cuestionado por su tendencia a reforzar estructuras jerárquicas, incluso desde un discurso humanitario²⁵. La intervención social, cuando se realiza sin conciencia crítica, puede convertirse en una forma de control que busca normalizar los comportamientos de las mujeres migrantes según los valores del país receptor. Cuando los modelos europeos se universalizan, se reproduce una forma de colonialidad institucional: las personas migrantes son tratadas según criterios de “normalidad” occidental, y sus saberes o valores comunitarios se consideran obstáculos a la integración.

Las críticas al enfoque tradicional del trabajo social con mujeres migrantes parten de una revisión profunda de cómo las instituciones sociales han operado históricamente desde una lógica colonial, patriarcal y eurocéntrica. Estas críticas exigen que el trabajo social no se limite a una práctica “neutral”, sino que asuma su rol político en la transformación de las estructuras de poder y que revise sus propias complicidades con el sistema colonial y neoliberal. DE SOUSA SANTOS²⁶ por su parte, habla de una “epistemología del norte” que clasifica y jerarquiza los saberes, relegando los conocimientos de las comunidades migrantes al terreno de lo “informal” o “tradicional”. Esto implica que las mujeres migrantes deben ser reconocidas como productoras de conocimiento, no sólo como “informantes” o “beneficiarias”, y que todo el conocimiento tiene que ser construido de manera colectiva, situada y plural.

La subordinación de las epistemologías del Sur, denunciada por RIVERA CUSICANQUI²⁷, reproduce un “pensamiento abismal”: una lógica que separa el conocimiento válido del no válido, y que subordina, llamando a una “práctica descolonizadora encarnada”, que escuche y respete las formas de organización comunitaria, las espiritualidades no occidentales y los modos de cuidado que ya existen en las comunidades migrantes, en lugar de imponer soluciones desde arriba.

Tanto LUGONES²⁸ como MENDOZA Y SCUDIERI²⁹ ofrecen reflexiones muy útiles para enmarcar el concepto de colonialidad del género, mostran-

²⁴ PIZZOLATI, M., VACCELLI, E.: “‘We do things that matter’: Humanitarian representations of health and welfare services for forced migrants”, *Current Sociology*, 2021, 71(3), pp. 398-413.

²⁵ DI ROSA, R.T.: “International Social Work: Professional Debates about Global and Local Practices”, en AA.VV.: *Rethinking Borders. Decolonizing Knowledge and Categories* (coord. por V. FAVARÒ, & S. MARCENÓ) UnipaPress, Palermo, 2021, pp. 129-153.

²⁶ SANTOS, BDS.: *Una epistemología del sur: La reinención del conocimiento y la emancipación social*. CLACSO, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

²⁷ RIVERA CUSICANQUI, S.: *Ch'ixinakax utxiwa: Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2010.

²⁸ LUGONES, M.: “The coloniality of gender”, *Worlds & Knowledges Otherwise*, 2008, Spring, pp. 1-17.

²⁹ MENDOZA, B., SCUDIERI, L.: “La colonialità del genere e del potere: dalla postcolonialità alla decolonialità”, *AG - About Gender*, 2023, Vol. 10 (24), pp. 369-407.

do cómo las categorías modernas de género fueron impuestas por el colonialismo, que impuso un sistema dual y jerárquico en el que las mujeres racializadas fueron situadas como inferiores tanto en el ámbito social como epistémico. Las representaciones de las “mujeres que hay que salvar” siguen siendo una manifestación de ese orden colonial que niega autonomía y protagonismo a las mujeres migrantes. Estas categorías deben ser desmontadas desde prácticas críticas que partan de las experiencias concretas de las mujeres racializadas y migrantes, retomando los asuntos fundamentales para una praxis liberadora³⁰: no hay intervención transformadora sin diálogo, sin reconocimiento del otro como igual, sin conciencia crítica.

En el contexto del trabajo social, las prácticas institucionales pueden operar como formas de “control social suave”, disfrazadas de ayuda, que regulan los cuerpos, los modos de vida y las aspiraciones de las personas migrantes, especialmente de las mujeres racializadas. Esta lógica asistencialista tiende a neutralizar el potencial político de las mujeres migrantes, colocándolas en un lugar de “víctimas” desprovistas de capacidad de transformación. El trabajo social en este sentido puede operar como un filtro de adaptación que desactiva el potencial político de las mujeres migrantes: en lugar de empoderarlas, muchas veces las encierra en circuitos institucionales que reproducen la desigualdad y el silencio.

Para pensar la experiencia fronteriza de muchas mujeres migrantes puede ser útil recuperar la noción de “conciencia mestiza”³¹: una vivencia de ambivalencia cultural, exclusión y creatividad que no puede ser capturada por categorías fijas. Para ella, las mujeres migrantes habitan territorios fronterizos no sólo físicos, sino simbólicos y culturales. Esa experiencia liminal puede ser una fuente de dolor, pero también de creatividad, resistencia y reconfiguración identitaria. Esta multiplicidad desafía al trabajo social a construir herramientas de intervención que no patologicen la diferencia, sino que la comprendan como fuente de agencia y resistencia³².

III. MIRADA INTERSECCIONAL

Cualquier aproximación transformadora al trabajo social con mujeres migrantes debe partir de una mirada interseccional. En otras palabras, no se puede comprender la experiencia de una mujer migrante si se analiza solamente desde el género, desatendiendo cómo el racismo o la precariedad económica moldean su vida cotidiana. Una mujer migrante racializada que trabaja en el sector doméstico, por ejemplo, experimenta formas

³⁰ FREIRE, P.: *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI Editores, 1970.

³¹ ANZALDÚA, G.: *Borderlands/La frontera: The new mestiza*. Aunt Lute Books, San Francisco, 1987.

³² POMBO, G.: *Las mujeres migrantes y la violencia de género. Aportes para la reflexión y la intervención*, Organización Internacional para las Migraciones (OIM) / Ministerio de Desarrollo Social del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.

de explotación laboral³³ que se sostienen sobre una base histórica de colonialismo, esclavitud y desigualdad de género. Su cuerpo, su tiempo y su trabajo son leídos a través de estereotipos que la colocan como servicial, sumisa, exótica o sospechosa, dependiendo del contexto.

La interseccionalidad, además, permite romper con una visión homogénea de “las mujeres migrantes”. No todas viven lo mismo, no todas migran por las mismas razones, ni todas enfrentan las mismas barreras. Algunas huyen de la violencia, otras buscan mejores condiciones económicas, otras persiguen la libertad de ser quienes son. Por eso, el trabajo social debe evitar generalizaciones y trabajar desde una escucha atenta que reconozca la diversidad de trayectorias y subjetividades.

El concepto de interseccionalidad es clave para entender cómo distintas formas de opresión –como el racismo, el sexismo y la xenofobia– se entrecruzan de manera estructural en la vida de las mujeres migrantes. Este enfoque cuestiona la supuesta neutralidad de las instituciones, mostrando cómo la configuración estándar de los servicios refleja un modelo implícito de usuario: hombre, autóctono, sin discapacidades, alfabetizado y autosuficiente. Las mujeres migrantes, por el contrario, suelen ser percibidas como «casos problemáticos», portadoras de necesidades que exceden los parámetros de la normalidad³⁴.

La interseccionalidad implica un análisis cualitativo de las interacciones entre los sistemas de poder que estructuran la experiencia subjetiva y el acceso a los derechos. Aplicar la interseccionalidad al trabajo social implica identificar cómo las estructuras sociales producen exclusión de manera múltiple y simultánea, y también cómo las mujeres migrantes generan estrategias de resistencia frente a esas exclusiones. Significa dejar de verlas como víctimas indefensas y comenzar a verlas como sujetos políticos, con historia, voz y capacidad de agencia. Este enfoque nos invita no solo a intervenir en lo individual, sino a incidir en los marcos sociales, legales y culturales que perpetúan la desigualdad y el racismo estructural.

Una mirada aún más amplia y completa es ofrecida da la epistemología feminista decolonial, que invita a comprender la intersección entre género, raza y clase como ejes inseparables de análisis³⁵. Desde esta mirada, el trabajo social debe abandonar su neutralidad y posicionarse del lado de las resistencias, creando espacios donde las mujeres puedan nombrarse y organizarse desde sus propias experiencias. Las intervencio-

³³ SANZ MULAS, N.: “La esclavitud doméstica de mujeres migrantes irregulares. Las cenicientas del Siglo XXI, pero sin príncipe que las rescate”, *Revista Penal*, 2025, 56, pp. 208-231.

³⁴ BARRIO-RUIZ, C., RUIZ DE VIÑASPRE-HERNANDEZ, R., COLACECI, S., JUAREZ-VELA, R., SANTOLALLA-ARNEDO, I., DURANTE, A., DI NITTO, M.: “Language and Cultural Barriers and Facilitators of Sexual and Reproductive Health Care for Migrant Women in High-Income European Countries: An Integrative Review”, *Journal of Midwifery & Women's Health*, 2024, 69(1), pp. 71–90.

³⁵ ESPINOSA MIÑOSO, Y.: *De por qué es necesario un feminismo descolonial*, Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2014.

nes, reconociendo las mujeres migrantes como sujetos epistémicos marginados, deben tener como objetivo su empoderamiento e independencia, adaptando los servicios y las medidas de integración a sus necesidades específicas y a sus recursos de conocimientos situados que rara vez encuentran espacio en los marcos institucionales de intervención.

IV. REFLEXIONES SOBRE LOS RETOS DE UNA PRÁCTICA DECOLONIAL

La colonialidad se expresa en el trabajo social cuando se universalizan nociones de familia, bienestar, autonomía o desarrollo que no responden a las realidades de las personas migrantes, sino a modelos dominantes provenientes del Norte Global. SEGATO³⁶ ha insistido en que la violencia contra las mujeres no puede entenderse sin considerar las estructuras coloniales que han moldeado la forma en que los cuerpos de las mujeres – sobre todo racializadas– son tratados en nuestras sociedades. Su análisis del “patriarcado de baja intensidad” muestra cómo el poder actúa no sólo desde el Estado, sino desde el control cotidiano de los cuerpos y la vida.

Frente a estas críticas, surge la necesidad urgente de repensar el trabajo social desde una lógica decolonial, lo que implica transformar tanto los marcos teóricos como las formas de intervención, adoptando una epistemología del Sur, es decir, reconocer que los saberes que emergen de las experiencias de mujeres migrantes –sus lenguas, prácticas comunitarias, formas de cuidado, espiritualidades, estrategias de supervivencia– son conocimientos válidos y potentes para pensar nuevas formas de hacer trabajo social.

La decolonización del trabajo social implica repensar los fundamentos epistemológicos y éticos de la disciplina, reconociendo que las prácticas de ayuda también pueden reproducir la colonialidad del poder, del saber y del ser³⁷.

Una práctica decolonial exige abandonar la verticalidad y construir relaciones horizontales con las mujeres migrantes, basadas en la escucha activa, la confianza y el respeto mutuo, y buscar con urgencia de crear espacios de resistencia cotidiana, donde las mujeres migrantes puedan reapropiarse de sus narrativas y desafiar las lógicas del silencio y la marginación³⁸. El trabajo social, desde esta perspectiva, debe actuar como puente, no como filtro: acompañar sin traducir, apoyar sin hablar por ellas. En este sentido, la participación no debe ser una formalidad, sino una herramienta transformadora: las mujeres migrantes deben ser

³⁶ SEGATO, R. L.: *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de Sueños, Madrid, 2016.

³⁷ QUIJANO, A.: *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, CLACSO, Buenos Aires, 2000, pp. 201–246.; MIGNOLO, W.: *La idea de América Latina...* cit.

³⁸ HOOKS, B.: *Feminist Theory...* cit.

incluidas en todas las fases de intervención –diagnóstico, diseño, implementación, evaluación– como agentes activos del cambio.

Además, la autonomía debe ser una prioridad. En lugar de centrarse únicamente en “proteger” o “asistir”, el trabajo social debe favorecer procesos que fortalezcan las capacidades de decisión, liderazgo y autoorganización de las mujeres migrantes. Esto también implica reconocer la centralidad de la lengua y la cultura como dimensiones fundamentales para la dignidad. No basta con traducir documentos: es necesario dialogar con sus cosmovisiones, valores y formas de vida sin pretender homogeneizarlas.

Finalmente, el enfoque decolonial apuesta por el trabajo comunitario y en red. Muchas mujeres migrantes ya participan en redes solidarias informales que constituyen verdaderos sistemas de protección y cuidado. En lugar de sustituir estas redes con dispositivos institucionales, el trabajo social puede jugar un rol de acompañamiento y fortalecimiento de estos espacios autónomos, generando sinergias que respeten su lógica propia. Para decolonizar la acogida es necesario reconocer las estrategias de resistencia que las mujeres desarrollan en sus trayectorias migratorias y escuchar sus experiencias sin prejuicios. Es fundamental promover espacios de autoorganización que fortalezcan su autodeterminación.

El desafío para el trabajo social es a nivel político, ético y pedagógico. Político, porque cuestiona las estructuras de poder que sostienen la desigualdad global; ético, porque redefine el compromiso del o la profesional con la justicia social, no como un ideal abstracto, sino como una práctica situada; y pedagógico, porque implica desaprender lo aprendido y reconstruir nuevas formas de saber y actuar con humildad, respeto y apertura.

En el caso de las mujeres migrantes, esto se puede lograr valorizando sus saberes de cuidado, solidaridad y resiliencia que no encajan en los modelos institucionales, pero que son fundamentales para la reconstrucción colectiva. La investigación y la intervención profesional pueden abrir caminos hacia prácticas respetuosas, co-construidas y liberadoras, mediante la adopción de metodologías decoloniales basadas en el respeto, la reciprocidad y la reconstrucción de la dignidad colectiva (metodologías participativas, acciones desde abajo, y formas de intervención co-creadas con las comunidades migrantes, en sus propios términos).

V. CAMBIOS DE PARADIGMA DE FORMACIÓN

La decolonización de los currículos universitarios y de los manuales de trabajo social está comenzando a difundirse gracias a la actual revisión crítica del conocimiento profesional³⁹: “La descolonización del trabajo so-

³⁹ KLEIBL, T. ABAY, R.A., KLAGES A.-L., & RODRÍGUEZ LUGO, S.: *Decolonizing Social Work From Theory to Transformative Practice*, Bloomsbury Academic, London, 2024.

cial requiere cuestionar los paradigmas eurocéntricos dominantes y validar los sistemas de conocimiento de aquellos que han sido silenciados históricamente por el colonialismo”⁴⁰. Una intervención adecuada entonces encuentra sus raíces en el reconocimiento de la pluralidad de necesidades y trayectorias de vida que emergen de las comunidades migrantes, en el marco de una “ecología de saberes”⁴¹ que desafía la idea de un conocimiento único y universal.

Para lograrlo, sería conveniente fomentar un cambio multidimensional y sinérgico, con la participación del mundo académico, en los contextos sociales e institucionales en los que operan los trabajadores sociales: “Las instituciones educativas deben preparar a sus estudiantes para este tipo de retos a los que probablemente se enfrentarán como trabajadores sociales en una sociedad multicultural. Los estudiantes de trabajo social deben adquirir las competencias necesarias para trabajar con una población diversa de manera bien informada y sensible a las diferencias culturales”⁴².

La formación internacional en Trabajo Social debe seguir desarrollándose en lo que respecta a sus planes de estudios e integrar los principios del desarrollo curricular poscolonial, la educación sobre migración y la educación para la paz. Un aspecto fundamental de estas aportaciones es el reconocimiento del poder de los entornos interculturales y trans-culturales y la incorporación de métodos de aprendizaje basados en la experiencia. Los objetivos formativos entonces integraran estrategias didácticas para fomentar el desarrollo y el crecimiento personal avanzando hacia la autoconciencia y el empoderamiento; esto conlleva adaptar los principios y métodos educativos, para dotar a los trabajadores sociales de un escudo de competencias personales, valores y métodos de intervención que les permitiera proteger su integridad personal y profesional incluso cuando se enfrentaran a estructuras injustas y mentalidades inhumanas, de modo que pudieran actuar como agentes transformadores que encarnaran los valores humanos universales⁴³. Existe una función preventiva en la propuesta y el desarrollo de cursos de formación sobre las cuestiones antes mencionadas, con el fin de preparar a las personas para vivir e interactuar en sociedades multiculturales; al mismo tiempo, la función de ayuda se ocupa de abordar los problemas que plantea la acogida y la integración de los migrantes.

En la formación en trabajo social, esto implica también crear competencias profesionales en torno a las experiencias traumáticas y a los contextos culturales múltiples en juego. “El conocimiento que tienen los

⁴⁰ DOMINELLI, L.: *Social Work in... cit*, p. 24.

⁴¹ De Sousa Santos, B. (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Buenos Aires: CLACSO.

⁴² BØ, B.P. 2015. “Social work in a multicultural society: New challenges and needs for competence”, *International Social Work*, 2015, 58(4), p. 562.

⁴³ DI ROSA, R.T., REICH, H.: “Confronting the Medusa with Athena’s Shield: Empowering Social Workers with a Transformative Role in the Migration Field”, *Italian Journal of Sociology of Education*, 2022, 14(1), pp. 247-266, p. 255.

trabajadores sociales sobre sus propios sesgos, prejuicios e interpretaciones subjetivas de los demás, que se derivan de diferentes experiencias vitales, ayuda a prevenir cualquier transferencia o contratransferencia. El grado en que el trabajador social pueda tener una perspectiva multicultural influirá en su capacidad para comprender los puntos de vista, las barreras y los puntos fuertes de los clientes refugiados, y para incorporar intervenciones eficaces”⁴⁴.

Para fomentar el desarrollo y el crecimiento personal, en el camino hacia la conciencia de uno mismo y el empoderamiento, es necesario incorporar un aspecto metacognitivo que sitúe a la persona dentro de una cultura, reconociendo los pensamientos no como realidad, sino como pensamientos, y enseñando aspectos de la responsabilidad personal y el cuidado de uno mismo.

Formar profesionales también requiere un espacio de reflexión y aprendizaje sobre los márgenes de acción profesional en la mediación entre culturas y estructuras institucionales. Esto se hace evidente, por ejemplo, cuando se imponen modelos de familia, género o ciudadanía que no responden a las realidades culturales de las personas migrantes, sino a normas del país receptor. También ocurre cuando se universalizan conceptos como el “bienestar” o la “inclusión”, sin problematizar desde qué lugar se construyen y a quién benefician realmente. En este sentido, decolonizar el trabajo social implica reconocer que muchas de sus prácticas, por más bien intencionadas que hayan sido, han contribuido a sostener jerarquías coloniales. Esto significa también, en términos concretos, detectar el poder de los entornos interculturales y transculturales a través de un enfoque docente altamente participativo que dé cabida al establecimiento de relaciones interpersonales y, al mismo tiempo, introducir métodos de aprendizaje innovadores y basados en la experiencia que, por un lado, permitan incorporar el aprendizaje y, por otro, escuchar a los profesionales del sector.

Es una transformación profunda que implica revisar críticamente los fundamentos históricos, epistemológicos y éticos de la disciplina⁴⁵, que no significa rechazar todo lo que proviene de Occidente, sino cuestionar el monopolio de sus verdades y abrirse al diálogo con otras formas de conocimiento. Supone valorar los saberes ancestrales, populares y comunitarios como legítimos y relevantes para pensar el trabajo social desde otros horizontes. Supone también un posicionamiento ético: pasar de una práctica de intervención que observa y clasifica a una práctica de acompañamiento que se implica, que se sitúa, y que se transforma junto con las personas con las que trabaja⁴⁶.

⁴⁴ GEORGE, M.: “Migration Traumatic Experiences...”, cit., p. 433.

⁴⁵ CHARLES, M. “Effective Teaching and Learning: De-colonizing the curricula”, *Journal of Black Studies*, 2019, Vol. 50(8), pp. 731-766.

⁴⁶ AA.VV.: *Migration and Social Transformation: Engaged Perspectives* (coord. por R. MUNCK, T. KLEIBL, M. DE CARMO, P. DANKOVA), Machdohnil Ltd, Dublín, 2022.

La formación con este significado no consiste simplemente agregar “perspectivas interculturales”, sino reconfigurar la producción del conocimiento y la práctica profesional desde un horizonte de justicia epistémica.

VI. CONCLUSIONES

La reflexión sobre la vulnerabilidad de género en contextos migratorios requiere, por tanto, incorporar una mirada interseccional y decolonial que permita cuestionar las estructuras de poder, las narrativas paternalistas y los marcos eurocéntricos que todavía dominan las políticas de acogida y las prácticas del trabajo social. En muchos países sigue siendo necesario desarrollar, en particular, la integración de modelos y enfoques de la práctica del trabajo social en relación con la migración como cuestión para promover la justicia social y los derechos humanos⁴⁷.

Sólo a partir de este cuestionamiento, los servicios sociales pueden convertirse en un espacio de resistencia, asumiendo interseccionalidad y decolonialidad como base para renegociar el mandato profesional, reconociendo el carácter no neutral y normativamente orientado del conocimiento profesional⁴⁸.

Las estrategias de activismo sociopolítico tienen como objetivo concienciar sobre la injusticia estructural, que solo permite que se escuchen determinadas voces, y propiciar una lectura crítica del significado y la interpretación. Todo ello incluye el examen de la raza, el racismo cultural, la interseccionalidad y la construcción del género, y abre un espacio para incluir «otras voces» y la creación de terceros espacios, en los que pueden surgir nuevos significados⁴⁹.

Decolonizar el trabajo social implica mucho más que incorporar lenguajes inclusivos o adaptar programas a contextos culturales diversos. Significa realizar un desmontaje crítico de las estructuras de conocimiento que sostienen la disciplina desde una perspectiva eurocéntrica, racionalista y colonial⁵⁰. Desde una perspectiva ética del trabajo social, entonces, hay una apuesta significativa hacia un posicionamiento político del lado de las personas oprimidas, una postura activa frente al racismo institucional y las políticas de exclusión⁵¹. Desde una mirada interseccional y decolonial, es posible construir prácticas profesionales que no reproduzcan la violencia colonial, sino que contribuyan a procesos de dignificación, resistencia y justicia.

⁴⁷ POPESCU, M., & LIBAL, K.: “Social work with migrants and refugees: Challenges, best practices, and future directions”, *Advances in Social Work*, 2018, 18(3), pp. i-x, p. x.

⁴⁸ DOMINELLI, L.: *Anti-Oppressive Social Work...cit.*; ALLEGRI, E., SANFELICI M.: “L’approccio anti-oppressivo nel servizio sociale: teoria in azione”, *La rivista di servizio sociale*, 2023, 1, pp. 10-21.

⁴⁹ DI ROSA, R.T., REICH, H.: “Confronting the Medusa...cit.

⁵⁰ MORLEY, C., ABLETT, P., & MACFARLANE, S.: *Critical Social Work: Theories and Practices for a Socially Just World*, Allen & Unwin, Crows Nest, 2019.

⁵¹ Banks, S.: *Ethics and Values in Social Work* (4th ed., Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008.

El mercado de trabajo en España. Las oportunidades de las mujeres migrantes*

María Dolores GARCÍA VALVERDE

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8551-7014>

Correo electrónico: mgarciav@ugr.es

*“El silencio y la sonrisa son dos armas poderosas.
La sonrisa resuelve problemas y el silencio los evita”.*

Morgan Freeman¹

Sumario: I. Introducción. Un nuevo derecho del trabajo. II. El empleo y el autoempleo: 1. Planteamiento general. 2. Autoempleo. 3. Colectivos más desfavorecidos. III. Promoción y fomento del autoempleo. Alusión a las distintas políticas. IV. Las mujeres migrantes. Realidad de su situación. V. Comentario y reflexiones finales.

Palabras clave: Mujer migrante; Mercado de trabajo; Políticas de empleo; Autoempleo; y Protección social.

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz

¹ Frase atribuida a Morgan Porterfield Freeman Jr., actor y documentalista estadounidense (nacido en Memphis, Tennessee, el 1 de junio de 1937). Ganó el Óscar al mejor actor de reparto en 2005 por la película “Million Dollar Baby”.

I. INTRODUCCIÓN. UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO

Cuando se afronta el análisis del mercado de trabajo, de las políticas de empleo y, en especial, del autoempleo, hay que señalar que el número de normas que se ha de tener presente es muy amplio, y más aún si lo referimos a la mujer. Ello es así ya que entran en juego toda la normativa de Empleo y Seguridad Social, con todo lo que ello significa. Además, concretamente, la materia del autoempleo está en fase de consolidación, pues es una de las reivindicaciones de principios del siglo XXI. Fue en la primera década del presente siglo cuando se empezó a poner de manifiesto la relevancia de este y la necesidad de incidir sobre dicha materia, pues se trata de una forma de paliar el desempleo. Tras el análisis del autoempleo se va a observar que no existen grandes particularidades específicas para la mujer. Si bien, es cierto que las mujeres están dentro de los colectivos más desfavorecidos (junto a ellas están los jóvenes, los discapacitados y las personas en situación de exclusión social), y en general estos colectivos reciben un especial tratamiento.

El prototipo de trabajador asalariado ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas, pero también ha cambiado el perfil de trabajador autónomo. Se observa que, junto a la industria artesanal, el pequeño comerciante, el transporte de reducidas dimensiones, los oficios tradicionales y las denominadas profesiones liberales, están desarrollándose otras manifestaciones de trabajo autónomo al amparo de una extraordinaria variedad de figuras jurídicas, como se pondrá de manifiesto.

Ya en el siglo XXI el modelo de producción es el derivado de la revolución tecnológica que se caracteriza por la descentralización productiva, el uso masivo de las nuevas tecnologías y la interdependencia de los mercados. El Derecho del Trabajo debe adaptarse a los nuevos modos de producir, se está ante una realidad socio-económica distinta. El nuevo modelo micro-empresarial apoyado en las nuevas tecnologías y la descentralización productiva comporta inevitablemente una drástica reducción de la oferta de trabajo asalariado.

El trabajo por cuenta propia ya no se puede definir simplemente como una actividad desarrollada de forma abierta a favor de una clientela que adquiere los bienes y servicios en virtud de diversos actos jurídicos. En la actualidad, existen nuevas formas de prestación de trabajo que, aunque desde el punto de vista formal pueden obtener la calificación de trabajo por cuenta propia, comparten algunas características del trabajo subordinado. Se está hablando de los denominados "trabajadores autónomos dependientes". Formalmente son trabajadores autónomos, pero desarrollan su actividad de forma permanente y coordinada para una o varias empresas de las que dependen económicamente.

En definitiva, el Derecho del Trabajo tiene ante sí un gran reto. No se trata ya únicamente de adaptar sus estructuras normativas a las exigen-

cias de los nuevos modelos de producir. Además, es conveniente repensar sus límites y, en su caso, valorar la oportunidad de que este Derecho acabe asumiendo la función reguladora de toda prestación del trabajo humano en sus múltiples y variadas manifestaciones.

En este sentido, no se puede olvidar la posibilidad que la Disposición Adicional primera ET ofrece para avanzar, desde el Derecho del Trabajo, en la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos. Se trata de una vía abierta, que se ha hecho uso de ella en contadas ocasiones. Así destaca: por la Ley Orgánica de Libertad Sindical que reconoce el derecho de afiliación sindical a los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio (art. 3). Y por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que extiende determinados “derechos y obligaciones” a los trabajadores autónomos en materia de prevención y salud laboral.

Por tanto, la actual política de empleo ya no sólo se detiene en la organización del mercado de trabajo asalariado, sino que, dando un paso más, pretende contribuir a la creación de empleo mediante la exploración de todas las vías posibles, entre las que se encuentra, el autoempleo de las personas desempleadas².

El desempleo constituye un grave problema que afecta no sólo a España, sino a la totalidad de los Estados que forman la Unión Europea, ello ha obligado, durante los últimos años, a buscar vías de solución tanto en el terreno de la economía, como en el de las políticas de empleo.

En la estructura del empleo en España el trabajo autónomo constituye una importante realidad. Son numerosas las explicaciones que se han dado para fundamentar la importancia del trabajo autónomo, pero entre todas ellas destaca la descentralización productiva, se configura como una de las más aceptadas. Se entiende por descentralización productiva la externalización o desplazamiento, a entidades empresariales autónomas, de fases del ciclo productivo que se desarrollaban por la propia empresa. Esta forma de producción ha ido ganando terreno en el tejido empresarial, con la entrada de terceros en los procesos productivos, lo que habría impulsado asimismo la expansión del trabajo autónomo.

El trabajador autónomo, hoy por hoy, debe ser acreedor de la condición de “sujeto” del Derecho del Trabajo; condición que, sin pretender desnaturalizar la esencia del ordenamiento iuslaboralista (que se basa y se seguirá basando sobre el concepto de trabajador dependiente), justifique el acceso a determinados niveles de protección social de los cuales se encuentra necesitado. La importancia de esta realidad socioeconómica

² Consúltase VIDA SORIA, J.; MONERO PÉREZ, J. L. y GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “Los Servicios Públicos de Empleo” en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): Empleo y Mercado de Trabajo: Nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales nº 23, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005.

poco a poco ha calado en el legislador, en este sentido, se debe traer a colación la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

En este marco es en el que se debe reivindicar la presencia de personas migrantes y, concretamente, las mujeres migrantes. El mercado laboral español necesita este potencial humano. Más aún en un contexto de envejecimiento poblacional y disminución de la fuerza laboral nativa. La incorporación del colectivo al empleo formal es clave para garantizar el crecimiento económico y la sostenibilidad del Estado de Bienestar.

II. EL EMPLEO Y EL AUTOEMPLEO

1. *Planteamiento general*

Conseguir una sociedad con capacidad para dar empleo de calidad a todos los ciudadanos se ha convertido en uno de los objetivos políticos prioritarios de las modernas sociedades industrializadas. Nuestra Constitución de 1978, además de garantizar el derecho al trabajo (art. 35.1), obliga a los poderes públicos a realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1).

El actual panorama legal excluye del paraguas protector del Derecho del Trabajo al trabajo por cuenta propia o autónomo; pero ello, debe ser matizado, ya que en los últimos tiempos se aprecian medidas dispersas y de variado origen que desembocan en una aplicación de concretas instituciones laborales al trabajo autónomo strictu sensu.

Dentro de ellas están las medidas de fomento del empleo, pues los incentivos a la contratación se extienden también a favor de los trabajadores autónomos. Son medidas que se insertan dentro de las recomendaciones en materia de política de empleo formuladas por las instituciones comunitarias en las Directrices adoptadas en esta materia, donde se insiste que uno de los pilares básicos de la misma debe ser el desarrollo del espíritu de empresa, con particular atención al incentivo a la creación de pequeñas empresas.

Algunas de estas medidas serán analizadas en apartados posteriores. Si bien, sobre ellas se debe dar una valoración positiva, es un acierto propugnar medidas de incentivo en el ámbito del trabajo autónomo, pero son insuficientes y es preciso articular otras medidas adicionales³.

Ahora bien, el objetivo de conseguir una sociedad con empleo para todos no sólo se orienta hacia la contratación y la inserción como asalariados en empresas ya constituidas o en las distintas administraciones pú-

³ VALDÉS DAL RÉ, F.: "Intermediación laboral: apuntes críticos de una reforma laboral socialmente invisible y normativamente provisional", *Relaciones Laborales*, nº 19, 2006.

blicas, sino también al apoyo de emprendedores, personas que a partir de una idea son capaces de crear su puesto de trabajo poniendo en marcha su propia empresa, ello se conoce como “Autoempleo”.

La política de empleo puede entenderse como el conjunto de decisiones adoptadas por el Poder Público que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo. Esta política nacional viene condicionada con la que se gesta a nivel de la Unión Europea.

Las técnicas de autoempleo son expresivas del desarrollo de un proyecto empresarial fundamentado en el trabajo por cuenta propia y se enmarcan sin duda en el campo de las llamadas políticas activas de empleo⁴.

En la actualidad es preciso abordar el estudio de la política de fomento del empleo, desde una perspectiva más amplia que la que imponen los estrictos contornos del trabajo por cuenta ajena. Así, actualmente se vienen extendiendo las medidas de fomento del empleo al ámbito del trabajo autónomo. Lo que supone una opción acertada, pero lo oportuno es afianzar las medidas en marcha y profundizar en ellas, además de añadir otras nuevas.

En lo que afecta a las medidas de fomento del trabajo autónomo, la actuación debe centrarse no tanto en influir intensamente sobre la voluntad de emprender un proyecto empresarial autónomo, como en facilitar los medios de apoyo público para que dicho proyecto sea viable económicamente; viable particularmente en la primera fase de su puesta en marcha, que es precisamente el momento en el que mayores aportaciones de capital son necesarios y al propio tiempo mayores riesgos de fracaso empresarial se vislumbran.

La Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, –conocida como Ley de Startups– establece un marco normativo específico para impulsar la creación y el crecimiento de *startups* innovadoras. Esta ley introduce medidas que facilitan su integración en el entorno fiscal, mercantil y laboral actual⁵.

Además junto a la Ley 28/2022 están: la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad; Ley 5/2015, de 27 de abril, de

⁴ Debe consultarse, al respecto, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1 de marzo).

⁵ El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia incluye la Estrategia España Nación Emprendedora. Precisamente desde este Plan es desde donde se impulsó la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes. BOE 22 de diciembre de 2022.

fomento de la financiación empresarial (reguladora del «crowdfunding»); y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. En este sentido, también hay que traer a colación el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2025-2027⁶.

Las mujeres migrantes se enfrentan a retos únicos al buscar empleo en España⁷, pero también encuentran oportunidades en sectores específicos y protección legal en su proceso de inserción⁸.

El servicio doméstico y el cuidado de personas mayores y dependientes son los dos principales sectores con mayor demanda y facilidad de acceso. También el sector de la hostelería y el turismo existen importantes ofertas que en la mayoría de las ocasiones las empresas contratan sin experiencia previa. Parecidas condiciones se producen en los sectores de estética, belleza y ventas. Las peluquerías, centros de uñas, tiendas de cosméticos y moda ofrecen trabajos a mujeres extranjeras, muchas veces valorando su experiencia práctica. En cambio, en sectores como la sanidad el acceso a los mismos está condicionado por la necesidad de homologar su título.

El Pleno ordinario de 27 de abril de 2022 del Consejo Económico y Social (CES) aprobó el Informe “Mujeres, trabajo y cuidados: Propuesta y perspectiva de futuro”⁹. Destaca el objetivo de lucha contra la feminización de la pobreza y la precariedad. En este sentido, hay que atender a ejes de desigualdad y sus intersecciones (entre ellos se encuentran las mujeres migrantes, edad, con discapacidad, titulares de hogares monoparentales, principalmente), que generan experiencias particulares de pobreza y precariedad.

2. Autoempleo

Se considera autoempleo a la puesta en marcha de una actividad económica, por una o varias personas, con el objetivo fundamental de conseguir con ello una ocupación o puesto de trabajo, siendo precisamente el trabajo su principal aportación e interés en la empresa.

Hay que diferenciar entre autoempleo individual y autoempleo colectivo. El autoempleo individual consiste en la puesta en marcha de una actividad productiva o profesional por parte de una persona que la realizará

⁶ Aprobado por Resolución de 8 de septiembre de 2025, de la Secretaría de Estado de Trabajo (BOE de 12 de septiembre).

⁷ GARCÍA VALVERDE, M. D.: “La trabajadora extranjera y el empleo en el hogar”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios (RIEM)*, vol. 12, n. 2, 2022, pp.1-30.

⁸ Consúltase el Informe GEM: <https://www.enisa.es/es/actualidad/estudios-informes/presentacion-del-informe-gem-espana-2024-2025-639>

⁹ Véase en https://www.igualdadnlaempresa.es/recursos/CentroDocumentacion/docs/Informe_MUJERES_TRABAJO_Y_CUIDADOS.pdf

generalmente de manera autónoma e individual. Mientras que el autoempleo colectivo o empleo asociado, consiste en la asociación del trabajo de varios sujetos mediante la puesta en marcha de una actividad productiva, generalmente a través de la constitución de una sociedad, que será la titular de la empresa y dará empleo a los socios.

Según las puntualizaciones realizadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) por autoempleo o trabajo por cuenta propia se entiende la población empleada que, a diferencia de los trabajadores asalariados, debe tomar decisiones sobre los mercados en los que operan, sobre la financiación y que suelen ser propietarios o arrendatarios de la maquinaria y el equipo con que trabajan. Así, esta definición se fundamenta sobre criterios de asunción de riesgos, el control y la responsabilidad de la producción (Se ha de tener presente que a efectos contables el trabajo por cuenta propia se suele definir en términos negativos. De esta forma, se considera autoempleo todo aquello que no es empleo asalariado).

En la actualidad, el autoempleo está siendo objeto de una renovada atención dentro del análisis laboral. No se puede olvidar su relevancia dentro de los procesos de creación de empleo, su vinculación con las nuevas maneras de organizar los procesos de trabajo y, entre otras, su relación con la integración de la mujer en el mercado de trabajo remunerado y su utilización como instrumento para incrementar sus tasas de actividad y de empleo. Pero no sólo de la mujer sino también de las personas con discapacidad y de otros colectivos con especiales dificultades¹⁰.

Las iniciativas dirigidas al fomento del autoempleo, entendido en sentido amplio como alternativa de acceso a una actividad profesional o empresarial mediante la creación por el trabajador de su propio puesto de trabajo, son numerosas y se vienen instrumentando por todas las instituciones y organismos implicados en la creación de empleo y la lucha contra el desempleo, ya sean comunitarios, nacionales, autonómicos o, incluso, locales. Dichas iniciativas pueden adoptar muy variadas manifestaciones así: apoyo al trabajo autónomo, incentivos a la economía social o estímulos a la constitución de pequeñas empresas, pues en todos los casos se pretende que un desempleado deje de serlo generando su propio puesto de trabajo.

El 30 de junio de 2025 ha sido presentado el Informe GEM 2024-2025 que analiza la actividad emprendedora en España, elaborado por el equipo de investigación del Observatorio del Emprendimiento en España (OEE) que coordina el proyecto Global Entrepreneurship Monitor (GEM) en España. También cuenta con el apoyo de la Empresa Nacional de Innovación (Enisa) y la colaboración del Observatorio MAPFRE de Finanzas

¹⁰ Consúltense los datos reflejados por el observatorio de igualdad y empleo sobre las trabajadoras autónomas: <https://observatorioigualdadyempleo> y para observar los datos estadísticos al respecto Estadísticas - Observatorio de Igualdad y Empleo

Sostenibles y la Fundación Rafael del Pino. La conclusión general es que la actividad emprendedora reciente en España encadena cuatro años de crecimiento. Pero al mismo tiempo que se estanca la intención de emprender.

3. *Colectivos más desfavorecidos*

La opción por el trabajo por cuenta propia se realiza, bien voluntariamente, bien, que es lo más habitual, de forma forzosa, como consecuencia del difícil acceso al mercado de trabajo dependiente o asalariado que conduce a determinados sectores de la población a la realización de experiencias de autoempleo, como única salida para obtener los medios necesarios para asegurar su subsistencia. Este fenómeno, en la actualidad, se concentra principalmente en dos sectores de la población. Primero, los jóvenes demandantes de un primer empleo quienes, bien por defectos de cualificación o bien por estar formados en profesiones cuyo mercado potencial se encuentra saturado, encuentran en el trabajo autónomo la única vía de inserción en el mundo laboral. Y segundo, los desempleados quienes, ante la imposibilidad de reinserirse en el mercado de trabajo dependiente, optan por llevar a cabo experiencias de autoempleo aprovechando la formación adquirida en anteriores actividades.

El autoempleo ha ido cobrando cada vez mayor importancia como forma de cubrir las deficiencias laborales que la alta tasa de desempleo genera en muy diversos sectores de la población, sobre todo en aquellos carentes de una formación específica. El autoempleo ha llegado incluso a convertirse en el único medio de acceso al mercado laboral, para aquellas personas que, por determinadas circunstancias personales o sociales, tienen muy limitado dicho acceso.

La mayoría de las medidas de fomento del trabajo autónomo van dirigidas a quienes se encuentran desempleados con mayores dificultades de encontrar empleo: parados de larga duración, jóvenes recién incorporados al mercado de trabajo, mujeres sin calificación profesional o desempleados sin previa experiencia profesional.

Así, resulta interesante ver la incidencia del autoempleo en el trabajo de hombres y mujeres. A pesar de que los hombres mantienen una proporción superior de autoempleo sobre el total de los ocupados (20,6% frente al 14,5% de las mujeres), en los últimos años el volumen de mujeres ha aumentado en todas las categorías contempladas en la EPA.

Según el último informe del Observatorio GEM España 2023-2024, las iniciativas emprendedoras no han parado de crecer de manera sostenida entre las mujeres desde el año 2012. Aunque hay que señalar que las mujeres autónomas aún mantienen un perfil que observa menos oportunidades para crear emprendimiento y padecen un mayor temor al fracaso. Esa forma de actuar va cambiando, va evolucionando hacia una equiparación paulatina al nivel de los hombres.

La tasa de emprendimiento entre la población con un nivel educativo más alto es cada vez mayor, tanto en hombres como mujeres. Por ello, se espera un aumento del emprendimiento cualificado en el futuro.

En definitiva, el autoempleo se percibe como un mecanismo privilegiado para lograr la inserción ocupacional de mujeres principalmente y, en general, de los colectivos que encuentran más dificultades para la inserción ocupacional por cuenta ajena, como es también el de discapacitados.

Si se incide en la potencialidad del autoempleo para la mejora de la inserción laboral de la mujer, se ha de concluir que el autoempleo mejora la situación laboral de la mujer, sobre todo desde el punto de vista de su posición en la estructura de ocupaciones laborales; y además este resultado es más intenso cuando lo que se observa es el colectivo de las autoempleadas más recientes.

La doctrina científica, de forma reiterada, considera que es un error grave el dirigir las medidas de fomento del empleo autónomo a quienes, desde la perspectiva subjetiva (personal o formativa) presentan mayores dificultades de inserción en el mercado de trabajo. Ello porque, aunque se trate de propuestas con buena intención, en muchas ocasiones subyace la idea de ofrecer el proyecto empresarial de trabajo autónomo, a la vista de las imposibilidades derivadas de incorporación al mercado de trabajo asalariado. Hay que concluir que, si ya de por sí es compleja una integración estable en el mercado de trabajo asalariado, mucho más lo es en el ámbito del trabajo autónomo cuando se trata de personas sin la suficiente preparación para ello.

III. PROMOCIÓN Y FOMENTO DEL AUTOEMPLEO. ALUSIÓN A LAS DISTINTAS POLÍTICAS

Se ha de resaltar que todas las actuaciones que se realizan para promover y fomentar el autoempleo tratan de paliar, en parte, la ausencia de una política de intermediación en el mercado de trabajo por cuenta propia, puesto que el esquema tradicional que se sigue en política de intermediación, en el sentido de informar a los demandantes sobre ofertas de empleo existentes, con el fin de que puedan ocuparlas, no es aplicable al supuesto del autoempleo. Por tanto, no existe una previa oferta de ocupación autónoma en este mercado, sino que es el propio sujeto el que decide crearla.

En general, la política comunitaria de empleo ha sufrido un lento proceso de institucionalización. La inicial filosofía liberal del sistema de los tratados fundacionales permitía poco espacio para la elaboración de una política comunitaria de empleo. La versión originaria del Tratado de la Comunidad Europea partía de esa filosofía liberal entendiendo que la me-

jora del empleo y de las condiciones de vida sería el resultado “natural” del funcionamiento del mercado común.

Ya desde antiguo, en el ámbito de la Unión Europea, se comenzó a tomar conciencia del relevante papel que el autoempleo puede desempeñar en orden a la creación de empleo, al definirse durante el Consejo de Essen (diciembre de 1994) una estrategia conjunta de lucha contra el desempleo y establecerse las bases para la elaboración de Programas Plurianuales de Empleo. Sin embargo, no es hasta más tarde cuando verdaderamente se consolida la iniciativa. Así, será tras la anticipación de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y, en particular, de su nuevo Título VIII sobre el empleo, decidida en el Consejo Europeo Extraordinario sobre el Empleo, celebrado en Luxemburgo (noviembre de 1997), cuando el autoempleo se incluye entre las distintas medidas propuestas para la creación de empleo. Se ha de resaltar que en Luxemburgo los Estados miembros definieron cuatro pilares sobre los que, siguiendo las Directrices u orientaciones emanadas al respecto del Consejo, habría de girar una acción global y coordinada a corto plazo de los diversos Estados miembros en materia de política de empleo. Los pilares son: a) mejora de la capacidad de inserción profesional; b) fomento del espíritu de empresa; c) fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas; y d) refuerzo de la política de igualdad de oportunidades.

Un aspecto determinante para la puesta en marcha de las políticas definidas en los distintos instrumentos comunitarios es el relativo a la financiación de las diferentes acciones e iniciativas a emprender por los Estados miembros en ejecución de los Planes Nacionales de Empleo. Al respecto se ha de tener presente que tanto las decisiones económicas del Banco Europeo de Inversiones, como, fundamentalmente, las del Fondo Social Europeo relativas al reparto de los llamados Fondos Estructurales están condicionadas por la estrategia comunitaria de empleo definida por el Consejo Europeo.

Así, en la Unión Europea también se considera que uno de los paliativos al problema del desempleo es el fomento del autoempleo y, en particular, del empleo por cuenta propia. En la actualidad se crea un entorno empresarial favorable a las empresas individuales y para ello, además de las ayudas del Fondo Social Europeo, se propone la adopción de medidas de flexibilización de los instrumentos financieros y la simplificación de los procedimientos requeridos.

Por otra parte, en el Ordenamiento Interno, si se mira atrás el estímulo del autoempleo como instrumento de la política de empleo encontró expreso reconocimiento en nuestro Derecho en la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo¹¹. A pesar de ello, las medidas concretas de

¹¹ La Ley 51/1980 además de favorecer la integración de trabajadores por cuenta ajena como socios de sociedades laborales o cooperativistas, estableció como medida más de fomento del empleo la “preferen-

fomento del autoempleo se retrasarían hasta la incorporación de España a la Unión Europea. Es en ese momento cuando ante la necesidad de adaptar la política de empleo española a las orientaciones comunitarias y, sobre todo, para poder acogerse a las ayudas del Fondo Social Europeo cuando se legisla al respecto.

Las medidas que articula nuestro ordenamiento interno son, principalmente, tanto a nivel estatal como a nivel de Comunidades Autónomas. Aunque, también las Corporaciones Locales cada vez con mayor intensidad están llevando a cabo actuaciones a favor del desarrollo del empleo autónomo.

Todas las iniciativas adoptadas sobre autoempleo comparten unos principios inspiradores, que van a estar presentes en las distintas fases de su desarrollo. Así, el principio de personalización o individualización permite distinguir según los casos, entre medidas de carácter colectivo y de carácter individual. Las colectivas van dirigidas hacia un grupo concreto de desempleados, para motivarles hacia el desarrollo de iniciativas empresariales. Mientras que las individuales tienen como destinatarios los sujetos que ya poseen una idea de negocio previa, por lo que requieren un asesoramiento más preciso y personalizado, dirigido a la realización de su concreto plan de empresa.

En la actualidad, es la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE 1 de marzo), la que regula esta materia. La nueva Ley se detiene en importantes materias, así destacan: la empleabilidad, la intermediación, la prospectiva, los colectivos prioritarios, la colaboración público-privada, la evaluación, la coordinación de políticas activas y pasivas, las políticas locales de empleo y la digitalización de servicios y políticas¹². Se debe destacar del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley: “Por otra parte, el documento «España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo» recoge como desafío la necesidad de resolver las deficiencias de nuestro mercado de trabajo y adaptarlo a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas. Para lograr abordar este reto con éxito, es necesario reducir la tasa de desempleo de mujeres y hombres a menos de la mitad y alcanzar una tasa de empleo similar a la de los países más avanzados de Europa (80 % en 2050) y reducir progresivamente las brechas de género. Esto supone aumentar la inserción laboral en 15 puntos en los próximos 30 años, para ello, nuestro país tendrá que modernizar su tejido productivo; actualizar y reforzar sus políticas activas de empleo; adecuar su marco normativo a las nuevas realidades económicas y laborales; actualizar sus mecanismos de nego-

cia para la concesión de créditos individuales para instalarse como autónomos”, en favor de trabajadores desempleados: a) mayores de cuarenta y cinco años de edad, b) inscritos por más de un año en las oficinas de empleo, c) con responsabilidades familiares, d) emigrantes retornados y e) “minusválidos”.

¹² PÉREZ DEL PRADO, D.: “La Ley de Empleo. Principales novedades”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, n. Extra 1, 2023, pp. 86-102.

ciación colectiva; incorporar la perspectiva de género de manera efectiva; y mejorar las condiciones de trabajo hasta hacer de este una experiencia más satisfactoria para el conjunto de la ciudadanía.” Y por otra, lo referente a los colectivos prioritarios de atención. Que entre ellos señala las personas migrantes¹³.

Ya se puede adelantar una conclusión: Las personas migrantes residentes en España son las que han llevado al incremento de la tasa de emprendimiento en España. Uno de cada seis hombres y una de cada ocho mujeres que han emigrado a nuestro país están como autónomos, va creciendo año tras año. Pero hay que advertir que en los emprendedores extranjeros sus emprendimientos no son a largo plazo (más de tres años y medio de vida).

IV. MUJERES MIGRANTES. REALIDAD DE SU SITUACIÓN

La importancia de la mujer en el mercado de trabajo¹⁴, los avances que se han producido y la relevancia en todos los aspectos de la vida económica y laboral es algo que no se pone en duda, en la actualidad¹⁵.

A pesar de que las mujeres migrantes no son una amenaza ni una carga, sino una oportunidad para fortalecer el mercado laboral español, siguen estando sometidas a la precariedad. Es el momento de garantizar su inclusión, no es solo una cuestión de justicia social, sino una necesidad para construir una economía más dinámica, diversa y resiliente. Por tanto, es el momento de que las políticas públicas y la sociedad en su conjunto reconozcan la importante contribución que realizan las personas migrantes¹⁶.

En España, tanto los hombres como las mujeres, emprenden más tarde que en otros países de nuestro entorno¹⁷ También hay que señalar que

¹³ Dispone la Exposición de Motivos de la Ley de Empleo: “entre otros colectivos considerados de atención prioritaria se encuentran las personas LGTBI, en particular trans, las personas de mayores de cuarenta y cinco años, las personas migrantes, las personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, las mujeres con baja cualificación, las mujeres víctimas de violencia de género, las personas en situación de exclusión social, las personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos étnicos o religiosos, así como las personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, las personas afectadas por drogodependencias o las víctimas del terrorismo”. Todo ello reflejado en el art.50 (Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo) y Disposición adicional séptima (Acceso y consolidación del empleo de las mujeres) de la Ley.

¹⁴ En general, BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: “El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos”, *IgualdadES*, 1, 2019, pp. 19–42. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.01>

¹⁵ Es de suma importancia consultar: National Geographic España. (2022, 8 de marzo). Los avances en la igualdad de la mujer en España desde 1975. National Geographic. https://www.nationalgeographic.com.es/historia/grandes-reportajes/los-avances-en-la-igualdad-de-la-mujer-en-espana-desde-1975_18234

¹⁶ Ya en el Informe CES 03/2020 El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, se manifestaba en este sentido.

¹⁷ Por dar datos: Siete de cada diez emprendedores recientes supera la edad de 35 años. Y seis de cada diez emprendedores potenciales también superan esta edad. El perfil emprendedor está más envejecido en España.

ambos sexos coinciden aproximadamente en los tramos de edad en los que se produce mayor y menor abandono. En concreto, un tercio del fin de la actividad emprendedora se produce en el tramo de edad comprendido entre los 35 y los 44 años. En cambio, el mejor porcentaje de abandonos de la iniciativa emprendedora se produce entre los 18 y los 24, y entre los 55 y los 64 años de edad.

Entre las ayudas (prestaciones, bonificaciones o deducciones) que reciben las trabajadoras autónomas destacan: Prestación por nacimiento y cuidado del menor; Bonificación de las cuotas a la Seguridad Social para trabajadores autónomos en determinados casos; Bonificación por contratos de duración determinada para sustituir a personas trabajadoras; Prestación por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural; Bonificación por conciliación vinculada a la contratación; Deducción por maternidad y cheque guardería; Ayudas para madres autónomas que se reincorporan a la actividad por cuenta propia tras la maternidad.

Las autónomas que están embarazadas o han sido madres pueden acogerse a diferentes prestaciones, deducciones y bonificaciones en sus cuotas. Entre las prestaciones y bonificaciones a las que pueden acceder se encuentran, entre otras, la prestación de maternidad, las bonificaciones en la contratación de sustitutos durante la baja de una asalariada y el riesgo por embarazo, o las deducciones por hijos a cargo menores de tres años, que facilitan la situación de maternidad ante determinados supuestos.

A la vista de los datos publicados es extremadamente importante estudiar el carácter emprendedor de la población extranjera en España. Así, a 1 de enero de 2024, y de acuerdo con los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2025), el crecimiento de la población residente en España se debe casi en exclusiva al incremento de personas nacidas en el extranjero. La tasa de extranjeros residentes en España asciende a un 18% de la población. En los años 2021, 2023 y 2024, el porcentaje de emprendimiento reciente (TEA) de la población adulta extranjera residente en España ha duplicado el de la población española, y se ha convertido en un tractor del emprendimiento en nuestro país. En 2024 uno de cada siete extranjeros está iniciando un proyecto empresarial en España, aunque esta proporción baja a uno de cada 13 en el caso de los emprendedores a cargo de iniciativas de más de tres años y medio de vida. Sin embargo, también abandonan sus iniciativas uno de cada 13 emprendedores extranjeros, más del doble que los españoles. La intención emprendedora de los extranjeros triplica la de los españoles, y ha crecido de un 17,7% en 2021 a un 28,1% en 2024, lo que permite prever un crecimiento de la actividad emprendedora liderada por emprendedores que han nacido fuera del país en los próximos años¹⁸. A todo

¹⁸ Según establecen CALVO, N.; FERNÁNDEZ-LAVIADA, A.; MONJE-AMOR, A. & ATRIO, Y.: *Global Entrepreneurship Monitor. Informe GEM España 2024-2025*. Ed. Universidad de Cantabria, 2025, pp.53-57. DOI: <https://doi.org/10.22429/Euc2025.012>

ello, hay que añadir que el 48 % de las personas extranjeras que hay en España son mujeres¹⁹

Hay que traer a colación cómo los derechos humanos se relacionan con la lucha contra la trata, qué medidas específicas se han adoptado para proteger a mujeres y niñas, y si los mecanismos existentes, tanto a nivel nacional como internacional, son efectivos para combatir este fenómeno. Son múltiples las actuaciones sobre las que se debe incidir (como el período de reflexión para las víctimas, la reparación y la participación de estas en el proceso penal) para avanzar en la erradicación de este fenómeno. Uno de los retos más importantes es la detección e identificación temprana de las víctimas, y la falta de formación en este aspecto sigue siendo un problema²⁰.

Resulta interesante traer a la palestra el Informe #EmpleoParaTodas 2025 de la Fundación Adecco. La Fundación Adecco fortalece su programa #EmpleoParaTodas 2025 con el apoyo de un centenar de empresas comprometidas²¹. La mujer migrante es uno de los colectivos que es atendido en el informe. Se trata de un colectivo que, a pesar de su creciente protagonismo en el mercado laboral español, sigue enfrentando barreras estructurales. Ciertamente, en la mujer migrante concurre doble condición: mujer y extranjera. Ello la va a situar en desventaja, además debe de superar obstáculos adicionales para acceder a empleos formales y con derechos.

Según los datos del informe, en la actualidad hay en España 2,5 millones de mujeres migrantes en edad laboral, lo que representa el 16% del total de la población femenina en condiciones de trabajar²². Pero el aumento de su presencia no ha ocasionado una consolidación de la mujer migrante en el mercado laboral español. Además, la tasa de desempleo de estas mujeres (17,8%,) es muy superior a la de las mujeres españolas (11,8%)²³.

A esta situación se suma la preocupante sobreexposición a la economía sumergida²⁴. Según la encuesta realizada para el informe, el 86% de

¹⁹ Un análisis estadístico en GARCÍA DE CELIS, C. & RAMOS CHARBONNIER, M.: "La desventaja de las mujeres en el colectivo de personas migrantes", *Revista de Estadística y Sociedad*, editada por la Universidad Autónoma de Madrid, n.98, julio de 2025, pp. 36-39.

²⁰ Véase RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, F. M.: La lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas desde una perspectiva de género. Tesis doctoral, UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2024.

²¹ Véase la nota de prensa emitida por Adecco, en el siguiente enlace 070325NDP-SEMANA-DE-LA-MUJER-FUNDACIONADECCO.pdf

²² A ello hay que añadir que el porcentaje ha venido crecido profundamente en las últimas décadas. En 2004 era del 7,6% y 10 años más tarde (2014) es del 11,7%. Todo esto también pone de manifiesto el impacto del envejecimiento demográfico y la baja natalidad en la población española (autóctona).

²³ Téngase presente que el porcentaje de la tasa de desempleo se dispara al 19,8% en el caso de las mujeres que proceden de países extracomunitarios.

²⁴ Oxfam, Cuidados esenciales, cuidados invisibles. Las trabajadoras de hogar y cuidados tras la pandemia, 2021 y Esenciales y sin derechos. O cómo implementar el convenio 189 de la OIT para trabajadoras del hogar, 2021. En <https://www.oxfamintermon.org/hubfs/Oxfam-Website/oi-informes/cuidados-esenciales-cuidados-invisibles-trabajadoras-hogar-pandemia.pdf>

las mujeres migrantes desempleadas estarían dispuestas a aceptar trabajos en condiciones de absoluta precariedad, sin estar dadas de alta en la Seguridad Social. La falta de redes de contacto y la urgencia económica las empujan a empleos sin derechos, aumentando su vulnerabilidad y el riesgo de sufrir explotación laboral o acoso.

Es urgente adoptar políticas que faciliten su acceso a empleos dignos y con derechos. La homologación de títulos debe agilizarse, es necesario fomentar programas de inserción laboral y se debe combatir la discriminación en los procesos de contratación. También es esencial reforzar las inspecciones laborales para erradicar la economía sumergida y garantizar que las mujeres migrantes puedan trabajar en condiciones de seguridad y justicia.

El empleo de las mujeres migrantes en España es un reflejo de las contradicciones del mercado laboral y de las políticas de integración del país. A pesar de que representan una parte fundamental de la fuerza laboral en sectores como el trabajo doméstico, la hostelería y los cuidados, su situación sigue marcada por la precariedad, la informalidad y la falta de oportunidades de ascenso profesional. Según el Informe del CES (“Mujeres, trabajo y cuidados: Propuesta y perspectiva de futuro”) las políticas para generar una verdadera “economía de los cuidados” pasan por adoptar en el marco de las cinco reglas del trabajo de cuidados decente definido por la OIT: reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados no remunerado; retribuir y promover más trabajo de cuidados decente, y garantizar la representación laboral y sindical de las trabajadoras de cuidado, pues, no olvidemos, una gran parte de ellas son mujeres migrantes dentro de la economía informal. Todo ello contribuiría decisivamente a la mejora de la conciliación de la vida personal y laboral, pero también a mejorar el llamado sistema de cuidados de larga duración, el cuarto pilar, de creciente importancia, de los Estados de Bienestar europeos. El reconocimiento como trabajadoras y su visibilidad dentro de las estadísticas oficiales de las mujeres que se dedican al cuidado de la creciente población dependiente dista de ser el correspondiente a su importancia social. Conviene recordar que el sistema de cuidados en España, según análisis de la OIT, se caracteriza por unos niveles medios de empleo en el sector de los cuidados, con alta proporción de trabajadoras domésticas dentro del mismo, por lo que existe un importante potencial de creación de empleo de calidad en este sector.

La segregación laboral constituye uno de los principales problemas que tienen las mujeres migrantes en España. Estas mujeres se ven relegadas a empleos poco valorados, con bajos salarios y condiciones laborales inestables. A pesar de su formación y experiencia en sus países de origen, enfrentan numerosas barreras para acceder a empleos cualificados debido a la falta de reconocimiento de sus títulos académicos y la discriminación en los procesos de selección.

Además, las políticas de integración laboral en España han sido insuficientes para garantizar una inclusión real y equitativa. Aunque existen programas de capacitación y empleo dirigidos a personas migrantes, la burocracia y la falta de coordinación entre administraciones dificultan su acceso. A pesar de que Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, junto con su Reglamento (Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre), traten de avanzar en la reducción de la burocracia y la protección, principalmente con las últimas reformas²⁵, en la práctica hay un amplio número de mujeres migrantes que quedan atrapadas en un ciclo de informalidad laboral debido a la rigidez todavía existente.

No puede faltar una referencia al impacto que el cambio climático causa en las mujeres a nivel mundial. «**Huir del Clima**» es el informe presentado por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y Greenpeace en el que se analiza la relación de la crisis climática con los desplazamientos internos y las migraciones internacionales²⁶. Se trata de un fenómeno que cada año ocasiona miles de desplazamientos. En definitiva obliga a más personas a dejar sus hogares huyendo de los impactos provocados por la crisis climática. En este contexto, las mujeres y las niñas se ven especialmente afectadas debido a una situación previa de desigualdad estructural.

Resulta especialmente relevante poner de manifiesto que en el ámbito laboral las mujeres migrantes sufren una discriminación de género y origen. En la mayoría de los casos se encuentran sometidas a condiciones de trabajo más duras, a jornadas laborales interminables y a menor protección social. Todo ello, las hace más vulnerables.

En los últimos años se reivindica, se ve la necesidad de aplicar la perspectiva de género en el ámbito laboral. En este contexto hay que preguntarse ¿qué significa realmente aplicar la perspectiva de género? ¿Están los jueces obligados a aplicar la perspectiva de género?

La doctrina del Tribunal Supremo no ofrece dudas sobre la necesidad de aplicar la perspectiva de género, no es una opción, sino una obligación²⁷. Doctrina que se apoya en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22

²⁵ Se ha de tener presente que el nuevo Reglamento de Extranjería ha entrado en vigor en mayo de 2025. El mismo introduce cambios significativos para facilitar la regularización y ampliar los derechos de los extranjeros en España. Así destacan como novedades: simplificación de trámites y reducción de plazos; creación de nuevas modalidades de arraigo; ampliación de derechos para familiares y víctimas de violencia; y mejoras en la protección laboral y social de los migrantes.

²⁶ Véase dicho Informe en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/10/informe-huir-del-clima.pdf>. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible señala la existencia de un compromiso internacional respecto a los migrantes, refugiados y desplazados por crisis climáticas o desastres naturales. En 2020 se alcanzó la cifra de 40,5 millones de nuevos desplazamientos en 149 países y territorios, de los que el 75 por 100 (30,7 millones) se debieron a fenómenos relacionados con eventos meteorológicos y climáticos y geofísicos.

²⁷ En este sentido, las SSTs de 26 septiembre 2018 (rcud. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rcud. 75/2018). Y la más reciente STS/4ª de 11 enero 2022 (rec. 2099/2019)".

de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece el principio general de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Son múltiples los pronunciamientos que aplican la perspectiva de género, para ello acuden, entre otros, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, a la doctrina del TEDH y del TJUE, a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a la doctrina constitucional en materia de igualdad y también a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y a la más reciente Ley 15/2022 de igualdad de trato y no discriminación²⁸.

V. COMENTARIO Y REFLEXIONES FINALES

Las personas migrantes emprenden a edades más tempranas que los españoles. Sus tasas de emprendimiento duplican a las de los españoles para casi todos los rangos de edad, aunque las tasas más elevadas se producen entre los que tienen entre 25-54 años, igual que en el caso de los españoles. Además, los extranjeros con educación universitaria son los que más emprenden. Lo hace el 17% de este colectivo, frente al 8% de los españoles.

Otra conclusión es que las personas que emprenden en el entorno rural lo hacen en edades más tempranas que las que emprenden en el entorno urbano. Un 7% de las mujeres están arrancando negocios en el rural, un porcentaje que supera el 5% de los hombres que, sin embargo, mantienen más iniciativas consolidadas (8%) en estos municipios. En el entorno rural, a diferencia del urbano, no hay diferencias significativas en el porcentaje de emprendedores con distinto nivel educativo.

Los motivos que les llevan al emprendimiento es sin duda la escasez de alternativas laborales. También se trata de un tema cultural. En los países de origen de los extranjeros (principalmente latinoamericanos y

²⁸ Destacan los siguientes casos: Primero, el TS, aplicando la perspectiva de género, declara la existencia de enfermedad profesional en el caso de una trabajadora (limpiadora) que sufrió una patología tendinosa crónica de manguito (STS de 20 de septiembre de 2022). Segundo: El permiso de lactancia puede ser ejercido por el trabajador, aunque la madre del menor no desempeñe actividad laboral (STS de 12 de julio de 2022). Tercero: Aplicando la perspectiva de género, el Tribunal Supremo (STS de 11 de enero de 2022) declara nulo (ratifica la sentencia del TSJ del País Vasco) el despido de una empleada de hogar embarazada, siendo indiferente que la empleadora no conociera el estado de embarazo. Cuarto: El TS (sentencia de 2 de julio de 2020) aplica la perspectiva de género pues solo las mujeres pueden encontrarse en una situación (embarazo / parto) que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en la que se acuda a la atención sanitaria. El tribunal sentencia que las lesiones padecidas por una mujer a consecuencia del parto deben considerarse accidente no laboral y no como enfermedad común.

marroquíes) que residen en nuestro país, su cultura le lleva más al emprendimiento mientras que en la cultura española no está tan arraigado.

Los poderes públicos tienen una tarea muy relevante, pues deben de revisar las políticas de integración laboral y adoptar medidas más efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades para las mujeres migrantes. La burocracia a cumplir por estas mujeres es tediosa. Por ello, hay que agilizar el reconocimiento de sus títulos académicos y experiencia profesional, además de introducir medidas concretas contra la discriminación y la precariedad laboral.

En todo el entramado del empleo, de la contratación, se debe de tener presente el acoso al que puede verse sometida la mujer, en general y la mujer migrante, en particular. Cualquier mujer, por el hecho de serlo, puede ser víctima de acoso. Las mujeres jóvenes, sin pareja estable, trabajando en entornos muy masculinizados o con una cultura de grupo marcadamente sexista, en situación de precariedad o migrantes, son los grupos que más riesgo tienen de sufrirlo, lo que provoca un efecto devastador para la integridad, física, psíquica y moral de las víctimas. En este sentido, en el año 2021 el Ministerio de Igualdad realizó un estudio sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral en España. Fue Comisiones Obreras (CCOO) quien elaboró dicho estudio con el fin de contribuir a la erradicación de esas formas de violencia frente a las mujeres²⁹. Y en octubre de 2021 el Instituto de las Mujeres publicó un modelo de Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, que responde a la necesidad de prevenir, sensibilizar y, en su caso, atajar con todas las garantías estas formas de violencia y discriminación en el ámbito laboral, así como de cumplir con la legalidad vigente. Tanto en el ámbito de las Administraciones Públicas, es decir toda empresa, tanto en el ámbito público como privado, independientemente de su número de personas trabajadoras, tiene la obligación de adoptar, previa negociación con la representación legal de las personas trabajadoras, un procedimiento o protocolo para prevenir y actuar frente al acoso sexual y/o por razón de sexo, así como las medidas para evitar el acoso y arbitrar procedimientos para su prevención y para dar cauce a las denuncias.

El perfil de la empleada del hogar en España tiene nombre de mujer migrante. Uno de los puestos laborales más recurrentes en las mujeres extranjeras a la llegada al país de destino es el servicio doméstico. El elevado número de personas que se dedican a servicios domésticos se debe, principalmente, al incremento de número de mujeres que se han ido incorporando al mercado laboral a lo largo de las últimas décadas y al envejecimiento de la población. Por traer a colación datos estadísticos, según un informe presentado por CC.OO. Andalucía, con motivo de la celebración del día de la empleada de hogar (30 de marzo de 2022): “El 31,3 % de

²⁹ Consúltense Acoso sexual y acoso por razón de sexo - Igualdad en la Empresa - Ministerio de Igualdad

las mujeres afiliadas al Sistema Especial de Empleadas del Hogar son extranjeras, con un total de 12.612 mujeres extranjeras afiliadas a este régimen, lo que supone que casi 9 de cada 10 mujeres afiliadas son de países no pertenecientes a la UE y solo una de cada diez, de un país de los 27 de la UE". En España hay alrededor de 580.600 personas empleadas de hogar de las cuales el 86% son mujeres, y el 50% de ellas son extranjeras. Sin duda, se trata de un sector laboral muy feminizado y ocupado por mano de obra extranjera.

El ET considera el trabajo doméstico una relación laboral de carácter especial, regulado en una normativa específica y, desde el punto de vista de la Protección Social, son incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social (Sistema Especial para Empleados de Hogar), todo ello desde la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Aunque en los últimos años su protección social ha mejorado, aún se encuentran muy lejos de poder equipararse a un trabajador por cuenta ajena. Estos déficits de protección se acentuaron con la pandemia (Covid-19).

Por otro lado, en septiembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó la ratificación del Convenio 190 contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo de la OIT, así como del Convenio 177 (sobre los derechos de los trabajadores a domicilio). Asimismo, España ha ratificado el Convenio nº 189 de la OIT, sobre los derechos de las trabajadoras empleadas de hogar. La trabajadora extranjera debe hacer frente a unas precarias condiciones laborales. Además, tiene peores condiciones de seguridad y salud laboral, y padece un alto riesgo de acoso, tanto laboral como sexual.

Por otro lado, hay que señalar que las medidas actuales frente a la trata no son completamente efectivas para proteger a las víctimas, y que integrar un enfoque de género puede ser clave para mejorar dicha protección. No cabe duda que la trata constituye una violación de los Derechos Humanos (la trata se diferencia del tráfico de personas). Existe una prohibición internacional de la trata, el género juega un papel crucial en la legislación, dada la vulnerabilidad particular de mujeres y niñas³⁰.

Quisiera terminar con los buenos propósitos, que una vez más se han puesto de manifiesto desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En vísperas de la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, que se celebra en Doha, del 4 al 6 de noviembre de 2025, Gilbert F. Houngbo, Director General de la OIT, pide unir esfuerzos para renovar el compromiso hecho hace treinta años de reducir la pobreza, promover el trabajo decente y avanzar en la inclusión social. "Hace treinta años, el mundo hizo la promesa de reducir la pobreza, promover el trabajo decente y avanzar en la inclusión social. Ahora tenemos la oportunidad de renovar

³⁰ Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, 12 de agosto de 2010, Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. A/RES/64/293

ese compromiso en la Segunda Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social. La Organización Internacional del Trabajo estará en Doha para ayudar a convertir esa visión en acción y garantizar que nadie se quede atrás. Junto con gobiernos, empleadores y trabajadores, estamos trabajando para promover salarios dignos, protección social, lugares de trabajo seguros y oportunidades iguales para todos. Estamos enfrentando las desigualdades, construyendo una economía digital más inclusiva y apoyando transiciones justas para los trabajadores y las pymes ante los cambios climáticos y tecnológicos. Porque todos merecen las mismas oportunidades de acceder a empleos de calidad y a una prosperidad compartida.”

IV
EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD
EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Observaciones histórico-jurídicas del Derecho de Extranjería: de los albores del siglo XIX al ocaso del siglo XX*

M^a Nieves ALONSO GARCÍA

*Profesora Permanente Laboral
de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de León*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1091-6819>

Correo electrónico: malong@unileon.es

Sumario: I. Proemio: 1. *El Derecho de Extranjería desde una perspectiva ius-histórica*. 2. *Breve referencia al objeto de estudio*. 3. *Contextualización histórica*. II. Preludio y postrimerias del siglo XIX: 1. *La Novísima Recopilación de las Leyes de España: el elemento religioso y la “amistad con la Corona”*. 2. *Constitución Española de 1812: el concepto de Nación*. 3. *El Real Decreto de Extranjería de 1852*. III. La obertura a tres voces del siglo XX: 1. *Primera voz: Real Decreto de 16 de enero de 1931*. 2. *Segunda voz: Ley 118/1969, de 30 de diciembre*. 3. *Tercera voz: Decreto 522/1974, de 14 de febrero*. 4. *Polifonía constitucional*. IV. Coda reflexiva.

Palabras clave: Edad Moderna y Contemporánea, condición de nacional y extranjero, análisis ius-histórico, domiciliados y transeúntes.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IP: Mercedes Soto Moya.. Además, está ejecutado en el marco del Proyecto de la Direcció General de Ciència i Investigació, per la qual es concedeixen subvencions a grups d’investigació emergents GE 2025 (CIGE 2024). “El Estado de Derecho en Crisis: la institucionalización de la represión en los regímenes autoritarios del s. XX en el sur de Europa” (referencia: CIGE/2024/227)” I.P. Dra. Sara MORENO TEJADA. Asimismo, está efectuado en el contexto del Grupo de investigación consolidado ULE “Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales –EUROHIST.org– I.P. Dr. David CARRIZO AGUADO. Igualmente, está efectuado en el contexto de dos estancias de investigación bajo el “Programa Erasmus+ Acción K 131 de Formación del PDI de la Universidad de León” en régimen de concurrencia competitiva en la Università di Bologna bajo la tutorización del Prof. Dr. Marco CAVINA y en la Universidade do Minho cuya tutorización fue efectuada por la Profa. Dra. Maria Clara DA CUNHA CALHEIROS DE CARVALHO.

I. PROEMIO

1. *El Derecho de Extranjería desde una perspectiva ius-histórica*

El objeto de esta contribución es un retroceso al pasado del Derecho de Extranjería para abordar la influencia de las realidades históricas en su regulación y a tenor de las mismas reflexionar sobre los desafíos del futuro.

Bajo este sustrato, se procederá a realizar una síntesis histórica de la normativa de Extranjería¹ desde el inicio de la Edad Contemporánea –con la Constitución de 1812– que culminará con la considerada primera ley de extranjería, derogada ya en la actualidad, la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*². Los textos normativos a los que haré referencia son el *Real Decreto de Extranjería de 1852*³ en el que se define la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes y de sus derechos y obligaciones, el *Real Decreto de 16 de enero de 1931*⁴, considerado la primera disposición que tiene como finalidad regular el estatuto jurídico de la inmigración, la *Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipinas empleados en el territorio nacional*⁵ y el *Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España*⁶.

En primer lugar, se determinará el objeto de estudio y a fin de comprender los factores no jurídicos que condicionaron la evolución del Derecho, se llevará a cabo una contextualización histórico-jurídica para seguidamente emprender la tarea de destacar los aspectos más reseñables de cada una de las disposiciones normativas citadas.

2. *Breve referencia al objeto de estudio*

El objeto de la Historia del Derecho es lo jurídico en su dimensión histórica, debemos proceder, en consecuencia, a una delimitación material, temporal y espacial del objeto⁷. La labor del historiador del Derecho⁸ es el

¹ ÁLVAREZ-VALDÉS, M.: *La Extranjería en la Historia del Derecho español*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1992.

² BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

³ *Gaceta de Madrid* núm. 6730, de 25 de noviembre de 1852.

⁴ *Gaceta de Madrid* núm. 16, de 16 de enero de 1931.

⁵ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969.

⁶ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1974.

⁷ Vid. ESCUDERO LÓPEZ, J.A.: “En torno al objeto de la Historia del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 34-36, 1969, pp. 391-433.

⁸ “La Historia del Derecho: concepto, objeto y problemas metodológicos”, en *Historia del Derecho español* (coord. por ALVARADO PLANAS, J.; MONTES SALGUERO, J.J.; PÉREZ MARCOS, R. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D.), Vol. 1, Sanz y Torres, Madrid, 2010, pp. 2-19.

Derecho del pasado y que por su integración debería entenderse situar al Derecho en relación con las restantes manifestaciones de la vida y cultura de cada pueblo, pero sin perder de vista que es el Derecho lo que ha de ser estudiado.

La delimitación material, es decir, qué se entiende por Derecho, parte de la definición instrumental aportada por el Prof. García Gallo conforme a la cual el Derecho es la ordenación de la vida social con fuerza vinculante⁹ y, por tanto, se va a estudiar todo lo que en un determinado momento histórico hubiese servido para organizar la sociedad.

En cuanto a la delimitación temporal, el historiador del Derecho debe preocuparse en estudiar lo que en el pasado se entendió por Derecho, coincida o no con la consideración que en el presente se tenga sobre el mismo. El período objeto de estudio se enmarca entre la Edad Moderna y la Edad Contemporánea de acuerdo con la periodificación de la Historia del Derecho español¹⁰.

Por lo que respecta a la delimitación espacial, esta contribución se abordará bajo la delimitación geográfica de Derecho español. Recurriendo nuevamente a las enseñanzas del Prof. García Gallo, el Derecho hoy considerado como español es el resultado de una tradición jurídica que lo explica. Por lo tanto, habrá que considerar español el conjunto de Derechos por los que se ha regido el pueblo español, tanto si son creados por él o en España, como si han sido recibidos de fuera, pero aplicados en ella, ya en el actual territorio, ya en otras partes¹¹. Además, puesto que el Derecho actual se explica por el histórico, habrá que incluir en su estudio las tradiciones jurídicas que hayan contribuido a conformarlo¹².

3. Contextualización histórica

Las normas analizadas se encuentran en su dimensión temporal comprendidas entre los años 1805-1974 y, por tanto, conforme a la periodificación de la Historia del Derecho español¹³, en la etapa correspondiente

⁹ GARCÍA GALLO, A.: *El origen y la evolución del Derecho*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1964, p. 19 y ss.

¹⁰ La periodificación seguida en esta contribución es la que se detalla a continuación: Edad Antigua: Se extiende hasta la caída del Reino visigodo en el año 711. Engloba todo el período de la España romano-visigoda; Edad Media: Subdividida en Alta y Baja Edad Media: (i) Alta Edad Media: siglos VIII a XII y (ii) Baja Edad Media: siglos XII a XV; Edad Moderna: años 1484 a 1812. Tiene como punto de partida, la aparición de un nuevo libro de Derecho, con recopilaciones y empieza en España con el Ordenamiento de Montalvo y finaliza con la aparición de la primera Constitución Española, la de 1812, porque el texto de Bayona de 1808 no se considera Derecho español y, finalmente la Edad Contemporánea se extiende desde el 1812 hasta nuestros días.

¹¹ GARCÍA GALLO, A. *op.cit.* p. 22..

¹² GIBERT, R.: "La tradición en el derecho español", *Arbor*, núm. 150, 1958, pp. 63 y ss.

¹³ Los periodos históricos son útiles, aunque siempre revisten un cierto grado de artificiosidad, porque la realidad jurídica no es homogénea, ya que los diferentes sectores institucionales evolucionan

con la Edad Contemporánea (siglo XIX-actualidad), con una breve mención a la Novísima Recopilación de las Leyes de España¹⁴, finalizada en el año 1805 y, por ende, ubicada temporalmente en los últimos años de la Edad Moderna (siglos XV a XIX).

Respecto de esta última, y en relación a los factores políticos, la Edad Moderna, está marcada por el reinado de los Reyes Católicos que sienta las bases de la unión de las coronas aragonesa y castellana. La incorporación del reino de Granada en 1492¹⁵ y de Navarra en 1513¹⁶ dejaron definitivamente constituido el germen de la unidad política española. Asimismo, el descubrimiento de América en 1492¹⁷ preparó la incorporación posterior a la monarquía española de diversos territorios. Bajo el Reinado de los Austrias, España alcanza el rango de primera potencia internacional y su máximo desarrollo cultural. En este contexto, se crea el ambiente más propicio para que surja una cultura y un Derecho. Es también un período caracterizado por el florecimiento de la economía¹⁸.

siguiendo perfiles diferentes, marcados por ritmos históricos diferentes. Pero teniendo en cuenta estos condicionantes, lo que se busca es la operatividad siguiendo una periodificación semejante, aunque no coincidente con la de la Historia general, que incide en el cambio más que en la nota de continuidad, mientras que con la exposición sistemática ocurre exactamente a la inversa. La Historia se expresa o manifiesta de manera continua, pero ello no mengua en absoluto la legitimidad de la periodificación. En España, García Gallo optó por no seguir la periodificación de la Historia de España, sino que, desde su perspectiva institucional, seguía la propia evolución de las instituciones jurídicas fundamentales, y así, la periodificación de la Evolución general y de los sistemas de fuentes difiere de la de las instituciones políticas. Lo característico del derecho es su tendencia a la estabilidad, lo característico de su historicidad son los cambios. El Derecho salvo cambios bruscos que son excepcionales, evoluciona lentamente. GARCÍA GALLO, A. *op.cit.* p. 19 y ss.

¹⁴ Para un sector de la doctrina el gran defecto de la Novísima Recopilación fue no estar a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código civil napoleónico. Además, en sí misma considerada, La Novísima Recopilación abundó e insuficiencias y contradicciones: omitió algunas leyes, repitió otras, citó a los autores sin la debida exactitud, etc....Francisco Martínez Marina en su *Ensayo histórico-crítico* calificó a la Novísima Recopilación de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas”. Citado por: ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *Curso De Historia Del Derecho: Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, Gráficas Solana, Madrid, 1985, pp. 704-705.

¹⁵ Vid. LADERO QUESADA, M.A.: *La incorporación de Granada a la Corona de Castilla*, Granada: Diputación Provincial, 1993.

¹⁶ Vid. GARCÍA PÉREZ RAFAEL, D.: “El debate sobre la incorporación de Navarra a Castilla durante la Edad Moderna”, en *1512, conquista e incorporación de Navarra. Historiografía, derecho y otros procesos de integración en la Europa renacentista* (coord. por FLORISTÁN IMÍZCOZ, A. P.), Ariel, Madrid, 2012, pp. 189-197.

¹⁷ Para el Prof. De Arvizu, Colón se lanzó a una aventura de descubrimiento, pero no se lanzó a ciegas: él sabía y sabía mucho. Los protonautas fueron reales, y el piloto desconocido, muerto en Madeira en último lugar, fue quien reveló todo al almirante, el cual decidió aprovecharlo en su beneficio. Otras muchas cosas pudieran decirse de los viajes siguientes, que atestiguan tanto el conocimiento que Colón tenía de esas tierras, como refuerzan la idea de los protonautas. Cuando la Historia habla de hechos que descansan en los motivos más secretos de la conciencia humana, —uno de ellos el *auri sacra fames*, de Virgilio o la fambre de oro rabiosa del marqués de Santillana— hay que huir, por sistema, de las visiones simplistas. Porque las cosas suelen ser mucho más complicadas de lo que a primera vista parecen. DE ARVIZU, F.: “Colón y el descubrimiento. muchas incógnitas y algunas certezas”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 9, 2021, pp. 3-11.

¹⁸ ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *op. cit.* pp. 633 y ss.

En cuanto a los factores económicos, la protección ofrecida por los Reyes Católicos a la economía nacional contribuyó a su desarrollo. España va a participar en la actividad económica mundial. La vida económica, social y política descansaba sobre la clase burguesa y se centraba en las ciudades¹⁹. Asimismo, la necesidad del Estado de disponer de numerosos recursos económicos supuso que los Reyes Católicos tuvieran que recurrir al comercio de las Indias²⁰ con el fin de buscar recursos²¹. Igualmente, es la época de oro de la cultura española²².

El siglo XIX, sumergidos ya en la Edad Contemporánea, se inicia con la coyuntura de la crisis de 1808, que supondrá la ruptura del sistema político anterior y culminará con la inauguración del Estado constitucional en España que surge paralelamente al fin de la monarquía absoluta y a la llegada en su lugar de la monarquía liberal y parlamentaria. Es el período de influencia de los principios revolucionarios franceses y de las transformaciones basadas en la atracción por el extranjerismo jurídico. Del sistema político inglés, se captará la soberanía²³ nacional²⁴ y el principio en virtud del cual el rey, reina pero no gobierna.

En el Derecho internacional, la derrota definitiva de Napoleón en Waterloo y el consiguiente Congreso de Viena de 1815 supone la estabilización y el asentamiento de las potencias, es decir, se configura un nuevo marco internacional²⁵.

Esta síntesis contextualizadora resume el panorama político, económico y social en el que emerge la regulación de las personas extranjeras

¹⁹ Una de las grandes preocupaciones que giraba en torno al gobierno de las ciudades fue la de garantizar alimentos y el control de los precios para evitar revueltas sociales, epidemias o problemas económicos. GUILLAMÓN ÁLVAREZ, F.J.: "La Administración municipal en la Edad Moderna, Del régimen castellano al modelo gaditano", *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 248, 1990, pp. 825-838.

²⁰ Con el descubrimiento de América el comercio con las Indias fue prohibido a los extranjeros lo que conllevó que abandonaran el Nuevo Mundo, que recibirá un importante flujo de españoles, con lo que el comercio de la Península quedó dominado por los extranjeros, que nuevamente van a gozar de privilegios más amplios que los de los propios españoles. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: "La condición jurídica de los extranjeros en la Novísima Recopilación de las Leyes de España", en *Homenaje al Profesor José Antonio Escudero*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, p. 1258.

²¹ Para un análisis exhaustivo del derecho de Indias, Vid. SÁNCHEZ BELLA, I.: *La organización financiera de las Indias (siglo XVI)*, Escuela Libre de Derecho, México, 1990.

²² Esta época es conocida como el Siglo de Oro por la proliferación de obras artísticas y literarias entre cuyos máximos representantes puede citarse en el campo del arte a El Greco o Velázquez y como literatos a Miguel de Cervantes, Lope de Vega, Calderón de la Barca o Antonio de Nebrija.

²³ La relación entre la Constitución y la soberanía nacional sirve asimismo para reforzar la unidad del Estado, como organización política, y del ordenamiento, como sistema jurídico, lo cual es especialmente importante en un sistema como el nuestro, políticamente compuesto y jurídicamente complejo. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: "Límites y soberanía en el orden constitucional español", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 2009, pp. 265-282.

²⁴ Procede indicar que no todas las constituciones históricas proclaman la soberanía en el pueblo, sino que el algunas se conciben como compartida entre el Rey y las Cortes. Así, mientras la Constitución de 1812 proclama la soberanía nacional, la Constitución de 1845 reconoce la soberanía compartida entre el rey y las Cortes.

²⁵ NEILA HERNÁNDEZ, J.L., MORENO JUSTE, A., ALIJA GARABITO, A., MANUEL SÁENZ ROTKO, M. J. y SANZ DÍAZ, C.: *Historia de las Relaciones Internacionales*, Alianza, Madrid, 2018.

en España y sobre el que pivotarán los sucesivos cambios y evolución de su marco jurídico.

II. PRELUDIO Y POSTRIMERIAS DEL SIGLO XIX

1. *La Novísima Recopilación de las Leyes de España 1805: el elemento religioso y la “amistad con la corona”*

La *Novísima Recopilación de las Leyes de España* promulgada en el año 1805²⁶ es considerada como el antecedente más inmediato del Derecho de Extranjería. Dentro de la amplitud de esta Recopilación se recogen expresamente preceptos relativos a los extranjeros, y se asienta la distinción entre domiciliados y transeúntes que permanecerá a lo largo de la evolución normativa del Derecho de Extranjería.

Esta Recopilación se publicó en el contexto de la España moderna que tuvo entre sus hitos más relevantes la unificación religiosa, consumada con la expulsión de los judíos y de los moriscos²⁷, y el establecimiento de la Inquisición como consecuencia del problema generado por los falsos conversos²⁸. El auge del sentimiento antisemita y la unidad de la fe llegó a ser un postulado fundamental de un Estado responsable de su tutela y control. Los problemas planteados por los falsos conversos llevaron a los Reyes Católicos a solicitar al papa el establecimiento de la Inquisición²⁹.

Estos factores históricos influyeron en la evolución del Derecho de Extranjería en cuanto al trato de favor dispensado a los extranjeros católicos y amigos de la Corona. De este modo, se requirió a todos los avecindados el ser católicos, jurar fidelidad a la Religión y al Rey y renunciar a todo fuero de extranjería³⁰. La condición de católico era uno de los basamentos fundamentales sobre los que descansaban los lazos de vecindad

²⁶ Para un estudio minucioso de la condición jurídica de los extranjeros en la *Novísima Recopilación*, consultar: TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.: “La condición jurídica de los extranjeros en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*”, en *Homenaje al Profesor José Antonio Escudero*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2012, pp. 1251-1286.

²⁷ En el año 1608, el Consejo de Estado votó por unanimidad la expulsión de los moriscos. *Vid.* “La expulsión de los moriscos”, en *La Iglesia en la Historia de España* (dir. por ESCUDERO LÓPEZ, J.A.), *La Iglesia en la Historia de España*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2014, pp. 459-482.

²⁸ Se hace referencia a quienes formalmente se habían hecho cristianos pero que en la práctica seguían fieles a su antigua religión. *Vid.* BEL BRAVO, M.^a. A.: “Judíos, conversos y sefardíes en época de los Reyes Católicos”, *Desperta Ferro. Arqueología e Historia*, núm. 9, 2016, pp. 52-57.

²⁹ El 1 de noviembre de 1478 Sixto IV otorgó una bula autorizando a los Reyes Católicos a designar tres inquisidores, expertos en teología o derecho canónico. La Inquisición española no será abolida hasta el 15 de junio de 1834 y marcará la vida nacional en los tres siglos siguientes. ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *op.cit.* p. 657.

³⁰ Tomo VI. 15. Los avecindados deben ser católicos, jurar fidelidad a la Religión y al Rey, renunciar a todo fuero de extranjería, y toda relación, unión o dependencia del país de su nacimiento en materias políticas, gubernativas y de sujeción civil, y no usar de su protección, ni la de sus embajadores, o cónsules so las penas que se expresan.

y naturalización. En el ámbito socio-económico, España se encontraba en los últimos compases del Antiguo Régimen sumergida en una coyuntura de crisis que hacía preciso buscar incentivos que favoreciesen su desarrollo social y económico. El requisito de la residencia favorecía el incremento poblacional y la generación de riqueza.

Así, bajo el criterio de extranjero católico de país amigo³¹ y cumpliendo una serie de requisitos, como la obligación de vivir veinte leguas tierra adentro de los puertos, les fue concedido el permiso para ejercer sus oficios en España³².

En el Libro I, Título IV, Leyes II y VI se estableció el marco regulatorio de las cartas de naturaleza³³ para cuya concesión se requirió el consentimiento a las ciudades y villas con voto en Cortes³⁴. A este respecto, se hacía referencia a la naturalización absoluta para la total incorporación del sujeto a quien se concediese a la sociedad y nación española y con la finalidad última de que pudiese disfrutar, como si verdaderamente hubiera nacido en España de todos y cualesquiera oficios con la condición de que residiera en España³⁵.

³¹ La Novísima Recopilación reconoció una serie de favores a los “católicos y amigos de la Corona” entre los que se encontraban los irlandeses. CHAUCA GARCÍA, J: “Irlandeses en el comercio gaditano-americano del Setecientos”, en *Los extranjeros en la España moderna: actas del I Coloquio Internacional celebrado en Málaga del 28 al 30 de noviembre de 2002*, (dir. por VILLAR GARCÍA, M^a. B, PEZZI CRISTÓBAL, P.), Vol. 1, 2003, 2, pp. 267-277.

³² Tomo VI. 1. Se permite a los extranjeros católicos de países amigos ejercer artes y oficios en España, residiendo veinte leguas tierra adentro, con libertad perpetua de moneda forera (suprimida), y por seis años de alcabalas, servicio ordinario y extraordinario (suprimido), y cargas concejiles, con derecho a los pastos y demás aprovechamientos comunes, (se deroga la obligación de vivir “veinte leguas tierra adentro)

³³ *Vid.* a este respecto: MURO CASTILLO, A. y COBO DEL ROSAL, G.: “La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español”, en *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, (coord. por GARCÍA CASTAÑO, J. y KRESSOVA, N.), Instituto de Migraciones, Granada, 2011, pp. 2083-2090.

³⁴ Libro I, Título IV, Ley II. La Cámara me hizo presente, que por leyes y pragmáticas de estos reinos, y repetidas condiciones de los servicios de millones, y más particularmente por la treinta del quinto género de las generales está prohibido, que los que no sean naturales de estos reinos puedan tener oficios de Veinticuatro, Regidores, Jurados, ni otros algunos en ellos, ni gozar pensiones, Canonjías, Dignidades ni otros cualesquiera beneficios eclesiásticos, con expresión de que no se pudiese consultar por la Cámara para ello, ni el Rey no dar su consentimiento; y que los extranjeros que tenían rentas eclesiásticas no las gozasen, sino fuese residiendo en estos reinos, cuyo cumplimiento y observancia tenía yo jurado; exponiendo igualmente el sumo desconsuelo y perjuicio que ocasiona a mis vasallos la concesión de estas gracias, como lo representaron en el año 1715 algunas ciudades de voto en Cortes, negando el consentimiento que entonces se les pedía; bajo cuyo fundamento juzga la Cámara ser de su obligación, poner lo expresado en mi Real consideración, y que sería muy propio de mi piedad no faltar al consuelo de los naturales de estos reinos; siendo el mayor con que se les puede acudir, el cerrar totalmente la puerta a la concesión de semejantes naturalezas, particularmente en lo eclesiástico, que de tanto ha sido y es a estos reinos; quedando por cuenta de la Cámara no consultar semejantes gracias, sino en caso que precisamente lo pidan grandes conveniencias al Real servicio.

³⁵ Libro I, Título IV, Ley VI. La naturaleza absoluta es para la total incorporación en estos reinos del sujeto a quien se concediera, para poder disfrutar de todos y cualesquiera oficios, como si verdaderamente hubiese nacido en España, y limitada una mera aptitud para aquella determinada gracia que se concede entonces; y con aquellas determinadas condiciones que se concede a un extranjero para gozar pensión eclesiástica, con la condición de que resida en España, no se debe entender, que por esta concesión está hábil el tal para otros oficios y dignidades., ni para el mismo goce de la pensión mientras no residiere en estos

La Novísima Recopilación asienta, en lo que respecta al Derecho de Extranjería, la clasificación de los extranjeros residentes en transeúntes y domiciliados que permanecerá en el *iter* normativo posterior.

Asimismo, y en relación con la vecindad configuró los requisitos que debían cumplir los extranjeros para ser considerados vecinos. Bajo la denominación de “vecino” se englobaba a cualquier extranjero que obtuviese privilegio de naturaleza, el que naciese en el Reino, el que se convirtiese a la fe católica, el que estableciese su domicilio, el que pidiese y obtuviese vecindad en algún pueblo, el que contrajese matrimonio con mujer española, la extranjera casada con español o natural, el que comprase, adquiriese bienes y se arraigase, el que tuviese tienda y vendiese al por menor³⁶.

La religión católica³⁷ y la residencia en el territorio nacional, ya fuera permanente (domiciliados) o temporal (transeúntes) fueron los ejes sobre los que osciló el reconocimiento de la condición de español. El asentamiento de estos principios respondió, por un lado, a la preocupación por el mantenimiento del catolicismo como signo común de identidad y garantía de la unidad política y social de la Nación y, por otro, a la necesidad de incentivar el crecimiento socioeconómico.

2. *Constitución Española de 1812: el concepto de Nación*

Tal y como señala el Prof. González Díez, en relación con la afirmación de Otto Brunner, “la historia política embrida la realidad constitucional al punto de que aquella va a iluminar a la naturaleza íntima de ese profuso racimo de 384 uvas que articulan la ley de leyes, es decir, ese utópico marco constitucional fecundado en 1812”³⁸.

Esta reflexión será el punto de partida desde el que se aborde la definición de Nación³⁹ y la condición de español. Al respecto del primero de

reinos; y con esta expresión en una y otra clase de naturalezas, quiero y mando que, cuando llegue el caso pida el consentimiento a las referidas ciudades y villas de voto en Cortes.

³⁶ Ley III, del Libro VI, Título XI. Debe considerarse por vecino, en primer lugar cualquier extranjero que obtiene privilegio de naturaleza; el que nace en estos Reinos; el que en ellos se con vierte a nuestra santa Fe Católica; el que viviendo sobre sí, establece su domicilio; el que pide y obtiene vecindad en algún pueblo; el que se casa con mujer natural de estos Reinos, y habita domiciliado en ellos; y si es la mujer extranjera, que casare con hombre natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido; el que se arraiga comprando y adquiriendo bienes raíces y posesiones; el que siendo oficial viene a morar y ejercer su oficio; y del mismo modo el que mora y ejerce oficios mecánicos, tiene tienda en que venda por menor...

³⁷ En este sentido, ÁLVAREZ-VALDÉS considera que la idea religiosa para el mantenimiento de es espíritu de los hispánicos frente al exterior, permanece como una constante, desde la monarquía visigótica, pasando por la Reconquista y por la Edad Moderna, inspirada en los principios de la Contrarreforma; y que se reitera con ocasión de la Revolución Francesa. ÁLVAREZ-VALDÉS, *op.cit.* p. 526.

³⁸ GONZÁLEZ DÍEZ, E.: “La monarquía constitucionalizada por la nación”, en *Cádiz, 1812: origen del constitucionalismo español* (dir. por PALACIOS BAÑUELOS, L.), Dykinson, Madrid, 2013, P. 117.

³⁹ BARTOLOMÉ CLAVERO, S., LORENTE SARIÑENA, M.^a, PORTILLO VALDÉS, J. M.^a: *Pueblos, nación, constitución (en torno a 1812)*, Vitoria-Gasteiz: Ikusager, 2004.

los aspectos mencionados, el texto gaditano en su artículo primero define la Nación española como la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios. Seguidamente, en su tercer y cuarto precepto enuncia los dos principios consagrados en el Constitución de 1812: la soberanía nacional⁴⁰ y la división de poderes. En nuestro país, será, por tanto, el 19 de marzo de 1812 cuando la Constitución promulgada en Cádiz suprima el Antiguo Régimen, y consagre a los ciudadanos como titulares de la soberanía nacional, dando así paso al régimen liberal y al Estado constitucional⁴¹.

El texto constitucional de 1812 en su artículo 10 ubicado dentro del capítulo I bajo la rúbrica “Del territorio de las Españas” establece la delimitación del territorio español⁴². Asimismo, el Prof. Fernández Allés considera que a partir de 1812 el concepto de Nación⁴³ “no es una ilusión sino un concepto jurídico”⁴⁴ que el texto gaditano incorpora en su artículo 3 para atribuirle “esencialmente” la titularidad de la categoría legitimadora del poder originario.

No obstante, cabe apreciar que el surgimiento de la noción de lo español, entendido como un sentimiento de pertenencia a España, puede datarse a finales del siglo XV con el matrimonio de Fernando de Aragón e Isabel de Castilla que sentó las bases de la unión de las coronas aragonesa y española, posteriormente consumada con Juana I y Carlos I (V). Aun cuando no podemos referirnos *stricto sensu* a una unificación política, sí al surgimiento de un sentimiento de pertenencia a una realidad superior llamada España⁴⁵.

La condición de español se establece en su artículo 5 en virtud del cual “son españoles todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos; los extranjeros que

⁴⁰ Art. 3º. Constitución de 1812. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

⁴¹ ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *op. cit.* p. 537.

⁴² Art. 10. Constitución de 1812. El territorio español comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional, Nueva España, con la Nueva Galicia y Península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo, y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno.

⁴³ VARELA SUANZES-CARPEGNA concluye que la Constitución de 1812 consagra el concepto de nación de los liberales de la metrópoli, refiriéndose a la sede donde residía el poder originario, esto es, al concepto de soberanía nacional, que presenta unas evidentes implicaciones jurídicas. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 424.

⁴⁴ FERNÁNDEZ ALLES, J.J.: “El concepto de nación en la Constitución de 1812”, en *La ilusión constitucional. Pueblo, patria, nación: XI Jornadas de la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad, 1750-1850* (Coord. por RAMOS SANTANA, A.), Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2002, p. 53.

⁴⁵ Vid. MARHUENDA, F.: “Nación, rey y gobierno en la constitución de 1812”, en *Cádiz, 1812: origen del constitucionalismo español*, (dir. por PALACIOS BAÑUELOS, L.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 73-115.

hayan obtenido de las Cortes cartas de naturaleza; los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía y en último lugar, los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.”

La Constitución hace referencia a la pertenencia de las Españas, haciendo uso del plural tanto para la delimitación territorial⁴⁶ como para la determinación de la condición de español⁴⁷.

La referencia a los extranjeros en este texto constitucional no se limita al citado artículo 5 sino que brinda un capítulo, en concreto el cuarto del Título II, artículos –del 18 al 26–, a describir minuciosamente la ciudadanía española⁴⁸. En la evolución constitucional posterior este desarrollo es más habitual que se encuentre recogido en los Códigos Civiles⁴⁹.

Conforme al articulado reseñado es digno de mención, en lo relativo a los extranjeros el artículo 19 ya que se considera también ciudadano español el extranjero que gozando ya⁵⁰ de los derechos de español obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano⁵¹, para la cual los siguientes preceptos establecían una serie de requisitos. De este modo, se exigía estar casado con mujer española, haber afianzado alguna invención o industria relevante, haber adquirido bienes que revirtieran beneficio a través de una contribución, desarrollar alguna actividad comercial con un capital ponderable o haber prestado servicios relevantes en defensa de la Nación⁵².

⁴⁶ La Constitución de Cádiz de 1812 con el nacimiento del Estado liberal se asienta sobre el poder de la Administración, poniendo fin al régimen anterior basado en el modelo del Estado absolutista. Vid. ROSELLÓ ZAMORA, M.^a R.: “Las Cortes de Cádiz y la nueva estructura territorial”, en *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*, (coord. por COLOMER VIADEL, A.), Universitat Politècnica de València, 2011, pp. 209-218.

⁴⁷ PETIT, C.: “Los códigos del Trienio Liberal. Una exégesis del art. 258 de la Constitución de Cádiz”, *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 21, 2020, p. 113.

⁴⁸ Sobre este particular, Vid.: CABEDO MALLOL, V.: “La cuestión de la ciudadanía en la Constitución española de 1812”, COLOMER VIADEL, A. (Coord.), *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América*, Universitat Politècnica de València, 2011, pp. 195-208.

⁴⁹ Sirva como ejemplo el Código Civil de 1889 –*Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889*–. cuyo Libro Primero, bajo la rúbrica “De las personas”, y dentro del mismo, su Título I, con la denominación “De los españoles y extranjeros” en donde se regula la ciudadanía española.

⁵⁰ A este respecto ÁLVAREZ-VALDÉS estima que este planteamiento es confuso pues parte de la posibilidad de que los extranjeros gocen “ya” de los derechos del español, y sin, embargo, no se aclara como se gozan “ya” tales derechos, el principal de los cuales, en esta materia, es el de la ciudadanía. ÁLVAREZ VALDES, M.: *op.cit.* p. 508.

⁵¹ Art. 19. Constitución de 1812. Es también ciudadano español el extranjero que gozando ya de los derechos de español obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano.

⁵² Art. 20. Constitución de 1812. Para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española y haber traído o fijado en las Españas alguna invención o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa o establecidos en el comercio con un capital propio y considerable, a juicio de las mismas Cortes o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación.

Igualmente, se extiende la condición de ciudadanos a los hijos de los extranjeros domiciliados en España, con la apreciación de que se trata de hijos legítimos que hubieran nacido dentro de lo que se considera como territorio español y que salvo autorización expresa del Gobierno, no hubieran salido nunca de España. Además, se requiere que teniendo veintiún años cumplidos se encontraran avecindados en los dominios españoles y que ejercieran alguna profesión de utilidad⁵³.

En el citado artículo 5 *in fine* se revela que también tendrán la condición de españoles los que lleven diez años de vecindad ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía e incluye los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

A tenor de lo expuesto, la Constitución de Cádiz de 1812 al regular la condición de español y por contraposición la de extranjero, supone la categorización jurídica de la nación⁵⁴. Es decir, la condición de español constituye el matrimonio entre la persona y la nación bajo el compromiso de cumplir determinadas obligaciones y disfrutar del reconocimiento de una serie de derechos.

Además, nuevamente, se hace especial hincapié en la regulación de los requisitos para la obtención de la condición de ciudadanos españoles en la necesidad de ejercer una profesión que revirtiera en un beneficio económico para la Nación.

3. El Real Decreto de Extranjería de 1852

Dentro del marco regulador de la extranjería en España se considera al *Real Decreto*⁵⁵ *dictando varias reglas sobre extranjería, y adoptando la clasificación de domiciliados y transeúntes* de 1852⁵⁶ como su primera norma reguladora.

En primer lugar, y en relación con el contenido de este breve pero profuso texto es digno de mención uno de los argumentos de su exposición de motivos en el que se indica que “entre las reformas o aclaraciones que requiere el estado de nuestra legislación, pocas habrá tan convenientes y

⁵³ Art. 21. Constitución de 1812. Son asimismo ciudadanos los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas que, habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veinte y un años cumplidos, se hayan avecindados en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil.

⁵⁴ Vid. FERNÁNDEZ ALLÉS, J.J.: “El concepto de nación en la Constitución de 1812”, en *La ilusión constitucional. Pueblo, patria, nación: XI Jornadas de la Ilustración al Romanticismo. Cádiz, América y Europa ante la Modernidad, 1750-1850* (Coord. por RAMOS SANTANA, A.), Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 2002, pp. 53-66.; MUÑOZ CASTILLO, A. y COBO DEL ROSAL, G.: “La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español”, en *Actas del Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, (coord. por GARCÍA CASTAÑO, J. y KRESSOVA, N.), Instituto de Migraciones, Granada, 2011, p. 2083.

⁵⁵ Este Real Decreto desarrolla el artículo 1 de la Constitución de 1845.

⁵⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 6730, de 25 de noviembre de 1852.

aun tan perentorias como las que comprendan nuestras leyes sobre extranjeros”. Ciento setenta y tres años después está máxima podría seguir encabezando cualquier regulación de extranjería.

A lo largo del desarrollo de este Real Decreto, el primero de sus capítulos se dedica a los extranjeros y su clasificación en España, dentro del cual se enuncia un listado de las personas a quienes se consideran extranjeras y se categoriza a los extranjeros residentes en España como transeúntes y domiciliados.

El primer supuesto de españoles lo encabezan todas aquellas personas nacidas de padres extranjeros y los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de los dominios de España⁵⁷ si no reclaman la nacionalidad española. También se incluye a los hijos nacidos en el territorio español cuyos progenitores sean extranjeros o de padre extranjero y madre española, también en el supuesto de no reclamar la nacionalidad española y a los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad. Sobre este particular, se percibe que la nacionalidad es de transmisión paterna por cuanto se considera extranjero al hijo legítimo de padre extranjero aun cuando su madre sea española.

En último lugar, y uno de sus aspectos más destacables de esta regulación es que se otorga la condición de extranjera a la mujer española que contrae matrimonio con un extranjero. Por tanto, la mujer que contrae matrimonio con un extranjero pierde su condición de española, en lo que cabría considerar una subordinación legal de la mujer respecto de su marido en lo relativo a la nacionalidad.

El artículo segundo de este primer capítulo establece que los extranjeros podrán obtener la consideración de españoles si consiguen carta de naturaleza o ganan la vecindad de acuerdo con las leyes. En contraposición, es decir sino no se obtiene carta de naturaliza ni vecindad, pero se reside en España se tendrá la condición de extranjero.

Sobre este último aspecto, se distingue a efectos legales entre extranjeros domiciliados y transeúntes, entendiendo a los primeros como aquellos con residencia fija prolongada por tres años que dispongan de bienes propios y medios para poder vivir en España y cuenten con la autorización de la Autoridad superior civil de la provincia. En el segundo caso, se consideran transeúntes a los extranjeros que no tuvieran su residencia fija en el reino.

En su capítulo III se regula la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes, sus derechos y obligaciones en el ámbito civil, mercantil, fiscal, administrativo, judicial o penal⁵⁸.

⁵⁷ El artículo 1 *in fine* indica que entre los dominios españoles se consideran los buques nacionales sin distinción alguna.

⁵⁸ ESPINAR VICENTE, J. M.^a: *La extranjería en el sistema español de derecho internacional privado*, Ediciones TAT, Granada, 1987.

Entre los derechos reconocidos a los extranjeros, así como a vecinados y transeúntes se encuentra el de entrar y salir libremente de los puertos y poblaciones de España, y de transitar con igual libertad en su territorio. Es decir, se prevé el derecho de libre circulación⁵⁹. Asimismo, se reconoce el derecho a adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones a los súbditos españoles.

Por lo que respecta a las obligaciones y en virtud del artículo 21 se establece la obligación de los domiciliados al pago de los impuestos y contribuciones fiscales.

En relación con las prohibiciones cabe mencionar que ningún extranjero podía profesar en España otra religión que no fuera la católica, Apostólica Romana (artículo 25) y la prohibición de participar de los derechos políticos pertenecientes a los españoles (artículo 26). Tampoco pudieron los extranjeros ejercer los derechos municipales en las elecciones para los Ayuntamientos⁶⁰, ni obtener cargos municipales, ni empleo en las diversas carreras del Estado.

En el marco de la jurisdicción competente, el artículo 20 y ss. regulan que los Tribunales españoles tenían competencia en aquellos delitos que cometieran los domiciliados y transeúntes en el territorio español, y para el cumplimiento de las obligaciones que hubieran contraído en España, o fuera de España, siempre que fueran a favor de súbditos españoles.

Asimismo, se estableció que en los negocios extranjeros, o contra extranjeros, aunque no procedieran de acción real ni de acción personal, por obligaciones contraídas en España, eran sin embargo competentes los jueces españoles cuando se tratase de evitar un fraude, o adoptar medidas urgentes y provisionales para detener a un deudor que intentase ausentarse a fin de eludir el pago o para la venta de efectos expuestos a perderse en almacenes, o para proveer interinamente de guardador a un demente u otros análogos.

⁵⁹ Para un exhaustivo estudio de la libre circulación de personas, *vid.* SOTO MOYA, M.: "La libre circulación de personas como concepto ambivalente", *Revista española de derecho internacional*, Vol. 60, núm. 1, 2008, págs. 163-178; SOTO MOYA, M.: "Derecho de opción a la nacionalidad española en la Ley 20/2022 de Memoria Democrática y su incidencia en la libre circulación de personas", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 46, 2023, versión on-line.

⁶⁰ En la actualidad, el artículo ciento setenta y seis de la *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General* establece que, sin perjuicio de lo regulado en el Título I, capítulo I, de esta Ley, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado. Asimismo, gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales todas las personas residentes en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española: a) Tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea según lo previsto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 8 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. b) Reúnan los requisitos para ser elector exigidos en esta Ley para los españoles y hayan manifestado su voluntad de ejercer el derecho de sufragio activo en España. 2. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban de ser inscritos en el censo.

III. LA OBERTURA A TRES VOCES DEL SIGLO XX

1. Primera voz: Real Decreto de 16 de enero de 1931

El estatuto jurídico de la inmigración tiene como primer hito en su regulación al *Real Decreto disponiendo se regule conforme a los preceptos contenidos en los artículos que se insertan la entrada, estancia y establecimiento en España de los trabajadores extranjeros que vengan al territorio nacional para ejercer en él sus actividades en la industria, la agricultura, el comercio o en profesiones libres, y la permanencia en sus empleos de los que ya tuvieron colocación dentro del país*, de 16 de enero de 1931. En su propia exposición de motivos se refiere a España como el pueblo más acogedor de la historia y se justifican las restricciones a la emigración extranjera por los momentos de crisis de trabajo⁶¹ que se extendía con “creciente agravación y desconsoladora rapidez por los países del antiguo y nuevo continente”⁶².

El Decreto establecía la previsión de continuar “por ahora” con los trabajadores extranjeros⁶³ que tuvieran a sus servicios siempre que dispu-

⁶¹ Las crisis económicas tienden a ser el caldo de cultivo en el que surgen con fuerza las políticas limitadoras de derechos y prestaciones sociales a los no nacionales, tanto extracomunitarios como comunitarios. La crisis económica se está convirtiendo en el basamento sobre el que se fundamenta el recurso indiscriminado a la figura normativa del decreto-ley. Así, por ejemplo, en el año 2012 se establecieron por el *Real Decreto RDL 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* una serie de medidas en pro a instaurar una política de austeridad en el ámbito sanitario que fueron aprobadas a través de la figura normativa del Decreto ley. Para un estudio más amplio de este argumento, *Vid.* entre otros: ALONSO GARCÍA, M.^a N.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular a la luz de la STC 139/2016, de 21 de julio de 2016: universalidad vs. Gratuidad”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2017, pp. 41-57; CARRIZO AGUADO, D. / ALONSO GARCÍA, M.^a N.: “*Quo vadis* del derecho a la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular en el escenario jurídico español”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 51, 2019, pp. 31-56.

⁶² Para un estudio del fenómeno migratorio español durante la II República, *Vid.*: GIL LÁZARO, A.: “El fin de la emigración masiva en los debates de las Cortes de la Segunda República Española”, *Estudios de historia de España*, Vol. 24, núm. 2, 2022, pp. 116-136. La autora indica que “la gran depresión de los años treinta devolvió a España a miles de emigrantes establecidos en diversas latitudes de América Latina originando durante varios años una inversión del flujo migratorio característico de las décadas previas. Los gobiernos de la Segunda República se vieron por vez primera ante la necesidad de legislar no tanto las salidas a la emigración exterior sino los retornos masivos. Los problemas derivados de este radical cambio de tendencia en los desplazamientos migratorios españoles se discutieron en las sesiones de Cortes y originaron un debate público con presencia en la prensa, especialmente en lo que se refería a la intervención asistencial estatal en la repatriación de españoles afectados por la crisis a través de la gestión y financiación de los pasajes de aquellos cuya situación se veía insostenible. Sin embargo, más allá de la discusión concreta sobre dicha contingencia, las intervenciones de los diputados respondían a las distintas opiniones que circulaban en aquel tiempo acerca del papel económico de los emigrantes y las consecuencias que su retorno tendría para el país”.

⁶³ Se entendía por trabajador extranjero a toda persona, varón o hembra mayor de quince años no nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer en el país un oficio, arte o empleo asalariado, manual o técnico, cualquiera que sea la forma y cuantía de la retribución con que se remuneren sus servicios, y todas aquellas otras de igual condición legal que laboren por su cuenta, haciendo uso de instrumentos de trabajo o útiles de rendimiento económico de su propiedad, que se dediquen al comercio ambulante o se empleen también por propia cuenta en ocupaciones que no requiera otra aptitud personal que la que dimane del simple esfuerzo físico.

sieran de un contrato de trabajo y de una tarjeta especial de identidad – cuya duración era de un año y cuya renovación quedaba condicionada a la subsistencia de las mismas circunstancias que determinaron la obtención de la primera– y que se consideraba como el título de legítima residencia en España. Añadía la disposición que, en lo sucesivo, habrían de reemplazarlos con obreros o empleados españoles, siempre que hubiese entre ellos personal pendiente de colocación, capacitado profesionalmente para desempeñarlos.

Aun cuando el legislador expuso que esta justificación no respondió a la defensa de los trabajadores españoles sino a un deseo humanitario y al acatamiento a las normas de justicia social universal⁶⁴, que tenían por fin evitar la miseria y privaciones a gran número de personas, se vislumbra la intención de establecer un contrapeso en favor de los trabajadores españoles que retornaban a su país de origen⁶⁵.

2. *Segunda voz: Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipinas empleados en el territorio nacional.*

La *Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipinas empleados en el territorio nacional*⁶⁶ en su único artículo⁶⁷ estableció el reconocimiento de los derechos de los trabajadores extranjeros hispano-americanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos residentes en España y su equiparación a los nacionales. Esta extensión respondía a los vínculos que ligaban a España con los pueblos miembros de la comunidad iberoamericana y filipina⁶⁸ y que postulaban la necesidad de articular, con

⁶⁴ Estas normas aludidas se basaban en el impedimento de hacer del trabajo mercancía y del trabajador mercado y evitar la explotación despiada del extranjero al que la necesidad obligue a buscar trabajo en nuestro país, de cuyo propósito es prueba la medida que entre otras se propone que en ningún caso pueda percibir retribución inferior a la que obtengan los trabajadores nacionales en un trabajo de valor igual.

⁶⁵ La inmigración a América –especialmente a Argentina y Brasil con la apertura de puertas a los inmigrantes reconocida en la Constitución de 1853– a finales fue uno de los aspectos más significativos de las crisis demográficas del siglo XIX. Entre 1882 y 1914 España perdió cerca de un millón de personas, convirtiéndose este fenómeno en el factor demográfico más característico de esta época. Así queda apuntado por ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *op. cit.* p. 860.

⁶⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1969, pp. 20501 a 20502 (2 pp.).

⁶⁷ Artículo único. Los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los trabajadores españoles en lo que respecta a sus relaciones laborales, cualquiera que sea la forma de su regulación, eximiéndoles del pago de los derechos derivados de su condición. Asimismo, se equiparán en cuanto a su inclusión en los regímenes general y especiales de la Seguridad Social y en cuanto a los beneficios y ayudas del Fondo Nacional de Protección al Trabajo.

⁶⁸ En 1898 y a través del Tratado de París, España cedió Filipinas, Cuba y Puerto Rico a Estados Unidos. *Vid.* a este respecto: DÍAZ GONZÁLEZ, F.J.: “Estudio histórico-jurídico de los tratados de liquidación

todas las garantías legales, una efectiva comunidad social iberoamericana y filipina.

Nuevamente, se pone de manifiesto la influencia de las realidades históricas en la creación del Derecho de Extranjería y en su pivote sobre las áreas históricamente prioritarias como fue en un primer momento Iberoamérica y posteriormente la Europa comunitaria.

3. Tercera voz: Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España

El Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España⁶⁹ se aprobó en un contexto de la crisis económica internacional⁷⁰ que conllevó la conveniencia de regular el control de ingreso⁷¹, permanencia⁷² y salida de los extranjeros, previéndose incluso las visitas turísticas⁷³.

Esta norma es considerada junto con la ya derogada *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en*

del Imperio español de Ultramar: el Tratado de París de 10 de diciembre de 1898 y el de Madrid de 30 de junio de 1899", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 2005, 2004-2005, págs. 36-50.

⁶⁹ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 1974.

⁷⁰ Para profundizar sobre el impacto de esta crisis en la economía española, *Vid.* LORCA ALCALÁ, J. M.^a: "El impacto de la crisis del petróleo de 1973 en el contexto económico español", *Espacio, tiempo y forma. Serie V, Historia contemporánea*, núm. 27, 2015, pp. 165-180.

⁷¹ La Circular número 2.896, de 28 de abril de 1978, de la Dirección General de Asuntos Consulares, restableció los visados de entrada para aquellos extranjeros que desearan permanecer en España por períodos superiores a noventa días, fuera con la intención de ejercer una actividad laboral o no. La Circular número 2.896 dispuso que el visado, «válido para una estancia en España de noventa días, prorrogables por la Autoridad competente durante su vigencia», sólo podrá ser concedido por el Cónsul tras «autorización de este Ministerio (de Asuntos Exteriores), que la cursará tras obtener la debida conformidad de la Dirección General de Seguridad y, en su caso, del Órgano competente del Ministerio de Trabajo». CASAS ÁLVAREZ, F. J.: "Trabajadores extranjeros en España bajo la óptica de la adhesión a la CEE", *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 8, núm. 1, 1981, p. 71.

⁷² El régimen de permisos de permanencia (tres meses de duración, prorrogables) y de autorizaciones de residencia (dos años, prorrogables) viene contemplado por el Decreto 522/1974. El solicitante debía acreditar documentalmente sus circunstancias personales y medios de vida, correspondiendo al Director de la Seguridad del Estado adoptar la decisión pertinente (facultad que en 1978 se delegó en los Gobernadores Civiles en virtud del Real Decreto 1.617/1978, de 2 de junio). CASAS ÁLVAREZ, F. J., *op.cit.* p. 72.

⁷³ "En la década de los setenta, el advenimiento de la crisis mundial del dólar en 1971, la crisis del petróleo de 1973, la caída del modelo de Estado de Bienestar y el cambio en el esquema global de la división internacional del trabajo, transformaron la forma de entender la inmigración en Europa. A nivel regional devino una etapa de "cierre" a la inmigración conocida como "de puertas cerradas" o "inmigración cero" que priorizó políticas de regularización selectiva y de expulsión. Como consecuencia, los países del norte de Europa suspendieron convenios de contratación de trabajadores extranjeros, cerraron el ingreso a nuevos inmigrantes internacionales, al tiempo que auspiciaron medidas políticas que incentivaban el retorno de los inmigrantes. A tono con las discusiones despertadas en Europa por la crisis económica internacional, España aprobó el Decreto 522/1974 que regulaba el control del ingreso, permanencia, y salida de los extranjeros, dentro del cual englobaba los flujos turísticos". SANTI PEREYRA, S.: "La construcción de la política española sobre inmigración. Ideas, legislación y discursos desde 1969 a 1996", *Oñati socio-legal series*, Vol. 8, núm. Extra-7, 2018, pp. 1075.

*España*⁷⁴ uno de los cimientos sobre los que se asienta la regulación de las personas inmigrantes que llegan a nuestro país.

En relación con el concepto de extranjero, y trasladándonos a los últimos años del franquismo, se reguló en sentido negativo, entendiendo por tal “a los que no gozaran de la condición de españoles de acuerdo con los dispuesto en el ordenamiento jurídico sobre esta materia” (artículo primero).

Uno de los aspectos más significativos de este Decreto es la regulación de las situaciones de tránsitos, visitas, permanencias y residencias. A mayor abundamiento, se estima que son domiciliados los que gocen de permiso de permanencia⁷⁵ o de autorización de residencia⁷⁶ y se reputarán transeúntes los viajeros en tránsito o en visita turística o similar (artículo 14). Y conforme a esta delimitación estableció que los viajeros en tránsito podrían permanecer en España durante el tiempo que se les conceda el visado para continuar el viaje a través del territorio español⁷⁷ (artículo 15.1). No obstante, se previó que la Dirección General de Seguridad –o en su caso, las Jefaturas Superiores de Policía, Delegaciones Especiales y Comisarías Provinciales y Locales– pudieran autorizar una prórroga cuando mediasen causas que impidieran la salida en el plazo conferido (artículo 15.2).

Trasladado a la contextualización histórica en la cual está en vigor esta previsión normativa es reseñable la apreciación recogida en su artículo 11 en virtud de la cual, el Director General de Seguridad podía acordar la prohibición de entrada a los extranjeros en territorio nacional, aun cuando contaran con la documentación adecuada, si por su conducta, antecedentes u otras circunstancias eran considerados como personas no acreedoras a su admisión.

Al Director General de Seguridad se le otorgó, por tanto, una potestad de tomar bajo su propia apreciación y juicio, la decisión de prohibir la en-

⁷⁴ BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

⁷⁵ Los permisos de permanencia son discrecionalmente concedidos por la Dirección General de Seguridad a los extranjeros que, teniendo el propósito de permanecer durante más tiempo en España, lo soliciten antes de agotar el plazo concedido en la documentación, que permitió su entrada en España. Podían ser en función del plazo: ordinarios (por un período de validez de tres meses renovables por plazos sucesivos de igual duración) o especiales (que podían tener un plazo de validez superior a tres meses, pero sin exceder de un año) y por los fines de la solicitud: permiso de permanencia para los extranjeros que pretendan realizar en España una actividad lucrativa o permisos de permanencia para actividades no lucrativas. SOUVIRON MORENILLA, J. M.³: *Notas para una Ley de Extranjería, Cuadernos de Documentación*, Cuadernos de Documentación, Presidencia del Gobierno, Subdirección General de Documentación Madrid, 1981, p.13.

⁷⁶ Los titulares del permiso de permanencia en vigor que tengan propósito de residir en España más prolongada o indefinidamente podrán obtener autorización de residencia si justifican debidamente su necesidad y no existe ninguna razón que se oponga a ello. La primera autorización de residencia tenía una duración de dos años, y era renovable por otros dos, y trascurridos ambos plazos, las ulteriores renovaciones podían concederse por cinco años previa justificación del arraigo económico, social o familiar del peticionario en España. SOUVIRON MORENILLA, *op.cit.* p. 14.

⁷⁷ Los extranjeros visitantes y turistas pueden permanecer en España el tiempo que se les haya concedido en el visado o reconocido en los Acuerdos en vigor (normalmente noventa días) debiendo a su fin salir de España o solicitar el permiso de permanencia que les autorice a permanecer en ella. SOUVIRON MORENILLA, *op.cit.* p. 13.

trada en España a determinados extranjeros, aunque dispusieran de los requerimientos suficientes para una entrada legal. Es decir, se confieren a los poderes públicos amplias facultades para permitir o denegar la entrada a extranjeros en el territorio español⁷⁸.

4. POLIFONÍA CONSTITUCIONAL

A lo largo de esta contribución se han analizado –al margen de la Novísima Recopilación y la Constitución de 1812– normas comprendidas entre los años 1852 y 1974 períodos en los que, en algunos casos, han coexistido con textos constitucionales. De manera sucinta, dado que no constituyen el objeto central de este trabajo, pero sí dignas de mención como normas supremas del ordenamiento jurídico, se hará una breve referencia a los preceptos relativos a los extranjeros en las Constituciones de 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931.

La Constitución de 1837 supuso la incorporación de una formalidad jurídica⁷⁹ en virtud de la cual se consideró españoles tanto a los extranjeros que hubieran obtenido carta de naturaleza y a los que, a falta de ello, hubieran ganado carta de vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía⁸⁰. Esta solemnidad estará igualmente presente en las Constituciones de 1845⁸¹, 1869⁸² y 1876⁸³. Asimismo, la Constitución de 1869 será la primera en enunciar algunos derechos implícitos a los extranjeros. En concreto, se establecía que, al igual que los españoles, no podían ser detenidos ni presos sino por causa de delito⁸⁴, es decir se les reconocía el derecho de libertad personal y la inviolabilidad del domicilio, en tanto en cuanto, se preveía que

⁷⁸ SANTI PEREYRA, S., *op. cit.* p. 1075.

⁷⁹ GARCÍA RUIZ, J.L.: “La condición de extranjero y el derecho constitucional español”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, núm. 2, 2015, p. 16.

⁸⁰ Constitución Española de 1837. Título Primero. De los españoles. Artículo 1º. Son españoles: Primero. Todas las personas nacidas en los dominios de España. Segundo. Los hijos de padre o madres españoles, aunque hayan nacido fuera de España. Tercero. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. Cuarto. Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

⁸¹ Constitución Española de 1845. Título Primero. De los españoles Artículo 1º. Son españoles: 1º. Todas las personas nacidas en los dominios de España. 2º. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3º. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4º. Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

⁸² Constitución Española de 1869. Título Primero. De los españoles y sus derechos. Artículo 1º. Son españoles: 1º. Todas las personas nacidas en territorio español. 2º. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3º. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4º. Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo del territorio español.

⁸³ Constitución Española de 1876. Título Primero. De los españoles y sus derechos. Artículo 1º. Son españoles: Primero. Las personas nacidas en territorio español. Segundo. Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. Tercero. Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. Cuarto. Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía

⁸⁴ Constitución Española de 1869. Art. 2º. Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito.

nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro⁸⁵.

La Constitución de 1876 reafirma estos derechos⁸⁶ e incorpora la libertad de establecimiento en territorio español para ejercer industria o una profesión que no exigiera títulos expedidos por las autoridades españolas. No obstante, si no estaban naturalizados no podían ejercer cargo al que fuera inherente autoridad o jurisdicción⁸⁷.

El siglo XIX estuvo caracterizado no solo por la constitucionalización sino también por la codificación. Durante la vigencia de la Constitución de 1876 fueron promulgados los Códigos de Comercio de 1885⁸⁸ y Civil de 1889⁸⁹, que desarrollaron y reforzaron algunas de las previsiones relativas a los extranjeros recogidas en su Constitución coetánea⁹⁰. Así, por ejemplo, el artículo 27 del Código Civil⁹¹, igualó al extranjero con el nacional en cuanto a la titularidad de los derechos civiles, y el artículo 15 del Código de Comercio de 1885⁹² permitió a los extranjeros y a las compañías constituidas en el extranjero ejercer el comercio en España.

⁸⁵ Constitución Española de 1869. Art. 5º. Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de dentro, o para auxiliar a persona que desde allí pida socorro. Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por el Juez competente y ejecutarse de día. El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Sin embargo, cuando un delincuente, hallado in fraganti y perseguido por la Autoridad o sus agentes, se refugiare en su domicilio, podrán éstos penetrar en él, sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, procederá requerimiento al dueño de éste.

⁸⁶ Constitución Española de 1876. Art. 4º. Ningún español, ni extranjero, podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban. Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al juez competente. La providencia que se dictare se notificará al interesado dentro del mismo plazo. Art. 6º. Nadie podrá entrar en el domicilio de un español, o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las leyes. El registro de papeles y efectos se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

⁸⁷ Constitución Española de 1876. Art. 25. Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción.

⁸⁸ *Gaceta de Madrid* núm. 289, de 16 de octubre de 1885.

⁸⁹ *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁹⁰ Para un estudio pormenorizado de los derechos de los extranjeros durante este período, *Vid.* SOUVIRON MORENILLA, J.M., *op. cit.* p.8 y ss.

⁹¹ Artículo 27 del Código Civil de 1889 en su redacción original. Los extranjeros gozan en España de los derechos que las Leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales.

⁹² Artículo 15 del Código de Comercio de 1829. Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a

En último lugar a través de este breve recorrido por el constitucionalismo histórico, e inmersos ya en el siglo XX, es sugerente que la Constitución Republicana de 1931 recoja en su artículo 23.4 un precepto de gran similitud al de la Constitución de 1837, en tanto que estableció que eran españoles, los extranjeros que obtuvieran carta de naturaleza y los que sin ella hubieran ganado vecindad en cualquier pueblo de la República, en los términos y condiciones que prescribiesen las leyes.

No obstante, cabe considerar que el Título III referente a los Derechos y deberes de los españoles reconoce una serie de derechos tomando en cuenta la condición de persona, sin discriminación entre españoles y extranjeros⁹³. Igualmente, se reconoció el derecho a emigrar o inmigrar sujeto únicamente a las limitaciones que la ley estableciera e indicó que una ley especial determinaría las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español (artículo 31).

IV. CODA REFLEXIVA

Merced de este recorrido legislativo que abarca los inicios del siglo XIX y la última etapa del siglo XX se manifiesta como los factores no jurídicos, al igual que en otros ámbitos, han influido en la evolución del Derecho de Extranjería.

A lo largo del siglo XIX, profesar la religión católica como signo de identidad y unión política, ejercer alguna profesión que revirtiera en beneficio económico para la nación y tener residencia en territorio español se convirtieron, a grandes rasgos, en los principios básicos que los extranjeros debían reunir para adquirir los mismos derechos y obligaciones que los nacionales. En el texto de 1852 se establece una sumisión legal, de la mujer respecto de su marido, en tanto en cuanto, se estableció que la mujer española que se casara con un extranjero tendría la consideración de extranjera.

Inmersos ya en el siglo XX se percibe como las coyunturas de crisis económicas y políticas fueron determinando el estatuto jurídico de la inmigración y el reconocimiento de derechos a los extranjeros, siendo más amplios cuando se precisaba de un crecimiento demográfico que contribuyera al sostenimiento económico de la Nación y más restrictivos cuando primaban las necesidades de los nacionales que se veían obligados a re-

su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.

⁹³ Sirva de ejemplo el artículo 34 de la Constitución de 1931 en el que se establece que toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura.

tornar a su país. Al igual que hiciera más de cien años antes la Novísima Recopilación con países amigos de la Corona, en 1969 el legislador optó por favorecer a las áreas que históricamente habían estado vinculadas a España (la comunidad iberoamericana y filipina).

En esta misma centuria, y a tenor de la primera Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las constituciones españolas fueron reconociendo los derechos inherentes a las personas. En los primeros textos, se otorgaban derechos para los españoles, pero el constituyente de 1869 extendió determinadas garantías también a los extranjeros. La Constitución Republicana hizo referencia al reconocimiento de algunos derechos a las personas sin distinción entre españoles y extranjeros e incluyó el derecho a emigrar e inmigrar.

Parafraseando al poeta Antonio Machado en su célebre obra *Caminante no hay camino* “al andar se hace el camino y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar” y teniendo en consideración que el Derecho actual se explica por el histórico, el legislador debe reflexionar en base a la experiencia de las realidades pretéritas para afrontar los retos jurídicos que el futuro de la extranjería plantea en nuestro país.

Asimismo, y en la ardua labor de legislar, debe tenerse en consideración, como apunta el célebre historiador del Derecho, el Prof. García Gallo, que el Derecho reviste ciertos caracteres, sin los cuales perdería efectividad en su función organizativa de la sociedad: prioridad o anterioridad de las normas en relación con la situación de hecho que tratan de regular, la coordinación y no contradicción entre las mismas, la permanencia en la vigencia y su aplicación uniforme. Estas características debieran estar siempre presentes entre quienes tienen encomendada la redacción de las leyes, máxime cuando, en los últimos años se advierte especialmente con asiduidad que esa prioridad a la situación de hecho no está siempre presente.

Estos caracteres cobran especial importancia en un escenario cada vez más global e internacional en el que el Derecho internacional privado como orden normativo y la Historia del Derecho como realidad ya vivida deben ir ligados.

El trabajador extranjero en la II República Española: *status jurídico**

Fernando DE ARVIZU

*Catedrático Emérito de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de León*

ORCID: 0000-0001-9604-5550

Correo electrónico: farvg@unileon.es

Pablo CARRIZO AGUADO

*Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas
Universidad Isabel I*

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7662-9486>

Correo electrónico: pablo.carrizo.aguado@ui1.es

Sumario: I. Contextualización política y económica. II. El papel crucial del legislador constitucional y la actuación del Ministerio de Trabajo: 1. *La Constitución de 1931 y su transcendencia en materia sociolaboral*. 2. *Líneas de actuación del Ministerio de Trabajo*. III. Las primigenias disposiciones jurídicas relativas a la entrada de extranjeros y su acceso al mercado de trabajo: 1. *Marco normativo*. 2. *Concepto de trabajador extranjero*. 3. *La puesta en marcha de los “permisos de trabajo” destinados a la mano de obra extranjera*: 3.1. Principio general. 3.2. Procedimiento de formalización y publicación de la solicitud de la carta de identidad. 3.3. Naturaleza de la carta de identidad. 3.4. Trabajadores por cuenta propia. 3.5. Régimen sancionador. 3.6. Excepciones. IV. A modo de conclusión.

Palabras clave: migración laboral, Constitución Española de 1931, carta de identidad profesional, protección social, economía del trabajo.

* Estudio realizado en el marco de las actividades de los siguientes Grupos de Investigación de los que el autor forma parte. i) Grupo de Investigación Consolidado ULE «Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales» –*EUROHIST.org*–; ii) Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad Isabel I «Tecnologías digitales aplicadas a las Ciencias Jurídicas y Económicas» en la línea «Nuevas Tecnologías aplicadas a las relaciones laborales». Además, está ejecutado en el marco de una estancia de investigación en la Università di Bologna bajo la tutorización del Prof. Dr. Marco CAVINA.

I. CONTEXTUALIZACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA

Desde el surgimiento del ordenamiento normativo sociolaboral hasta la actualidad, el legislador ha ido tomando diversas posturas dependiendo de las necesidades y retos asociados a los cambios económicos y políticos que se han ido produciendo en diferentes periodos y, en consecuencia, ello ha influido en la situación del mercado de trabajo. En nuestro país, a finales del siglo XIX y principios del XX, se empiezan a gestar las primeras normas que conformaron el Derecho del Trabajo, en su acepción contemporánea, consolidándose durante la dictadura de Primo de Rivera y alcanzando su madurez en el transcurso de la II República¹.

En la finalización de la segunda década del siglo XX ocurrió un hecho que marcará el devenir económico, político y laboral del escenario internacional, la Gran Depresión de 1929. Este acontecimiento surgió a raíz de la caída en la inversión como fruto de una ralentización de la demanda de bienes relacionados con las innovaciones de la Segunda Revolución Industrial y la instauración de políticas monetarias que no tuvieron el efecto esperado para contrarrestar la crisis. Este colapso económico se inició con el archiconocido *crack* de la Bolsa de Nueva York en octubre de 1929 y que progresivamente fue contagiando al resto de economías mundiales. Estados como Alemania, Austria o Italia sufrieron una caída de su sistema bancario a causa de una retirada masiva de capitales².

Si nos adentramos en los problemas económicos de España hallamos un cierto atraso frente a sus países vecinos. La agricultura representaba el motor principal de la economía con escasa subordinación del mercado internacional³. A su vez, existió un fuerte proteccionismo por cuanto primaba el autoabastecimiento con su producción y, por consiguiente, su dependencia del mercado exterior constituía un porcentaje menor en proporción al resto de países. Además de ello, la cotización de la peseta conllevó a que los productos españoles se abaratasen y no sufriesen un descenso significativo en

¹ Ante la mutación del Derecho Social se comenzó a cuestionar que este no era un Derecho ni netamente público, ni privado, sino una disciplina novedosa y diferente que abordaba las relaciones económicas desde una postura de protección al más débil, es decir, a la clase trabajadora. De esta manera queda resaltado por TOMO CAMALLONGA, C.: "Una aproximación al Derecho del Trabajo desde la Historia del Derecho", *Derecho, historia y universidades: estudios dedicados a Mariano Peset*, Vol. 2, 2007, versión online.

² Entre las razones a esta grave recesión económica se debían a dos razones: (i) una fuerte contracción del gasto en inversión y consumo como consecuencia de la desaceleración de bienes relacionados con las innovaciones de la Segunda Revolución Industrial y, (ii) la adopción de políticas económicas erróneas para contrarrestar la crisis. Así lo entiende SANCHIS LLOPIS, M.T.: "La economía del periodo de entreguerras, 1918-1939" en *VV.AA.: Los tiempos cambian. Historia de la Economía* (coord. Por J. PALAFOX GÁMIR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 169-196, p. 185.

³ En 1930, el sector de la agricultura aglutinaba al 48% de la población activa, el sector de la industria el 31% y el sector servicios el 21%. No obstante, la proporción de población activa del sector agrario decreció del 68% al 48% durante el periodo comprendido entre 1900 y 1930. De manera inversa, el sector industrial se produjo un aumento del más del doble, pasando del 15% al 31%. Ahora bien, sucesos como la guerra civil o la segunda guerra mundial fueron motivos suficientes para derivar en una brusca paralización en este sector durante las dos siguientes décadas. Así dejan constancia de ello DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Introducción a la Economía del Trabajo*, Debate, Madrid, 1980, pp. 40-42.

su demanda⁴. En definitiva, a pesar de la caída del comercio exterior y el comienzo de la retirada de capitales a partir de 1931 –descenso de la inversión, aumento del desempleo y una bajada en la cotización de la moneda–, el sistema financiero español apenas se vio dañado por la *Gran Depresión*. Así pues, entre 1929 y 1935, España, según los datos macroeconómicos del momento, sufrió una crisis económica, pero de menor calado a la de otros países⁵.

Con ello, tal vez los problemas económicos de España vinieron precedidos por los acontecimientos políticos de la época. Al igual que en otros momentos históricos, la proclamación de la II República ocasionó un efecto de incertidumbre entre las clases pudientes que derivó en un éxodo de capitales⁶. A esto, se sumaba una tensión del mercado de trabajo que alcanzó una tasa de paro superior al diez por ciento de la población activa en los momentos más difíciles. A parte de estar influenciado por las tensiones económicas de la época, también se debía a factores demográficos. A este respecto, por un lado, retornaron a nuestro país un número importante de personas que habían emigrado años atrás y, por otro, aumentó la población en la década de 1910-1920. Estos dos motivos dieron como resultado un aumento de la masa laboral en España⁷.

II. EL PAPEL CRUCIAL DEL LEGISLADOR CONSTITUCIONAL Y LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO

1. La Constitución de 1931 y su transcendencia en materia sociolaboral

Con la llegada de la Constitución de 1931⁸, España se abría camino a un nuevo Estado democrático y republicano, abandonando el régimen dic-

⁴ A mayor abundamiento, COMÍN, F.: “Política y economía: los factores determinantes de la crisis económica durante la Segunda República (1931-1936)”, *Historia y Política: Ideas, Procesos y Movimientos Sociales*, núm. 26, 2011, pp. 47-79; MARTÍN-ACENA MANRIQUE, P. y GARCÍA SANTOS, M.N.: “El comportamiento del gasto público en España durante la Segunda República, 1931-1935”, *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, Año núm. 8, núm. 2, 1990, pp. 397-415.

⁵ El PIB registró su valor más bajo en 1931, con una caída en términos reales de 5,8 puntos porcentuales respecto a 1929 y hasta pasados seis años no recuperó la cifra de 1929, concretamente el PIB de 1935 era equivalente al 99,9% del PIB de 1929. SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, M.Á. y GARCÍA QUERO, F.: “Crisis económicas y cambio institucional en España: de la Gran Depresión a la crisis de 2008”, *Universidad de Granada. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 02/11, versión online.

⁶ Con la II República, el miedo se apoderó de las clases adineradas con el resultado de una retirada de capitales del país, algo similar a lo ocurrido con la muerte de Franco, es decir, una búsqueda de estabilidad financiera a causa de los avatares políticos. Argumento de TORTELLA CASARES, G.: “Los problemas económicos de la II República”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 31-32, 1983, pp. 121-136, p. 129.

⁷ Entre 1931 y 1935, el saldo migratorio ofreció el retorno de 118.000 personas que hubieron de sumarse a los 412.000 nuevos trabajadores potenciales incorporados al mercado de trabajo, con el resultado de un aumento de la masa laboral en 530.000 unidades. Por lo tanto, de los 800.000 parados del período republicano, posiblemente unos 300.000 fueron el desenlace de la crisis económica interna, lo cual se corresponde con los índices de producción, y el medio millón restante serían consecuencia de la depresión internacional traspasada a la economía española a través de la interrupción de la emigración. Datos ofrecidos por EGEA BRUNO, P.M.: “La coyuntura económica de 1930 en España: reformar en crisis (II): los efectos”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 19, 2003 (Ejemplar dedicado a: Infancia, menores y migraciones contemporáneas en España y región de Murcia), pp. 415-434, p. 423.

⁸ Constitución de la República Española, *Gaceta de Madrid*, núm. 344, 10 de diciembre de 1931, pp. 1578-1588.

tatorial que imperaba con la monarquía⁹. De esta manera, el texto constitucional en su artículo 1 definía España como una *República democrática de trabajadores de toda clase*, con la atribución de la soberanía al pueblo por medio del derecho de sufragio activo y pasivo no solo a los hombres, sino también a las mujeres. Asimismo, se suprimió el Senado y, por primera vez, se reconoció el referéndum y la iniciativa legislativa popular¹⁰. En materia social, los constituyentes tomaron un enfoque novedoso que distaba del constitucionalismo español y europeo del siglo pasado¹¹. Así pues, el Capítulo II, del Título III de la Constitución llevaba por título *Familia, economía y cultura* en donde observó una postura claramente intervencionista. En particular, su artículo 44 señalaba: *el Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. A su vez, toda la riqueza del país sea quien sea su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las arcas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes*¹².

En clave *iuslaboralista*, su artículo 46 previó la regulación del trabajo. Atendiendo a la literalidad del precepto, fijaba el trabajo como *una obligación social y que gozará de la protección de las leyes*. No se proclamaba explícitamente el derecho –subjetivo– al trabajo¹³, pero se hizo constar

⁹ A parte de la coyuntura económica que no ayudaba, la principal causa de la caída de la monarquía fue el descontento generalizado de diferentes grupos sociales, entre ellos, las clases privilegiadas afectadas por las reformas fiscales; los empresarios perjudicados por las restricciones presupuestarias; obreros y empleados de clase media que consideraron una traición a su clase dar su voto en 1931 a los partidos tradicionales; la burguesía de las ciudades, apartada del voto durante los años de la Dictadura; los sindicatos, promotores de conflictos sociales cada vez más graves; los intelectuales y los universitarios, definitivamente distanciados del Régimen, e incluso muchos militares que tenían contenciosos abiertos con la Monarquía y sus gobiernos. Además de esto, en la clase política –aparte de los militantes de partidos de izquierda–, hubo personas votantes de partidos monárquicos que cambiaron su voto por sentir un abandono por parte de la dictadura de Primo de Rivera, *cfr.* PERAL GUERRA, L.: “De la Dictadura a la República: no fue la economía”, *Aportes: Revista de Historia Contemporánea*, Año núm. 33, núm. 97, 2018, pp. 93-131, p. 100.

¹⁰ La Constitución Republicana de 1931 introdujo un sistema de democracia representativa en el que incorporó novedosamente algunos mecanismos que transitan desde esa idea de democracia directa hacia la participación simbólica de los ciudadanos en los asuntos públicos, no como una democracia directa pura sino como consecuencia de la inserción de estos mecanismos de participación en una democracia representativa. La Constitución de 1931 constituye el primer texto constitucional en el que la democracia representativa se complementa con instrumentos de participación ciudadana en los asuntos públicos, previsión que se ha incorporado en nuestra Carta Magna vigente. Postulado ofrecido por ALONSO GARCÍA, M.^a N.: “Los derechos de participación política en la Constitución Republicana de 1931 y su influencia en la Carta Magna de 1978”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, pp. 574-601, p. 577.

¹¹ Los constituyentes tomaron como ejemplo las tendencias más vanguardistas representadas en la Constitución mexicana de 1917 y en la de Weimar, alejándose de los postulados del constitucionalismo español y europeo del siglo XIX. Así queda razonado por VARELA SUANZES-CARPEGNA, J.: “El Estado en la España del siglo XX (concepto y estructura)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 131, 2006, pp. 23-52, p. 35.

¹² En este sentido, las leyes ordinarias serían las encargadas de fijar los términos de la socialización de la riqueza, si cabía indemnización o no en la expropiación y de la posible intervención del Estado en las empresas, todo ello en función a las necesidades de la economía nacional. Así lo deja reflejado, PETIT CALVO, C.: “Estado social y derecho privado. España, 1931”, *Historia Constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 25, 2024, pp. 235-353 p. 279.

¹³ Nuestra actual Constitución Española de 1978 sí que lo reconoce. El artículo 35 establece que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, *BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre

que la República, mediante el desarrollo de una legislación social, aseguraría *a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna*. A través de un conjunto de medidas de carácter asistencial¹⁴, el legislador constitucional intentó mitigar la ausencia de trabajo por diferentes motivos ajenos a la voluntad del trabajador¹⁵. Sea como fuere, en el último precepto reseñado se ubicó el programa laboral de la II República por el que se confirmó el –clásico– carácter tuitivo del Derecho del Trabajo¹⁶. En términos generales, se puede afirmar que, la Constitución de 1931 puede ser considerada como la primera manifestación del Estado social, no solo en la esfera española sino también en la escena europea, en tanto en cuanto, recogió los derechos laborales básicos¹⁷.

A propósito de los movimientos migratorios de personas físicas, en su capítulo I, del título III, encabezado *Garantías individuales y políticas*, el párrafo segundo, del artículo 31, reconoció el derecho a emigrar¹⁸ o inmigrar, si bien, condicionado a posibles limitaciones que el Derecho estableciese posteriormente. De esta manera, se reconoció el derecho a la libertad de circulación, sin embargo, cayó en el olvido su finalidad ordinaria, es decir, la búsqueda de empleo¹⁹.

de 1978. Los padres de nuestra Constitución solamente reconocieron este derecho a los españoles, circunstancia que choca con la naturaleza de universalidad que caracteriza como derecho social fundamental. A pesar de esto, ha quedado admitida su ampliación a los extranjeros inmigrantes, quedando regulado como un derecho de configuración en la actual Ley de Extranjería. Da cuenta de ello, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 91.

¹⁴ Se hacía constar que la legislación social regularía aspectos como el seguro de enfermedad, el de accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres, de los jóvenes y la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afectase a la defensa de los trabajadores.

¹⁵ A este respecto, resultaba complejo determinar cuáles eran las condiciones que permitían vivir con dignidad, aquellas referentes a un montante mínimo económico o, si bien, condicionantes relacionadas con las normas constitucionales de carácter educativo o cultural, entre otras. En este sentido, *vid.* PRIETO GUTIERREZ, M.G. y PENDAS GARCÍA, B.: “La Seguridad Social en la Constitución española de 1931”, *Revista de Política Social*, núm. 139, 1983, pp. 51-91, p. 81.

¹⁶ Se subrayaba el lugar destacado del Estado en la intervención sobre las condiciones laborales. Si bien la legislación social desarrollada abarcaba un extenso número de materias, carecían de una sistematización entre todas ellas. Apunte aclaratorio de MONTOYA MELGAR, A.: “El trabajo en la Constitución”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 0, 2004, pp. 9-32, p. 13.

¹⁷ A parte de esta referencia constitucional al trabajo en general, se hacía alusión a otras categorías específicas de trabajadores, como el campesinado y los pescadores (artículo 47). Así lo pone de manifiesto, PÉREZ AYALA, A.: “La Constitución republicana de 1931 siete décadas después” *Cuadernos republicanos*, núm. 49, 2002, versión online.

¹⁸ Ya en 1907, con la Ley de Emigración se reconoció la libertad de todo español a emigrar ofreciendo una serie de garantías de carácter tutelar. Se trataba de proteger la figura del emigrante, considerado una persona débil, crédula, entusiasta, e incluso de limitada inteligencia, que debido a esta naturaleza era víctima potencial de los más variados abusos. Así queda expuesto por CAÑABATE PÉREZ, J.: “La Ley de Emigración de 1907: un ejemplo de intervencionismo científico”, *Iuslabor*, núm. 2, 2014, versión online.

¹⁹ *Vid.* BAYLOS GRAU, A.P.: “Bienio reformista y regulación del trabajo (1931-1933)”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 26, 2025, pp. 309-334, p. 318.

2. Líneas de actuación del Ministerio de Trabajo

Tal y como se indicó anteriormente, la II República comenzaba su andadura en una coyuntura económica de suma complejidad. Esta situación, como no puede ser de otra manera, también afectaba al mercado de trabajo, a saber, elevado número de parados, abusos en la contratación y bajos salarios. Con el objetivo de mitigar esta crisis, el Ministerio de Trabajo, estando al frente Francisco Largo Caballero, desarrolló diferentes decretos que, a partir de septiembre de 1931, se convirtieron en leyes reñrendadas por las Cortes Constituyentes²⁰.

Si hay un texto legal que marque un hito sobre el resto, debido a su calidad técnica, es la Ley relativa al Contrato de Trabajo de 1931²¹, en tanto que reconocía una disparidad entre las partes intervinientes en el contrato, procurando así una cierta nivelación compatible con el capitalismo. Igualmente, es la primera norma que admitió el poder del empresario. Al mismo tiempo, caben señalar la Ley de la jornada máxima de ocho horas²², la Ley de Jurados Mixtos²³, la Ley de colocación obligatoria²⁴, la Ley relativa al paro obrero²⁵ y la Ley relativa a enfermedades profesionales²⁶.

A *fortiori*, se puede aseverar que, el compendio de normas de cariz sociolaboral desarrollado durante el periodo de la II República afrontaba problemas que habían sido olvidados hasta la fecha. Ahora bien, como ha indicado un sólido sector de la doctrina *ius laboralista*, las causas que rebasaban la esfera política propia del bienio reformista (1931-1933), del bienio reaccionario (1933-1935) y del frente popular (febrero-julio. 1936), condujeron a un enorme desequilibrio entre el tenor de las normas y su aplicación práctica²⁷.

En otro orden de cosas, el 7 de septiembre de 1931 alcanzó fuerza de Ley el Decreto de 28 de abril de 1931, el cual exigió a los patronos del

²⁰ El repertorio de normas laborales impulsadas por el Ministerio de Trabajo, principalmente durante la etapa de Largo Caballero, atendió las demandas obreras y las líneas trazadas por la Organización Internacional del Trabajo, ratificándose la mayor parte de los convenios desarrollados por este organismo. Así pxe, esta política social alentada por instituciones internacionales fue acogida con buenos ojos incluso por parte de gobiernos conservadores, *cfr.* CUESTA BUSTILLO, J.: "El Ministerio de Trabajo en la II República española (1931-1939)", *Sociología del Trabajo*, núm. 99, 2021, pp. 185-203, p. 190.

²¹ *Gaceta de Madrid*, núm. 326, de 22 de noviembre de 1931, pp. 1130-1138.

²² Ley declarando Leyes de la República los Decretos que se insertan, *Gaceta de Madrid*, núm. 253, 10 de septiembre de 1931, p. 1746.

²³ Ley relativa a los Jurados mixtos, del trabajo industrial y rural, de la propiedad rústica y de la producción y las industrias agrarias, *Gaceta de Madrid*, núm. 332, de 28 de noviembre de 1931, pp. 1251-1262.

²⁴ Ley organizando por el Estado, bajo la dependencia de este Ministerio, la colocación obrera con el carácter de nacional, pública y gratuita, *Gaceta de Madrid*, núm. 332, de 28 de noviembre de 1931, pp. 1262-1264.

²⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 189, de 8 de julio de 1934, pp. 267-268.

²⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 197, de 15 de julio de 1936, pp. 515-517.

²⁷ En opinión de De la Villa Gil, la obra legislativa de la II República resultaba ser normas jurídicas de extraordinaria perfección técnica, debiendo ponerse en valor al legislador social de aquella época. Puntuación de DE LA VILLA GIL, L.E.: *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 293.

campo la obligación de emplear preferentemente a los braceros que fuesen vecinos del Municipio; es la conocida Ley de términos municipales²⁸. Con estas medidas restrictivas se pretendía ofrecer una opción preferente a los puestos de trabajo en base a razones territoriales, suponiendo una grieta importante en el mercado de trabajo libre que imperaba bajo el ideario del sistema capitalista²⁹. Además, se trataba de una norma que limitaba la reducción de los jornales, fortalecía el poder sindical a través del ejercicio del derecho a la huelga, teniendo por consecuencia la merma del poder –recocado legalmente– de los patronos, incluso con la mano de obra proveniente del trabajador inmigrante, máxime porque su cualificación y desempeño era menor al del trabajador nacional³⁰.

Sin embargo, ante la dificultad y falta de medios para implementar este mecanismo junto con la presión de la patronal, la norma fue derogada por la Ley de 28 de mayo de 1934, la cual permitió la contratación de obreros de otros municipios, siempre y cuando los jornales no fuesen menores a los establecidos por los organismos oficiales de trabajo o, en su defecto, por lo fijado en pactos colectivos de localidades limítrofes para trabajos similares³¹.

III. LAS PRIMIGENIAS DISPOSICIONES JURÍDICAS RELATIVAS A LA ENTRADA DE EXTRANJEROS Y SU ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

1. Marco normativo

Uno de los desafíos a los que se ha enfrentado el legislador y que ha supuesto la necesidad de una evolución del Derecho a lo largo del tiempo es la incorporación de extranjeros al mercado laboral. Así pues, la promulgación del Real Decreto de 16 de enero de 1931³², en los últimos

²⁸ Ley declarando Leyes de la República los Decretos que se insertan, *Gaceta de Madrid*, núm. 253, 10 de septiembre de 1931, p. 1746.

²⁹ Esta Ley fue recibida negativamente por los empresarios por dos motivos principales. Uno, por la imposibilidad de contratar a trabajadores más allá del término municipal y; dos, tampoco podían reducir los costes salariales. Apreciación de MARTÍN VALVERDE, A.: "Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola", *Agricultura y sociedad*, núm. 3, 1977, pp. 109-145, p. 121.

³⁰ La gestión de la preferencia local se convirtió en un verdadero galimatías que obligó a una incesante actividad normativa dirigida a excluir de la preferencia determinadas faenas agrícolas o a la creación de unidades intermunicipales. Así deja constancia de ello, PÉREZ REY, J.: "En los orígenes del Derecho español del trabajo: la labor de la II República", *Revista de la Administración Pública*, Vol. 47, 2016, pp. 215-252, p. 241.

³¹ Ley relativa a la contratación de braceros en los trabajos agrícolas, y derogando el Decreto de 28 de abril de 1931, la Ley llamada de términos municipales de 9 de septiembre de dicho año, y el artículo 8º. de las disposiciones transitorias del Reglamento de 6 de agosto de 1932, *Gaceta de Madrid*, núm. 150, 30 de mayo de 1934, p. 1387.

³² Real Decreto disponiendo se regule conforme a los preceptos contenidos en los artículos que inserta, la entrada, estancia y establecimiento en España de los trabajadores extranjeros que vengan al

compases del reinado de Alfonso XIII y previa a la proclamación de la II República, cobra especial relevancia habida cuenta es la primera norma que regula el régimen del trabajador extranjero. Ni el Código de Trabajo de 1926³³ –previo al primer Decreto– ni la Ley de Contrato de Trabajo de 1941 atendieron a esta cuestión, pese a que regularon aspectos que afectaban a la contratación laboral y, por consiguiente, asuntos propios de la disciplina del Derecho del Trabajo. No obstante, en aquella etapa histórica y aun cuando las primeras normas que regulaban al trabajador provenían del Ministerio de Trabajo, estas eran consideradas disposiciones propias del Derecho Internacional³⁴.

Retrotrayéndose al Decreto de 1931, en su prefacio, se alertaba de la crisis del mercado de trabajo debido a la inestabilidad de la economía mundial, motivo por el cual desembocó en una creciente preocupación con difícil solución al paro registrado. Ello nos permite afirmar que constituye un contexto similar al vivido en épocas recientes. Asimismo, otro de los objetivos que pretendió estuvo basado en erradicar la explotación de los extranjeros que entraban en territorio español. Desgraciadamente, tal norma no tuvo recorrido alguno debido a la proximidad temporal con la proclamación de la II República.

Unos meses más tarde y ya instaurada la II República, entró en vigor el Real Decreto de 8 de septiembre de 1932 suscrito por Largo Caballero³⁵. Con la persistencia de una crisis económica a nivel mundial, habitaba la amenaza de una corriente migratoria que alterase el mercado laboral interno. Este hecho quedó patente en la exposición del Decreto en el que se manifestaba que *ya van repercutiendo en nuestro país el éxodo de inempleados de otros países que llegan a España en busca de acomodo, cuestión que pueda polarizar aquí una corriente inmigratoria que perturbaría el mercado interior de trabajo hasta anular el índice de descongestión que se alcanzara merced al celoso empeño que Gobierno y Corporaciones oficiales ponen en combatir el paro involuntario*. Además de ello, otro hecho apremiante fue que, determinadas empresas extranjeras establecidas en España adoptaron una política de despidos de trabajadores nacionales sustituyendo esa mano de obra por originarios del país de la compañía.

En contrapartida, se subrayaba el anhelo del Gobierno en firmar convenios internacionales de trabajo con otros países, siempre bajo los prin-

territorio nacional para ejercer en él sus actividades en la industria, la agricultura, el comercio o en profesiones libres, y la permanencia en sus empleos de los que ya tuvieran colocación dentro del país, *Gaceta de Madrid*, núm. 17, 17 de enero de 1931, pp. 396-398.

³³ Real Decreto-Ley aprobando el Código de Trabajo. *Gaceta de Madrid*, núm. 244, 1 de septiembre de 1926, pp. 1298-1311.

³⁴ Cfr. LLUIS Y NAVAS BRUSI, J.: “Las restricciones al trabajo de extranjeros en España”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 205, 1958, pp. 219-313, pp. 239-240.

³⁵ Decreto disponiendo que la colocación de los trabajadores extranjeros residentes en España o que pretendan inmigrar en ella para ejercer sus actividades profesionales y la permanencia en sus empleos de los que ya estuvieran colocados dentro del país, se regulará por las prescripciones contenidas en los artículos que se insertan, *Gaceta de Madrid*, núm. 254, 10 de septiembre de 1932, pp. 1825-1827.

cipios de reciprocidad y solidaridad³⁶. Sin embargo, el legislador patrio tomó una postura ingenua con estos acuerdos simplistas debido a que determinados países podían encontrarse en una coyuntura diferente a la española y, por tanto, derivar en consecuencias negativas³⁷. En este sentido, el legislador social adoptó una posición intermedia a fin de equilibrar, por un lado, la costumbre de nuestro país en ser solidario con el resto de las naciones y, por otro, imponer un control a los trabajadores extranjeros a través de medidas restrictivas catalizadoras de corrección del paro³⁸.

Años más tarde, con la entrada en vigor del Real Decreto de 29 de agosto de 1935, el posicionamiento político seguía la senda restrictiva frente a la incorporación de extranjeros al mercado laboral³⁹. Su preámbulo incidía en adoptar *rigurosas medidas para proteger el trabajo de los nacionales ante el posible peligro de la inmigración de trabajadores extranjeros*. El legislador ponía en valor el Decreto de 1932, no obstante, era urgente y necesario fijar con detalle el procedimiento que debía seguirse para conceder, renovar o denegar las *cartas de identidad profesional*, desarrolladas en el epígrafe 3, a la mano de obra procedente del exterior, habida cuenta de *los trabajadores españoles debidamente capacitados que se encuentran en paro forzoso*. Adicionalmente, se remarcó el objetivo de evitar el empleo de extranjeros en todas aquellas industrias que tengan relación con la defensa nacional, o en general con el Estado, Región, Provincia o Municipio.

El Decreto de 1935 fue mejorado y ampliado por las Órdenes de 9 de octubre⁴⁰, 19 de noviembre⁴¹ y 4 de diciembre del mismo año⁴² y su vigencia se prolongó más allá de la etapa republicana, manteniéndose durante gran parte del régimen franquista. Cabe apuntar que, en septiembre de

³⁶ En la disposición adicional segunda se hacía constar que los preceptos del Decreto no perjudicarían los derechos surgidos de la firma de acuerdos o convenios con otros países extranjeros.

³⁷ Esto se entiende porque posiblemente era el único mecanismo en que cabía la posibilidad de equilibrar los ideales políticos del legislador con las necesidades jurídicas surgidas por la difícil situación laboral internacional del momento. Sabia apreciación de LLUIS Y NAVAS BRUSI, J.: "Las restricciones...", cit., p. 237.

³⁸ La política de la II República de incrementar los salarios trajo aparejado un aumento del paro, si bien, esa mejora del bienestar de las clases trabajadoras más humildes generó un aspecto positivo, el aumento de la demanda de bienes alimenticios y textiles. En torno a este planteamiento, *vid.* TORTELLA CASARES, G.: "Los problemas...", cit., p.131.

³⁹ Decreto (rectificado) dictando normas acerca de la colocación de los trabajadores extranjeros que residan en España o pretenden inmigrar en ella para ejercer sus actividades profesionales y la permanencia en sus empleos de los que ya estuvieran colocados dentro del país, *Gaceta de Madrid*, núm. 246, de 3 de septiembre de 1935, pp. 1784-1786.

⁴⁰ Orden dictando reglas para evitar la disimulación del carácter de obreros extranjeros en perjuicio de los nacionales, *Gaceta de Madrid*, núm. 283, 10 de octubre de 1935, pp. 209-210.

⁴¹ Orden dictando normas relativas a la interpretación y desarrollo de algunos extremos del Decreto de 29 de agosto último, referente al trabajo de extranjeros, *Gaceta de Madrid*, núm. 327, 23 de noviembre de 1935, p. 1555.

⁴² Orden derogando la de 19 de noviembre pasado y dictando nuevas disposiciones para la aplicación de Decreto de 29 de agosto último sobre colocación de trabajadores extranjeros, *Gaceta de Madrid*, núm. 340, 6 de diciembre de 1935, p. 2000.

1944 se desarrolló un Decreto para regular la contratación del personal extranjero cualificado⁴³ y en agosto de 1950 fue modificado el apartado concerniente a las tasas que debían sufragar las empresas por la expedición o renovación de las *cartas de identidad profesional* de los trabajadores extranjeros⁴⁴. Además, es relevante reseñar que en mayo de 1958 se creó la Dirección General de Empleo⁴⁵. Definitivamente, el Decreto de 1935 fue derogado por el Decreto 1870/1968, de 24 de julio de 1968⁴⁶.

Cabe mencionar, también, las disposiciones que trataron categorías de profesiones especiales, a saber, la Orden de 16 de octubre de 1935 relativa a corresponsales de prensa extranjera⁴⁷, la Orden concerniente a toreros extranjeros de 2 de mayo de 1936⁴⁸ y la Orden de 31 de diciembre de 1945 sobre religiosos con nacionalidad extranjera⁴⁹.

2. Concepto de trabajador extranjero

El artículo 1, del Real Decreto de 1932 identificaba al trabajador extranjero como *toda persona, varón o hembra, mayor de quince años no nacida ni nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer en el país un oficio o empleo asalariado, manual, técnico, artístico o pedagógico, de dirección o gestión –salvo el caso para estos últimos de lo dispuesto en el artículo sexto–, cualquiera que sea la forma y cuantía de la retribución con que se remuneren sus servicios, y todas aquellas otras de igual condición legal que laboren por su cuenta empleando instrumentos de trabajo o útiles de rendimiento económico de su propiedad o que se dediquen por su propia cuenta también al comercio ambulante o a ocupaciones que no requieran otra aptitud personal que la que dimane del simple esfuerzo físico*.

Con posterioridad, el artículo 2 del Real Decreto de 1935 entendía por trabajador extranjero *toda persona varón o hembra mayor de catorce años, no nacida ni nacionalizada en España, que ejerza o trate de ejercer*

⁴³ Decreto por el que se regula la contratación de técnicos y personal especializado extranjero en nuevas industrias o de interés nacional, *BOE* de 24 de septiembre de 1944, núm. 268, pp. 7054-7055.

⁴⁴ Decreto de 24 de marzo de 1950 por el que se modifica el de 29 de agosto de 1935, *BOE* de 28 de abril de 1950, núm. 118, p. 1849.

⁴⁵ Decreto de 9 de mayo de 1958 por el que se organiza en este Ministerio la Dirección General de Empleo, *BOE* de 15 de mayo de 1958, núm. 116, pp. 883-884. Sobre esta consideración, *vid.* BONET CORREA, J., "Los extranjeros en el ordenamiento jurídico español", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 218, 1965, pp. 499-527, p. 524.

⁴⁶ Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, *BOE* de 14 de agosto de 1968, núm. 195, pp. 12026-12030.

⁴⁷ Orden disponiendo que los corresponsales de Prensa extranjera en España están obligados a obtener en determinadas condiciones la carta de identidad profesional, *Gaceta de Madrid*, núm. 296, 23 de octubre de 1935, p. 636.

⁴⁸ Orden dictando las normas que se indican relativas a los toreros extranjeros que deseen trabajar en España, *Gaceta de Madrid*, núm. 124, 3 de mayo de 1936, p. 1019.

⁴⁹ Orden de 31 de diciembre de 1945 por la que se declara excluidos de la obligación de proveerse de Tarjetas de identidad profesional a los religiosos de nacionalidad extranjera provistos de Cédula de identidad expedida por el Consejo Superior de Misiones, *BOE*, núm. 25, 25 de enero de 1946, p. 700.

*en el país un oficio o empleo asalariado, bien sea manual, técnico, artístico, pedagógico o de dirección o gestión, cualquiera que sea la forma y cuantía de la retribución con que se remunere sus servicios. Además de ello, se dedica un segundo párrafo al trabajador autónomo precisando que toda otra persona de igual condición legal que labore por su cuenta, empleando instrumentos de trabajo o útiles de rendimiento económico de su propiedad o que se dediquen por su propia cuenta también al comercio ambulante o a ocupaciones que no requieran otra, aptitud personal que la que dimane, del simple esfuerzo físico*⁵⁰.

Con todo, se torna necesario analizar estas dos conceptualizaciones haciendo hincapié en determinados rasgos comunes que ambas comparten. El primero es el basado en la ausencia de nacionalidad española, englobándose tanto a las personas que llegaban a nuestro país desde el extranjero como aquellas que, habiendo nacido en territorio español y pudiendo disponer de ella, no habían adquirido la nacionalidad española por determinadas circunstancias. La edad, como segundo rasgo, establecida por el Decreto de 1932 en los quince años como edad mínima para poder desempeñar un trabajo, reduciéndose en un año por el Decreto de 1935, esto es, hasta los catorce, límite que se ajustó con lo prefijado en la Ley de Contratos de Trabajo de 1931⁵¹. Otro aspecto corresponde al carácter de la actividad laboral, comprendiendo a todo trabajador, ya sea por cuenta ajena o ya sea por cuenta propia que, ajustándose a los parámetros *supra* referenciados, prestase sus servicios en nuestro país sin perjuicio de la actividad a desarrollar. Por consiguiente, la acepción que nos brinda es, ciertamente ambiciosa, por cuanto abarcaba cualquier tipo de ocupación siempre que fuese posible alcanzar un beneficio económico⁵².

3. *La puesta en marcha de los “permisos de trabajo” destinados a la mano de obra extranjera*

3.1. Principio general

El Real Decreto de 29 de agosto de 1935 será el elemento basilar sobre el que descansen el estudio en los trámites que se debían seguir en la concesión, renovación o denegación de entrada de trabajadores inmi-

⁵⁰ El citado Decreto de 1935 ofrecía un concepto descriptivo y prolijo de lo que se entendía por trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia. Así lo deja reflejado, ESTRADA CARRILLO, V.: *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Trivium, Madrid, 1989, p. 187.

⁵¹ Entre otras cosas, el artículo 15 fijaba que se podía contratar individualmente la prestación de sus servicios a los mayores de catorce años y menores de dieciocho, con autorización del padre, de la madre, del abuelo paterno o del materno, del tutor y; en ausencia de ellos, de las personas o instituciones que hubiesen tomado a su cargo la manutención o el cuidado del menor.

⁵² En este sentido, *Vid.* RAMOS QUINTANA, M.I.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 26-27. En la misma línea, desde el primer momento, la legislación reguladora de los trabajadores extranjeros se ha posicionado por el concepto más amplio, incorporando tanto al trabajador por cuenta ajena como al trabajador por cuenta propia. Así lo entiende, CARDONA TORRES, J.: *Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 85.

grantes. Así pues, se debe comenzar indicando que toda persona extranjera que tuviese la intención de prestar sus servicios por cuenta ajena en una empresa española debía disponer de un contrato de trabajo registrado por organismos dependientes del Ministerio de Trabajo y de una *carta de identidad profesional*⁵³ que también recaería su expedición a cargo el Ministerio citado. Ahora bien, la piedra angular sobre la que se asienta tal Decreto reside en este último documento, el cual tenía un carácter obligatorio y cuya posesión se consideraría como el *título de legítima residencia* para los trabajadores extranjeros en el Estado español⁵⁴.

Cabe indicar que, el contrato de trabajo no surtiría otros efectos más allá que el de acreditar que dicho acuerdo se adecuaba a la regulación que existía sobre las condiciones de trabajo, no suponiendo en ningún momento autorización para trabajar si no adquiría la *carta de identidad profesional*⁵⁵.

3.2. Procedimiento de formalización y publicación de la solicitud de la carta de identidad

La legitimación activa en los que respecta a la solicitud de la *carta de identidad profesional* recaía en el patrono, con los cauces establecidos por la Delegación provincial de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo. Con carácter general, en la solicitud se debía hacer constar la siguiente información del trabajador extranjero: nombre y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad y lugar de nacimiento, oficio y profesión a desempeñar junto con certificados que acreditasen su formación y los datos del centro de trabajo. Asimismo, en el supuesto de la existencia de un puesto de trabajo de nueva creación era preciso detallar las funciones que debía desempeñar. Por el contrario, conviene poner de manifiesto que los empresarios debían justificar los motivos por los cuales era pertinente recurrir a un trabajador de fuera de nuestras fronteras en aquellos puestos de trabajo desempeñados previamente por un nacional. Además de ello, la solicitud debía acompañarse de dos fotografías y el contrato de trabajo con el debido visto bueno del Jurado mixto competente o, en su defecto, por la Delegación de Trabajo⁵⁶. La falta de alguno de los requerimientos daría lugar a la denegación de la petición de este documento.

⁵³ En el Decreto de 1931 se denominó «tarjeta especial de identidad», en el Decreto de 1932 como «carta de identidad» y, finalmente en el Decreto de 1935 se cambió a «carta de identidad profesional».

⁵⁴ A mayor abundamiento acerca de la «carta de identidad profesional», *vid.* BORRAJO DACRUZ, E.: «El trabajador extranjero en el Derecho laboral de España», *Cuadernos de política social*, núm. 38, 1958, pp. 7-58, pp. 20-26.

⁵⁵ Artículo 5º de la Orden sobre concesión y renovación de Tarjetas de identidad profesional a Trabajadores Extranjeros y Estadística Migratoria por fronteras y puertos, *BOE* de 9 de septiembre de 1938, núm. 71, pp. 1154-1155.

⁵⁶ Para el personal de dirección o gerencia, en el supuesto de que no existiese un contrato de trabajo, se requirió de una certificación ratificada por el consejo de la empresa donde se debía hacer constar el cargo a desempeñar y las condiciones del mismo.

Una vez realizado este trámite, la solicitud de la *carta de identidad profesional* se publicaba en la Gaceta de Madrid⁵⁷ con el puesto de trabajo en concreto y, a su vez, detallando las condiciones y funciones objeto de ejecución. A este respecto, es significativo la concesión de un plazo de quince días habilitado para cualquier trabajador español que considerase que cumplía con los requisitos exigidos al objeto de optar a dicha oferta de trabajo mediante la remisión de un escrito al Servicio Nacional de Colocación dependiente del Ministerio de Trabajo⁵⁸. En consecuencia, a través de este *iter* procedimental, el legislador denotó nuevamente su preferencia sobre el trabajador español frente a candidatos foráneos. Por ende, se puede afirmar que la concesión de *cartas de identidad profesional* debían ser concedidas siempre que no existiere ningún trabajador nacional que reuniese las competencias requeridas para el puesto trabajo objeto convocado⁵⁹.

3.3. Naturaleza de la carta de identidad

La *carta de identidad profesional* contenía información del trabajador extranjero: aspectos como una fotografía, la vigencia y una recopilación de los asuntos de mayor calado indicados en la solicitud cursada para su concesión, además de una sucinta descripción del contrato de trabajo. Su validez estaba limitada a un año con la posibilidad de instar su renovación a través de los mismos cauces requeridos en la solicitud. El legislador reafirmó su posicionamiento en favor del trabajador nacional, valorando de nuevo la posibilidad en base a la cual alguno de ellos cumpliera con los requisitos exigidos. A este respecto, el Decreto de 1935 fue más restrictivo

⁵⁷ Para dar un mayor alcance al anuncio, la solicitud también debía ser publicada en los Boletines Oficiales de cada provincia. Al mismo tiempo, los Registros de Colocación y los Jurados mixtos vinculados a la actividad profesional en cuestión estaban obligados a emplear todos sus medios para dar a conocer dichos anuncios.

⁵⁸ Decreto aprobando el Reglamento que se inserta, para la aplicación de la Ley de 27 de noviembre de 1931, relativa a Colocación obrera, *Gaceta de Madrid*, núm. 226, 13 de agosto de 1932, pp. 1156-1166. El artículo 2 precisaba que el Servicio Nacional de Colocación tenía por objeto publicitar las ofertas de trabajo y la demanda de mano de obra en beneficio de patronos y de obreros. Además de ello, proporcionaba un conocimiento detallado de las profesiones más requeridas, así como, de las posibilidades que ofrecía el mercado de trabajo, con el fin de paliar el elevado paro que se registraba en aquella época.

⁵⁹ Por ejemplo, la empresa Mahou solicitó autorización para contratar cuatro obreros extranjeros especializados en el recubrimiento de tanques de cerveza con una capa de vidrio y polvo. En ese mismo anuncio, se indicaba que la duración del trabajo sería alrededor de tres meses con una remuneración por horas dependiendo del puesto a desarrollar. A continuación, se daba la posibilidad a todo español que se considerase capacitado a remitir una solicitud por escrito al Servicio de Colocación y Defensa contra el paro en el plazo de quince días. Esta oferta se puede visualizar en Servicio de Colocación y Defensa contra el paro. Anuncio de empleo de obreros extranjeros, *Gaceta de Madrid*, núm. 302, 29 de octubre de 1935, p. 808. También era habitual encontrarse anuncios relacionados con profesiones artísticas, ofreciendo sistemáticamente la opción a solicitantes españoles, aspecto complejo de alcanzar debido a que tradiciones culturales propias del país extranjero. Como muestra, el Servicio de colocación de obreros y crisis de trabajo anunciando que los artistas mejicanos Ester y Concha Oviedo han solicitado de Cartas de Identidad Profesional para trabajar en España en la especialidad de cantos y bailes mejicanos, *Gaceta de Madrid*, núm. 327, 23 de noviembre de 1935, p. 1568.

que el Decreto de 1932, dado que, en este último, llegado el momento de la renovación únicamente se exigió que se mantuvieran idénticas condiciones de trabajo que cuando fue expedida por primera vez.

En esta misma línea, la expedición y renovación de cada *carta* concedida estaba sujeta a una tasa calculada en función de la retribución total que fuese a percibir el trabajador⁶⁰. La cantidad recaudada era gestionada por el Ministerio de Trabajo con el fin de destinar estos recursos a reducir el paro, en especial, de aquellos trabajadores que habían retornado a nuestro país. Si en los Decretos de 1931 y 1932 el pago recaía sobre los trabajadores⁶¹, en el Decreto de 1935 se estableció que debían ser los empresarios quienes debían asumir el coste del *arbitrio*. Posiblemente, con este recargo, el legislador trataba de evitar que los patronos contratasen mano de obra extranjera.

3.4. Trabajadores por cuenta propia

Al efecto, el extranjero que tuviera la intención de emprender una actividad profesional, de igual manera, debía instar una solicitud al Ministerio de Trabajo para la concesión de la pertinente *carta de identidad profesional*. En esta, debía incluir dos fotografías, su nombre y apellidos, edad, estado, nacionalidad y lugar de nacimiento; su oficio o profesión y acompañando certificados o títulos facultativos y la actividad a que desea dedicarse.

Del mismo modo que acontecía con los trabajadores por cuenta ajena, seguidamente se daba publicidad a la solicitud en la Gaceta de Madrid con el fin de que todo español que pudiera sentirse perjudicado tuviera la opción de trasladarlo al citado Ministerio en el plazo de quince días. De nuevo, el poder legislativo trató de salvaguardar el trabajo de los nacionales evitando, en la medida de lo posible, la entrada de trabajadores inmigrantes.

En lo que concierne a las tasas de expedición y una vez aprobada la concesión de la *carta de identidad profesional* por parte del Ministerio, la cantidad oscilaba entre las quince y quinientas pesetas, en función de la actividad objeto de desarrollo.

⁶⁰ El gravamen sería de siete pesetas con cincuenta céntimos en el caso que el trabajador no superase las seis mil pesetas de retribución anual; entre las seis mil y menos de diez mil pesetas de retribución anual, el gravamen sería el uno por ciento del total y; a partir de las diez mil pesetas de retribución anual, el gravamen correspondería al dos por ciento del total.

⁶¹ En el Decreto de 1931 se establecía que los trabajadores que se contratasen por una duración no mayor de tres meses abonarían un arbitrio de diez pesetas; aquellos trabajadores cuyos salarios anuales no superasen las ocho mil pesetas sufragarían un arbitrio de veinticinco pesetas y, los trabajadores que ingresasen más de ocho mil pesetas contribuirán con un arbitrio de entre cincuenta a quinientas pesetas, graduado proporcionalmente a los ingresos obtenidos. En el Decreto de 1932 se fijaba una tasa de cinco pesetas y, además, se establecía el principio de reciprocidad, es decir, se exigiría la misma cantidad que los españoles debían sufragar en el país al que fuesen a trabajar.

3.5. Régimen sancionador

Ante la falsificación o la modificación de ciertos elementos de la *carta de identidad profesional*, así como, el uso indebido de ella daba lugar a su anulación y a la expulsión del trabajador extranjero del territorio español.

Nótese que, el incumplimiento –ya fuese por parte del empresario o por parte del trabajador– de determinados preceptos contemplados en el Real Decreto de 1935 eran causa de sanción con multas de veinticinco a mil pesetas, en función de la gravedad de la infracción⁶².

3.6. Excepciones

Las personas extranjeras exentas de solicitud de la *carta de identidad profesional* eran aquellas que entrasen en territorio español con el propósito de formarse en un centro de enseñanza oficial o privada, es decir, ostentasen la condición de estudiantes.

De igual manera, los *practicantes temporales* en el comercio y la industria, los residentes durante al menos cinco años y los que hubieran contraído matrimonio con un ciudadano español o tuvieran descendencia española conformaban un grupo que únicamente debían solicitar la revisión o renovación del documento sin coste alguno. Si bien, el legislador advertía de la posibilidad de modificar dichas medidas si no se aplicaba el principio de reciprocidad en el país de origen del trabajador extranjero en los que hubieran españoles en idénticas condiciones.

De todos modos, los instrumentos de cooperación transfronteriza entre autoridades administrativas en un intento de activar mecanismos de verificación, para así dar cumplimiento al principio de reciprocidad, eran sumamente inestables, lo que dificultaba la materialización de este principio internacional⁶³.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La inestabilidad política derivada de la proclamación de la II República sumada a las tensiones económicas, sociales y demográficas del momento evidenciaron la necesidad de un mayor desarrollo legislativo en materia sociolaboral. La Constitución de 1931 representó un hito en la Historia del Derecho español por su carácter social y democrático, representando la

⁶² El trabajador extranjero que fuese reiteradamente sancionado con penas pecuniarias conllevaría a la expulsión de este.

⁶³ Así deja constancia de ello TORQUEMADA SÁNCHEZ, M.J.: “Notas para el estudio de la inmigración laboral durante los comienzos del régimen franquista”, *Studium: Revista de humanidades*, núm. 16, 2010, pp. 141-162, p. 148.

primera expresión de Estado social y sentando las bases de una legislación laboral orientada a la dignificación del trabajador.

Durante este convulso periodo, el extenso elenco de normas con cariz laboral desarrolladas supuso una enorme mejora en las condiciones laborales del trabajador y en la consolidación de un marco jurídico más equitativo. Las reformas impulsadas desde el Ministerio de Trabajo bajo el amparo del proteccionismo constitucional introdujeron principios de justicia social, tratando de nivelar la desigualdad que imperaba entre el empleador y el trabajador.

En esta coyuntura marcada por una fuerte crisis económica y un elevado desempleo a nivel global, España reguló por primera vez la entrada de mano de obra extranjera. En este marco de actuación, la primera muestra legislativa es el Real Decreto de 16 de enero de 1931 de escaso recorrido y nula aplicación. Tras la proclamación de la II República se promulgó el Real Decreto de 8 de septiembre de 1932, en cuyo preámbulo se profundizó en la preocupación de los poderes públicos por un desajuste en el mercado interno de trabajo ante la llegada descontrolada de mano de obra inmigrante. No obstante, el legislador mantuvo una postura relativamente dócil; por una parte, mostró su intención de implementar medidas restrictivas a fin de reducir el paro, por otra, y en contraposición, abogó por firmar convenios de colaboración con otros países con el anhelo de seguir manteniendo el carácter solidario que siempre había definido a nuestra Nación. La postura limitadora se intensificó con la llegada Real Decreto de 29 de agosto de 1935, cuyo propósito fundamental fue el diseño de un mecanismo de control para la incorporación al mercado laboral de trabajadores extranjeros mediante la concesión, denegación y renovación de la denominada *carta de identidad profesional*.

Inmersos en la categorización de trabajador extranjero se constató una conceptualización amplia, en tanto en cuanto, comprendió tanto el trabajo por cuenta ajena, así como, el trabajo por cuenta propia. En ambos casos y en relación con su definición no se hacía una distinción del tipo de actividad o del nivel de especialización. Como consecuencia de esa acepción intencionada se percibe la voluntad del legislador de disponer de un control sobre cualquier forma de inserción en el mercado laboral de trabajadores no nacionales. Además, hay que poner en relieve que tal definición pivotaba sobre tres elementos: la ausencia de la nacionalidad española, la edad mínima para el acceso al trabajo y la vinculación a una actividad profesional con rendimiento económico.

Consiguientemente, es digno de mención que el Real Decreto de 29 de agosto de 1935 supuso un avance en la implementación de la *carta de identidad profesional* como instrumento de control de entrada y permanencia del trabajador extranjero. Esta credencial poseía una doble naturaleza jurídica; de una parte, como permiso habilitante para desempeñar

el trabajo para el que había sido contratado y, por otra, como permiso de residencia.

El procedimiento para la concesión de *la carta de identidad profesional* se caracterizó por tener una clara postura proteccionista hacia el trabajador nacional. La obligación de publicar la oferta de trabajo en la Gaceta de Madrid, previa concesión de la misma y ofreciendo la posibilidad de postularse a esta a los trabajadores españoles, fue la prueba fehaciente para constatar que el legislador anteponía el interés del empleo nacional por encima de cualquier voluntad laboral procedente del exterior. A ello, se sumaba la imposición al empresario de gravámenes por la expedición del documento, reforzando de esta manera, el carácter disuasorio de las medidas implementadas.

En definitiva, la promulgación de las primeras disposiciones que regulan la entrada de trabajadores extranjeros en territorio nacional sentaron los cimientos del actual Derecho de Extranjería en materia laboral, basado en la obtención de un permiso de trabajo, bajo un control migratorio y siguiendo las directrices marcadas por el ordenamiento jurídico español.

Autorización de residencia para familiares de españoles en el RD 1155/2024 de desarrollo de la Ley de extranjería*

Mercedes Soto Moya

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Granada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2819-3337>

Correo electrónico: sotomoya@ugr.es

Sumario: I. Introducción: una autorización concebida para los familiares de los “nuevos” españoles. II. Marco regulatorio. III. Familiares reagrupables: 1. *Cónyuge*: 1.1. Edad. 1.2. Fraude de ley. 1.3. Poligamia. 1.4. Disolución de los anteriores matrimonios. 2. *Pareja registrada y de hecho*. 3. *Descendientes*. 4. *Ascendientes*. 5. *Padre, madre, tutor/a de un menor de nacionalidad española*. 6. *Cuidador*. 7. *Hijos/as cuyo padre o madre sean o hubieran sido españoles de origen*. 8. *Otros miembros de la familia*. IV. Procedimiento para solicitar la autorización de residencia como familiar de español: 1. *Sujetos legitimados*. 2. *Características de la autorización*. 3. *Residencia independiente*. V. Conclusiones.

Palabras clave: RD 1155/2024, Ley de extranjería, estatuto de familiares de españoles.

I. INTRODUCCIÓN: UNA AUTORIZACIÓN CONCEBIDA PARA LOS FAMILIARES DE LOS “NUEVOS” ESPAÑOLES

El Real Decreto 1155/2024 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de noviembre de 2024 y entró en vigor el 20 de mayo de

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IP: Mercedes Soto Moya.

2025¹. Sustituye al anterior Reglamento que desarrollaba la Ley de extranjería, RD 557/2011². Con esta modificación, tras numerosos cambios legislativos, el legislador ha decidido excluir a los ciudadanos españoles –que no hayan ejercido su derecho a la libre circulación– del ámbito de aplicación del régimen comunitario. En su lugar, se ha establecido una autorización específica para sus familiares, regulada en los artículos 93 a 99, conocida como el “estatuto de familiar de español”.

Bajo nuestro punto de vista los problemas principales de los que adolece el estatuto, y que se analizarán en estas páginas, provienen en gran medida del hecho de que la norma ha sido concebida, sobre todo, para documentar a los familiares de aquellos que no son españoles de origen. Y esto, teniendo en cuenta, no solo aquellas personas que obtienen la nacionalidad española por residencia, sino, especialmente, a las que la han adquirido (o la van a adquirir) por Derecho de opción a través de la Ley de Memoria Democrática (LMD)³. En el primer caso, según el INE, el número de residentes extranjeros que obtuvo la nacionalidad española aumentó un 5,1% en 2024, hasta 252.476⁴. Las nacionalidades de origen más frecuentes fueron Marruecos (42.910), Venezuela (35.403) y Colombia (26.224). Por lo que respecta a la LMD, hasta el 1 de octubre de 2025 se habían presentado un total de 876.321 solicitudes en las oficinas consulares y, de ellas, se habían concedido 237.145⁵. Más de un 95% de estas solicitudes se recibieron en las oficinas consulares de España en Iberoamérica y en el Consulado General de España en Miami. Concretamente, los cinco consulados en Argentina representan un 40% de las solicitudes totales, y junto con el de La Habana (Cuba), superan el 53% del total⁶.

Por tanto, en un breve periodo de tiempo un elevado número de personas han pasado y pasarán a ser españolas. Para algunos el cambio de nacionalidad no implicará la salida del país de origen; para otros sí, dado que la adquisición de la nacionalidad constituye un instrumento para materializar un proyecto migratorio dirigido a entrar en España evitando las rigideces y restricciones de la normativa de extranjería. Además, resulta

¹ Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, 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, BOE núm. 280, de 20/11/2024.

² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE núm. 103, de 30/04/2011.

³ Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, Ministerio de Justicia, BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2022.

⁴ <https://ine.es/dyngs/Prensa/EANER2024.htm>

⁵ Téngase en cuenta que la ley previó un plazo de dos años para realizar la solicitud, contados desde la entrada en vigor de la ley, que fueron prorrogados un año más por Acuerdo del Consejo de Ministros, con lo que el plazo expiró el 22 de octubre de 2025. No obstante, se tardarán años en resolver todas las solicitudes presentadas.

⁶ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/politica-territorial-memoria-democratica/paginas/2025/190925-nacionalidades-descendientes-exiliados.aspx>

sencillo tramitar todo el procedimiento sin necesidad de viajar a España: la solicitud, la declaración y la inscripción pueden completarse desde el país de residencia.

A la luz del panorama descrito, resulta imposible obviar que la mayoría de los “nuevos” españoles que quieran iniciar o que ya hayan iniciado su proyecto migratorio hacia España querrán que los acompañen sus familiares. Por eso consideramos que esta es una de las motivaciones fundamentales (aunque no la única) de la creación de una autorización específica y con vocación de ser autónoma para los familiares de españoles. Ahora bien, las dificultades en la interpretación y aplicación de esta normativa son consecuencia de que el Estatuto se aplica a los familiares nacionales de terceros Estados de todos los españoles, también a los de origen, eso sí, que no hayan ejercido su derecho de libre circulación de personas.

El objetivo de estas páginas es analizar críticamente el régimen de autorización de residencia para familiares de españoles previsto en el RD 1155/2024, identificando sus problemas de coherencia normativa, sus efectos prácticos (especialmente en materia de poligamia, fraude de ley y disolución de matrimonios anteriores) y proponiendo criterios interpretativos y soluciones normativas que puedan resolver las dificultades detectadas.

II. MARCO REGULATORIO

Después de reiteradas modificaciones, el legislador ha apostado por la creación de un régimen singular para los familiares de españoles, incluido dentro de la normativa de extranjería (arts. 93-99 RD 1155/2024) y, separado del régimen comunitario⁷ y del arraigo, dejando atrás el sistema híbrido que se había implantado con el RD 629/2022⁸. Su objetivo, teóricamente, es solventar los problemas producidos por la regulación anterior, y adaptar la legislación española a la jurisprudencia tanto del TS, como del TC y del TJUE.

Sin embargo, la autonomía proclamada del Estatuto resulta cuestionable, porque sigue debiendo coexistir con otros regímenes jurídicos: por un lado, en el ámbito de aplicación personal; por otro, por la remisión directa que se hace a la aplicación de preceptos incluidos en otros capítulos del RD 1155/2024 (arts. 38, 41, 196...), y, por último, por el recurso

⁷ RD 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Norma española de transposición de la Directiva 2004/38, de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

⁸ Art. 124 del RD 629/2022, de 26 de julio, por el que se modificó el RD 1155/2011.

a la integración en el Estatuto de normas idénticas que se aplican a otras categorías de extranjeros. En este escenario, los órganos administrativos estarán obligados a recurrir al cuerpo interpretativo y a la jurisprudencia previamente consolidada, con las consiguientes dificultades de tratar de modo homogéneo supuestos heterogéneos y, más gravemente, de aplicar a nacionales españoles normas ideadas para extranjeros, prescindiendo, en muchas ocasiones de las reglas de Derecho Internacional Privado.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal, en sentido estricto, el estatuto de familiar de español resulta de aplicación a la persona extranjera que no posea la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, ni de otro Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ni de Suiza y tenga con una persona de nacionalidad española una relación familiar de las previstas en el art. 94 RD 1155/2024. En términos formales, como se puede apreciar, el precepto no establece distinción alguna entre los familiares de españoles que han hecho uso del derecho de libre circulación y aquellos que no (activos/pasivos o estáticos/dinámicos). La intención legislativa fue concentrar todas las solicitudes en la nueva autorización de residencia, sin atender a la situación previa del nacional español, lo que, entra en conflicto con el Derecho UE y la interpretación mantenida por el TJUE, que ha reiterado que la Directiva 2004/38 no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro⁹.

Conviene distinguir tres escenarios a efectos de la aplicación de la Directiva 2004/38: a) el supuesto prototípico del ciudadano de la Unión que se traslada a un Estado miembro distinto del suyo; b) el retorno al Estado de la nacionalidad tras ejercicio efectivo del derecho de libre circulación y residencia en otro Estado miembro, supuesto en el que el TJUE ha aplicado la Directiva de forma analógica y ha fundamentado la protección en los arts. 20 y 21 TFUE, rechazando la clasificación de estas situaciones como meramente internas en materia de reunificación familiar¹⁰; c) el ciudadano que reside en su Estado miembro de nacionalidad de forma continuada. En este tercer supuesto desaparece la protección directa de la Directiva 2004/38/CE y es cuando pueden plantearse casos de discriminación inversa, aceptados por la doctrina del TJUE¹¹.

⁹ El TJUE ha insistido en que la Directiva 2004/38 no es aplicable a un ciudadano de la Unión que nunca ha hecho uso de su derecho de libre circulación, que siempre ha residido en un Estado miembro cuya nacionalidad posee y que tiene además la nacionalidad de otro Estado miembro. STJUE de 5 de mayo de 2011 (asunto C-434/09 – *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*, Asuntos C-256/11 (*Dereci y otros*), C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) y C165/16 (*Lounes*). Por lo que, *a sensu contrario*, sí lo es al ciudadano de la UE que ha hecho uso de su derecho de libre circulación de personas.

¹⁰ Puede consultarse para un análisis detallado MARÍN CONSARNAU, D., “El diálogo sordo entre el TJUE y el Derecho de extranjería: del Reino Unido al caso español, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 270-293.

¹¹ Para evitar las discriminaciones inversas, la única posibilidad de corrección estriba en la equiparación de derechos. No obstante, esto no es una exigencia del Derecho UE que permite a los Estados regular

De acuerdo con la distinción anterior, el estatuto de familiar de español queda limitado, en principio, al español “estático” –quien nunca ha ejercido la libre circulación–; por su parte, el RD 240/2007, como transposición de la Directiva 2004/38, resulta aplicable a los españoles retornados que sí ejercieron su derecho de circulación por el territorio de la UE. Sin embargo, la literalidad del RD 1155/2024, como hemos indicado, sugería la inclusión de todos los nacionales españoles, con independencia de si habían ejercido su derecho de libre circulación. Ante las dificultades interpretativas y la inquietud general de los operadores jurídicos, se publicaron el 13 de mayo de 2025, con carácter aclaratorio y siete días antes de la entrada en vigor del Real Decreto, las Instrucciones SEM 2/2025 sobre la residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española¹². Estas instrucciones resolvieron ciertas dudas, pero también suscitaron otras, principalmente por las contradicciones que presentan frente al RD 1155/2024, recordando además que una instrucción es un mandato interno de un órgano administrativo para interpretar o aplicar normas existentes y no una norma jurídica¹³.

La discrepancia más grave relativa al ámbito personal surge porque las Instrucciones pretenden extender la protección del Estatuto a sujetos ya amparados por el régimen comunitario, vulnerando la literalidad del art. 93 RD 1155/2024. Así atribuyen la aplicación ordinaria del RD 240/2007 a los nacionales de la UE/EEE/Suiza, pero abren la posibilidad de aplicarles también el estatuto de familiar de español. La incongruencia es evidente, aunque quizás la solución técnica pasaría por utilizar el art. 1.1 LO 4/2000 y justificar así la aplicación supletoria de la Ley de Extranjería cuando sea más favorable.

Igual sucede con los españoles retornados (aquellos que han ejercido su derecho de libre circulación por la UE y vuelven a España). Las Instrucciones permiten a sus familiares optar –de forma alternativa, no acumulativa– entre el nuevo Estatuto o la tarjeta del RD 240/2007. Si bien esta aclaración puede parecer superflua atendiendo a la doctrina del TJUE, adquiere relevancia en la medida en que el diseño originario del legislador pretendía someter a todos los familiares de españoles al nuevo

las situaciones puramente internas en un sentido más restrictivo que el aplicado a los casos intracomunitarios. SOTO MOYA, M., “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (Análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero), *La Ley UE*, 31 de julio de 2008, pp. 1-8.

¹² Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/documents/d/migraciones/instrucciones-sem-2-2025-sobre-la-residencia-temporal-de-familiares-de-personas-con-nacionalidad-espanola>

¹³ Para fijar las diferencias que existen entre una instrucción administrativa y un Reglamento, nos remitiremos a la Sentencia TS, de 19 de diciembre de 2018, la cual establece que: “...el reglamento es una norma y que, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico y su aplicación no solo no lo agota, sino que lo hace patente en su eficacia y permanencia, circunstancias que lo diferencia del acto administrativo que no participa de esas circunstancias”. Mientras que, las instrucciones administrativas son: “...órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de autoorganización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración”.

Estatuto, sin diferenciar entre quienes hubieran ejercido la libre circulación y quienes no.

En la misma línea se prevé la concurrencia de regímenes para nacionales de terceros Estados, familiares de españoles, que hubieran obtenido un visado de familiar de ciudadano de la Unión con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1155/2024 (20/05/2025). Tales solicitantes podrán optar por la autorización de residencia temporal del nuevo Estatuto, condicionada al cumplimiento de sus requisitos, o por permanecer en el régimen comunitario. En los supuestos en que la tarjeta de familiar de comunitario no se hubiera expedido aún, pero sí solicitado antes de la entrada en vigor, cabrá tramitar la autorización del nuevo Estatuto si se satisfacen sus exigencias; de no mediar solicitud expresa, el procedimiento seguirá su curso como tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión.

En síntesis, el estatuto de familiar de español coexiste con el régimen comunitario tanto para nacionales UE/EEE/Suiza como para los familiares de españoles que han hecho uso efectivo de la libre circulación. Los sujetos afectados podrán optar, alternativamente, por la autorización de residencia del RD 1155/2024 o por la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, atendiendo a la mayor conveniencia y al cumplimiento de los requisitos propios de cada régimen. Por consiguiente, en estos escenarios subsisten dos marcos normativos paralelos que mantienen un modelo híbrido, no sustancialmente distinto del anterior a la reforma.

III. FAMILIARES REAGRUPABLES

Con el fin abordar con el máximo rigor el estudio de los familiares que pueden obtener una autorización de las previstas en los arts. 93-99 RD 1155/2024, se efectúa en este epígrafe, no solo un análisis objetivo de la norma, sino también, un examen crítico, comparándola con el régimen comunitario y el de reagrupación familiar, con el propósito de identificar convergencias y divergencias frente al nuevo Estatuto y de apreciar la idoneidad de la solución normativa introducida por el RD 1155/2024.

Y es que, como se analizará, el Estatuto incorpora múltiples remisiones a preceptos de otros capítulos del mismo Reglamento (por ejemplo, normas relativas a los visados, concepto de “estar a cargo” o “razones humanitarias”) y replica, en buena medida, requisitos propios del régimen de reagrupación diseñado para los nacionales de terceros Estados. Esta técnica legislativa obliga a las autoridades a aplicar doctrinas interpretativas y criterios probatorios desarrollados para colectivos distintos, con riesgo de importar soluciones inadecuadas cuando los intereses jurídicos se enmarcan en la relación con un nacional español.

1. Cónyuge (art. 94.1 a)

El art. 94.1 a) reproduce la estructura del RD 240/2007 y del art. 66.1 a) del propio RD 1155/2024 en materia de reagrupación, priorizando al cónyuge del ciudadano español como categoría inicial de familiar reagrupable, sujeta a un elenco extenso de exigencias: ser mayor de 18 años, que no se trate de un matrimonio de conveniencia ni poligámico, o que la resolución de disolución del vínculo tenga unas características determinadas.

1.1. Cónyuge mayor de dieciocho años

En cuanto al primero de los requisitos –no exigido en el régimen comunitario–, se establece que el cónyuge debe ser mayor de dieciocho años. Cabe entender que dicha mayoría de edad ha de concurrir en el momento de la solicitud, aunque el texto no lo precisa expresamente. El precepto establece una edad concreta, ya que utilizar la fórmula de la mayoría de edad supondría tener que analizar en cada caso la ley personal del descendiente para establecer el umbral en el que esa ley fija la mayoría de edad (art.9.1 Código Civil). Esta restricción entendemos que se implementa para evitar el riesgo de los matrimonios forzados y va en consonancia tanto con la Observación General núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño, que indica que se considerará “matrimonio infantil” todo aquel matrimonio que se celebre al tener menos de 18 años de edad¹⁴, como con el Objetivo núm. 5 de la Agenda 2030: “el eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado..., entendiendo por este todo aquel matrimonio que se haya celebrado con un contrayente menor de 18 años de edad”¹⁵. En otros textos internacionales, en cambio, no se establece una edad concreta, el derecho a contraer matrimonio solo se reconoce a aquellas personas que tengan edad núbil, y siempre que se haya prestado pleno y libre consentimiento, remitiéndose a los derechos estatales para fijar los requisitos concretos. Así sucede en el art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el art. 9 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁶. Si bien la inclusión de este requisito puede resultar comprensible en abstracto, no debe olvidarse que en

¹⁴ Aunque se sigue permitiendo de manera excepcional casarse a los adolescentes de 16 y 17 años y sean autorizados por un juez a casarse basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición. Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014, párrafo 20. CEDAW/C/ GC/31/CRC/C/GC/18.

¹⁵ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

¹⁶ Para un análisis más detallado de los matrimonios forzados puede consultarse, SERRANO SÁNCHEZ, L., “Cuestiones de ley aplicable al matrimonio entre adolescentes. Un análisis comparado con Ibe-

España pueden contraer matrimonio las personas de 16 años emancipadas (arts. 46 y 48 CC)¹⁷. En consecuencia, resulta posible que un matrimonio celebrado en España entre un nacional español y un extranjero de tercer Estado, emancipado y menor de 18 años, quede privado de acceso a la autorización prevista para familiares de español, lo que plantea un problema de coordinación normativa y posible efecto práctico discriminatorio.

1.2. Fraude de ley

Otro de los requisitos necesarios para la concesión de la autorización es que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. El artículo no especifica nada más por lo que habrá de interpretarse o bien conforme a lo establecido en el régimen comunitario, o en el régimen de extranjería, habida cuenta de que este requisito se incluye en ambos ámbitos. Si bien es verdad que no de manera literal en el RD 240/2007, sí se ha regulado a través de la Instrucción DGRN 31-1-2006¹⁸.

El control del fraude se puede realizar por la autoridad consular en el momento de expedición del visado, o por la autoridad administrativa en España en el momento de solicitud de la autorización como familiar de español, si este se encuentra en nuestro país.

Cuando el cónyuge del nacional español se encuentre fuera de España (arts. 97.1 a) y b) RD 1155/2024), deberá presentar la solicitud de visado ante la oficina consular española competente, que se tramitará conforme a lo previsto en los arts. 38 y 41 del mismo Real Decreto. En estos supuestos hay una remisión expresa a la normativa de extranjería –no al régimen comunitario–; por ello resultarán aplicables las causas de denegación de visado previstas en el art. 28.5 del RD 1155/2024, que contempla la denegación cuando, para fundamentar la petición, se aporten documentos falsos o alegaciones inexactas, concorra mala fe o exista fraude de ley. Frente a indicios de fraude, el art. 27.3 RD 1155/2024 autoriza a la misión diplomática u oficina consular a requerir la comparecencia del solicitante y, si procede, a practicar una entrevista personal durante la sustanciación del visado para verificar identidad, documentación y moti-

roamérica", *El derecho de familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto a la vida familiar*, M. Victoria Cuartero Rubio (dir.), José Manuel Velasco Retamosa (dir.), Aranzadi, 2025, pp. 511-544.

¹⁷ El art. 46 CC establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados. Por su parte el art. 241 CC indica que para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Modificación realizada por art. 2.22 de la Ley 8/2021, Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, BOE núm. 132, de 03/06/2021. Además, se elimina en el art. 48 CC la posibilidad de que el Juez pueda dispensar el impedimento de edad a partir de los catorce años y, por tanto, impide que los menores de dieciséis puedan contraer matrimonio (reforma realizada por la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria).

¹⁸ Sí se incluye en el art. 35 de la Directiva 2004/38. Para una interpretación del art. 35 puede consultarse STJUE de 9 de febrero de 2021 en el asunto E-1/20 *Kerim / Gobierno noruego*.

vacación de la solicitud, continuidad de la práctica anterior regulada en la DA 10.^a del RD 557/2011¹⁹. En el interrogatorio se recogen datos personales básicos: fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones y hábitos notorios, nacionalidad del otro cónyuge, historial matrimonial, identificación de familiares próximos (hijos no comunes, progenitores, hermanos) y la narración de las circunstancias fácticas del conocimiento y convivencia. Desde la perspectiva probatoria, la existencia de hijos comunes opera como indicio concluyente de relación efectiva, debilitando o neutralizando la presunción de simulación matrimonial.

En los supuestos en que el cónyuge del nacional español se encuentre en territorio español, la competencia para efectuar las comprobaciones recae en las oficinas de extranjería. Si bien las oficinas pueden practicar entrevistas personales, la investigación suele desarrollarse por la brigada de extranjería de la Policía Nacional mediante inspección domiciliaria, toma de declaraciones y obtención de medios probatorios (documentales y testimoniales) orientados a acreditar la convivencia y la efectividad del vínculo afectivo.

1.3. Poligamia

El tercer requisito, que reproduce literalmente la regulación de la autorización por reagrupación familiar del régimen de extranjería, dispone taxativamente que solo un cónyuge podrá obtener la autorización: “en ningún caso podrá acceder a esta autorización más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, y tal como he señalado en estudios anteriores, se ha cuestionado la inclusión de este requisito, por considerarlo discriminatorio y contrario a los principios de igualdad consagrados en el ordenamiento jurídico español²⁰. No obstante, lejos de ser revisado o eliminado, ha sido mantenido en la reciente reforma introducida por el Real Decreto 1155/2024, e incluso se ha extendido, de manera difícilmente justificable, a los supuestos que afectan a familiares de ciudadanos españoles. Las razones que sustentan dicha crítica –que no reproduciremos en su totalidad– se fundamentan en que, si bien en España no se permite la celebración de matrimonios polígamos ni se

¹⁹ Puede verse a este respecto, entre muchas otras, la STS (Contencioso) de 23 julio de 2014 (EDJ 2014/124008). En ella, el TS consideró que la denegación del visado de reagrupación familiar es válida si existen indicios suficientes que demuestran que el matrimonio fue celebrado en fraude de ley. La sentencia destaca la importancia de la valoración de indicios en la determinación de la veracidad de los matrimonios en el contexto de la reagrupación familiar, subrayando que la mera presentación de documentos no es suficiente para desvirtuar la sospecha de fraude. Más recientes: STSJ Madrid (Contencioso) de 15 noviembre de 2024 (EDJ 2024/770589), STSJ Madrid (Contencioso) de 10 noviembre de 2023 (EDJ 2023/761564), STSJ Madrid (Contencioso) de 7 julio de 2023 (EDJ 2023/663565).

²⁰ SOTO MOYA, M., “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, Nº. 3, 2016.

reconocen aquellos formalizados en países donde dicha práctica es legal, la convivencia en territorio nacional es jurídicamente posible, conforme a lo establecido por la normativa de extranjería. La legislación vigente establece que únicamente puede ser objeto de reagrupación un cónyuge, sin especificar que deba tratarse del primero en orden cronológico. En consecuencia, se configura una situación paradójica: se rechaza la poligamia por considerarse contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres, pero al mismo tiempo se perpetúa una discriminación estructural al conferir al varón la facultad legal de elegir entre sus esposas aquella con la que desea reunirse.

Desde una perspectiva jurídica, esta regulación plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con los principios de igualdad y no discriminación, por lo que cabe interpretar que la persistencia de esta disposición responde más a una opción de política migratoria restrictiva que a una voluntad de garantizar la coherencia normativa o la protección de derechos fundamentales.

Si ya resulta jurídicamente cuestionable la aplicación de esta restricción en los supuestos que afectan a nacionales de terceros Estados, su extensión al cónyuge de una persona de nacionalidad española es difícilmente defendible. Se comprende el interés del legislador por limitar el acceso al territorio nacional a un único cónyuge, en el marco de la política migratoria, no obstante, no puede perderse de vista que, en este caso, se trata de la reagrupación familiar de un ciudadano español. Si la norma establece que no podrá acceder a esta autorización más de un cónyuge, lo importante sería determinar si es posible que un nacional español tenga “más de un cónyuge”. La clave está en discernir si el segundo o ulteriores matrimonios pueden ser reconocidos como válidos y, por tanto, si sus titulares pueden ser considerados jurídicamente como “cónyuges”.

Para ello distinguiremos dos supuestos. El primero es el matrimonio poligámico celebrado ante autoridad extranjera, en el que uno de los contrayentes es español (aunque tenga también otra nacionalidad). Resulta determinante verificar si el matrimonio ha sido precedido por el procedimiento de autorización previsto en el artículo 252 del Reglamento del Registro Civil, mediante la expedición del correspondiente certificado de capacidad matrimonial. En cualquiera de los escenarios –con o sin dicho trámite previo– se llevará a cabo un control del impedimento de ligamen, ya sea de forma anticipada o posterior, con el fin de determinar si el nacional español posee capacidad legal para contraer matrimonio. Este mecanismo de control opera como un límite efectivo frente a la posibilidad de que se formalicen vínculos poligámicos. El segundo caso es el matrimonio poligámico celebrado ante autoridad extranjera, en el que ambos contrayentes son extranjeros y, posteriormente, uno de ellos (el varón) adquiere la nacionalidad española. Los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas extranjeras deben ser objeto de inscripción registral cuando uno de los contrayentes adquiere con posterioridad la nacionalidad es-

pañola, dado que se trata de un acto que incide directamente en el estado civil del nuevo ciudadano. En ese momento, el Registro Civil procederá a verificar la capacidad matrimonial de los contrayentes, así como el consentimiento y la forma del acto, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento español. En caso de tratarse de un matrimonio poligámico, la inscripción será denegada. A esto hay que añadir que no se podrá adquirir la nacionalidad española por residencia si se detectan varios matrimonios simultáneos, ya que se consideraría que no se cumple con el requisito de integración en la sociedad española²¹.

En ninguno de los supuestos previamente analizados resulta jurídicamente viable el acceso al Registro Civil de un matrimonio poligámico en el que intervenga un ciudadano español. Surge, por tanto, una legítima interrogante respecto a la insistencia del legislador en mantener el requisito restrictivo en materia de reagrupación familiar. Una posible explicación radica en la no exigencia del certificado de capacidad matrimonial expedido por el Registro Civil español para la concesión del estatuto de familiar de ciudadano de la Unión. En efecto, basta con la presentación de un certificado de matrimonio emitido por autoridad extranjera, debidamente traducido y legalizado, para acreditar el vínculo con efectos migratorios²². Esta circunstancia implica que no se realiza un control efectivo sobre la capacidad matrimonial del ciudadano español que ha contraído matrimonio ante autoridad extranjera, lo que ha llevado al legislador a adoptar una postura de carácter preventivo. Sin embargo, esta solución normativa plantea una cuestión de fondo que no puede eludirse: si un nacional español –en los supuestos anteriormente descritos– ha contraído matrimonio poligámico que no ha sido inscrito en el Registro Civil, lo cual es jurídicamente posible, y pretende reagrupar a su segunda esposa, ¿puede esta ser considerada “cónyuge” a los efectos de aplicación del Real Decreto 1155/2024?

La pregunta pone de relieve una tensión estructural entre el Derecho de extranjería y el Derecho internacional privado. ¿Es admisible que ambos cuerpos normativos operen de forma tan desvinculada, permitiendo que se reconozca un vínculo con efectos migratorios que, sin embargo,

²¹ STS 19 junio 2008, SSTs 14 julio 2009, 26 febrero 2010, 14 diciembre 2017. La poligamia ha sido considerada en todos los casos como circunstancia impeditiva, por sí misma, de la concesión de la nacionalidad requerida, por falta del requisito de integración del solicitante con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico. Las sentencias en este sentido han conformado un cuerpo doctrinal que se ha mantenido de modo insistente y sin fisuras a lo largo de los años.

²² Ello es consecuencia de lo preceptuado en el art. 93 RD 1155/2024: “relación familiar con una persona de nacionalidad española independientemente del lugar y el momento en que se cree el vínculo”. La Dirección General de Gestión Migratoria, considera: “la naturaleza meramente declarativa y no constitutiva de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, siendo la inscripción un medio de prueba cuya ausencia puede suplirse con un certificado de matrimonio extranjero debidamente traducido y legalizado. *Vid.* Secretaría de Estado de Migraciones, Criterios de gestión sobre la obligación de inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero en el Registro Civil español, de 30/06/2025, Disponible en <https://www.inclusion.gob.es/documents/d/migraciones/20250701-criterio-dggm-acreditacion-vinculo-matrimonial>.

carece de validez civil en el ordenamiento interno? Esta disociación normativa exige una reflexión profunda sobre la coherencia del sistema jurídico y sobre la necesidad de armonizar los criterios de reconocimiento de vínculos familiares en el ámbito migratorio con los principios que rigen el estado civil en el Derecho español.

1.4. Disolución de los anteriores matrimonios

El art. 94 RD 1155/2024, también exige que si la persona de nacionalidad española residente que esté casada en segundas o posteriores nupcias, sólo podrá acceder a esta autorización el nuevo cónyuge y sus familiares relacionados en este artículo si acreditan que la disolución de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento que fije la situación del cónyuge previo y sus familiares con relación a la vivienda común, las eventuales pensiones al cónyuge y a los hijos menores o mayores dependientes. Este precepto ha sido transcrito en su totalidad de la reagrupación familiar (art. 66 RD 1155/2024), en el régimen comunitario no se incluye este requisito.

Es preciso efectuar varias aclaraciones en relación con la disposición examinada. El artículo no remite a un procedimiento estrictamente judicial, sino a un procedimiento jurídico en sentido amplio, expresión que engloba todos los mecanismos susceptibles de producir la disolución del matrimonio sin intervención jurisdiccional. Así, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, el ordenamiento español admite la posibilidad de divorcio ante notario, lo que impone una interpretación flexible del supuesto normativo destinada a incorporar cualquier procedimiento que extinga el vínculo matrimonial²³.

Dicha flexibilidad debe abarcar, en su caso, determinados supuestos de repudio así como divorcios no judiciales celebrados ante notarios, autoridades administrativas u otros órganos competentes del país de origen, siempre que reúnan los requisitos formales y probatorios exigibles. Conviene subrayar que, en relación con nacionales de terceros Estados, ni la Ley Orgánica 4/2000 ni el Real Decreto 1155/2024 imponen la obligación de someterse al procedimiento de reconocimiento de resoluciones extranjeras (reconocimiento automático o exequátur) para acreditar la disolución matrimonial²⁴. La cuestión adquiere mayor complejidad cuando el sujeto involucrado es nacional español. Si no se ha solicitado la

²³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 03/07/2015). Para optar por el divorcio notarial es necesario: que el divorcio sea de mutuo acuerdo, que hayan pasado como mínimo 3 meses desde la celebración del matrimonio y que no existan hijos menores de edad en común o con discapacidad a cargo.

²⁴ (TS 25-04-2022, EDJ 55796). Véase a este respecto ADROHER BIOSCA, S., "¿Exequatur de la sentencia de divorcio de reagrupado o reagrupante como condición para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar? La relevante doctrina legal del Tribunal Supremo de 2022", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 15, Nº. 1, 2023, pp. 899-906.

inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, es previsible que tampoco se solicite la inscripción del divorcio, circunstancia que revela una desconexión entre la práctica registral y las exigencias del Derecho internacional privado. Esta omisión plantea, una vez más, problemas de coherencia normativa.

2. Pareja registrada en un Estado UE, EEE, o Suiza y unión estable (art. 94.1 b)

En lo que concierne a la pareja de los nacionales españoles, igual que sucede en el caso del cónyuge, el RD 1155/2024, indica que tendrá que ser mayor de dieciocho años y no estar casado, por lo que en este punto nos remitimos a lo ya analizado.

Distingue la norma en dos incisos diferentes a la pareja registrada en un país de la UE de la no registrada, en sintonía con lo establecido tanto para el régimen comunitario (art. 2 b) RD 240/2007) como para la reagrupación familiar (art. 66.1 b).

Se equipara al cónyuge a todos los efectos la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal, e inscrita en un registro público establecido a esos efectos en la UE, EEE o Suiza, siempre que no se haya cancelado dicha inscripción. Hay que recordar en este punto, que en España no existe un registro único de parejas, sino tantos como comunidades autónomas y que no están interconectados. Ante la posibilidad de que esto pudiera derivar en situaciones de multiplicidad registral, se planteó la cuestión ante el TS de si serían válidos a efectos de concesión de la Tarjeta de residente comunitario. Como el precepto es idéntico al del RD 240/2007 podemos utilizar esta interpretación en el ámbito del estatuto de familiar de español. El Tribunal Supremo consideró que el certificado del registro realizado en una comunidad autónoma era totalmente válido a efectos de concesión de la tarjeta de residente comunitario, por lo que extrapolamos esta conclusión a la pareja registrada de un español²⁵.

Todas las demás parejas estables que carezcan de certificado *ad hoc* emitido un país UE, EEE o Suiza, se incluirán dentro del art. 94.c). Se les exigirá como prueba de su estabilidad que acrediten la existencia de un vínculo duradero. Se entiende la existencia de este vínculo si se prueba un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, dentro

²⁵ Sentencia de 1 de junio de 2010, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan varias expresiones de los artículos 2, 3, 4, 9 y 18 y disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE» núm. 266, de 3 de noviembre de 2010). Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, disponible en https://www.inclusion.gob.es/documents/410169/0/INSTRUCCION_DGI-SGRJ-03-2010.pdf/97ab8c2b-dd06-e0e4-0625-3dbde57be09a?t=1686912852111.

o fuera de España. Si tienen descendencia en común, se considera una prueba preconstituida de la estabilidad de la pareja y no se exige periodo de convivencia previo. Se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en Derecho, aunque, tienen prevalencia los documentos emitidos por una autoridad. Hay que tener en cuenta que el RD 1155/2024 utiliza el término “en todo caso se entiende por pareja estable...”, lo que quiere decir que no es la única manera de acreditar la estabilidad, no se trata de un listado cerrado, exactamente igual que sucede en el régimen comunitario.

3. Descendientes (art. 94.1 d)

Tanto los hijos del nacional español como los de su cónyuge, pareja registrada o pareja estable podrán acceder al estatuto de familiar de español siempre que convivan o pretendan convivir con ellos y no estén casados o hayan constituido su propia unidad familiar y sean: a) menores de 26 años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor; b) mayores de 26 años que estén a cargo tengan una discapacidad que requiera de apoyo; c) mayores de 26 años que tengan una discapacidad para la que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

En lo que respecta a la edad, este supuesto es una de las pocas situaciones en las que el nuevo estatuto de residencia para familiares de personas con nacionalidad española resulta claramente más favorable que el régimen comunitario –que sólo permite la entrada y permanencia a menores de 21 años– y, por supuesto, del régimen de extranjería, que reduce la edad mínima requerida a 18 años. Por tanto, los menores de 26 años no tendrán que demostrar más que el vínculo para poder solicitar la autorización como familiar de español. Si son mayores de 26 años, además del vínculo, habrán de demostrar que se encuentran “a cargo”. Nos remitimos en este punto a lo dispuesto en el art. 196 RD 1155/2024 y que analizaremos en el epígrafe siguiente.

Cuando los hijos menores de edad no son sean comunes, sino solo de uno de los cónyuges o pareja registrada o estable, es imprescindible para la obtención del Estatuto que se den alguna de las siguientes circunstancias: *“que el progenitor extranjero ejerza la patria potestad o la custodia con carácter exclusivo o, en su defecto, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento ante una autoridad pública o fedatario público. No será necesario tal consentimiento cuando esos hijos menores hayan nacido en España y hayan permanecido en nuestro país desde su nacimiento”*. La formulación excesivamente enrevesada del precepto genera ambigüedades interpretativas que afectan tanto al análisis en los planos del Derecho internacional privado y de la normativa sobre extranjería²⁶. No obstante, lo que resulta claro es que todas estas

²⁶ Tal como indica P. DIAGO DIAGO (“La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la “pareja de hecho” en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, *Revista de*

previsiones se realizan para intentar evitar, en la medida de lo posible, la sustracción internacional de menores²⁷.

4. Ascendientes (art. 94.1 e)

Solo procede la reagrupación de los ascendientes en primer grado –tanto del reagrupante como de su cónyuge, pareja registrada o pareja de hecho– cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias, de carácter alternativo: a) que acrediten vivir a cargo del reagrupante y carecer de apoyo familiar en su país de origen; o b) que concurren razones de carácter humanitario.

La redacción vigente combina elementos del régimen comunitario y del régimen general de extranjería. Al igual que en el régimen comunitario, no se establece un límite de edad para solicitar el estatuto de familiar de ciudadano español; en consecuencia, no resulta exigible que los ascendientes sean mayores de sesenta y cinco años, requisito propio del procedimiento de reagrupación familiar. No obstante, todos los ascendientes menores de ochenta años deberán acreditar la condición de “estar a cargo” o, alternativamente, la existencia de razones humanitarias, lo que representa un empeoramiento respecto del régimen anterior previsto en el derogado artículo 124 del Real Decreto 557/2011.

En la redacción derogada se contemplaba el acceso por circunstancias excepcionales para los “ascendientes de españoles mayores de sesenta y cinco años, o los menores de sesenta y cinco años a cargo”. La regulación actual amplía la exigencia de acreditar la dependencia hasta los ochenta años, medida que puede justificarse, entre otras causas, por el incremento significativo de solicitudes de arraigo familiar durante el periodo en que aquella vía estuvo abierta y por la voluntad de aproximar determinados criterios al régimen comunitario, que también exige prueba de dependencia del ascendiente, aunque con un contenido y alcance distintos.

En el régimen comunitario el “estar a cargo” es un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido es delimitado por la jurisprudencia del TJUE²⁸. En cambio, En el caso del estatuto de familiar de español está

derecho migratorio y extranjería, Nº. 26, 2011, pp. 11-26) la técnica legislativa empleada resulta en ocasiones claramente defectuosa y denota un incomprensible desconocimiento del legislador de nuestras propias normas de Derecho internacional privado, así como de su funcionamiento.

²⁷ El problema es que la regulación no refleja exactamente la calificación de custodia y la finalidad perseguida por el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los efectos civiles en la sustracción internacional de menores, ni del Reglamento 1111/2019, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOCE L 78), que en sus arts. 5 y 2, respectivamente, establecen que: “el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

²⁸ La calidad de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho que se caracteriza porque el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación o su cónyuge garantizan los

perfectamente delimitado ya que hay que remitirse a lo establecido en el art. 196 RD 1155/2024, equiparándolo, por tanto, con el concepto que se utiliza para la reagrupación familiar en el régimen de extranjería. Dicho precepto indica que se estará en este supuesto cuando exista una situación de hecho por la que se garantice una ayuda o apoyo material que acredite una dependencia económica o física. Se entenderá por dependencia económica, la situación de hecho en la que la persona de quien esté a cargo el dependiente le preste ayuda material o económica para satisfacer sus necesidades básicas de la vida siempre que den las siguientes condiciones: a) que sea real, estable y sostenida en el tiempo, sin que puedan considerarse situaciones aisladas y puntuales; b) que se produzca en el país de origen o de procedencia; c) tiene que preexistir al momento de la presentación de la solicitud. A los efectos de la valoración de dichas condiciones, el órgano competente tendrá en cuenta la situación personal, familiar, económica y patrimonial del dependiente en el Estado de origen o de procedencia. El hecho de que el dependiente, por razón de sus circunstancias, como la edad, la formación o la salud, tenga perspectivas de encontrar empleo, no será impedimento para que pueda considerarse que se encuentra a cargo. En todo caso, se presumirá que el dependiente está a cargo cuando haya recibido fondos o se hayan soportado gastos durante, al menos, el año previo a la fecha de presentación de la solicitud que representen como mínimo, por cada uno de ellos, el 51 % del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de procedencia según los datos publicados por el Banco Mundial²⁹. Además de todo esto será indispensable probar que el ascendiente carece de apoyo familiar en el Estado de origen.

En cuanto al segundo de los requisitos alternativos, que concurren razones de carácter humanitario, hay que acudir también al art. 196 RD 1155/2024, en este caso al apartado seis, para obtener una definición. De su redacción se desprende un *numerus clausus* de supuestos: a) que el país de origen o de residencia se halle en situación de conflicto bélico o en dificultad social a causa de éste; b) que el país de origen o de residencia se encuentre afectado por catástrofes o desastres naturales o provocados por el ser humano; c) que el familiar reagrupable sufra una enfermedad consistente en pluripatologías tendentes a la cronicidad o a la pérdida severa de la capacidad funcional o mental; d) que el reagrupante o su cónyuge, pareja registrada, hijos o personas representadas legalmente, siempre que sean residentes en España, tengan reconocido alguno de los grados de dependencia previstos en el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; e) que la persona ascendiente del

recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia. SSTJUE 9-1-07 asunto C-1/05, 18-6-87, asunto 316/85, 19-10-04, asunto C-200/02.

²⁹ La información sobre el Producto Interior Bruto per cápita por país puede consultarse en <https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD?order> (contiene datos por país actualizados a 2023).

reagrupante, o de su cónyuge o pareja, sea cónyuge o pareja del otro ascendiente, cuando este último sea mayor de sesenta y cinco años y haya obtenido la autorización; f) cuando se justifique de forma motivada que la persona ascendiente vaya a proporcionar cuidados a los hijos e hijas menores de edad o mayores de edad que tengan una discapacidad que requiera apoyo o que no sean capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud; g) en otros casos distintos a los anteriores, siempre que se cuente con informe previo favorable de la Dirección General de Gestión Migratoria.

Por tanto, se trata de una regulación mucho más restrictiva que la requerida en el Régimen comunitario, y ha sido precisamente uno de los preceptos recurridos ante el Tribunal Supremo a través del recurso de ilegalidad interpuesto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por Extranjeristas en red, la Asociación Pro-Derechos Humanos de España (APDHE) y Coordinadora de Barrios.

5. Padre, madre, tutor o tutora de un menor de nacionalidad española (art. 94.1 f)

Se recupera un supuesto propio del antiguo arraigo familiar que permite la autorización cuando el progenitor o tutor tenga al menor a su cargo y conviva con él o esté al corriente de sus obligaciones respecto a este.

Procede efectuar varias puntualizaciones. En primer término, y en contraste con otros preceptos, la norma analizada no establece una edad concreta; ello se justifica porque se refiere a un menor con nacionalidad española, por lo que debe estarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional, concretamente al artículo 12 de la Constitución Española, que fija la mayoría de edad en los dieciocho años.

En segundo lugar, en lo relativo a las obligaciones respecto del menor, la exigencia principal consiste en la aportación de documentación que acredite el cumplimiento de las responsabilidades paternofiliales; entre los títulos probatorios más habituales cabe señalar el convenio regulador, en su caso, o una declaración jurada de ambos progenitores autorizada notarialmente.

Por último, se exige que la relación de tutorización haya sido constituida conforme al ordenamiento jurídico español. Cabe plantearse si dicha exigencia impone la constitución por autoridad española o si admite la constitución por autoridad extranjera siempre que ésta se hubiera llevado a cabo conforme al derecho español; la interpretación preferente es la primera, en la medida en que el precepto no determina, como ocurre en otros supuestos, que “la resolución reúna los elementos necesarios para producir efectos en España” (véanse arts. 94.1.b y 66.c en relación con la adopción).

6. Cuidador (art. 94.1 g)

Se incorpora la figura del cuidador, ampliando el círculo posible hasta familiares en segundo grado, condicionada a la existencia de grados de dependencia reconocidos en España.

Se trata de una previsión muy similar a la que se ha incluido como novedad en el régimen de reagrupación familiar (art. 66.1 f) RD 1155/2024). En este ha de ser un hijo o una hija mayor de edad de la persona reagrupante o de su cónyuge o de su pareja que vaya a ejercer la condición de cuidador de la persona reagrupante. En el caso del Estatuto podrá ser cualquier familiar hasta segundo grado el que vaya a ejercer de cuidador. En ambos casos ha de tener reconocido alguno de los grados de dependencia previstos en el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia³⁰.

7. Los hijos y las hijas cuyo padre o madre sean o hubieran sido españoles de origen (art. 94.1 h)

Este es un ejemplo más de cómo el estatuto de familiar de español ha integrado preceptos que se encontraban en otras categorías jurídicas. En concreto, en el art. 124 del RD 557/2011 dentro del denominado “arraigo familiar”, como hemos analizado “supra”.

La principal particularidad de este supuesto, en comparación con los analizados previamente, radica en que no resulta exigible la convivencia o la reunión física de los familiares con el nacional español en territorio español; incluso cabe la hipótesis de que aquel haya fallecido. Basta, en tal caso, acreditar el vínculo familiar, aportar el certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país o países en que el interesado haya residido durante los cinco años anteriores a su entrada en España, y, cuando proceda, acreditar –no sin cierta dificultad probatoria– la condición de “español de origen”.

Son españoles de origen todos aquellos a los que se les atribuye la nacionalidad española a través del art. 17.1 CC (tanto por *ius sanguinis* como por *ius soli*). Además, también lo serán en los casos previstos en los

³⁰ La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15/12/2006) contempla 3 grados de dependencia: a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal; b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

arts. 17.2 y 19.2 CC, ya que la nacionalidad adquirida por opción se considerará de origen.

A esto hay que añadir aquellas personas que adquieran o hayan adquirido la nacionalidad por opción a través de la Ley 20/2022 de Memoria Democrática³¹. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, en todos los casos, la opción regulada en la Ley 20/2022 confiere la cualidad de español de origen, si bien adquirida de forma sobrevenida, es decir, con efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo³². Esto supone dispensar un tratamiento jurídico mucho más beneficioso a las personas que se acojan a estos supuestos que a los previstos en el artículo 20 CC, que configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo³³. Se trata de una diferencia esencial sobre todo en relación a la pérdida y recuperación de la nacionalidad española³⁴, aunque el distinto trato entre los españoles originarios y no originarios se recoge expresamente también en otros ámbitos, como el de la normativa de extranjería³⁵.

8. Otros miembros de su familia (art. 94.1 i)

Podrán asimismo instar la concesión del Estatuto todos los restantes miembros familiares, cualquiera que sea su grado de consanguinidad o la línea de parentesco respecto del nacional español, siempre que acrediten de modo fehaciente hallarse a su cargo (en el sentido del art. 196 RD 1155/2024). Esta posibilidad no se encuentra regulada en el plano de la

³¹ Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática, Ministerio de Justicia, BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2022.

³² Para un análisis del término “nacionalidad española de origen adquirida de forma sobrevenida”, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias AN de 19 de julio de 2022 (AAN 6725/2022), y de 26 de abril de 2023 (SAN 2065/2023).

³³ También se atribuyó la cualidad de español de origen a quienes adquirieron la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

³⁴ El artículo 11. 2 de la Constitución española establece que: “ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”. Esto supone una protección, reservándose la pérdida por sanción a los españoles que no lo sean de origen (art. 25 CC). Por tanto, la única forma de perder la nacionalidad de origen es por la propia voluntad del interesado, tanto por acción como por omisión. Esto es mediante un acto de renuncia expresa, por adquisición de otra nacionalidad o por utilización exclusiva de otra nacionalidad que tuviera atribuida antes de su emancipación. Incluso dándose esas condiciones, no pierde la nacionalidad española quien al adquirir otra nacionalidad declare antes del transcurso de 3 años desde la mayoría de edad o emancipación, su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil o Cónsul de donde resida.

³⁵ Puede consultarse en este sentido ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Derecho de nacionalidad en España”, *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 407-444, p. 428. Entre los ejemplos que cita la autora, podemos destacar el art. 124.3.b) Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incorpora entre los supuestos de concesión de una autorización de residencia por razones de arraigo: “b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles”; el art. 148 párrafo 3º d) dispone que “La autorización de residencia de larga duración también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos: d) Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española”.

reagrupación familiar para los nacionales de terceros Estados, pero sí en el régimen comunitario.

Por eso habrá que interpretar el precepto de acuerdo con lo que históricamente se ha incluido dentro de la familia extensa en este régimen. Es imprescindible, por tanto, hacer referencia en este punto a la institución de la kafala, máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en los países islámicos, donde la adopción, salvo excepciones, está prohibida³⁶. El carácter desconocido de esa institución dificulta su recepción en los sistemas jurídicos europeos al no ser equiparable a la figura de la adopción, en la medida en que aquella no crea vínculo de filiación alguno, mientras que esta sí lo hace. Los principales problemas en el ámbito del derecho de extranjería surgen cuando se ha de solicitar la documentación correspondiente al menor makful.

En el ámbito del Derecho comunitario, cuando la solicitud es formulada por nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, EEE o Suiza, la solución articulada ha sido la de incluirlos en la “familia extensa” (art. 2 bis RD 240/2007), y no considerarlos “descendientes directos” del ciudadano UE (art. 2). La diferencia es significativa ya que estos últimos se benefician automáticamente del derecho a entrar y residir en el Estado miembro en el que habitan sus ascendientes; mientras que los primeros solo pueden beneficiarse de la libre circulación y residencia en los Estados miembros tras la oportuna evaluación que deben realizar las autoridades del Estado de recepción, esto es: 1) que en el país de procedencia estén “a su cargo”, garantizando la existencia de dependencia económica o que vivan con él o; 2) que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. Esta solución ha sido avalada por el propio TJUE, en su Sentencia de 26 de marzo de 2019³⁷, en la que se pronuncia sobre cuál es la obligación que pesa sobre los Estados miembros a la hora de documentar la entrada y residencia de menores sometidos a kafala por parte de ciudadanos de la UE. De hecho, el centro de gravedad de la cuestión prejudicial planteada, así como la argumentación esgrimida por el TJUE es si el concepto de “descendiente directo” del artículo 2.2º c) de la Directiva 2004/38, comprende a un menor que se encuentra bajo la tutela permanente de un ciudadano de la Unión acogido en régimen de kafala. Argumenta el Alto Tribunal que los menores que, como en este caso, se hallan bajo la tutela legal de ciudadanos de la Unión no son “descendientes

³⁶ Puede definirse como la institución en virtud de la cual el kafil (titular de la kafala) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección del menor (makful) de la misma manera que un padre lo haría para con su hijo (art.116 Código de Familia argelino). El kafil no solo adquiere el compromiso de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musulmana. ZEKRI, H., “La kafala en el Derecho marroquí”, *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Unidad de ejecución Proyecto ADL (coord.), Madrid, FIIAPP, Madrid, 2009, pp. 8-9.

³⁷ STJUE (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 dictada en el asunto C-129/18, *SM y Entry Clearance Officer, UK Visa Section*.

directos” de estos. Ello, no obsta, a que tales menores puedan disfrutar de un trato más favorable que otros nacionales de Estados terceros. Considera que aquellos pueden subsumirse, tal como apuntó el órgano jurisdiccional remitente, en el concepto de “otro miembro de la familia” al que se refiere el artículo 3.2º a) de la Directiva 2004/38³⁸.

Teniendo esto en cuenta es factible que la solicitud del estatuto de familiar de español para estos menores también se deba hacer por el cauce del art. 94. 1 i). Un aspecto relevante es saber si la consideración como miembro de la familia a efectos de entrar en España debe estar condicionada por el previo reconocimiento de la resolución judicial del Estado donde se ha constituido la kafala (un Estado tercero). En estos casos las autoridades administrativas solo verifican la regularidad formal del documento que se presenta (traducción + legalización), pero no exigen el reconocimiento³⁹.

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA COMO FAMILIAR DE ESPAÑOL

1. Sujetos legitimados para solicitarla

Actualmente hay tres posibilidades para la solicitud de la autorización que dependen de dónde se encuentre, tanto la persona extranjera como el nacional español:

- a) persona extranjera en origen y familiar español en territorio nacional (art. 97.1 a)
- b) persona extranjera y familiar español fuera de territorio nacional (art. 97.1 b)
- c) persona extranjera y familiar español en territorio nacional (art. 97.1 c)

En el primer caso, si la persona extranjera se encuentra en el país de origen y el familiar español en territorio nacional el sujeto legitimado para solicitar la autorización será este último en la oficina de extranjería

³⁸ Un análisis pormenorizado de esta Sentencia puede encontrarse en, MARCHAL ESCALONA, N., “La kafala, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo”, *La Ley Unión Europea*, número 71, 2019; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “La kafala del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo. Cuestiones de Derecho de extranjería en la kafala de menores en España. La STS de 9 de diciembre de 2011”, en *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*. Vol. 2 (A.L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, Dirs.), *Colección Derecho y Letras*, núm. 1, Murcia, 2019.

³⁹ Una práctica administrativa que, desde la perspectiva iusprivatista, debe ser objeto de crítica, puesto que, en tal caso, no se trata de utilizar la resolución judicial o el documento público extranjero en el que se haya constituido la kafala como medio de prueba (efecto probatorio), sino que lo que se pretende es que estos desplieguen su eficacia constitutiva en España (efecto constitutivo). MARCHAL ESCALONA, N., “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Revue Paix et Sécurité Internationales*, 2016, núm. 04, pp.222-223.

de la provincia en la que resida. La oficina de extranjería comprobará el cumplimiento de los requisitos y resolverá sobre la autorización. Para ello se exige por lo que respecta al familiar de nacionalidad española: a) copia completa del pasaporte, o del documento nacional de identidad, en vigor; b) en los casos de solicitud a favor de cónyuge o pareja, declaración responsable de que no reside con él en España otro cónyuge o pareja. Otro ejemplo de la integración de normas idénticas que se aplican a otras categorías de extranjeros, en este caso a nacionales de terceros Estados en la reagrupación familiar. Proviene de la imposibilidad de reagrupar en España a más de un cónyuge, pero hay que recordar lo analizado *supra* con respecto a la poligamia. Para el español el único matrimonio válido será el primero, por lo que los demás no podrán ser considerados cónyuges, incluso, como se ha estudiado, aunque hayan contraído matrimonio antes de obtener la nacionalidad española.

En cuanto al familiar extranjero: a) copia completa del pasaporte, del título de viaje, en vigor; b) documentación acreditativa de la existencia del vínculo familiar con el familiar de nacionalidad española. En cada caso la documentación....c) en los supuestos en los que así se exija, documentación acreditativa de que el familiar se encuentre a cargo del familiar de nacionalidad española; d) en los casos contemplados en el artículo 94.1.i), se deberá acreditar la dependencia, la convivencia, el grado de parentesco y, en su caso, la existencia de motivos graves de salud o discapacidad; e) en el supuesto de pareja estable, documentación que justifique la existencia de una relación estable con la pareja de nacionalidad española, el tiempo de convivencia y, en su caso, certificado de nacimiento de los descendientes comunes.

En caso de que la autorización sea concedida provisionalmente por la oficina de extranjeros, se comunica a la oficina consular competente en el país de residencia del familiar extranjero. Éste deberá presentar la solicitud de visado en el plazo de un mes conforme a lo previsto en el art. 41 RD 1155/2024. Una vez más la autonomía del estatuto de familiar de español queda en entredicho, al remitirse a un precepto que está fuera del capítulo en el que se regula este, igual que ocurría, como hemos analizado, en el supuesto de los términos “estar a cargo” y “razones humanitarias” (art. 196). En el caso de resolución favorable se expedirá el visado de residencia

En el supuesto de que tanto la persona extranjera como el nacional español estén fuera de territorio nacional, el sujeto legitimado para solicitar la autorización es exclusivamente la persona extranjera en la oficina consular española. Ésta tramita simultáneamente el visado y la autorización de residencia en coordinación con la Oficina de extranjería, a la que remite la documentación recepcionada, que tendrá un plazo de dos meses para dictar resolución. Si la autorización es concedida, la Oficina Consular ha de expedir el visado en 15 días.

Si la persona extranjera y el familiar español se encuentran en territorio nacional ambos estarán legitimados para presentar la solicitud en la oficina de extranjeros. El precepto indica que se trata de un supuesto “excepcional”, ya que, en principio, no podrían realizar la solicitud desde España ni los hijos mayores de edad, ni los ascendientes⁴⁰. No obstante, esta excepcionalidad ha sido “atenuada” por las Instrucciones SEM 2/2025, a efectos de evitar un trato discriminatorio a estos familiares. Actualmente, por tanto, se permite la solicitud desde España a todos los familiares.

2. Características de la autorización

La primera característica que es necesario destacar es la posibilidad de realizar una actividad laboral. Exactamente igual que sucede en el régimen comunitario y en la reagrupación familiar, las personas extranjeras a las que se les conceda esta autorización tendrán derecho, durante su vigencia, a residir y trabajar, sin necesidad de realizar ningún trámite administrativo adicional, y no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión de estas autorizaciones. La ventaja con respecto a la reagrupación es que la mera presentación de la solicitud otorgará, durante su tramitación y hasta su resolución, el derecho de permanecer provisionalmente a los familiares en España y, habilitará para el desarrollo de actividades laborales o profesionales por cuenta ajena o propia, respectivamente (art. 97.5).

En segundo lugar, conviene resaltar que los titulares de la autorización de residencia temporal de familiares de personas con nacionalidad española podrán ejercer su propio derecho a la reagrupación familiar en los términos, plazos, requisitos y condiciones previstas en los artículos 68 y 69. Es decir, se realiza una remisión a lo previsto para la reagrupación familiar de los nacionales de terceros Estados, ya sin las ventajas de lo previsto para los familiares de españoles.

En cuanto a la validez de la autorización, se prevé por un periodo de 5 años a partir de la fecha de su concesión o, en su caso, se otorgará por el periodo previsto de residencia en España del familiar de nacionalidad española si éste fuera inferior.

3. Residencia independiente

A pesar de que los extranjeros que cuenten con una autorización de residencia temporal como familiar de español, pueden trabajar sin nece-

⁴⁰ Ya la DT4ª RD 1155/2024, había establecido que: “cuando las personas extranjeras contempladas en las letras d) y e) del artículo 94.1 de este reglamento tuvieran el vínculo familiar y se encontrasen en territorio nacional a la fecha de publicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social podrán, excepcionalmente, solicitar la autorización de residencia temporal prevista en el capítulo VII del título IV en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigor”.

sidad de solicitar ningún tipo de autorización ni de realizar ningún trámite administrativo adicional, como hemos indicado, también se abre la posibilidad de que puedan solicitar una autorización independiente cuando se produzca alguna de las circunstancias contempladas en el art. 99 RD 1155/2024. Eso sí, a excepción de la pareja de hecho y los familiares incluidos en la letra i) del art. 94.

Los apartados 2, 3 y 4 del art. 99, plantean en realidad, en qué situación documental quedan los familiares cuando desaparece el vínculo que les ha dado acceso al Estatuto y es una transcripción del art. 9 del RD 240/2007, del régimen comunitario. Se diferencian tres supuestos dependiendo de la causa de desaparición el vínculo: fallecimiento, cese de la residencia efectiva de España o ruptura del vínculo.

V. CONCLUSIONES

El Real Decreto 1155/2024 ha creado un Estatuto específico para los familiares de nacionales españoles que no han ejercido su derecho de libre circulación UE (arts. 93–99). Uno de los objetivos de la norma es afrontar las implicaciones derivadas del aumento de personas que han adquirido la nacionalidad española en los últimos años originado, tanto por procesos ordinarios de adquisición por residencia, como por las concesiones previstas en la Ley 20/2022 de Memoria Democrática. Junto con las Instrucciones SEM 2/2025, el nuevo marco pretende dar una respuesta uniforme a situaciones que hasta ahora se resolvían de forma dispersa entre el régimen comunitario y el arraigo. No obstante, la reforma incorpora remisiones y criterios procedimentales que generan solapamientos y conflictos interpretativos con el RD 240/2007, la reagrupación familiar, la jurisprudencia del TJUE e, incluso, con las normas de Derecho Internacional Privado.

El análisis realizado pone de relieve la necesidad de limitar las remisiones automáticas a normas de extranjería y revisar las importaciones normativas que contengan conceptos propios del Derecho internacional privado, adaptando su contenido cuando se apliquen a nacionales españoles.

En definitiva, el Estatuto constituye un avance parcial, pero aún requiere ajustes sustanciales para garantizar seguridad jurídica, respeto al principio de igualdad y plena coherencia con el ordenamiento jurídico. Se requerirá, de no modificarse, una interpretación garantista que concilie la política migratoria con la protección efectiva del núcleo familiar del ciudadano español.

Residencia temporal por circunstancias excepcionales por razones de arraigo

Estefanía GUADIX VALENZUELA

Graduada Social

Parainmigrantes.info

Correo electrónico: 1666@cgsgranada.es

Sumario: I. Evolución de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo en España. II. ¿Qué es una autorización de residencia por circunstancias excepcionales? III. Tipos de autorización de residencia temporal por razones de arraigo. IV. Requisitos generales de los arraigos: 1. *Permanencia en España*. 2. *Solicitantes de Asilo y arraigo*. 3. *Ausencia de antecedentes penales y/o policiales*. 4. *Otros requisitos generales de los arraigos*. V. Requisitos específicos de los arraigos: 1. *Arraigo de segunda oportunidad*. 2. *Arraigo Sociolaboral*. 3. *Arraigo Social*. 4. *Arraigo Socioformativo*. 5. *Arraigo Familiar*. VI. Prórroga de los arraigos. VII. Conclusiones.

Palabras clave: arraigo, residencia, excepcionales, regularización, integración.

I. EVOLUCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES POR RAZÓN DE ARRAIGO EN ESPAÑA

Los arraigos, al igual que la situación económica y social de nuestro país, han ido evolucionando con el paso de los años. La primera Ley de Extranjería de 1985 sentó las bases de la regulación de la situación de los ciudadanos extranjeros en España, pero no abordaba la cuestión del “arraigo” de forma específica¹.

¹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985).

Con la llegada de la Ley 4/2000, de 11 de enero, se introdujo el concepto de arraigo tal y como lo conocemos hoy día, tratándolo desde un prisma triangular: arraigo social, familiar y laboral. Con la reforma del reglamento de extranjería, introducida en el año 2022 a través del Real Decreto 629/2022, de 26 de junio, se introdujo además el arraigo para la formación.

Finalmente, con la aprobación del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, se han creado nuevas figuras de arraigo y se han modificado y flexibilizado los requisitos de acceso a estos, intentando favorecer la regularización de aquellas personas que se encuentran en España irregularmente. Muestra de esta flexibilización es la reducción del tiempo de permanencia necesario para acceder a estos permisos por circunstancias excepcionales, de tres a dos años.

II. ¿QUÉ ES UNA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES?

Una autorización de residencia por circunstancias excepcionales es una autorización administrativa que permite residir en España de forma temporal y que puede otorgar la administración española por razones de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.

Este tipo de autorización viene regulada en el artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Dada la importancia de este tipo de autorizaciones de residencia temporal, existe hoy día un capítulo completo dentro del RD 1155/2024, de 19 de noviembre, dedicado exclusivamente a las autorizaciones por arraigo, autorizaciones que se encuentran reguladas en los artículos 124 y siguientes de dicho texto.

No debemos confundir las autorizaciones por arraigo con el resto de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, ya que, si bien es cierto que ambas vienen incluidas dentro del mismo título de la norma, hay algo que las diferencia claramente. En las autorizaciones por arraigo se exige un tiempo previo de permanencia en España, y en el resto, no.

Para entender bien este tipo de autorizaciones, debemos preguntarnos algo sencillo: ¿qué es realmente el arraigo?

Arraigo proviene del verbo arraigar, y si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, “arraigar” es echar raíces. De ahí, de este con-

cepto de pertenecer, de crear vínculos económicos, sociales, familiares, laborales o formativos, nacen o surgen todos los arraigos².

III. TIPOS DE AUTORIZACIONES POR ARRAIGO

Actualmente y tras la aprobación del RD 1155/2024, de 19 de noviembre, se han recogido cinco tipos de arraigo:

- Arraigo de Segunda Oportunidad
- Arraigo Sociolaboral
- Arraigo Social
- Arraigo Socioformativo
- Arraigo Familiar

Si analizamos los distintos arraigos, cada uno de ellos responde a la existencia de un vínculo con España.

El arraigo Sociolaboral responde a un vínculo de tipo económico o laboral; el arraigo socioformativo, a uno educativo o de formación; y, por otra parte, el arraigo social y familiar responde a los vínculos existentes con otros ciudadanos extranjeros residentes en España. Esta vinculación del ciudadano extranjero con España es la base para la concesión de la autorización de residencia por razón de arraigo.

IV. REQUISITOS GENERALES DE LOS ARRAIGOS

Tras la publicación del RD 1155/2024, de 19 de noviembre, se ha establecido un artículo específico donde se regulan los requisitos generales y aplicables en todos los arraigos. (Artículo 126 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre).

1. Permanencia en España

Como hemos dicho anteriormente, una de las características de los arraigos es que se exige un tiempo mínimo de permanencia en España. Este tipo de autorizaciones están ideadas para aquellas personas que habiendo llega-

² STS 303/2020, de 2 de marzo de 2020: “El criterio de arraigo se ha configurado como la existencia de vínculos que unen al extranjero recurrente con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral académico o de otro tipo que sean relevantes para apreciar el interés recurrente en residir en el país y determinen la prevalencia de tal interés particular para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado”.

do a España, nunca han podido regularizar su situación o, bien de haberlo hecho, han perdido su autorización de residencia y/o trabajo por cualquier circunstancia, quedando, por tanto, de forma irregular en nuestro país.

Dicho esto, debemos tener en cuenta que, para solicitar y obtener este tipo de autorizaciones, no necesariamente debemos encontrarnos de forma irregular, pudiendo acceder a estos arraigos desde una situación de regularidad; por ejemplo, desde una autorización de estancia de larga duración por estudios, movilidad de alumnos, servicios de voluntariado o actividades formativas. Pero, como decimos, están ideadas para recuperar la regularidad que algún día tuvimos o para obtenerla en caso de haber permanecido en España durante un cierto periodo de tiempo de forma continuada e irregular.

En cualquier caso, el tiempo de permanencia en España necesario para acudir a los arraigos es de dos años inmediatamente anteriores a la solicitud. Esto supone haber permanecido de forma continuada en España al menos 730 días.

Durante la vigencia de este nuevo reglamento de extranjería, la Secretaría de Estado Migraciones ha emitido instrucciones, criterios y notas aclaratorias con el objetivo de unificar, homogeneizar y dar seguridad jurídica en relación con las resoluciones que las Oficinas de Extranjeros dicten en los procedimientos que éstas tramiten.

La Instrucción SEM 1/2025, publicada en el mes de mayo de 2025, ha establecido que, a los efectos del cómputo de la permanencia continuada, las ausencias de territorio español no pueden superar los 90 días naturales en ese periodo de dos años exigido para la autorización por razón de arraigo.

Es importante destacar que aquellas personas que permanecen en España de forma irregular durante este periodo de dos años difícilmente viajan y salen de nuestro país, ya que una salida podría suponer una devolución o prohibición de entrada en el momento de querer regresar, un riesgo que pocas personas asumen.

Ahora bien, para aquellas personas que acceden a estos arraigos tras haber perdido su autorización de residencia o si lo hacen desde una situación de regularidad, sí es muy habitual que existan salidas fuera de España (por motivos vacacionales, familiares, etc), lo que puede suponer un incumplimiento del requisito de “permanencia continuada en nuestro país”, lo que imposibilitaría el acceso a regularizarse nuevamente por arraigo.

Es importante destacar que la exigencia de la permanencia es aplicable a todos los arraigos salvo para el arraigo familiar. En este caso, no es exigible ningún tiempo previo en España. Esto se debe a que este tipo de arraigo se basa en vínculos familiares con ciudadanos comunitarios, algo que veremos más adelante.

Ahora que tenemos bien delimitado el tiempo necesario para poder acceder a los arraigos, es importante abordar la limitación establecida a

los solicitantes de asilo y la imposibilidad de acceder de forma directa a una autorización por arraigo, algo que se ha recogido expresamente en este RD 1155/2024, de 19 de noviembre.

2. Solicitantes de Protección Internacional y Arraigo

Un aspecto clave del nuevo reglamento de extranjería ha tenido que ver con todas las personas que son Solicitantes de Protección Internacional en España o lo han sido en algún momento, ya que el tiempo que se ha permanecido en esta situación no computa de cara a la permanencia exigida para los arraigos.

Es decir, que el tiempo que transcurre desde que se manifiesta la intención de solicitar Protección Internacional hasta que se resuelve su solicitud (en algunos casos pueden transcurrir varios años) no computará como tiempo de permanencia en España para conseguir ningún tipo de arraigo (salvo en el caso del arraigo familiar, para el cual no es necesario acreditar ningún tipo de permanencia previa).

Además, desde la Secretaría de Estado de Migraciones se ha querido dejar clara la interpretación que se debe realizar del artículo 126 del mencionado texto y que tiene como respuesta el cumplimiento de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, con en el Reglamento (UE) 2024/1348 del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE.

Es importante señalar el procedimiento especial que se ha establecido a través de la Disposición Transitoria 5ª para que aquellas personas que en el momento de la entrada en vigor del reglamento de extranjería, es decir, el 20 de mayo de 2025, se encuentren en situación irregular como consecuencia de una resolución denegatoria o desestimatoria firme en sede administrativa y, en su caso, judicial de su solicitud de protección internacional, y reúnan los requisitos generales y específicos establecidos en el capítulo I del título VII excepto el de permanencia, podrán solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo siempre que hayan permanecido en territorio español en situación irregular al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de esta autorización.³

³ Véase la Nota Aclaratoria sobre la Disposición Transitoria 5ª publicada por la Secretaría de Estado de Migraciones y el Criterio de Gestión 4/2025. Esta era la regulación específica existente en el momento de entrega del capítulo (octubre de 2025). Cuando se recibieron las galeradas en enero de 2026, el Consejo de Ministros aprobó una regularización de extranjeros a través de la tramitación de un real decreto modificando a través del mismo el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, concretamente la Disposición Transitoria 5ª e introduciendo una Disposición Transitoria 6ª. Por motivos de logística no ha sido posible incluirlo en el presente capítulo.

De esta forma, todos los periodos anteriores a la manifestación de solicitud de Protección Internacional y posteriores al dictarse una resolución sobre esa solicitud son los que computaríamos de cara a la presentación de una solicitud de arraigo, ya sea por Disposición Transitoria 5ª, ya sea a través del artículo 127.

3. Antecedentes penales y policiales

El nuevo reglamento de extranjería establece ahora claramente un requisito de buena conducta por parte el ciudadano extranjero que quiere acceder a una autorización de residencia en nuestro país, de forma que exige, por un lado, no ser una amenaza para el orden, seguridad y salud pública y, por otro, la ausencia de antecedentes penales en nuestro país y en aquellos países donde haya residido en los cinco años previos a la entrada a España.

Queda establecido así de forma objetiva algo que ya se venía haciendo en el pasado a través de la petición interna de informes gubernativos o policiales y la denegación de solicitudes con dichos informes desfavorables.

4. Otros requisitos de los arraigos

Como requisitos adicionales para acceder a una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo se exige, además:

- “No figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.
- En su caso, no encontrarse dentro del plazo de compromiso de no retorno a España.”

V. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LOS ARRAIGOS

Ahora que hemos clarificado los requisitos generales de la autorización por arraigo, analizaremos los requisitos específicos de cada una de las figuras recogidas en el artículo 127 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre.

1. Arraigo de Segunda Oportunidad

Como su propio nombre indica, esta figura está pensada para aquellas personas que, habiendo tenido una autorización de residencia en los

dos años previos a la solicitud de esta autorización, la han perdido por algunas causas concretas.

No es la única vía de recuperación de la condición de residencia legal contemplada en nuestra normativa, ya que, de forma similar, nuestro actual Reglamento permite la recuperación de la Residencia de Larga Duración o Larga Duración UE cuando esta se ha perdido por diferentes motivos.

En el artículo 127. a) del Real Decreto 1155/2024 se recoge de la siguiente manera:

“(...) a) Para el arraigo de segunda oportunidad, haber sido titular de una autorización de residencia, que no hubiera sido otorgada por circunstancias excepcionales, en los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, y cuya renovación no se hubiera producido por motivos distintos a razones de orden público, seguridad y salud pública. No obstante, será posible solicitarlo si existe sentencia denegatoria, sobreseimiento o absolución de la pena”

Como se puede apreciar, se establecen de forma clara ciertas limitaciones para acceder al Arraigo de Segunda Oportunidad:

- No se puede acceder a esta autorización de residencia si la autorización perdida anteriormente fue obtenida por Circunstancias Excepcionales.
- Tampoco se podrá acceder a este tipo de arraigo si se perdió la autorización por razones de orden, seguridad y salud pública.

Pero las limitaciones en la práctica no quedan aquí. Tras la publicación de la Instrucción SEM 1/2025, se establecieron especificaciones que no vienen reguladas en la normativa, y que las Oficinas de Extranjeros están obligadas a aplicar en la concesión o denegación de este tipo de autorizaciones. Y que son las siguientes:

- La autorización que se ha perdido debía ser susceptible de renovación o prórroga
- No se puede acceder a este tipo de arraigo si se produjo una extinción de la autorización, salvo la prevista en el artículo 200.1 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre (es decir por no haber renovado o modificado dentro los plazos legalmente establecidos para ello)

En definitiva, este tipo de arraigo está ideado para aquellos que no hubieran renovado su autorización de residencia en plazo (dentro de los dos meses previos a la caducidad de la tarjeta o dentro de los tres meses posteriores a la caducidad de la misma) o por el incumplimiento de los requisitos establecidos en los procesos de renovación o prórroga de la autorización.

Una situación excluida de la posibilidad de obtener una autorización de residencia de arraigo de segunda oportunidad es aquella en que el solicitante fuera titular de una estancia de larga duración por estudios, movilidad o intercambio de alumnos, por ser esa una situación de estancia y no una situación de residencia legal.⁴

El arraigo de segunda oportunidad conlleva la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de duración de un año, con la que se puede trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

Salvo que se produzcan cambios en relación a las Instrucciones o criterios que se han publicado desde la Dirección General de Migraciones, el arraigo de segunda oportunidad tendrá un impacto muy limitado. Todo ello debido en gran parte, no sólo a lo recogido en el propio reglamento de extranjería sino en la forma en que también se ha abordado este arraigo en dichas Instrucciones o criterios anteriormente mencionados.

El hecho de que no se puedan acoger a este arraigo aquellas personas que hayan tenido autorizaciones no renovables, obtenidas por circunstancias excepcionales, que se hubieran extinguido, (salvo por la falta de renovación en tiempo y plazo) y que la no renovación se hubiese producido por causas distintas a las de orden, salud y seguridad pública a lo que añadimos, además, las limitaciones que se están estableciendo desde algunas Oficinas de Extranjería al no admitir arraigos de segunda oportunidad de personas que vengan con autorizaciones de régimen comunitario, hacen de esta figura una vía de acceso a la residencia muy residual.

2. Arraigo Sociolaboral

El Arraigo Sociolaboral está ideado para aquellos ciudadanos extranjeros que tienen una oferta o compromiso de contratación en España.

Esta autorización está basada en la existencia de vínculos laborales y económicos que el ciudadano extranjero tiene en España, pero siempre desde el prisma de la contratación por cuenta ajena. Y en el artículo 127. b) del RD 1155/2024, se recoge de la siguiente forma:

(...) b) Para el arraigo sociolaboral, la aportación de uno o varios contratos de trabajo que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, en proporción a la jornada trabajada, y cuya suma represente una jornada semanal no inferior a veinte horas en cómputo global. Podrá aportarse más de un contrato de trabajo en los siguientes supuestos:

⁴ El artículo 29 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, establecen una clara diferenciación entre la situación jurídica de estancia y/o residencia. (BOE número 10, de 12 de enero de 2000)

1.º En el caso de la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada se podrán presentar dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados.

2.º En el caso de desarrollo de actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos.

El empleador o empleadores deberá cumplir los requisitos del artículo 74 excepto lo establecido en el apartado 1.a)."

El Arraigo Sociolaboral es hoy en día el proceso con mayor número de solicitudes de todos los contemplados en el Reglamento de Extranjería, muy por encima del resto de autorizaciones por circunstancias excepcionales de arraigo e increíblemente superior a la autorización por cuenta ajena inicial. Esto se debe básicamente a tres motivos:

- La reducción del tiempo previo de permanencia en España necesario para acceder a las autorizaciones de arraigo. El hecho de que todos los arraigos hayan pasado de tres años a dos años ha permitido que muchas personas puedan acceder antes a la posibilidad de regularizarse.
- La flexibilización de las condiciones laborales en relación a la oferta de empleo o contrato de trabajo (es válido cualquier contrato de trabajo admitido en nuestra normativa laboral), así como en cuanto al salario en relación a la jornada de trabajo (puede ser proporcional a la jornada trabajada), lo cual hace mucho más fácil conseguir la oferta laboral.

Como decimos, al arraigo sociolaboral puede acceder todo extranjero que cumpliendo los requisitos generales, cuente con una oferta laboral o un compromiso de contratación por parte de un empresario o empleador en España⁵.

En relación a la flexibilización del contrato de trabajo, hasta el mes de mayo de 2025, momento en el cual ha entrado en vigor el nuevo Reglamento de Extranjería, se exigía que para poder conseguir el arraigo social a través de la vía de la oferta de empleo ésta fuera de carácter indefinido y del al menos, 30 horas a la semana, ya que el contrato de trabajo debía cubrir toda la duración de la autorización de residencia, que en este caso era de un año⁶. Esto provocaba que el empresario o empleador

⁵ Debe cumplir acumulativamente los requisitos de dos años de permanencia previa y continuada en España (sin computar el tiempo que ha permanecido como solicitantes de asilo), carecer de antecedentes penales y/o policiales, haber abonado la tasa de tramitación correspondiente y no aparecer como rechazable en el espacio territorial de país con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

⁶ Con la reforma laboral que entró en vigor el 30 de marzo de 2022, se eliminaron determinadas modalidades de contrato de trabajo y limitó la duración máxima de los contratos temporales a 6 meses con la intención clara de disminuir la temporalidad en el empleo y fomentar la contratación indefinida, lo que impactó de lleno en todos aquellos extranjeros que querían regularizarse a través de este arraigo, ya que era para ellos mucho más difícil encontrar "esa buena oferta de empleo".

que facilitaba la oferta de empleo debiera hacerlo en la modalidad de contrato indefinido y cubriendo, como mínimo, la totalidad del Salario Mínimo Interprofesional, lo que llevaba a una mayor dificultad por parte de los ciudadanos extranjeros de encontrar esa oferta de empleo para poder regularizarse.

Con la nueva redacción dada en el reglamento de extranjería, dichos requisitos se han rebajado, con una idea clara de facilitar el acceso a la regularidad y al mercado de trabajo legal a aquellos ciudadanos extranjeros que hoy día no tienen una autorización de residencia y/o trabajo en nuestro país.

En cuanto al tipo de oferta o de contrato de trabajo, actualmente se puede aportar o bien un contrato o varios contratos que sumen al menos una jornada laboral equivalente a las 20 horas a la semana.

A los efectos de presentación del contrato de trabajo, se acepta cualquier modalidad contractual prevista en la normativa laboral, tanto de naturaleza temporal como fijos discontinuos; eso sí, deberán tener al menos una duración superior a 90 días.

Además, está permitido aportar varios contratos de trabajo concatenados para realizar trabajos de naturaleza estacional o de temporada, y también es posible aportar varios en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para dos o más empleadores, algo muy típico, por ejemplo, en la contratación de personal para el servicio doméstico.

En definitiva, con nuestra actual reglamentación, se ha pasado de aportar contratos indefinidos, donde era necesario llegar al salario mínimo interprofesional, a poder aportar un contrato temporal de tres meses, 20 horas a la semana y garantizando al menos la parte proporcional del salario mínimo interprofesional o el salario establecido en el convenio colectivo aplicable, y siempre en proporción a la jornada trabajada.⁷

Pero no sólo el ciudadano extranjero deberá cumplir unos requisitos para conseguir una autorización de residencia por arraigo sociolaboral, sino que también hay requisitos exigibles al empleador o empresario. Y es que, al contrario de lo que mucha gente piensa, no es suficiente para regularizarse en España que un empresario esté dispuesto a hacer una oferta laboral, sino que éste también necesitará cumplir una serie de requisitos. En concreto debe cumplir todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 74 del reglamento de extranjería, salvo el relativo a la Situación Nacional de Empleo.⁸

⁷ En relación al salario, este debe ser proporcional a la jornada trabajada. Esto supone, por ejemplo, que una persona que tiene una oferta de empleo de media jornada, es decir a 20 horas, deba recibir como mínimo un salario de 592 euros distribuido en 14 pagas. (cifra SMI de 2025)

⁸ La Situación Nacional de Empleo es un mecanismo de protección del mercado laboral español y que regula la contratación de ciudadanos extranjeros no residentes en España. Tiene como finalidad dar

Y, aunque desde la última reforma reglamentaria de 2022, no se venían exigiendo, ahora, junto con la documentación a presentar por parte del ciudadano extranjero, también se debe aportar documentación relativa al empleador, sobre todo en relación con la disponibilidad de medios materiales, económicos o personales suficientes para hacer frente no sólo ya a la contratación del trabajador, sino también al pago de sus cotizaciones y gastos relativos a la Seguridad Social. Además, deberá estar al corriente de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

El incumplimiento de estos requisitos por parte del empleador conllevará la denegación de la autorización de la residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo, un motivo de denegación que obedece a una causa totalmente ajena al interesado. Ésta, sin duda, ha sido la principal causa de denegación de los arraigos sociales con contrato de trabajo en el pasado y será, a partir de ahora, de los arraigos sociolaborales.

Este tipo de arraigo conlleva la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de duración de un año, con la que puede trabajar tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

3. Arraigo social

El arraigo social se presenta como vía de regularización para aquellos ciudadanos extranjeros que se hallen en España durante un periodo mínimo de dos años y tienen vínculos familiares con determinados ciudadanos extranjeros residentes, si cuentan con medios económicos propios para su subsistencia o si, careciendo de dichos vínculos familiares, acreditan su integración en nuestro país y dichos medios económicos.

Como ha sucedido con las distintas reglamentaciones del derecho de extranjería, el arraigo social también ha evolucionado y cambiado a lo largo de los años.

Con carácter previo a la entrada en vigor del actual reglamento de extranjería, el arraigo social contaba con tres canales de acceso, a través de las cuales podía conseguir la autorización de residencia por circunstancias excepcionales:

1. A través de una oferta de empleo.
2. Creando tu propio negocio.
3. Con la existencia de vínculos con residentes legales y medios de vida

prioridad a los ciudadanos españoles y residentes legales a la hora de cubrir puestos de trabajo. En nuestra normativa hay excepciones a esta superación de la Situación Nacional de Empleo como puede ser el Artículo 40 del LO 4/2000, de 11 de enero, las autorizaciones reguladas dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (conocida como la Ley de Emprendedores), nacionales de países como Perú y Chile con los que España ha suscrito Acuerdos Internacionales, el catálogo de difícil cobertura, en ocupaciones calificadas como de difícil cobertura por los Servicios Públicos de Empleo así como todos los ciudadanos comunitarios y sus familiares de acuerdo al RD 240/2007, de 16 de febrero. (BOE número 51, de 28 de febrero de 2007).

Hoy en día, y con la nueva configuración de los arraigos, la opción de conseguir una autorización de este tipo a través de una oferta de empleo es exclusiva del arraigo sociolaboral anteriormente expuesto.

Por su parte, al actual arraigo social solamente es posible acceder:

1. Cuando existen vínculos familiares con otros residentes legales.
2. Cuando se tienen medios económicos propios y se cuenta con un informe de integración.
3. Para ejercer una actividad por cuenta propia.

Vínculos familiares

La primera opción es que el interesado tenga vínculos familiares con otras personas titulares de una autorización de residencia y se justifique que dispone de medios económicos suficientes para su sostenimiento que, en todo caso, deberá alcanzar al menos, el 200% del IPREM.⁹

Estos vínculos familiares se referirán al cónyuge, la pareja registrada y los familiares en primer grado y línea directa, es decir, hijos y padres.

Llegados a este punto, es importante aclarar que aquellos familiares de españoles que no estén dentro del ámbito de aplicación de la autorización de residencia para familiares de españoles, siempre que cumplan con los requisitos generales y específicos previstos, podrán tramitar y obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razón de arraigo social.

Esto es algo muy habitual, en la práctica, en relación a los hijos mayores de 26 años de ciudadanos españoles, así en como relación a los padres de ciudadanos españoles menores de 80 años; en ambos casos, como consecuencia de la dificultad de poder acreditar correctamente la situación de estar a cargo conforme a lo establecido en el artículo 196 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre.

Disponer de medios económicos propios

En el caso de no tener este tipo de vínculos con residentes legales en España o ciudadanos españoles, se puede conseguir este arraigo social si se acredita disponer de medios económicos, en este caso del 100% del IPREM, además de un informe de integración.

⁹ IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) y es un índice de referencia en España para determinar ayudas, prestaciones no contributivas o subvenciones. Es importante tener en cuenta que la cuantía en relación a los medios económicos disponibles por parte del familiar ha quedado fijada en el 200 % a través de la Instrucción SEM 1/2025, donde además se especifica que debe existir una convivencia entre el interesado y sus familiares, los cuales disponen y acreditan dicha cantidad económica.

En el artículo 127 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre, se hace referencia a disponer de un “informe de esfuerzo de integración”, algo que entra en conflicto con lo regulado en el artículo 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 20 de enero, donde queda claro que el informe que se debe aportar en la tramitación de un arraigo es el de integración y no el de esfuerzo de integración tal y como viene recogido en el mencionado artículo.

Esta confusión se aclaró con la publicación de la Instrucción SEM 4/2025.

Ejercer una actividad por cuenta propia

La última posibilidad para acceder al arraigo social es ejercer una actividad por cuenta propia, y para ello se deberán cumplir, además de los requisitos generales del propio arraigo, también los contemplados en el artículo 84 de RD 1155/2024 de 19 de noviembre¹⁰.

La concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales por arraigo social lleva aparejada la autorización para trabajar por cuenta propia y por cuenta ajena, con independencia de la vía a través de la cual se haya conseguido este arraigo social, con una validez de un año. Por ello, podría pensarse que, a día de hoy, la vía del arraigo social por cuenta propia no tiene sentido, ya que supone exigir requisitos adicionales y propios de la autorización por cuenta propia, cuando acreditando, como requisitos particulares de este arraigo social, la existencia de medios económicos e integración, es posible acceder a una autorización de residencia que ya permite trabajar por cuenta propia y además, ajena.

¿Para qué preparar un expediente más complicado, con mucha más documentación, y, además, teniendo que cumplir requisitos adicionales si, una vez tengamos una resolución favorable vamos a poder darnos de alta directamente en el Registro de Actividades Económicas de la Agencia Tributaria así como en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos?

4. Arraigo socioformativo

El arraigo socioformativo no es nuevo. Ya teníamos un arraigo muy similar en el anterior reglamento de extranjería: el arraigo para la formación.

Este arraigo para la formación se introdujo por primera vez en nuestra normativa con la reforma del año 2022, a través del RD 629/2022,

¹⁰ Implica el cumplimiento de los requisitos de la autorización inicial de residencia por cuenta propia, como disponer de un plan de empresa, informe de viabilidad emitido por organizaciones empresariales como la UPTA o la ATA, contar con medios económicos suficientes para poner en marcha la actividad, disponer de formación y experiencia adecuada, contar con las licencias oportunas.

de 26 de julio. Se creó para dar respuesta a la necesidad de formación y para suplir las carencias que encontraban las empresas españolas para encontrar trabajadores cualificados. Este modelo se exportó de Alemania, donde se permitía la “permanencia tolerada”, de personas que se encontraban de forma irregular, pero que se comprometían a realizar una formación con la idea de incorporarse al mercado laboral.

El arraigo para la formación se pretendía solucionar dos problemas, uno, en relación a la formación de los ciudadanos extranjeros que se encontraban en una situación administrativa irregular en España, y otra, hacer más fácil su incorporación al mercado de trabajo.

Pese a las buenas intenciones de la reforma del año 2022, el arraigo para la formación no ha tenido, para nada, los efectos deseados por varios motivos. Era una autorización únicamente de residencia, por lo que no se podía trabajar mientras se realizaba la formación y, además, una vez finalizados los estudios, para poder hacer la modificación de esta autorización de residencia por circunstancias excepcionales, era necesario que la oferta de empleo aportada estuviese relacionada con la formación realizada previamente durante el arraigo para la formación.

Con el nuevo Arraigo Socioformativo se han querido reparar estos defectos, y hoy en día es posible trabajar con este permiso hasta 30 horas a la semana por cuenta ajena. Además, el proceso de modificación de este permiso a una autorización de residencia y trabajo se puede hacer con cualquier tipo de oferta de empleo, esté o no relacionada con la formación realizada durante la vigencia del propio arraigo.

Para poder acceder a este arraigo Socioformativo es necesario acreditar, además de los requisitos generales mencionados anteriormente, estar matriculado o cursando alguna de estas formaciones:

1. Estudios de Educación Secundaria Obligatoria¹¹:
 - Bachillerato
 - Ciclo formativo de grado medio
 - Enseñanzas artísticas de grado medio y Artes plásticas y diseño
 - Enseñanzas deportivas de grado medio
 - Enseñanzas artísticas profesionales de música y danza
2. Formación conducente a obtener un Certificado de Profesionalidad, de nivel 1, 2 y 3¹²

¹¹ Formación recogida en el artículo 3.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación. (BOE número 106, de 04 de mayo de 2006).

¹² Formación regulada en la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional. (BOE número 78, de 01 de 04 de 2022).

3. Enseñanzas Obligatorias dentro de la educación de personas adultas¹³ como:
 - Enseñanzas iniciales- 2 cursos
 - Educación secundaria obligatoria para personas adultas ESPA
 - Ciclos formativos de grado básico de formación profesional
4. Formación promovida por los Servicio Públicos de Empleo orientada a cubrir los puestos del Catálogo de Difícil Cobertura.

Esta formación puede ser realizada de forma presencial o semipresencial (50% de presencialidad y 50% de formación online) y deben realizarse en centros o entidades inscritas en el Registro Estatal de Entidades de Formación regulado mediante Orden TMS/369/2019, de 28 de marzo.

Además de la realización de una formación concreta, es necesario aportar un Informe de Integración en los términos recogidos en la Instrucción SEM 4/2025.

La exigencia de Informe de Integración ha sido criticada por muchos profesionales, los cuales han mostrado su malestar por requerir para el Arraigo Socioformativo, no sólo la vinculación formativa, sino además, la de integración social. Si los arraigos están vinculados a una razón económica, laboral, familiar o formativa, este requisito ya estaría cubierto con la formación a realizar, por lo que aportar, además, un informe de integración sería una doble imposición, algo que en lugar de agilizar, entorpece el proceso.

Llegados a este punto, es importante mencionar la limitación establecida a través de la Instrucción SEM 4/2025 sobre las solicitudes de arraigo socioformativo por el mismo interesado. Y es que, aunque el artículo 127 no hace ninguna referencia al respecto, desde la Secretaría de Estado de Migraciones se ha querido limitar el acceso a este arraigo Socioformativo, no pudiendo una misma persona ser titular de este arraigo más de una vez en un periodo de tres años.

El arraigo socioformativo conlleva la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales con la autorización para trabajar exclusivamente por cuenta ajena, y con la limitación de 30 horas a la semana. Es el único arraigo de todos los regulados por el Reglamento de Extranjería que no permite trabajar por cuenta propia.

5. Arraigo familiar

El arraigo familiar ha sufrido grandes cambios en los últimos años. Antes de la reforma del año 2022, este arraigo estaba orientado a extran-

¹³ Formación recogida en el artículo 68 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. (BOE número 106, de 04 de 05 de 2006).

jeros padres de menores españoles o para extranjeros hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.¹⁴

Posteriormente, y tras la entrada en vigor del RD 629/2022, de 26 de julio, el ámbito de aplicación del arraigo familiar se amplió considerablemente teniendo un gran impacto en determinados familiares de españoles y quedando redactado de la siguiente forma (...) *“Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. También cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho. Se concederá una autorización por cinco años que habilita a trabajar por cuenta ajena y propia”*

La incorporación de los familiares de españoles dentro del arraigo familiar tuvo efectos positivos sobre estos que, hasta entonces, tramitaban una Tarjeta de Residencia Temporal de Familiar de Ciudadano de la Unión Europea. En esos casos, era necesario acreditar medios económicos y tener la asistencia sanitaria cubierta. No obstante, la excepcionalidad del propio arraigo provocaba ciertas limitaciones a la hora de conseguir esta autorización ya que muchos familiares de españoles seguían sin poder acceder a este procedimiento, ya que era totalmente necesario que se encontrasen en España.

Además, no existía un proceso de reagrupación como tal para los familiares de españoles que estaban en sus países de origen, lo que provocaba grandes desigualdades entre supuestos aparentemente iguales. Por ejemplo, existía una clara diferencia entre un padre de un español que ya se encontraba en España, y uno que se encontraba fuera de España y al que se le exigía visado corta duración para llegar al país. El proceso era mucho más sencillo en unos casos que en otros y las posibilidades de conseguir la autorización descendían considerablemente.

Estos y otros motivos, provocaron la necesidad de crear un Estatuto para los Familiares de Españoles, algo que se ha conseguido con la incorporación de la nueva residencia de familiares de españoles y su salida de la figura del Arraigo Familiar.

¹⁴ Es preciso aclarar que las Oficinas de Extranjería, durante años, han estado concediendo autorizaciones de residencia por arraigo familiar a hijos de españoles, sin diferenciar si esos padres hubieran sido originariamente españoles, es decir, lo eran desde el nacimiento como exigía el derogado artículo 124.3.c), o de origen, lo que podría incluir españoles a los que se les reconocía esa condición en un momento posterior al nacimiento. Extranjeros hijos de españoles de origen por Ley 52/2007 de La Memoria Histórica (BOE número 310, de 27 de 12 de 2007), no lo eran desde el nacimiento, originariamente españoles, pero aún así, las residencias han ido concediéndose desde años atrás sin distinción alguna. Esto ha sido superado en la actualidad a través del nuevo artículo 94.h del RD 1155/2024 de 19 de noviembre, (BOE número 280, de 20 de 11 de 2024) que ya reconoce el derecho a la residencia de familiar de español a todos los hijos de españoles de origen, sean o no originarios.

Puestos ya en antecedentes, el arraigo familiar ha quedado hoy en día configurado para aquellos ciudadanos extranjeros nacionales de terceros países que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

(...)” 1.º Ser padre, madre o tutor de un menor, nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, siempre que al solicitar acredite residir en territorio nacional, tener a cargo al menor y convivir con éste o esté al corriente de sus obligaciones paternofiliales.

2.º Ser quien preste apoyo a una persona con discapacidad, que sea nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante sea su familiar, tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella.”

El arraigo familiar tiene dos aspectos diferenciadores con respecto al resto de los arraigos:

1. Es el único arraigo para el cual no se exige ningún periodo de permanencia previa en España, tal y como viene establecido en el artículo 126 del RD 1155/2024, de 19 de noviembre sobre los requisitos generales de acceso a los arraigos.
2. Es una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de una duración de 5 años, tiempo durante el cual permite, además de residir, desarrollar una actividad por cuenta ajena y por cuenta propia.

Sobre este arraigo, además, es necesario hacer otras dos matizaciones que considero importantes a tener en cuenta en relación con el cuidador del ciudadano nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza.

En primer lugar, solamente es posible acceder a este tipo de arraigo por un único familiar cuidador.¹⁵

En segundo lugar, no hay –ni reglamentariamente ni en las instrucciones publicadas hasta el momento– limitación en cuanto al grado de parentesco entre el ciudadano comunitario y el ciudadano extranjero nacional de tercer Estado que accede a este arraigo, a diferencia de lo que sucede con la figura del cuidador del ciudadano español, regulado en el artículo 94. g) del RD 1155/2024, donde sí se establece que debe ser un familiar de ciudadano español hasta segundo grado.

Se trata de una desigualdad latente para situaciones idénticas reguladas en autorizaciones diferentes.

¹⁵ Véase la Instrucción SEM 1/2025, de 13 de mayo de 2025.

VI. PRÓRROGA DE LOS ARRAIGOS

Una de las novedades introducidas en el RD 1155/2024, de 19 de noviembre, es la concerniente a la prórroga de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

Hasta el momento, la norma no había recogido esta posibilidad, aunque el Tribunal Supremo¹⁶ ya había contemplado dicha prórroga de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En el nuevo reglamento viene recogida expresamente la posibilidad de prorrogar dichas autorizaciones, a través del artículo 132 del Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre.

En relación a las prórrogas podemos hacer dos diferenciaciones:

- Prórroga de los arraigos de segunda oportunidad, sociolaboral y social.
- Prórroga del arraigo socioformativo.

Para la prórroga del arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral o social bastará con acreditar que se ha buscado activamente empleo a través de la inscripción en el Servicios Públicos de Empleo y cumplir de nuevo con los requisitos específicos de cada arraigo. Aquí, y relación a esta prórroga, no hay limitación alguna, por lo que una persona podrá prorrogar su residencia por circunstancias excepcionales tantas veces como necesite o sea necesario.

En el caso de la prórroga del arraigo socioformativo podrá realizarse mediante la acreditación de a través de informe del centro correspondiente, de la realización de un segundo curso, en el caso de los ciclos formativos de grado básico o grado medio. En el caso de finalización de la formación, la norma exige además, que el solicitante acredite estar inscrito como demandante de empleo.

Entonces, ¿cuándo se podrá hacer una prórroga de esos arraigos? Se podrá solicitar una prórroga de cualquiera de estos arraigos cuando no se ha tenido la actividad laboral suficiente para poder tramitar una modificación de esa residencia por circunstancias excepcionales a una autorización de residencia y/o trabajo. Debemos tener en cuenta que las vías para poder modificar esa autorización vienen recogidas en el artículo 191 del reglamento de extranjería y solamente se ha contemplado la opción de modificación a través de una actividad lucrativa. Por tanto, si no se ha tenido una actividad laboral mínima, no se cuenta con una oferta de empleo o no se va a crear un negocio propio, será necesario hacer una prórroga del arraigo de segunda oportunidad, sociolaboral, social o socioformativo, en su caso.

¹⁶ STS, Sección 5ª, nº 702/2019, de 27 de mayo de 2019 (recurso de casación 4461/2017).

Pero, ¿qué sucede con aquellas personas que no hayan trabajado o que no puedan trabajar? Algo que parece haber obviado el legislador es que a estas vías de arraigo también acceden personas de avanzada edad, personas en edad de jubilación que no desarrollarán actividad laboral alguna. En este caso, como decimos, todas ellas han quedado atadas a convivir con los procesos de arraigo y sus prórrogas hasta tanto tengan posibilidad de acceder a una residencia de larga duración.

En cuanto al plazo para realizar dicha prórroga, será durante los dos meses previos a la fecha de expiración de su residencia o bien dentro de los tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia de su autorización, sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador por la infracción prevista en el artículo 52.b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

VII. CONCLUSIONES

La regulación de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales a través del arraigo en España ha experimentado una profunda transformación, especialmente con las reformas de los años 2022 y 2024. Esta evolución refleja un modelo que busca flexibilizar y agilizar las vías de regularización, adaptándose a las realidades sociales y económicas del país.

La principal novedad es la reestructuración de las figuras de arraigo, que han pasado de tres a cinco, a lo largo de los años, cada uno con un propósito más definido. La reducción general del tiempo de permanencia exigido de tres a dos años es, sin duda, una de las medidas de mayor impacto, facilitando el acceso a la regularidad mucho antes.

El **arraigo sociolaboral** se consolida como la vía principal para la regularización a través del empleo, al flexibilizar notablemente los requisitos del contrato de trabajo, permitiendo jornadas parciales, contratos temporales y la suma de varios empleos. Por su parte, el **arraigo social** se ha redefinido para centrarse en los vínculos familiares con residentes o en la acreditación de medios económicos propios, dejando la vía laboral exclusivamente al sociolaboral.

El **arraigo socioformativo**, heredero del fallido arraigo para la formación, se presenta como una herramienta más robusta para conectar las necesidades del mercado laboral con la capacitación de los migrantes, al permitir trabajar durante la formación y facilitar su posterior modificación a un permiso de trabajo.

Sin embargo, esta nueva regulación no está exenta de desafíos y contradicciones. La exclusión del tiempo de permanencia como solicitante de asilo para el cómputo del arraigo supone un obstáculo significativo para

un colectivo vulnerable. Asimismo, la introducción de la prórroga de las autorizaciones, si bien evita que las personas caigan nuevamente en la irregularidad, crea una situación de precariedad para quienes no pueden acceder a la modificación por falta de empleo, como las personas en edad de jubilación, que podrían verse “condenadas” a renovaciones indefinidas.

En definitiva, la normativa actual sobre el arraigo representa un avance significativo hacia un sistema de inmigración más pragmático y orientado a la integración. No obstante, introduce nuevas complejidades jurídicas y retos prácticos que requerirán una evaluación continua por parte de los profesionales y de la propia Administración para garantizar que los objetivos de inclusión y regularidad se cumplan de manera efectiva para todos los supuestos.

V
CIUDADANÍA Y PROCESOS
DE INTEGRACIÓN

El proceso de integración europea y la ciudadanía de la UE: los derechos subjetivos de nueva generación*

Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad de Córdoba

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3508-3964>

Correo electrónico: iblazquez@uco.es

Sumario: I. Introducción. La persona en el centro del proyecto europeo. II. La movilidad intra-UE desde el derecho internacional privado: cambio de enfoque y connotaciones: 1. *La confluencia entre el Derecho internacional privado y las libertades de circulación: la persona vista en su integridad*. 2. *El cruce fronterizo: desde el Derecho internacional privado versus el Derecho de la UE*. 3. *Las nociones de libertad, seguridad y justicia: más allá de su significado primario*. III. Estatuto del ciudadano de la UE y derechos subjetivos. IV. Nuevos derechos: hacia la elaboración de un estatuto personal y familiar a nivel UE: 1. *Problemática jurídica e iter interpretativo*. 2. *Resoluciones del TJUE en materia de estatuto personal*: 2.1. La permanencia en cuanto al nombre y los apellidos. 2.2. El reconocimiento transfronterizo de vínculos familiares. 2.3. La identidad de género: su modificación y reconocimiento. IV. Conclusiones.

Palabras claves: Beneficiarios libre circulación, ciudadanía de la UE, integración europea, Derecho internacional privado europeo, reconocimiento mutuo europeo.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI), con referencia PID2023-146226OB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IP: Mercedes Soto Moya.

I. INTRODUCCIÓN. LA PERSONA EN EL CENTRO DEL PROYECTO EUROPEO

En un monográfico que versa sobre migraciones y geopolítica internacional unido con la integración en la sociedad de acogida, es imprescindible referirnos a la UE y sus implicaciones sobre el estatuto jurídico de sus ciudadanos. En efecto, la Unión Europea se conforma ante todo como un espacio con un indudable impacto político y social sobre las personas –ya sean nacionales de terceros países o de otros Estados miembros–. Más allá de sus disposiciones en materia de permisos y/o autorizaciones de entrada, residencia o ejercicio de una actividad económica, la acción de esta organización de integración regional se proyecta asimismo sobre prerrogativas claves para garantizar la identidad personal y familiar más allá del cruce fronterizo; sin duda, instrumentos imprescindibles para una adecuada integración de la persona en las distintas sociedades que componen la UE.

La ciudadanía de la UE –desde su esencia a su evolución *ad futura*– va indisolublemente unida al proceso de integración europea. Si nos referimos a su derecho “estrella” la libre circulación de personas en un espacio sin controles fronterizos, es una constante que esta libertad posee la doble virtualidad de ser al mismo tiempo motor de la integración y el reflejo más fiel del nivel de esta en cada momento histórico¹. En un primer estadio, las libertades económicas vieron expandirse su alcance tanto material como personal, y con ello se fue dotando de contenido el principio de no discriminación en el seno del mercado interior. Con la Ciudadanía de la UE (Maastricht, 1992) y su correlativo Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (Ámsterdam, 1997), se garantiza la movilidad de los nacionales de los Estados miembros más allá del ejercicio de actividades económicas y se alcanza un estatuto propio de la persona a nivel de la UE²; con estos nuevos hitos se consolida el sentimiento de pertenencia al proyecto europeo³. En la actualidad, asistimos a una nueva etapa para la persona física, que se sitúa en el centro de un espacio común europeo teniendo dos objetivos claves: por un lado, asegurar una libre movilidad de las personas, evitando sus obstáculos de cualquier tipo; y, por otra, promover los derechos de sus ciudadanos facilitando la vida de las personas. Todo ello, con la salvaguarda de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento europeo por la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE

¹ LIROLA DELGADO, M.I.: *La libre circulación de personas y la Unión Europea*, Cuadernos de Estudios Europeo, Madrid, 1994, p. 31.

² PATAUT, E.: “Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes, de la construction du marché à l’élaboration d’un statut”, en AA.VV.: *L’efficacité économique en droit* (dir. por S. BOLLÉE, Y.M. LAITHIER et C. PÉRÈS), Economica, 2010, pp. 147-178.

³ Acercar la construcción europea al ciudadano es una de las aspiraciones desde sus albores, *vid. Inter alia*, el Informe sobre la Unión Europea de Leo Tindemans, encargado por la Cumbre de París de 10 de diciembre de 1974 (*Bull. CEE*, suplemento 1/1979), la Cumbre de Fontainebleau de 1984 y el “Comité Adonino” (*Bull. CEE*, suplemento 6/1984) o el Proyecto de Tratado de Unión Europea de 1986, también llamado Proyecto Spinelli (*Revista de Instituciones Europeas*, 1984-1, pp. 351-377).

(CDFUE)⁴. Con esta consagración del ciudadano como piedra angular del espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), se asiste, sin duda, a un avance tangible en el proceso de integración europea⁵.

En la actualidad la persona natural consolida y redefine su rol en el contexto europeo. Dos factores coadyuvan en esta afirmación. Por una parte, las tendencias demográficas y migratorias dentro de la UE exigen la supresión de obstáculos que impidan *de facto* la movilidad intra-UE⁶. Asistimos desde el año 2022 a una intensificación del flujo entre Estados miembros, con un número estimado de 1,5 millones de ciudadanos de la UE que se trasladan de un país de la UE a otro; entre estos, Alemania y España son los países que se posicionan como principal destino⁷. Por otra parte, con los avances en integración europea, el modo de entender el estatuto del ciudadano de la UE se revoluciona: la persona ya no aspira solamente a trasladarse en su parte física de un Estado Miembro (EM) a otro, sino que reivindica también con fuerza una protección de su parte inmaterial; y por tanto bajo el ala protectora del Derecho de la UE se alcanzan otros derechos (en los que se incluye la vida privada y familiar de la persona). Así las cosas, la libre circulación de personas no es efectiva si la persona en su desplazamiento no puede mantener su identidad personal y familiar en el Estado europeo de destino. Es más, la ciudadanía de la UE, en tanto que “estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”⁸ puede peligrar si la persona no es vista –y protegida–, como una realidad unitaria⁹.

⁴ La CDFUE se proclamó por el Consejo Europeo, el Consejo y la Comisión, el 7 de diciembre de 2000, en Niza (DOCE, nº 364, de 18 de diciembre de 2000). Por su parte, mediante el art. 6.1. del Tratado de Lisboa en su art. 6.1. incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, remitiéndose a la misma y asimilando su valor jurídico (versión actualizada, DOUE, nº 303, de 14 de diciembre de 2007).

⁵ Se trata de un avance bidireccional, así la Comisión Europea considera que el impulso principal a la acción de la Unión en cuanto al desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia, ha de consistir en “progresar en la Europa de los ciudadanos, con la garantía de que éstos puedan ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de las ventajas de la integración europea”. *Vid.* Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, que recoge la Comunicación: «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos», de 20 de abril de 2010 (COM 1010/171 final), p. 1.

⁶ MONTES MUÑOZ, E.: *La libre circulación de documentos públicos en materia de Estado civil en la Unión Europea. Reglamento (UE) 2016/1191: implicaciones jurídicas y traductorías*, UCO, 2025, inédito, p. 9.

⁷ Eurostat, Demography, population stock and balance. Datasets, *vid.* <https://ec.europa.eu/eurostat/web/population-demography/demography-population-stock-balance/database>. Consultado el 27 de octubre de 2025.

⁸ Citando al abogado general Sr. M. POIARES MADURO en sus conclusiones, presentadas el 30 de marzo de 2006, al asunto *Alfa Vita Vassilopoulos AE*, ECLI:EU:C:2006:212, apdo. 39, y cuyo antecedente se sitúa en la STJCE, de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:6193, apdo. 31. Estatuto fundamental al que cada vez y de manera reiterada la jurisprudencia del TJUE alude en sus resoluciones y los abogados generales en sus razonamientos, *vid. inter alia*, STJUE, de 4 de octubre de 2024, asunto C-4/23, *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:845, apdo. 51; Conclusiones del abogado general Sr. M. SZPUNAR, de 22 de mayo de 2025, asunto C-789/23, *Tatrauské*, ECLI:EU:C:2025:378, apdo. 34; Conclusiones del abogado general Sr. J.R. DE LA TOUR, de 13 de febrero de 2025, asunto C-397/23, *FL*, ECLI:EU:C:2025:378, p. 29.

⁹ Sobre esta cuestión me remito a un trabajo previo, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *La persona física y su estatuto: nuevas perspectivas en la interacción entre el derecho internacional privado y la libre movilidad intra-UE*, Dykinson, Madrid, 2024.

Si bien estamos esgrimiendo un derecho que posee aparentemente una enunciación sencilla –y sobre todo comprensible en el actual estadio de la construcción europea–, su implementación práctica es un crisol anguloso de realidades jurídicas a solventar que descienden al plano nacional. El Derecho europeo garantiza y promueve una libre circulación del ciudadano de la UE; ahora bien, en este flujo de personas los elementos relativos al estado civil se cristalizan bajo un determinado ordenamiento jurídico. Con el cruce fronterizo, estas situaciones privadas se encuentran bajo un sistema normativo distinto (material y/o conflictual) y que puede dar como resultado situaciones claudicantes¹⁰, a saber, el no reconocimiento de esos elementos claves para la persona, y que bajo el DIPr. denominamos estatuto personal.

Como es sabido, gracias a la Directiva 2004/38, el ciudadano de la UE –y sus familiares– gozan de una libertad de circulación y de residencia¹¹; desde el punto de vista del Derecho de extranjería, las autorizaciones se armonizan o se minimizan hasta el punto de casi desaparecer, y se goza de un principio de igualdad de trato con el nacional. La persona en su vertiente física se desplaza libre de cualquier obstáculo. Cuando la persona es vista en su integridad, en su movilidad aparecen otros elementos, que van desde el reconocimiento de un nombre y/o apellido concreto, o un vínculo familiar ya sea de filiación o marital, hasta una determinada identidad de género. Ante la falta de un cuerpo armonizado a nivel UE en este sentido, la situación de la persona –el reconocimiento de su identidad personal y/o familiar– se encuentra a merced del Derecho internacional privado (DIPr.) de cada Estado miembro.

En la actualidad, se dan los elementos para que el ciudadano de la UE reivindique una protección cualificada que más allá de su desplazamiento alcanza a la persona –con su connotación de sujeto de derecho con una determinada realidad identitaria y familiar–. Si entendemos la construcción europea como una especie de mecano, donde con la incorporación de nuevas piezas estamos en disposición de alcanzar una arquitectura novedosa, asistimos sin duda a un momento clave para el reconocimiento de un nuevo catálogo de derechos del cuidando de la UE, que podemos denominar de úl-

¹⁰ Las situaciones claudicantes o *boiteuse* –así llamadas en derecho francés–, han sido descritas por PICONE como “*situations qui, eu égard à un cercle d'ordres juridique composé toujours du for et d'un ou plusiers ordre étrangers, soient admises à produire leurs effets seulement dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou vice versa*” (PICONE, P.: “Les méthodes de coordination entres ordres juridiques en droit international privé”, *Rec. des Cours*, t. 197, 1999, pp. 9-296, p. 123). Dichas situaciones dan lugar a aquello que ha venido a definirse de manera muy gráfica como *limping statut*, definido por KINSCH como “*the fact that a status, though validly acquired under one state's system of private international law, is not recognized as valid under another's*” (KINSCH, P.: “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law and European Human Rights Law”, en AA.VV., *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr* (ed. por K BOELE WOELKY et al), Eleven International Publishing, La Haye, 2010, pp. 259-275, p. 260).

¹¹ Directiva 2004/38 del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril del 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE L nº 229/35, de 29 de junio de 2004.

tima generación o 3.0. En efecto, con una libre circulación entendida *in extenso*, un desarrollo en cuanto al modo de interpretar el ELSJ, junto con la protección de los derechos fundamentales en el marco UE, han ido incorporándose piezas inéditas a la construcción europea de tal modo que en este engranaje se alcanzan a materias hasta la fecha ajenas a las competencias de la UE, como es el estatuto personal y su continuidad transfronteriza, donde se asientan derechos claves para la persona.

Este estudio se ha estructurado en tres partes. En primer lugar, se atenderá a la interacción entre el Derecho internacional privado y el estatuto jurídico de los ciudadanos de la UE, como sustrato sobre el que se construye este nuevo catálogo de derechos. En segundo término, se analizarán la esencia y alcance del *statuts civitatis europeo* como basamento idóneo para el reconocimiento de derechos subjetivos. Y, en tercer lugar, se prestará atención a la preservación transfronteriza de elementos del estatuto personal, analizando la técnica jurídica empleada y la casuística del Tribunal de Justicia de la UE para determinar el grado de reconocimiento alcanzado hasta la fecha. Para finalizar, se esbozarán unas conclusiones.

II. LA MOVILIDAD INTRA-UE DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CAMBIO DE ENFOQUE Y CONNOTACIONES

A modo de técnica *Gestalt* en la que las distintas partes de la persona se analizan en la búsqueda de un todo, desarrollando así su máxima libertad y autonomía, el análisis que proponemos se inicia desde un enfoque concreto –el Derecho internacional privado–, a partir de aquí la persona natural se consolida a nivel UE y sus distintos elementos se conforman en una unidad. Desde este prisma se confirma que estamos a las puertas de un salto cualitativo en el modo de entender la ciudadanía de la UE (o la persona a nivel UE), al tiempo que se aclara su esencia y se redimensiona su contenido.

Con carácter previo, es preciso recordar que en una organización supranacional como la europea donde uno de sus objetivos primarios es la creación de un espacio sin controles fronterizos –que además se concibe como la fórmula idónea para acercar la construcción europea al ciudadano–, la interrelación entre el DIPr. y el Derecho de la UE es una realidad fáctica que precisa una gestión adecuada a nivel jurídico. En efecto, ambas disciplinas se ocupan de la movilidad de los sujetos aportando soluciones al cruce transfronterizo. En una primera etapa ese encuentro –o podemos decir desencuentro– entre el Derecho material europeo y el DIPr. afloraba en el marco de las libertades económicas¹². Así, tenemos míticas senten-

¹² Cfr. FALLON, M.: "Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé", en AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à F. Rigaux)*, Bruylant, Bruselas, 1993,

cias del TJUE desde los asuntos *Seco*, *Rush Portuguesa o Vander Elst*¹³, las pronunciadas en los albores de este milenio *Centros Ltd*, *Inspire Art* o *Überseering*¹⁴ o más recientemente la habida en el asunto *Edil Work 2 Srl*¹⁵. Con el advenimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, la confluencia de estas disciplinas trasciende el plano económico y se adentra en otras ramas como el individuo y sus relaciones interpersonales. A través de este enfoque *ius privatista* sobre ese derecho fundamental del ciudadano que es la libre circulación intra-UE, se evidencian tres aspectos que ayudan a dibujar el estatuto jurídico de la persona física a nivel UE.

1. *La confluencia entre el Derecho internacional privado y las libertades de circulación: la persona vista en su integridad*

De todos es sabido, que uno de los objetivos primordiales del DIPr. es evitar situaciones claudicantes en el tráfico interestatal y cuyo enunciado clásico pivota sobre la permanencia transfronteriza del estatuto personal¹⁶. Junto a esa preservación –que no quiere decir inmutabilidad–, de una determinada situación jurídica obtenida al amparo de un orden jurídico extranjero, está la protección de ese yo civil irreductible de la persona que abogaba AGUILAR NAVARRO¹⁷. Elementos constitutivos del estatuto personal, como es el derecho a una vida familiar y personal, se encuentran al abrigo de la Convención Europea de Derechos del Hombre (art. 8)

pp. 187-221; ID.: “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *Rec. des Cours*, t. 253, 1995, pp. 9-282. Esta confluencia entre el DIPr. y las libertades económicas pivota sobre el principio de no discriminación entre agentes económicos, y a partir de aquí se alcanza a la regulación nacional, *vid. inter alia*, Cfr. RADICATI DI BROZOLLO, L.: “L’influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, vol. 82, 1993, pp. 401-424; BERJÉ, J.S.: “Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire: de l’incomplétude à la cohérence”, en *Le droit, les institutions et les politiques de l’Union européenne face à l’impératif de cohérence* (dir. por V. MICHEL), Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, p. 339-354; AA.VV. *Conflits de lois et régulation économique* (dir. por M. AUDIT, H. MUIR WATT et E. PATAUT). LGDJ, Paris, 2008.

¹³ STJCE de 3 de febrero de 1982, asunto C-62/81, *Seco/EVI*, ECLI:EU:C:1982:34, STJCE de 27 de marzo de 1990, asunto 113/89, *Rush Portuguesa Lda contra Office national d’immigration*, ECLI:EU:C:1990:142; STJCE 9 de agosto de 1994, asunto C-43/93, *RaymondVander Elst contra Office des migrations internationales*, ECLI:EU:C:1994:310.

¹⁴ STCE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd*, ECLI:EU:C:1999:126; STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-167/1, *Inspire Art Ltd*, ECLI:EU:C:2003:512; STJUE de 5 de noviembre de 2002, C-208/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632.

¹⁵ STJUE de 25 de abril de 2024, asunto C-276/22, *Edil Work 2 y S.T.*, ECLI:EU:C:2023:796.

¹⁶ La permanencia del estatuto personal se remonta a la escuela holandesa del s. XVI, así el jurisconsulto RODENBURG consideraba que “es necesario que el estado y la capacidad de una persona sean consideradas de la misma manera en todos los territorios; sería absurdo que el estado y la capacidad cambiasen cada vez que un viajero visita un nuevo país”, citado por MEIJERS, M.: “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l’Europe occidentale”, *Rec. des Cours*, t. 49, 1933, pp. 543-686, p. 666.

¹⁷ AGUILAR NAVARRO consideraba que “la protección del yo civil irreductible que busca el estatuto personal no resulta factible si falta unidad y permanencia, si no existe firmeza y extraterritorialidad” (AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho internacional privado. Derecho de las personas*, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1973, pp. 15-16).

y la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 7). Sin ser el momento este para abordar en profundidad una cuestión de tanta trascendencia jurídica –y sin duda personal–, quisiera recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha confirmado en varias ocasiones que el no reconocimiento de las situaciones jurídico-privadas relativas a la persona constituye una violación del derecho fundamental de la persona a la permanencia internacional del estatuto personal¹⁸.

Esa jurisprudencia del TEDH, que integra el TJUE en ese grupo creciente de asuntos donde la libertad de circulación alcanza al respeto de elementos identitarios de la persona y a sus relaciones familiares, van conformado un sujeto del Derecho a nivel de la UE que bajo las exigencias de una estabilidad de su estatuto personal es considerado –y protegido– como un ente unitario, donde su parte física circula necesariamente con otros atributos que conforman ese yo incontestable.

2. El cruce fronterizo: desde el Derecho internacional privado versus el Derecho de la UE

Mientras que el DIPr. prefiere referirse a la “movilidad de la persona”, en el Derecho UE se habla de “libre circulación”. La diferencia no es casual, la primera emerge para identificar a los individuos que se desplazan a menudo, como un elemento consustancial del género humano; y la segunda “la circulación”, se identifica como una herramienta del progreso, y en particular una consecuencia de un proceso de integración. La relación con las fronteras –y las consecuencias de su cruce– tampoco es el mismo desde una disciplina u otra. En el Derecho material de la UE –y como correlativo imprescindible de un “derecho a la libre circulación” de los ciudadanos UE–, se aspira a la desaparición de las fronteras *ad intram*. Desde la perspectiva del Derecho de la UE la función y la noción de fronteras “se transforma” –podemos decir que se difumina con la aspiración de desaparecer hacia la conformación de un espacio integrado–. Por su parte, en el DIPr. la frontera se mantiene apegada a su definición clásica. De esta forma, cuando se produce ese cruce transfronterizo estamos ante un cambio de jurisdicción. La frontera define los límites del ejercicio de las competencias de un Estado, incluida la aplicación de sus normas, –también las de DIPr–.

¹⁸ Entre las sentencias del TEDH en materia de reconocimiento del estatuto personal hemos de destacar: *Asunto Wagner v. J.M.W.L c. Luxemburgo*, núm. 76240/01, ECHR 2007 (comentada por KINSCH, P.: *Rev. Crit. DIPr.*, 2007, p. 807 ss.), asunto *Negrepontis-Giannisiss v. Grèce*, núm. 56759/08, ECHR 2008, (comentada por VELÁZQUEZ GARDETA, J.M.: “Algunas reflexiones en torno a la sentencia *Negrepontis-Giannisiss c. Grecia* y la jurisprudencia del TEDH en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, *Rev. Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 2989-3004), asunto *Mennesson v. France*, núm. 65192/11, ECHR 2011 o asunto *Mc. Donald v. France*, núm. 18648/04 (comentada por MARCHADIER, F.: *JDI*, núm. 1, 2009, pp.193-201). Para un estudio específico sobre la cuestión, *vid.* DURÁN AYAGO, A.: *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2023, en particular, pp. 35-42 y pp. 128 ss.

Así las cosas, en este tránsito donde la persona aspira le sean reconocidos elementos de su estatuto personal, el cruce fronterizo intra-UE activa un factor de conexión con el Derecho de la UE –y con ello nuevos derechos los conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario–, al tiempo que emerge un “elemento extranjero” –dado el cambio de jurisdicción– y con ello la concreción del sistema jurídico de referencia. La avenencia entre ambos sistemas no siempre es sencilla, si bien como veremos en el epígrafe cuarto de este trabajo su confluencia está comportando avances reales en el estatuto jurídico de los nacionales de los Estados miembros¹⁹.

3. *Las nociones de libertad, seguridad y justicia: más allá de su significado primario*

Más allá del desarrollo actual del espacio de libertad, seguridad y justicia como consecuencia del impulso dado por el Programa de Estocolmo o más recientemente en el marco de la Agenda Estratégica 2019-2024²⁰, en la línea de investigación de este trabajo nos interesan fundamentalmente dos objetivos. Por una parte, este ELSJ se constituye dentro del “*respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros*” (ex. art. 67 TFUE); en los que ocupa un lugar destacado la protección del derecho a la vida privada y familiar en el marco de situaciones transfronterizas. Por otra, el *ciudadano se consolida como protagonista*, con la garantía de que estos puedan ejercer sus derechos y disfrutar plenamente del proceso de integración europea²¹. Desde estos dos ejes vertebradores que ubican a la persona física y su estatuto jurídico en un lugar destacado, las nociones que conforman el ELSJ trasciende su significado primario.

¹⁹ Sobre la interrelación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de la UE, *vid. Inter alia*, FALLON, M.: “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré –L’expérience de la Communauté européenne”, *Rec. des Cours*, 1995, vol. 253, pp. 279 ss; AA. VV.: *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres* (dir. por J.S. BERGÉ et M.L. NIBOYET), Bruylant, Bruxelles, 2003; JESSURUN D’OLIVEIRA, H. U.: “The EU and a metamorphosis of private international law”, *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir P. North* (ed. por J. FAWCETT), Univ. Press, Oxford, 2002, pp. 111-136; IDOT, L.: “L’incidence de l’ordre communautaire sur le droit international privé”, *LPA*, 12 décembre 2002, núm. 248, pp. 27-37; KOHLER, C.: *Der Europäische Internationale Privatrecht*, Mohr, Tübingen 2002; FUCHS, A., MUIR-WATT, H. et PATAUT, E.: *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004; AUDIT, M., MUIR-WATT, H., et PATAUT, E.: *Conflits de lois et régulation économique. L’expérience du marché intérieur*, LGDJ, Paris, 2008; HEYMANN, J.: *Le droit international privé à l’épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010; STARCK, C. *Légitimité et avenir d’un droit international privé européen*. Thèse Droit. Université Paris-Saclay, 2023. NNT: 2023UPASH007, en particulier pp. 165-233.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA: Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, implementando la Comunicación “Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos”, de 20 de abril de 2010, COM 1010/171; CONSEJO EUROPEO: Una nueva Agenda estratégica. 2019-2024, de 20 de junio de 2019, disponible: <https://www.consilium.europa.eu/media/39964/a-new-strategic-agenda-2019-2024-es.pdf>.

²¹ *Vid.* Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, *cit. supra*, p. 2.

En primer lugar, la *libertad* de movimiento para los ciudadanos se consolida como el objetivo principal del ELSJ, de manera que la seguridad y la justicia se conforman como el acompañamiento preciso para su reconocimiento de modo integral²². Ello implica la eliminación de cualquier tipo de obstáculos –no solo los de naturaleza jurídico-públicas– sino también como hemos referido las barreras jurídico-privadas. De tal modo, que toda disposición de Derecho interno –que aún ubicándose la materia en la soberanía estatal– se considere contraria a las libertades de circulación debe evitarse, conllevando ya sea la no aplicación o en su caso la modulación de la normativa estatal –se trate de derecho material o conflictual–.

En segundo lugar, la *justicia* cuando entronca con el ciudadano que circula, no solo se entiende como un medio para coordinar los sistemas jurídicos y judiciales en aras a garantizar la movilidad, sino también para responder a la necesidad de justicia –podemos decir en mayúsculas– a pesar de la diversidad de los derechos nacionales. En el actual ELSJ, el protagonismo dado al ciudadano como pieza clave alcanza irremediablemente al estado de las personas a través del principio de reconocimiento mutuo y el creciente protagonismo de la autonomía de la voluntad²³.

Y, por último, la *seguridad* en el ELSJ, más allá de la “seguridad de las personas” que entronca necesariamente con el reforzamiento de la frontera exterior y el control del flujo migratorio *ad extram*, se proyecta asimismo *ad intram* de este espacio común. Desde el prisma de la ciudadanía de la UE emerge como complemento crucial de la libre movilidad, “la seguridad jurídica”. Con el reconocimiento paulatino de pleno derecho de circunstancias incluidas en el estatuto personal y familiar, se garantiza una movilidad que preserva la identidad personal, se dota de seguridad jurídica al ELSJ y al ciudadano que ve protegidas sus diversas relaciones jurídico-privadas más allá del cambio legislativo ante un cruce fronterizo y, por tanto, de jurisdicción.

III. ESTATUTO DEL CIUDADANO DE LA UE Y DERECHOS SUBJETIVOS

Transcurridos más de 30 años desde la aparición de la ciudadanía de la UE en el Tratado de Maastricht, y en gran parte impulsado por los avan-

²² POILLOT-PERUZZETTO aludiendo a ese carácter complementario, y sobre la base del protagonismo del ciudadano aboga a que precisamente porque éste circula necesita “seguridad” y “justicia”, (POILLOT-PERUZZETTO, S.: “La priorité de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l’élaboration d’un code européen de droit international privé”, en AA.VV., *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé* (coord. por M. FALLON), Peter Lang, Bruxelles, 2012, pp. 51-67, p. 55).

²³ Cfr. *ibidem.*, p. 54. En particular, POILLOT-PERUZZETTO insiste en que la UE debe asumir el desafío de un pluralismo ordenado y cuya coordinación legislativa iría más allá de las normas de conflicto y jurisdicción alcanzando a un acercamiento completo de sistemas que alcance hasta su aplicación material (p. 56). En las exigencias del espacio de libertad, seguridad y justicia asienta la oportunidad de elaborar un código europeo de Derecho internacional privado (pp. 57-67).

ces en el ELSJ, en la actualidad no es aventurado afirmar que este *status civitatis europeo* se consolida como la base jurídica adecuada sobre la que construir la protección integral de la persona a nivel UE. Tres elementos confirman esta realidad.

En primer lugar, y desde el impulso dado por el célebre asunto *Grzelczyk*, la ciudadanía de la UE se ha elevado al rango de “estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”²⁴. En esta consagración, ha habido un proceso, desde la citada sentencia que sembró la primera semilla de modo atemperado bajo los vocablos de “vocación”, “aspiración” o “destinado a convertirse” en ese estatuto fundamental, hasta el reconocimiento explícito de su “conformación” a partir del asunto *Wiener Landesregierung*²⁵. Así las cosas, y ya bajo su cualidad de “condición del ciudadano”, se atisba un cambio en su consideración –y protección– de tal modo que cualquier obstáculo para el desenvolvimiento de su *status* pasa a poder considerarse como “un ataque al contenido esencial de los derechos del ciudadano de la UE”²⁶. La consecuencia inmediata es la prohibición en cuanto a la adopción de medidas nacionales “que priven al ciudadano de la UE del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto del ciudadano de la UE”²⁷. Desde aquí se alcanza necesariamente a materias incluidas en el estatuto personal en su movilidad intra-UE y con ello se inicia una vía que necesariamente ha de “repensar” respuestas demasiado nacionales²⁸ admitiendo cierta porosidad en materias propias del DIPr.

²⁴ STJCE de 20 septiembre de 2001, *Grzelczyk*, asunto 184/99, apdo. 31, ECLI:EU:C:2001:458; STJUE de 5 de julio de 2021, *A (Soins de santé publics)*, asunto 535/19, apdo. 41, ECLI:EU:C:2021:595; STJUE de 21 de febrero de 2013, *N.*, asunto 46/12, apdo. 27, ECLI:EU:C:2013:97; TJCE de 2 octubre de 2003, *García Avello*, asunto C-148/02, apdo. 21, ECLI:EU:C:2003:539; STJUE de 2 de marzo de 2010, *Rottman*, asunto 135/08, apdo. 43, ECLI:EU:C:2010:104; STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast*, C413/99, apdo. 82, ECLI:EU:C:2002:493.

²⁵ STJUE de 18 de enero de 2022, asunto C-118/20, *JY c. Wiener Landesregierung*, apdo. 58, ECLI:EU:C:2022:34. Otras SSTJUE posteriores: de 25 de abril de 2024, *Stadt Duisburg*, asuntos acumulados C-684/22 a C-686/22, apdo. 41, ECLI:EU:C:2024:345; de 29 de abril de 2024, *Comisión/Malta*, C-181/23, apdos. 92 y 100, ECLI:EU:C:2025:283. Es preciso mencionar, asimismo el asunto *Alfa Vita Vassilopoulos*, en el que el abogado general Sr. M. POIARES MADURO ha sentenciado que “En la actualidad, las libertades de circulación deben entenderse como uno de los componentes esenciales del “estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Constituyen la dimensión transnacional del estatuto económico y social concedido a los ciudadanos europeos”, presentadas el 30 de marzo de 2006, asuntos acumulados C-158/04 y C-159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos* ECLI:EU:C:2006:562, apdo. 40.

²⁶ Conclusiones presentadas por el abogado general, Sr. H. SAUGMANDSGAARD ØE, el 11 de febrero de 2021, *A (Soins de santé publics)*, asunto 535/19, ECLI:EU:C:2021:595, apdo. 150. No obstante, los avances son prudentes en este sentido, de tal modo que el Tribunal General no consideró, tal como proponían los demandantes, que los derechos del ciudadano de la UE sean “específicos, exclusivos e imprescriptibles” (Auto del Tribunal General, de 8 de junio de 2021, *Silver y otros*, asunto 252/20, ECLI:EU:C:2021:347).

²⁷ STJUE *Rottman*, cit. *supra*, apdo. 42 y STJUE 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, asunto 34/09, apdos. 45 y 46, ECLI:EU:C:2011:124. En asuntos posteriores se sigue profundizando en el alcance de ese carácter “fundamental” del estatuto y sobre la base de esta consideración se alega su no exclusión para la mayoría de los ciudadanos de la UE que no se desplazan, *vid.* Conclusiones de la Abogada General de la Sra. T. ČÁPETA, presentadas el 4 de septiembre de 2025, asunto C-147/24, *Safi*, apdo. 66.

²⁸ En este encuentro del DIPr. con la ampliación significativa de objetivos por el Tratado de Ámsterdam, hay autores que identifican estar en presencia de “un naciente DIPr. europeo de carácter funcional”

En segundo término, la ciudadanía de la UE más allá de su consideración de estatuto jurídico del que dimanar un conjunto de derechos y deberes para los nacionales de los Estados miembros –en particular los recogidos en los arts. 20 a 28 TFUE–, va tomando cuerpo igualmente como “*cualidad de la persona*”. Sobre el alcance dado a la “justicia” en el espacio integrado europeo y asentado en una jurisprudencia del TJUE (que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe) se acoge paulatinamente una protección de la persona que alcanza a su estado civil, que caracterizará su capacidad de obrar, bajo una identidad transfronteriza que se reconoce y protege a nivel UE.

Y, por último, la consagración de un determinado estatuto jurídico está íntimamente relacionado con la consideración de la persona como *titular de derechos subjetivos*. Es una constante que el proceso de integración europea avanza con el reconocimiento de derechos individuales, investidos de efectividad. Así pues, cuando los actores comunitarios –ya sea el legislador o el juez europeo– no pueden justificar su actuación a partir de las competencias trasvasadas a la UE, dicha acción se legitima sobre la base de la tenencia de “derechos”, que en la materia que nos ocupa serían “los derechos subjetivos de las personas”²⁹. Como acertadamente afirma AZOULAI en el reconocimiento de la persona como “sujeto de derecho”, esta se enviste como beneficiaria y desde aquí se apela a su “autonomía” y “libertad”³⁰. En este sentido, se asiste a una doble potestad por parte del ciudadano de la UE: por un lado, se desvincula de formas de sujeción y pertenencias ligadas al Estado –ya sea a través de la nacionalidad y/o el territorio–; y por otra, emerge la posibilidad real de poder formar otro tipo de vínculos en otras sociedades europeas –ya se trate con el Estado miembro de origen o de residencia–. En este disfrute de los derechos subjetivos, el ciudadano de la UE se emancipa al tiempo que adquiere un vínculo supranacional; desde aquí, no es aventurado afirmar que se conforma paulatinamente un catálogo de derechos subjetivos en dimensión europea, a los que podemos denominar –utilizando el parangón con la era digital– de tercera generación.

Asimismo, no podemos obviar la fuerza ejecutiva de estos derechos subjetivos y que derivan de los propios caracteres del Derecho UE. Estos derechos no son de naturaleza intersubjetiva, sino que, al nacer de unos objetivos marcados en los Tratados constitutivos, recordemos que, los Estados miembros están obligados a garantizar su protección ante cualquier dificultad práctica de su implementación por los particulares. Es más, cuando estos se dirigen a las instancias judiciales para hacer valer

(ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Autonomía y carácter funcional del Derecho internacional privado europeo: una aproximación”, *RGDE*, núm. 50, 2020, pp. 21-68, en particular pp. 25 y 36).

²⁹ AZOULAI, L.: “L'autonomie de l'individu européen et la question du statut, EUI Working Papers”, *LAW* 2013/14. Department Law, 2014, p. 1.

³⁰ *Ibidem*.

tales prerrogativas no solo se actúa en su propio interés, sino que se convierte así en un impulsor del proceso de integración europea³¹.

En la actualidad se asiste a un cambio de paradigma en cuanto a la persona física a nivel UE, gracias a la consagración de la ciudadanía de la UE como estatuto fundamental, junto con su consideración como cualidad de la persona van a dimanar derechos subjetivos que posibilitan la conformación de un nuevo vínculo entre la persona y la UE. Sobre la base de estos tres elementos, se asiste a una jurisprudencia del TJUE que protege el desplazamiento del ciudadano de la UE incorporando elementos claves del estatuto personal que aspira a su portabilidad por el ELSJ.

IV. NUEVOS DERECHOS: HACIA LA ELABORACIÓN DE UN ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR A NIVEL UE

Antes de aventurarnos a confirmar la existencia de un estatuto personal y familiar a nivel UE, en el sentido de su preservación en el tráfico transfronterizo, es preciso aportar una definición básica del mismo. Así por estatuto personal podemos entender “el conjunto de elementos jurídicos que identifican a la persona física como individuo y miembro de una unidad familiar”³². De tal modo que los elementos particulares que se identifican bajo este *status* engloban tanto el estado personal *stricto sensu* (el nombre, el sexo, la capacidad), así como el estatuto familiar (el matrimonio, la pareja de hecho o la filiación tanto biológica como adoptiva)³³. Si bien en el ámbito de la UE, dicha noción tiene unas particulares connotaciones, una jurisprudencia incipiente –si bien consolidada– del TJUE va conformando una continuidad del estatuto personal del ciudadano UE jalonado entre la supresión de obstáculos jurídico-privados a la movilidad y el respeto más estricto de los derechos fundamentales –con una relevancia notable a la jurisprudencia del TEDH en la materia–. Los avances en cuanto a esta “portabilidad”³⁴ o “continuidad” del estatuto personal a nivel intra-UE, la analizaremos atendiendo en primer lugar al razonamiento jurídico de la Alta instancia judicial UE, para a continuación detenernos de manera somera en los distintos aspectos que, hasta la fecha, han sido objeto de pronunciamiento.

³¹ Siguiendo el razonamiento de LECOURT, R.: *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 260.

³² PFIEFF, S.: *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Paris, 2017, p. 35.

³³ HUNTER-HENIN, M.: *Pour une redefinition du statut personnel*, Presses universitaires de Provence-Aix Marseille Université, 2004, p. 19.

³⁴ Siguiendo la noción y razonamiento de PFIEFF, J.: *La portabilité...*, cit. pp. 217 ss. Hay autores como CARRASCOSA GONZÁLEZ que de modo gráfico alude a la tenencia de un “pasaporte legal europeo” dado que la situación jurídica será reconocida y tenida como válida en toda la UE, CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Principio de eficiencia y estatuto personal), en *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Prof. José Carlos Fernández Rozas* (ed. por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ et al.), pp. 179-194, en particular p. 190.

1. Problemática jurídica e iter interpretativo

Con carácter previo es preciso realizar una breve “radiografía” de la tipología de situaciones en la que se reivindica la protección transfronteriza del estatuto personal en un desplazamiento intra-UE. Se trata ante todo de pretensiones de ciudadanos de la UE que se encuentran fuertemente vinculados con más de un EM –bien por ostentar una plurinacionalidad de distintos Estados UE, o por una residencia prolongada o incluso nacimiento en otro EM distinto al de su nacionalidad–.

A nivel jurídico estos supuestos se ubican en la confluencia entre el Derecho de la UE y una materia regulada por los sistemas nacionales de DIPr. Existe una regulación material (y/o conflictual) de una determinada relación jurídica privada por los EEMM implicados, y cuya consecuencia inmediata es una situación jurídica potencialmente claudicante, al haber sido cristalizada en un EM y no ser reconocida en el EM requerido. De tal modo, que un nombre y/o patronímico, un “presunto” título nobiliario, o un determinado estado civil o una identidad de género pasa a no reconocerse o surtir efectos en otro Estado miembro.

En la fundamentación jurídica del TJUE su iter interpretativo pivota principalmente en cuatro niveles:

- 1º. El TJUE no cuestiona que los distintos asuntos relativos al estatuto personal se encuentran en el *ámbito estricto de la soberanía nacional* (competencia de cada EM); no obstante, al mismo tiempo recuerda que su regulación *debe respetar el Derecho de la UE*. Por tanto, las cuestiones relativas al estatuto personal siempre que trasciendan la frontera de un único Estado no son situaciones puramente internas y por tanto se incluyen en el ámbito de conocimiento del TJUE. En ese alcance expansivo que caracteriza la interpretación jurisprudencial en cuanto a las libertades de circulación, el TJUE flexibiliza elementos tales como que se constate un desplazamiento transfronterizo, pudiendo ser de carácter potencial o futuro³⁵. Así el TJUE con una óptica fundamentalmente privatista se enfoca en la existencia de un “elemento extranjero”; con la simple presencia de la nacionalidad de otro EM considera que la situación no puede considerarse puramente interna, ubicándose así en el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre libre circulación.
- 2º. Se constata *un obstáculo a la libre movilidad* de naturaleza jurídico-privada, y ello dada la diversidad jurídica entre los distintos Estados. En efecto, una disparidad en cuanto al nombre, o el no

³⁵ En este sentido, la Abogada General Sra. SHARPSTON en el asunto *Grunkin-Paul*, especifica que el hecho de que el niño Loenhard Mattias no se haya visto aún obstaculizado o disuadido de viajar entre Dinamarca y Alemania no significa que su derecho a hacerlo no se haya visto restringido. Conclusiones presentadas el 24 de abril de 2008, asunto C-353/06, *Grunkin-Paul*, ECLI:EU:C:2008:246, apdo. 79.

reconocimiento de la cualidad de “cónyuge” (y su no beneficio del régimen de libre circulación para el familiar) es calificada por el TJUE como una traba al ejercicio del derecho de circulación y residencia tal como es instituido por el art. 21 TFUE. Por otra parte, tales obstáculos deben tener una cierta entidad³⁶; ha de tratarse de inconvenientes graves que afecten a los interesados en el orden administrativo, profesional como privado. Así por recordar una de las sentencias míticas, *García Avello*, los jueces comunitarios consideraron que la negativa de las autoridades belgas sobre la base de su Derecho interno al cambio de apellido –tal como constaba en el Registro español–, podía “causar graves inconvenientes para el interesado tanto de orden profesional como privadas”³⁷.

30. Bajo el ala protectora de la libre movilidad, *se afecta la solución dada por el derecho interno*. Ya nos encontremos ante una de las llamadas situaciones claudicantes o ante una realidad jurídica que *ab initio* tiene una regulación material distinta atendiendo al sistema conflictual de los Estados miembros llamados a reglamentarla, el derecho interno se afecta, se adapta a las exigencias de la libre movilidad y su constelación de derechos. En estos casos, el TJUE se aparta de soluciones clásicas de DIPr. rechazando criterios propios de la técnica conflictual como son la nacionalidad efectiva o la predilección por la nacionalidad del foro³⁸. En este sentido, y sobre la base de la cualidad de la persona como sujeto de derecho, se potencia la autonomía de la voluntad para elegir la ley reguladora del estatuto personal en estos supuestos que trascendiendo la esfera nacional tienen un marcado carácter europeo³⁹.

³⁶ STJUE de 5 de noviembre 2002, asunto C-208/00, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632, apdo. 70. En este mismo sentido las SSTJUE de 12 de mayo de 2011, asunto C-391/09, *Runevič-Vardyn*, EU:C:2011:291, apdos. 77 y de 2 de junio de 2016, C-438/14, *Nabiel*, ECLI:EU:C:2016:401, apdo. 63.

³⁷ *García Avello*, apdo. 36. Así en el asunto *Sayn-Wittgenstein* en relación con la diversidad de apellidos el TJUE estimó que debe ser “un riesgo concreto (para una persona) de tener que disipar dudas en cuanto a su identidad y en cuanto a la autenticidad de los documentos que presente. STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/2009, *Ilonka Sayn-Wittgenstein contra Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806

³⁸ Centrándose en el análisis del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil en lo relativo al Derecho de la persona y de la familia (apdos. 1, 2, 3, 4, 6, 9 y 10 del art. 9), BLANCO-MORALES LIMONES analiza de manera crítica las implicaciones de la jurisprudencia del TJUE en relación con la aplicación de las disposiciones españolas sobre estatuto personal. *Vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “Derecho de la persona y de la familia”, *CDT*, vol.17, núm. 1, pp. 955-985.

³⁹ Así en el asunto *García Avello* los interesados pueden optar por una nacionalidad –en este caso la española– frente a la danesa de la vía materna, mientras que en el asunto *Grunkin-Paul* se acoge la identificación en cuanto al patronímico dado por la ley de la residencia habitual –la danesa– frente a la regulación por la ley de su nacionalidad –la alemana–, y en el asunto *Freitag* la voluntad del interesado alcanza al cambio de apellido acogido por una de sus nacionalidades –la rumana– frente a la negativa de la otra –la alemana–. STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-541/15, *Mircea Florian Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, la DGNR tuvo que modificar la regulación sobre el nombre en contextos transfronterizos con el fin de adaptarse a la jurisprudencia del TJUE. Destacamos la Instrucción

40. La solución técnica acogida pivota sobre el *reconocimiento mutuo europeo*. Más allá de su distinta significación desde el DIPr. o el Derecho de la UE, o el rico debate doctrinal existente sobre su consideración como método o principio, realizaremos una breve aproximación en clave de integración europea –y su estadio actual donde la persona física y su estatuto tienen un marcado protagonismo–⁴⁰. Considero acertado, como señala ESTEBAN DE LA ROSA, calificar al reconocimiento mutuo como “vector” alcanzando así un nuevo significado que se vincula con la idea de simplificar o facilitar la vida al ciudadano en el actual ELSJ⁴¹. A mi parecer, desde esta consideración de eje o vector se acoge desde el Derecho de la UE la esencia marcadamente polivalente⁴² del método de reconocimiento del DIPr., al tiempo que alcanza al tratamiento jurídico de la persona que se desplaza⁴³. Este reconocimiento europeo tiene unos caracteres propios, que definen su relación con los sistemas nacionales de DIPr. En primer lugar, la situación privada se dota de continuidad en el espacio común, quedando pues su validación al margen del tamiz propio del sistema conflictual del EM de acogida⁴⁴. Todo ello, bajo la existencia de un estatuto fundamental del

de 23 de mayo de 2007, para la inscripción de los apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y de los españoles plurinacionales (publicada en *BOE* núm. 159, de 4 de julio 2007); en concreto, se realiza una excepción a la regla general que consagra a la ley española en el art. 9.9 CC como la única aplicable para la determinación del nombre –incluido el apellido– de los nuevos españoles en detrimento de su otra ley nacional. Tras el caso *García Avello*, cuando la nacionalidad de origen sea la de un Estado miembro, la naturalización no impide que se pueda seguir ostentando un único apellido tal como se encuentran inscritos en otro Estado miembro; así las cosas, sobre el interesado que ostenta la nacionalidad española y otra de un Estado miembro será sobre el que recae la elección de cuál de los ordenamientos jurídicos determinará su apellido, y por tanto si tendrá dos –como establece el derecho material español–, o solo uno –en virtud del derecho extranjero del otro Estado miembro de su nacionalidad–.

⁴⁰ Para un análisis exhaustivo sobre el método de reconocimiento europeo, *vid.* CALVO CARAVACA, A.L.: “Mutual recognition as a methode in European private international law”, en AA.VV. *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski* (coord. por CHR. VON BAR et al.), Tubinga, Mohr Siebeck, 2024, pp. 101-115.

⁴¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Derecho internacional privado y nueva noción de circulación de decisiones y documentos (circulación del estado civil en la Unión Europea)*, Colex, A Coruña, 2025, pp. 47 o 66, entre otras.

⁴² Así autores como MAYER abogan por referirse a los “métodos”, en plural, de modo más exacto (MAYER, P.: “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, en AA.VV. *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-573). Indica FULLI-LEMIRE que se hace referencia al método de reconocimiento, en singular, para designar un método prospectivo de DIPr. que incluye todas las situaciones nacidas en el extranjero, sean provenientes de una sentencia, un acto público o incluso *ex lege*. Por su parte, cuando se evoca a los métodos de reconocimiento, en plural, se distingue entonces el reconocimiento de decisiones del de situaciones (FULLI-LEMIRE, S.: “La reconnaissance: méthode(s) ou principe?”, en *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé* (dir. por H. FULCHIRON), LexisNexis, Paris, 2019, pp. 161-170, en particular 162-163).

⁴³ *Cf.* HO-DAC, M.: *Le traitement juridique de la circulation des personnes dans l’Union européenne: Approche méthodologique*. Droit. Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis, 2019, accesible en <https://uphf.hal.science/tel-03694972v1/document>, consultado 18 de octubre de 2025.

⁴⁴ En cuanto al alcance de este método de reconocimiento existen dos posiciones encontradas. Una representada por MAYER en el que se mantiene una determinada forma de control conflictual si bien el método de reconocimiento implica tener en cuenta por el Estado de acogida la situación cristalizada en el extranjero (“Les méthodes de la reconnaissance...”. *cit.*, p. 564). Y, otra por PFIEFF que defiende la desaparición

ciudadano UE, cuyos elementos constitutivos tienen la potencialidad de acompañar a la persona en su desplazamiento intra-UE. En segundo término, dicho reconocimiento no es absoluto, sino que está bajo el criterio de la “funcionalidad”. La continuidad de las situaciones privadas se garantiza “desde” –y “hasta” podemos decir– la afectación al ejercicio de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. Al encontrarnos en una materia bajo la soberanía estatal, la injerencia de la UE se acoge tan solo desde la perspectiva de la funcionalidad⁴⁵; es decir cuando se verifica un obstáculo a la libertad de circulación se garantiza ese reconocimiento del *status* personal⁴⁶, y cuyas consecuencias alcanzan hasta su remoción. Y, por último, este método de reconocimiento tiene naturaleza de “excepción” en el ámbito del estatuto personal⁴⁷, de tal modo que se imponen requisitos tales como encontrarnos ante una situación duradera en el tiempo y con un vínculo suficientemente sólido con el Estado miembro donde ha sido cristalizada la situación privada a reconocer⁴⁸, todo ello para evitar el fraude de ley o el abuso del derecho⁴⁹.

2. Resoluciones del TJUE en materia de estatuto personal

Con la técnica jurisprudencial aludida *ut supra*, el ciudadano de la UE está en disposición de circular con un estatuto jurídico que alcanza una nueva tipología de derechos, que podemos denominar de nueva gene-

ción de todo control conflictual con la finalidad de reconocer el estatuto personal establecido en el extranjero (*La portabilité du statut personnel...*, *op. cit.*, 47).

⁴⁵ En palabras de FALLON “L’approche fonctionnelle de la notion d’entrave conduit à considérer que le droit privé, matériel ou des conflits de lois, n’échappe pas par nature au droit du marché intérieur, de même qu’il n’y pas soumis en soi” (“Libertés communautaires et règles de conflit de lois”, en *Les conflits de lois et le système juridique* (coord. por A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), Dalloz, Paris. p. 44).

⁴⁶ En este sentido, la sentencia *García Avello* afirma que “Si bien en el estado actual del Derecho comunitario, las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad, reconocida a todo ciudadano de la Unión, de circular y residir en el territorio de los Estados miembros” (*cit. supra*, apdo. 25). Tal como subraya FALLON dada la interpretación funcional del TJUE, la noción obstáculo puede ser cualquier reglamentación de un Estado miembro con independencia de que ésta sea de derecho privado o de derecho público, derecho penal, derecho económico o derecho contractual o derecho de la familia, *ibíd.*, pp. 36 ss.

⁴⁷ FALLON, M.: “Libertés communautaires...”, *cit.*, pp. 76-77.

⁴⁸ LAGARDE, P.: “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, núm. 2, 2004, pp. 225-243; ID. “La reconnaissance. Mode d’emploi”, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, pp. 481-526. Con una interpretación en sentido contrario, DURÁN AYAGO que desde una perspectiva LGTBIQ aboga por buscar la proximidad más allá de circunstancias objetivas como la nacionalidad o la residencia habitual, acogiendo así la autonomía de la voluntad bajo la protección de los derechos fundamentales (*Derechos humanos y método de reconocimiento...*, *cit.*, p. 185).

⁴⁹ WAUTELET, P.: “L’abus de droit comme limite à la circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé”, en *La circulation des personnes et de leur statut...*, *cit.*, pp. 293-305.

ración. A continuación, se realizará un recorrido somero por los asuntos que, hasta la fecha, han sido objeto de un fallo por el TJUE y que van paulatinamente consolidando la permanencia del estatuto personal de los nacionales de los EEMM en el espacio integrado europeo.

2.1. La permanencia en cuanto al nombre y los apellidos

La continuidad en cuanto al nombre y el patronímico representan la materia que ha sido objeto de mayor tratamiento por parte del TJUE. No es de extrañar dado que estamos ante un aspecto clave del estatuto personal que entronca con el respeto a la identidad personal siendo un elemento intrínseco en aras a su identificación psicológica, familiar, y en algunos casos cultural. Así, desde la mítica sentencia *García Avello* (2003), se unen otras resoluciones –así *Grunkin-Paul o Runevič-Vardyn, Wardyn y Freitag*⁵⁰–, que vienen a salvaguardar el nombre y apellido otorgado en un EM al amparo de su derecho interno, teniendo este que ser reconocido por el EM requerido, lógicamente con independencia de que sus normas de DIPr. regulen la cuestión de manera diferente.

Estos asuntos se han planteado fundamentalmente en el marco de personas que ostentan dos nacionalidades –de EEMM distintos– y, por tanto, en principio, dos leyes normativas diversas están llamadas a regular el nombre y los apellidos. Téngase en cuenta, además, que nos encontramos ante una materia que adolece de cualquier regulación convencional armonizadora, y que la diversidad material y conflictual en el seno de la UE es muy notoria (desde dos apellidos obligatorios, una combinación de ambos a uno solo). Un análisis detallado de cada una de las resoluciones habidas hasta la fecha excede nuestro objeto de estudio –remitiéndome para ello a la prolífera doctrina existente⁵¹–, me limitaré a destacar el avance que suponen hacia la continuidad del estatuto personal como parte de estos nuevos derechos que conforman el estatuto fundamental del ciudadano de la UE.

En el caso *García Avello*⁵², la pretensión surge de dos niños nacidos en Bélgica de padre español y de madre belga, el TJUE reconoció el derecho de estos menores a que les fuera reconocido su nombre (con los dos apellidos, uno de la madre y otra del padre) tal como había sido inscrito en el Registro Civil español, y con independencia de los imperativos de la ley belga que atendía a otros elementos como haber nacido en Bélgica, vivir

⁵⁰ SSTJUE *cit. supra*, a los que ha de unirse otras en relación con un aparente título nobiliario incorporado al apellido, los asuntos, *Sayn-Wittgenstein y Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, Asuntos C-208/09, *Sayn-Wittgenstein* y C-438/14, *Nabil Peter*, *cit. supra*.

⁵¹ *Vid.* estudios doctrinales citados notas 52 y ss.

⁵² *Cit. supra*. Sobre esta resolución ampliamente debatida, *vid.* por todos, LARA AGUADO, A.: “Liberdades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *Diario La ley*, núm. 6107, pp. 1-13

en ese país o tener la nacionalidad belga. En efecto, el hecho de no mantener un mismo nombre/apellidos a nivel UE, se considera un obstáculo a la libre circulación de personas que se vería presidida por una importante confusión en cuanto a la persona beneficiaria y se atenta, lógicamente a la identidad individual, que debe respetarse. A este caso han seguido otros, el más notorio es el caso *Grunkin Paul*⁵³, donde se reconoce incluso a este niño –de padres ambos de nacionalidad alemana–, pero nacido y residente en Dinamarca, a que organice sus apellidos según la legislación del Estado de nacimiento (apellido compuesto), compeliéndose a su país de origen (Alemania) a reconocerlos –con su consiguiente inscripción en el Registro Civil– a pesar de que la normativa alemana solo ampara un solo apellido.

Desde el punto de vista personal, estos supuestos evidencian que los ciudadanos de la UE en aquellas circunstancias de fuerte vinculación con dos Estados parte aspiran le sea reconocida su voluntad para identificarse con la regulación material de un determinado Estado, y que con la lógica de preservar una identidad única dicha elección debe ser reconocida por el otro Estado.

2.2. El reconocimiento transfronterizo de vínculos familiares

Si atendemos a otros elementos del estado civil de las personas, el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones tanto sobre la existencia de un *status maritalis* como de un “vínculo de filiación”. Mientras que, en los asuntos relativos al nombre, las realidades personales se caracterizan por la confluencia en la persona de dos nacionalidades UE, en estos casos se trata de situaciones familiares de personas LGTBIQ. Nos enfrentamos de nuevo ante una materia con una elevada disparidad en cuanto a su regulación por los distintos EEMM, y como consecuencia con el cruce fronterizo –y la aplicación de otro sistema jurídico– podemos encontrarnos ante una potencial situación claudicante. Con respecto al matrimonio igualitario, recordemos simplemente que hay países como Países Bajos, Bélgica o España donde es legal desde hace más de 20 años, otros países en los cuales aún no se admite (así Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Hungría, Letonia y Polonia), y en otros donde sin poder referirnos a una unión marital se reconoce una unión civil (Italia y Eslovenia).

Así las cosas, con mucha frecuencia existe una disparidad –fuerte– en cuanto a la regulación de los dos EEMM con los que la persona tiene una relación sólida y con el cruce fronterizo la problemática está servida. En estas cuestiones, es preciso realizar dos apreciaciones. Por una parte,

⁵³ Cit. *supra*. Vid. *inter alia*, BLÁZQUEZ PEINADO, M.D.: “Sentencia de 14.10.2008, S. Grunkin y D.R. Paul, C-353/06: libre circulación y residencia, no reconocimiento del apellido adquirido en el Estado de nacimiento y residencia, normativa nacional en materia de determinación del apellido”, *RDCE*, núm. 33, 2009, pp. 649-664.

existe necesariamente un entronque directo con la protección de derechos fundamentales tales como a una vida privada y familiar, que han venido dotándose de contenido por el TEDH, y cuya interpretación el TJUE hace suya en sus resoluciones. Y, por otra, hemos de advertir que en estos supuestos no se trata, en sentido estricto, de un reconocimiento de un matrimonio o de una filiación a nivel intra-europeo, sino de preservar la libre movilidad de personas, y cuya consecuencia es garantizar una vida familiar más allá del Estado miembro de origen. Se atenderá a continuación a dos supuestos, uno entorno al matrimonio igualitario y otro en relación con un vínculo de filiación.

*El matrimonio igualitario: Caso Coman*⁵⁴. El TJUE tiene la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre el concepto de “cónyuge” en el asunto *Coman* en el contexto de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo; institución jurídica como hemos visto que cuenta con una amplia diversidad normativa en cuanto a su regulación/admisión entre los EEMM. En este asunto una pareja de dos varones, el Sr. Coman, de nacionalidad rumana, y el Sr. Hamilton, estadounidense, tras una convivencia en EEUU, deciden trasladarse a Bélgica (Bruselas) por motivos de trabajo del primero, y allí contraen matrimonio. El problema surge cuando la pareja quiere trasladarse a Rumanía, y la administración rumana deniega al Sr. Hamilton su prórroga al permiso de residencia al no poder acogerse a la reagrupación familiar bajo la legislación rumana. La cuestión se eleva al TJUE determinando en su fallo que la denegación de un derecho de residencia al nacional de un tercer Estado debido a que la legislación rumana no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, es contraria al art. 21, apdo. 1 TFUE. En definitiva, y desde la perspectiva de nuestro estudio, asistimos de nuevo al “reconocimiento” de un estado civil no admitido por las normas del Estado de acogida, que con el objetivo de evitar cualquier tipo de obstáculo a la libre movilidad de los ciudadanos UE, conlleva la permanencia transfronteriza de un determinado estatuto familiar.

*El vínculo de filiación. Caso Pancharevo y KS-SVD*⁵⁵. En un breve periodo de tiempo el TJUE ha resuelto dos casos muy parecidos en torno al reconocimiento de relaciones paterno-filiales. Por la proximidad geográfica vamos a detenernos en el primero. En el asunto *Pancharevo* un matrimonio formado por una nacional búlgara y una ciudadana británica,

⁵⁴ Para un análisis detallado sobre esta sentencia y sus implicaciones, *vid. inter alia*, JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*, La Ley Unión Europea, núm. 61, 2018; GUZMÁN ZAPATER, M.: “Matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo y Derecho a la libertad de circulación (sobre la STJ, Gran Sala, de 5 de junio de 2017, en el as. C-673/16, *Coman*)”, Crónica de Derecho internacional privado, REEI, núm. 36, pp. 9-16

⁵⁵ STJUE, de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, ECLI:EU:C:2021:1008; ATJUE, de 24 de junio de 2022, *KS-SVD*, ECLI:EU:C:2022:502. *Vid. inter alia*, GOÑI URRIZA, N.: “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE *Pacharevo* y al ATJUE *K.S.-S.V.D.*”, CDT, núm. 1, pp. 970-978.

tuvieron una hija que nació y reside en España, junto con sus dos progenitoras. En el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas constan las dos mujeres como madres. Al poco de su nacimiento la ciudadana búlgara desea expedir para su hija el documento nacional de identidad búlgaro, y con ello que le sea expedido su certificado de nacimiento para su hija. Ante tal solicitud las autoridades búlgaras solicitan que se identifique a la madre biológica, dado que el Derecho búlgaro solo reconoce la filiación entre hombre y mujer, y que en el preceptivo certificado de nacimiento solo se prevé una casilla para la “madre” y otra para el “padre”. Ante la negativa de la actora para identificar cuál es la madre biológica de la menor el asunto llega al TJUE y este resuelve de manera taxativa: en el marco de la libre movilidad intra-UE, las autoridades búlgaras, en tanto que nacionalidad de la menor, están obligadas a expedirle un documento de identidad o pasaporte tal como resulta del certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas (lugar de nacimiento de la menor)⁵⁶. Con ello, asistimos de nuevo al reconocimiento automático de un elemento clave del estatuto familiar de la persona como es su filiación, aunque dicho vínculo en este caso de dos mujeres no sea reconocido por la legislación del Estado miembro requerido (Bulgaria).

2.3. La identidad de género: su modificación y reconocimiento

La cuestión de la identidad de género ha sido el último elemento en torno a la identidad de la persona y su permanencia intra-UE que se ha planteado ante el TJUE. Con el asunto C-4/23 *Mirin*, resuelto por la Alta instancia europea el 4 de octubre de 2024⁵⁷, podemos afirmar que se allana el camino abierto desde la sentencia *García Avello*. Basta recordar que la indicación del sexo es un elemento crucial de la identidad e identificación de una persona, al igual que el nombre y los apellidos⁵⁸. Además, no olvidemos que la autodeterminación de género tiene junto con una vertiente personal, otra de carácter familiar –que alcanza a la capacidad nupcial o el establecimiento de la filiación–⁵⁹, cuestiones

⁵⁶ Vid. Asunto C-490/20, *Pancharevo*, apdo. 44 y Auto C-2/21, *KS -SVD*, apdos. 37 y 38.

⁵⁷ STJUE de 4 de octubre de 2024, Asunto C-4/23, *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:845. Sobre este asunto, vid. DURÁN AYAGO, A.: “De la identidad de género a la libre circulación en la Unión Europea. Un paso más en la buena dirección al albur de la STJUE de 4 de octubre de 2024, C-4/23, *Mirin*, CDT, vol. 17, núm. 1, pp. 1260-1269. Para un análisis en profundidad sobre la identidad de género y sexo en situaciones transfronterizas, vid. LARA AGUADO, Á.: *La identidad de las personas transgénero, transexuales e intersex en situaciones de movilidad internacional*, Aranzadi, Madrid, 2025. Sobre la homologación en relación con el sexo no binario, vid. PEÑA DÍAZ, F., *Reconocimiento legal de identidades no binarias: estudio de Derecho comparado*, Euforia, 2024.

⁵⁸ Conclusiones del abogado general Sr. J.R. DE LA TOUR, presentadas el 7 de mayo de 2024, asunto C-4/23, *Mirin*, apdo. 69, ECLI:EU:2024:385. Vid. en este sentido, GUEZ, P.: “Identité de genre et droit international privé”, en *Droit des familles, genre et sexualité* (coord. por N. GALLUS), Anthemis, Centre de droit privé, Bruxelles, 2012, pp. 115-137, en particular, p. 135.

⁵⁹ Sobre esta doble vertiente de la identidad de género y sus implicaciones en las relaciones transfronterizas, vid. JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, CDT, Vol. 16, núm. 2, pp. 985-999.

que abren el consiguiente debate sobre su inscripción en el registro civil correspondiente⁶⁰.

Los hechos de la mencionada sentencia *Mirin* son los siguientes: un hombre transexual, nacido mujer en Rumanía e inscrito con sexo femenino al nacer, tras haber vivido en Reino Unido unos años, donde obtuvo la nacionalidad británica, se acoge a estas normas para obtener un cambio de nombre, así como su tratamiento de femenino al masculino. El actor en posesión de un *Gender Identity Certificate* (certificado de reconocimiento de género) emitido por las autoridades en Reino Unido –y que confirma su identidad de género masculina– pretende que esta le sea homologada por las autoridades rumanas y se reconozca a nivel registral en su país de nacimiento. Las autoridades rumanas se niegan a emitir nuevos documentos donde conste el género masculino, y por consiguiente a reconocer los cambios realizados por otro Estado miembro (Reino Unido, que en el momento de la emisión del certificado aún formaba parte de la UE). El TJUE es claro en su resolución: las disposiciones sobre las que se basa la libre circulación de persona, así como ciertos derechos de la Carta de Derechos fundamentales de la UE (en particular, arts. 7 y 45), se oponen a una normativa estatal (en este caso de Rumanía) que no permite reconocer y anotar en el certificado de nacimiento de un nacional de ese EM el cambio de nombre y de identidad de género legalmente adquirido en ese EM con ocasión del ejercicio de una libre movilidad intra-UE.

Con estos pronunciamientos del TJUE, se consolida la jurisprudencia sobre el principio de reconocimiento mutuo europeo, garantizando la identidad de la persona –y sus vínculos familiares– en el ELSJ. Se trata de cualidades y relaciones básicas que conforman a la persona y garantizan el desarrollo de su personalidad; la homologación de tales realidades no solo evita cualquier obstáculo a la libre circulación de todo ciudadano de la UE, sino que preservan asimismo los derechos fundamentales acogidos en la CDFUE, tales como son la vida privada y familiar. El ciudadano de la UE se consolida como beneficiario de un catálogo ampliado de derechos subjetivos que elevan su nivel de autonomía y libertad en el seno de la UE.

⁶⁰ Los posibles efectos del reconocimiento europeo de un cambio de género sobre la inscripción en los registros civiles de otros Estados miembros han sido analizados por el abogado general Sr. J.R. DE LA TOUR en sus conclusiones al asunto *Mirin*, *vid.* apdos. 87-100. En España la norma aplicable al sexo y al género sería el art. 9.1. Cc, como explica BLANCO-LIMONES MORALES “en términos generales, se reconocerán en España los efectos de un cambio de sexo sin más limitación que las demandas del orden público ex. art. 12.3”. Cuestión distinta es la *Adecuación de los documentos expedidos a personas extranjeras* contenido en el art. 49 Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 2023) que en palabras de esta autora es una “auténtica ceremonia de confusión” viniendo a eximir la nacionalidad española como requisito de legitimación, pareciendo no establecer el más mínimo elemento de vinculación con España del solicitante (BLANCO-LIMONES MORALES, P., “Derecho de la persona...”, *cit.* pp. 972-973).

IV. CONCLUSIONES

En la actualidad se puede afirmar que la persona física ocupa un lugar destacado y renovado en el proyecto de integración europea. Si bien se trata de una aspiración que se remonta a los albores de la CEE, no ha conseguido ser una realidad hasta que el ciudadano de la UE se ubica en el centro de un espacio que trasciende lo económico, –el espacio de libertad seguridad y justicia–. En este nuevo protagonismo del individuo a nivel UE, asistimos a un movimiento de extensión y transformación de los derechos, así como a una transmutación de su esencia que refuerza el vínculo con la UE, trascendiendo así la conexión nacional.

En este salto cualitativo de la posición del ciudadano, se generan nuevos derechos a nivel UE, que en determinadas materias como el estatuto personal también conlleva necesariamente implicaciones en la esfera nacional –ya sea del derecho material como conflictual–. Tres elementos confluyen hacia la conformación de un estatuto jurídico del ciudadano de la UE que junto con la parte física de la persona reivindica la preservación de su parte inmaterial en el cruce transfronterizo, –aspectos entre los que indefectiblemente se encuentran su identidad personal y familiar–.

I. En atención a una cuestión fáctica que precisa de una respuesta jurídica bajo tintes renovados como es *la creciente confluencia entre las libertades de circulación y el DIPr*. Se asiste no solo a una intensificación del flujo migratorio intra-UE, sino también a la consideración de la persona en su unicidad y el libre desarrollo de su personalidad. Los vasos comunicantes entre el Derecho de la UE y el DIPr. son cada vez más numerosos. Así más allá del reconocimiento de una determinada situación familiar –a saber, cónyuge o hijo/a– que permitiría la reagrupación familiar como beneficiario de la libre circulación UE, asistimos a un incremento de casos y casuísticas que reclaman la continuidad del estatuto personal; en definitiva, el reconocimiento del desarrollo de la identidad personal y familiar constituida en otro Estado miembro –y que van desde un determinado nombre hasta el cambio de una identidad de género–.

En un espacio sin controles fronterizos como el europeo, donde la movilidad de personas es creciente, la confluencia entre el Derecho UE y el DIPr. es una realidad indiscutible. En efecto, ambas disciplinas se ocupan de situaciones que se conectan con más de un Estado, estando llamadas a dar una solución a esa diversidad normativa que aflora en todo tránsito interestatal. Ahora bien, el modo de entender la frontera –y el cruce–, así como su respuesta ante la movilidad es distinta. Así recordemos, que entre las funciones del DIPr. se encuentra evitar las situaciones claudicantes y desde el Derecho de la UE se impone impedir cualquier obstáculo a la libre movilidad, incluidos los jurídico-privados. Por su parte, la libre movilidad se rige por normas europeas armonizadas –toda una batería de Reglamentos y Directivas que garantizan la libre circulación de personas–.

Las materias englobadas en el estatuto personal se mantienen en la esfera de las competencias exclusivas de los Estados miembros; no obstante, la persona y su estado civil ya no son ajenas al Derecho de la UE. Entre los obstáculos a la libre movilidad de las personas está la no validación de situaciones cristalizadas al amparo de otro Estado miembro, de tal modo que se modula necesariamente la respuesta del Estado miembro requerido. El DIPr. patrio se vuelve permeable en un espacio, en el que sus nociones de libertad, seguridad y justicia se redimensionan adquiriendo un nuevo significado al ubicar al ciudadano en el centro de la esfera jurídica y social europea. La “libertad” más que nunca se consolida como el objetivo primario del espacio integrado cuyos complementos indispensables son más allá de la “seguridad de las personas”, también la “seguridad jurídica” de las relaciones personales y familiares en el cruce transfronterizo. Por su parte la “justicia”, en el marco de esta movilidad de la persona incluye una coordinación necesaria de los sistemas jurídicos y judiciales más allá de la diversidad normativa nacional.

II. *El estatuto del ciudadano UE es el basamento idóneo para la protección integral de la persona.* La construcción jurídica de la unicidad y continuidad del estatuto personal se asienta en la consideración de la ciudadanía de la UE como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembro. El trasfondo es una protección del estatuto del ciudadano en su “cualidad de persona”, así la identidad personal transfronteriza se reconoce y protege, sobre la base de un creciente protagonismo de la autonomía de la voluntad, y de la protección de los derechos fundamentales a nivel UE; todo ello basado en la confianza entre los EEMM cuya herramienta clave es el reconocimiento mutuo europeo.

En esta salvaguardia de la persona y su estatuto se alcanza a los sistemas nacionales de DIPr. que se vuelven necesariamente permeables con el fin de permitir la homologación de las circunstancias personales y familiares en un contexto intra-UE. Se cuestionan así soluciones clásicas del DIPr. como la primacía de la ley nacional en tanto que reguladora del estatuto personal o la preferencia de la nacionalidad del foro. No olvidemos que estamos ante situaciones estrechamente vinculadas con dos Estados miembros, ya sea por la tenencia de dos nacionalidades UE o por el nacimiento o residencia de larga duración de la persona en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad. Son supuestos en que el ciudadano de la UE se identifica personal –y jurídicamente– con dos o incluso más Estados de la UE. Esta persona –en esencia el ciudadano UE que por definición es móvil– va conformando una identidad propia que aspira le sea reconocida; un estatuto personal único con independencia de la diversidad de los distintos sistemas jurídicos con los que se encuentra en conexión.

III. La jurisprudencia del TJUE conforma *un catálogo de derechos subjetivos que trascienden el plano nacional.* En efecto, allí donde las instituciones europeas no tienen competencias (de momento), sobre la base

de criterios como la funcionalidad y amparados en el estatuto fundamental del ciudadano UE, la acción del Alto tribunal europeo es indispensable. Hasta la fecha, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre elementos claves del estatuto personal, en relación con la identidad de la persona como son el nombre y los apellidos, incluido un aparente título nobiliario, así como otras cuestiones relativas al reconocimiento del estado civil –en particular, el matrimonio igualitario y el vínculo de filiación– o más recientemente sobre la identidad de género y su homologación por el Estado miembro de origen. No podemos obviar, que en estas cuestiones el TJUE junto con la supresión de cualquier obstáculo a la libre circulación, se erige asimismo como garante de los derechos fundamentales de la CEDF.

A efecto de calibrar el grado de reconocimiento –y por tanto de “portabilidad”– de esa identidad única del ciudadano UE, junto con la dignidad de la persona más allá del lugar donde se encuentre o del cruce transfronterizo intra-UE, a mi parecer se deben considerar dos aspectos claves en la respuesta jurisprudencial.

Por un lado, recordemos que *ab initio* los Estados miembros no pueden rechazar el reconocimiento de estos elementos conformadores de la identidad personal y familiar del ciudadano UE, salvo por motivos concretos (fraude de ley) y en clave europea (orden público restrictivo). Por otro, está la cuestión de la practicidad y su reconocimiento más allá de garantizar la libre movilidad. Aquí existe un debate abierto –en gestación– que va desde el soporte documental de ese elemento del estado civil y su homologación hasta sus efectos registrales más allá del Estado miembro de constitución. Podemos afirmar, que el TJUE se sitúa en la línea de considerar que existe un derecho fundamental del ciudadano de la UE a la permanencia de su estatuto personal adquirido en otro Estado miembro y que se reivindica en el marco de su movilidad; ahora bien, hasta la fecha, no podemos considerar que se contemple una “portabilidad” de manera general en el sentido de desplegar efectos constitutivos en el Estado requerido.

IV. A modo de cierre, es incontestable que en este creciente protagonismo de la persona natural a nivel UE, esta se inviste como sujeto activo del Derecho UE. El hecho de su ubicación en el centro del proyecto de integración europea al instituir la ciudadanía de la UE como estatuto fundamental y el renovado impulso del espacio de libertad, seguridad y justicia, conlleva necesariamente un movimiento de extensión y transformación de los derechos y del marco de autonomía de la persona. Son derechos que podemos calificar como “europeos” de última generación por el cambio cualitativo que conllevan no solo en cuanto a la “autodeterminación” de la persona sustentada en derechos fundamentales como la dignidad, la libertad o la justicia, sino a un cambio en cuanto a *la naturaleza de tales derechos y con ello del vínculo entre la persona y la propia UE*. Se asiste paulatinamente a la concretización de derechos subjetivos a nivel europeo, que trascienden el plano nacional y cuyo vínculo parece di-

lirse –o al menos perder consistencia– como el único para regular ciertas situaciones privadas. Se potencia y protege el nexo del ciudadano de manera directa con la UE, consolidándose paulatinamente un *vínculo transnacional de la persona*. Reconocido como un sujeto activo de Derecho UE, el individuo salvaguarda su derecho a autodefinirse y proyectarse más allá de su ley nacional, a desarrollar su personalidad bajo los distintos sistemas jurídicos que conforman la UE, preservándose su identidad personal y sus elecciones de vida familiar, alcanzando así a modelos más abiertos e igualitarios.

Gobernanza en red y co-producción de políticas de acogida de la migración: un análisis del *Sistema di Accoglienza e Integrazione* (SAI) de Palermo*

Nieves ORTEGA-PÉREZ

Departamento de Sociología

Universidad de Granada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9379-7850>

Correo electrónico: ortega@ugr.es

SUMARIO: I. Introducción. II. Aproximación a los modelos administrativos en gestión de políticas sociales: 1. *El Modelo burocrático-weberiano: Fundamentos y críticas en el ámbito migratorio*. 2. *New Public Management (NPM): La revolución gerencial y sus límites*. 3. *Gobernanza en red: Superando la dicotomía estado-mercado*. 4. *Co-producción: La participación como recurso estratégico para la efectividad*. 5. *Hacia modelos híbridos y adaptativos: Las asociaciones público-privadas y la gobernanza colaborativa*. III. *El Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI): contexto, evolución y marco normativo*. 1. *El contexto migratorio de Sicilia como frontera y Palermo como ciudad de acogida*. 2. *El Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI): objetivos y red colaboradora*. 3. *Perfil sociodemográfico de las personas migrantes beneficiarias del SAI Palermo*. IV. *Análisis del modelo administrativo del SAI Palermo: un híbrido institucional complejo*. 1. *Gobernanza en red y multinivel*. 2. *Co-producción como innovación metodológica*. 3. *Elementos residuales de otros modelos de gestión*. 4. *El modelo híbrido como innovación estratégica*. V. *Discusión: entre la innovación y las tensiones*. VI. *Recomendaciones de mejora*. VII. *Conclusión y reflexiones finales*.

Palabras clave: políticas migratorias, gobernanza multinivel, co-producción, integración, Italia, modelos administrativos híbridos.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación *Migration incorporation policies and practices in migrants' reception and settlement cities in Andalusia and Sicily* (MIGRANTCITIES) PID2022-138122OB-I00, dentro de la convocatoria del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

1. INTRODUCCIÓN

Las políticas de acogida e integración de personas migrantes constituyen uno de los desafíos más complejos para la Unión Europea y sus miembros, situándose en el debate entre los derechos humanos, la soberanía estatal, la seguridad nacional y gestión administrativa¹. En Italia, la transición desde el *Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati* (SPRAR) hacia el *Sistema di Accoglienza e Integrazione* (SAI) en 2020, formalizada por el Decreto Legislativo 142/2015, supuso una reconfiguración significativa del modelo de gobernanza migratoria, caracterizada por una mayor municipalización de la gestión y una orientación explícita hacia la integración de medio-largo plazo².

Este artículo examina la implementación del SAI en el *Comune di Palermo* como un caso de estudio emblemático de innovación administrativa en políticas sociales complejas. El análisis se sitúa en el debate teórico sobre la evolución de los modelos de administración pública –del burocrático-weberiano al *New Public Management* (NPM), la cogestión público-privada, y posteriormente a la gobernanza en red y la co-producción– y su aplicación a un ámbito marcado por la incertidumbre, la diversidad y las tensiones políticas³. Parto de la hipótesis de que el SAI Palermo encarna un modelo de gobernanza híbrida que integra de manera pragmática y estratégica lógicas administrativas tradicionalmente consideradas contrapuestas, constituyendo así una respuesta institucional adaptativa a las presiones del contexto migratorio mediterráneo, a la complejidad social y política del territorio, y a las demandas de sus actores.

La relevancia del caso palermitano, a menudo denominado “Modello Palermo”, reside en su reconocida posición como laboratorio de políticas migratorias innovadoras. Combinando principios de derechos humanos con un pragmatismo administrativo, y operando en un contexto de llegadas constantes por vía marítima⁴, Palermo ofrece un prisma singular para analizar las posibilidades y límites de la innovación local en marcos multi-nivel a menudo restrictivos.

Este trabajo utiliza una metodología cualitativa basada en el análisis documental de informes oficiales y datos administrativos del SAI hasta

¹ CASTLES, S., y MILLER, M. J.: *The age of migration: International population movements in the modern world* (4th ed.), Palgrave Macmillan, Londres, 2009; DE LUCAS, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

² AMBROSINI, M., y CAMPOMORI, F.: *Le politiche migratorie*, Il Mulino, Bolonia, 2024; MINISTERO DELL'INTERNO: *Relazione annuale sull'asilo e l'integrazione 2022*. Dipartimento Libertà Civili e Immigrazione, 2023.

³ POLLITT, C., y BOUCKAERT, G.: *Public management reform: A comparative analysis* (3rd ed.). Oxford University Press, Oxford, 2011; ANSELL, C., y GASH, A.: “Collaborative governance in theory and practice”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2008, vol. 18, núm. 4, pp. 543-571. doi:10.1093/jopart/mum032

⁴ PREFETTURA DI PALERMO: *Dati flussi migratori 2023*, Ufficio Territoriale del Governo, Roma, 2023.

2023, una revisión sistemática de literatura académica nacional e internacional sobre modelos de administración pública, políticas migratorias y gobernanza multinivel, y un análisis teórico aplicado, utilizando los marcos conceptuales revisados para interpretar el caso empírico.

Se han realizado tres entrevistas semiestructuradas a miembros clave del SAI Palermo, y observación participante en dos grupos focales con operadores del servicio de acogida y con menores migrantes beneficiarios, entre los meses de abril y junio de 2025.

Este artículo se estructura en tres partes diferenciadas. En primer lugar, se hace una revisión teórica de los modelos administrativos aplicados a políticas sociales, con especial referencia a las de integración. En segundo lugar, se pasa a un análisis crítico del SAI Palermo que supone el núcleo de este trabajo. El SAI es ubicado en el complejo contexto de la región de Sicilia, para interpretarlo a partir de los modelos previos expuestos. Por último, se presentan los desafíos y tensiones del modelo, junto con algunas recomendaciones propias de los principios de gobernanza adaptativa.

II. APROXIMACIÓN A LOS MODELOS ADMINISTRATIVOS EN GESTIÓN DE POLÍTICAS SOCIALES

La evolución de la administración pública ha estado marcada por paradigmas sucesivos que han intentado responder a contextos sociales cada vez más diversos y desiguales. Su aplicación al ámbito de las políticas migratorias, de extrema complejidad por su carácter multiactor, multinivel y emocionalmente cargado, resulta particularmente reveladora⁵.

1. *El Modelo burocrático-weberiano: Fundamentos y críticas en el ámbito migratorio*

La concepción weberiana de la burocracia como organización racional-legal, basada en jerarquía, reglas impersonales, profesionalización y división técnica del trabajo proporcionó durante décadas la columna vertebral administrativa de los estados de bienestar europeos. En el ámbito migratorio, este modelo se tradujo históricamente en sistemas centralizados de acogida, gestionados por agencias estatales mediante procedimientos estandarizados *top down* y donde la uniformidad se consideraba un meta a alcanzar.

⁵ CAPONIO, T., y BORKERT, M. (Eds.): *The local dimension of migration policymaking*, Routledge, Londres, 2010; ZAPATA-BARRERO, R. y CANTLE, T. "City governance of migration and diversity: Interculturalism as a city policy paradigm", en AA.VV. *The Routledge Handbook of the Governance of Migration and Diversity in Cities*. Routledge, 2018. pp. 193-203.

La crítica central de Lipsky⁶ a la “burocracia de nivel de calle” (*street-level bureaucracy*) identificó la tensión inherente a este modelo cuando los funcionarios deben aplicar reglas generales a casos individuales de alta complejidad y diversidad. En políticas de acogida, esta tensión se manifiesta entre protocolos uniformes y las necesidades altamente diferenciadas de comunidades migrantes con vulnerabilidades específicas (salud mental, trauma, y diversidad cultural) y procesos de asentamiento diversos en contextos diferentes. La discrecionalidad del “burócrata de nivel de calle” se convierte así en un elemento clave, a menudo no reconocido formalmente, para la adaptación de la norma a la realidad y para una mayor eficacia en la implementación de la misma.

2. *New Public Management (NPM): La revolución gerencial y sus límites*

La crisis fiscal del estado de bienestar en los años 80 impulsó la adopción de principios gerenciales del sector privado. Osborne y Gaebler⁷ sintetizaron este paradigma, proponiendo la introducción de mecanismos de cuasi-mercado, descentralización operativa, orientación a resultados, enfoque en el “cliente” y externalización de servicios. Este enfoque en políticas migratorias se materializa en sistemas de cheques a las unidades familiares para la financiación de los servicios en educación y salud, y competencia entre proveedores y medición del desempeño mediante indicadores cuantitativos (tasas de inserción laboral, coste por plaza, entre otros ejemplos).

Sin embargo, como documentan Pollitt y Bouckaert⁸, este modelo, si bien interesante en la prestación de servicios técnicos o estandarizados, enfrentó críticas sustanciales en contextos sociales complejos. La fragmentación de servicios, la reducción de la equidad ante la búsqueda de eficiencia, y las dificultades para medir resultados cualitativos o de largo plazo (como la integración relacional o el bienestar psicosocial) limitaron su aplicabilidad en políticas de integración, donde los resultados son difusos y multifacéticos.

3. *Gobernanza en red: Superando la dicotomía estado-mercado*

Como respuesta a las limitaciones de los modelos anteriores, la teoría de la gobernanza en red⁹ emergió para conceptualizar un modo de coordi-

⁶ LIPSKY, M.: *Street-level bureaucracy: Dilemmas of the individual in public services*. Russell Sage Foundation, 1980.

⁷ OSBORNE, D., y GAEBLER, T.: *Reinventing government: How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Addison-Wesley, 1992.

⁸ POLLITT y BOUCKAERT, *op. cit.*

⁹ RHODES, R. A. W.: *Understanding governance: Policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Open University Press, 1997.

nación distinto a la jerarquía y el mercado. Rhodes definió la gobernanza como la “autoorganización de redes interorganizacionales”, caracterizada por la interdependencia entre actores, interacciones continuas, relaciones basadas en la confianza y una autonomía relativa del Estado, que pasa a ser un “actor entre otros” aunque manteniendo una posición singular.

Para las políticas migratorias, este enfoque es particularmente pertinente dado su reconocimiento de la diversa red de actores participantes (gobiernos locales, ONGs, asociaciones de migrantes, sector privado, comunidades religiosas) y su carácter multinivel (UE, Estado, región, municipio)¹⁰. Los municipios actúan como “nodos” cruciales en estas redes, intermediando entre las directrices nacionales/supranacionales y las realidades locales. La arena local emerge como el espacio privilegiado de estudios de la migración al coincidir la esfera pública con la dimensión social¹¹.

4. *Co-producción: La participación como recurso estratégico para la efectividad*

El modelo de co-producción, desarrollado inicialmente por Ostrom¹² en estudios de gestión de bienes comunes y aplicado a servicios públicos por Bovaird¹³, postula que la efectividad y legitimidad de las políticas sociales aumentan significativamente cuando los ciudadanos (o en este caso los beneficiarios) participan activamente no solo como receptores pasivos, sino como co-productores del servicio. Pestoff¹⁴ distinguió entre «co-producción débil» (participación consultiva) y «fuerte» (participación en la toma de decisiones y gestión).

En políticas de acogida, este modelo se manifiesta en la participación de las personas migrantes en el diseño de sus itinerarios de integración, sea a través de comités, plataformas de participación ciudadana o mesas de negociación, y en mecanismos estructurados de retroalimentación. Supera la mera consulta u objetivos de diagnóstico, para empoderar a los destinatarios y aprovechar su conocimiento experto de sus propias necesidades y contextos¹⁵.

¹⁰ CAPONIO y BORKERT, *op. cit.*

¹¹ AMBROSINI, M. y CAMPOMORI, F.: “La controversia dell’asilo: politiche di accoglienza e solidarietà contro i confini”, *Politiche Sociali*, 2020, vol. 7, núm. 2, pp. 181-200.

¹² OSTRUM, E.: “Crossing the great divide: Coproduction, synergy, and development”, *World Development*, 1996, vol. 24, núm. 6, pp. 1073-1087.

¹³ BOVAIRD, T.: “Beyond engagement and participation: User and community coproduction of public services”, *Public Administration Review*, 2007, vol. 67, núm. 5, pp. 846-860. doi: 10.1111/j.1540-6210.2007.00773.x

¹⁴ PESTOFF, V.: *Co-production: The third sector and the delivery of public services*. Routledge, Londres, 2012.

¹⁵ BOVAIRD, *op. cit.*

5. *Hacia modelos híbridos y adaptativos: Las asociaciones público-privadas y la gobernanza colaborativa*

La literatura reciente reconoce que la práctica administrativa contemporánea raramente se adhiere a modelos puros, especialmente cuando se enfrenta a contextos complejos y cambiantes. Los modelos híbridos permiten equilibrar, de manera dinámica, estándares nacionales con adaptación local, eficiencia administrativa con participación significativa, y control con flexibilidad operativa. El caso del SAI italiano, y particularmente su implementación en Palermo, ejemplifica esta tendencia hacia el híbrido institucional como estrategia para navegar la complejidad.

Estos modelos son las asociaciones público-privadas (APP) y la gobernanza colaborativa (GC). Mientras las APP representan acuerdos contractuales formales entre actores estatales y privados para la provisión específica de servicios o infraestructuras¹⁶, la GC constituye un proceso relacional y deliberativo que involucra múltiples partes interesadas en la coproducción de políticas públicas complejas¹⁷.

Los objetivos divergen sustancialmente. Las APP buscan principalmente la eficiencia operativa. La GC apunta a la creación de valor público mediante la integración de conocimientos diversos, la legitimidad ampliada y la innovación adaptativa. Esta diferencia se manifiesta claramente en políticas sociales complejas como la acogida migratoria, donde modelos predominantemente colaborativos –como el *Sistema di Accoglienza e Integrazione* (SAI) de Palermo– muestran mayor capacidad para generar soluciones contextualizadas y sostenibles que los meros acuerdos contractuales.

La diferencia fundamental radica en la naturaleza de la relación institucional. Las APP se basan en una lógica de principal-agente, donde el estado (principal) contrata a un socio privado (agente) mediante un acuerdo que especifica responsabilidades, riesgos y métricas de desempeño. Su objetivo es principalmente de eficiencia transaccional, transferencia de riesgos financieros y mejora en la provisión de servicios delimitados. En contraste, la GC opera bajo una lógica de interdependencia y coproducción, donde actores diversos (estado, sector privado, sociedad civil, universidad, comunidades) participan horizontalmente en procesos continuos de deliberación para abordar problemas complejos que ninguna organización podría resolver individualmente.¹⁸

Otra distinción clave reside en los mecanismos de coordinación. Las APP utilizan contratos formales con cláusulas específicas y sistemas de

¹⁶ HODGE, G. A., y GREVE, C.: "Public-private partnerships: An international performance review", *Public Administration Review*, 2007, vol. 67, núm. 3, pp. 545-558. doi: 10.1111/j.1540-6210.2007.00736.x

¹⁷ ANSELL y GASH, *op. cit.*

¹⁸ EMERSON, K., NABATCHI, T., y BALOGH, S.: "An integrative framework for collaborative governance", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2012, vol. 22, núm. 1, pp. 1-29. doi: 10.1093/jopart/mur011

monitoreo jerárquicos, y mantienen una separación clara entre diseño (público) e implementación (privada). Por su lado, la GC privilegia mecanismos relacionales como mesas de diálogo, construcción de consenso y redes de confianza y promueve la integración de fases mediante la participación temprana y continua de todos los actores¹⁹.

Las APP son en definitiva un instrumento de gestión para servicios delimitados, mientras que la GC constituye un marco de gobernanza para problemas complejos que requieren flexibilidad, aprendizaje colectivo y cuentan con la legitimidad que les otorgan los múltiples actores partícipes en el proceso de producción e implementación.

III. EL SISTEMA DI ACCOGLIENZA E INTEGRAZIONE (SAI): CONTEXTO, EVOLUCIÓN Y MARCO NORMATIVO

El sistema italiano de acogida ha transitado por estos modelos de forma secuencial pero superpuesta, acumulando capas de lógicas administrativas. El periodo anterior a 1998 operaba bajo lógicas burocráticas centralizadas. La Ley Turco-Napolitano (1998) introdujo elementos de NPM mediante la externalización masiva. El *Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati* (SPRAR) (2002) avanzó hacia una gobernanza en red con protagonismo municipal. Finalmente, el SAI (2020) incorpora explícitamente, al menos en su diseño, principios de co-producción y consolida el papel de los municipios, configurando el escenario analizado en este artículo.

1. *El contexto migratorio de Sicilia como frontera y Palermo como ciudad de acogida*

El contexto migratorio siciliano en el que se inserta el SAI es fundamental para comprender tanto los logros como las tensiones estructurales de este modelo de gobernanza híbrida. Sicilia, y particularmente su capital Palermo, constituyen la frontera sur de Europa, un espacio geopolítico crítico que actúa como principal punto de llegada de las rutas migratorias mediterráneas²⁰.

Sicilia ha estado en el epicentro de los flujos migratorios hacia Italia durante las últimas tres décadas. Su posición geográfica la convierte en el destino principal de las travesías procedentes del norte de África (principalmente Libia y Túnez) y en menor medida de Turquía. Aunque la isla

¹⁹ SØRENSEN, E., y TORFING, J.: "Theoretical approaches to governance network dynamics", en *Theories of democratic network governance* (editado por E. SØRENSEN y J. TORFING), Palgrave Macmillan, 2007, pp. 25-42.

²⁰ MINISTERO DELL'INTERNO, *op. cit.*; PREFETTURA DI PALERMO, *op. cit.*

de Lampedusa, administrativamente parte de la provincia de Agrigento, concentra gran parte de la atención mediática y de las operaciones de primera acogida (*primo soccorso*), los puertos de Palermo, Catania y Pozzallo son cruciales para la redistribución y la gestión de la protección internacional²¹.

Los datos de la Prefettura di Palermo (2023) muestran una evolución fluctuante, pero con tendencia alcista en los últimos años, interrumpida temporalmente por la pandemia (2019: 3,450 llegadas registradas; 2020: 2,780 llegadas (descenso debido a restricciones por COVID-19); 2021: 4,120 llegadas (repunte post-pandémico); 2022: 5,340 llegadas (impacto de la crisis ucraniana añadido a flujos tradicionales); 2023 (estimado): 5,800 llegadas).

Un cambio significativo es el aumento de llegadas por vías no marítimas (principalmente por avión, a menudo con visados turísticos), que pasaron del 12% en 2019 al 28% en 2023. Esto refleja una diversificación de las estrategias migratorias y plantea nuevos desafíos para la identificación y acogida inicial²².

La composición nacional de los flujos también se ha transformado. Junto a nacionalidades históricamente presentes (como tunecinos, bangladesíes y nigerianos), se observa un incremento sustancial de ciudadanos de Bangladés (18%), Pakistán (14%) y Egipto (12%) en los últimos años²³. Esta diversificación incrementa la complejidad lingüística y cultural, requiriendo al sistema de acogida recursos especializados de mediación para atender a personas que hablan hasta 28 idiomas diferentes.

Además, se ha documentado un incremento en los perfiles considerados particularmente vulnerables: víctimas de trata (con un aumento del 37% entre 2019 y 2022) y menores no acompañados (con un incremento del 24% en el mismo periodo)²⁴. Esta tendencia presiona directamente sobre el componente más especializado y costoso del SAI, dedicado a la protección y reparación.

Palermo no es solo la capital de la frontera italiana, es también una ciudad que ha tratado de construir una identidad política como “ciudad de acogida”. Esta narrativa, conocida como el *modello Palermo*, se basa en principios de derechos humanos, ciudadanía inclusiva y pragmatismo administrativo, buscando convertir la acogida en un factor de regeneración urbana y cohesión social.

Sin embargo, esta ambición choca con una realidad de recursos limitados. La capacidad del SAI Palermo se ha mantenido relativamente

²¹ ISMU: *XXVIII Rapporto sulle migrazioni*. FrancoAngeli, Milán, 2023.

²² PREFETTURA DI PALERMO, *op. cit.*

²³ *Ibidem*.

²⁴ BONIZZONI, P.: “Diseguali per cittadinanza, migrazioni e mobilità”, *il Mulino*, 2022, vol. 71, núm. 4, pp. 106-114; COMUNE DI PALERMO: *Rapporto Annuale SAI 2021-2022*, Ufficio Immigrazione, Roma, 2022.

constante en 420 plazas desde 2020, mientras que la demanda estimada supera las 580 personas²⁵. Este déficit estructural genera un tiempo de espera promedio de 28 días para acceder al sistema ordinario y deriva en que aproximadamente un 34% de las personas que deberían entrar en el SAI sean temporalmente dirigidas a los *Centri di Accoglienza Straordinaria* (CAS), el sistema de emergencia que no responde a los estándares que son sello de identidad del SAI²⁶. Esta brecha entre ambición y capacidad es una de las tensiones centrales del modelo.

La estrategia del SAI Palermo para la integración territorial se basa en la dispersión en vivienda normalizada: las 420 plazas se distribuyen en 85 apartamentos en el tejido urbano, evitando la creación de grandes centros colectivos o guetos²⁷. Esta política, aunque más costosa y logísticamente compleja, busca fomentar la interacción con la comunidad local y una integración espacial genuina.

2. *El Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI): objetivos y red colaboradora*

El SAI se establece formalmente mediante el Decreto Legislativo 142/2015, que implementa las directivas europeas 2013/33/UE y 2013/32/UE sobre normas de acogida. Sustituye al anterior sistema SPRAR de 2002 y al *Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati* (SIPROIMI) de 2018, manteniendo sus objetivos centrales en la integración, pero modificando aspectos organizativos clave, especialmente reforzando el papel de los municipios como entes titulares de los proyectos²⁸.

La financiación proviene principalmente del *Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione* (FAMI) de la Unión Europea, cogestionado por el *Ministero dell'Interno* italiano y la *Presidenza del Consiglio dei Ministri*. Según datos oficiales²⁹, el FAMI aporta aproximadamente el 75% de los recursos, complementados con fondos nacionales y cofinanciación municipal. El modelo de implementación se coordina a nivel nacional, pero se implementa localmente; los municipios presentan “Progetti Territoriali” al Ministerio, que los aprueba y financia, manteniendo supervisión a través de la estructura periférica de las *Prefetture*.

Los objetivos del sistema, definidos en el Artículo 1 del DL 142/2015, se articulan en tres niveles:

- Objetivos primarios: 1) Garantizar condiciones de acogida adecuadas; 2) Facilitar procesos de integración socio-laboral pro-

²⁵ PREFETTURA DI PALERMO, *op. cit.*

²⁶ COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Ministero dell'Interno, *op. cit.*

²⁹ *Ibidem.*

gresiva; 3) Promover autonomía personal y autosuficiencia económica.

- Objetivos secundarios: 4) Descentralizar la gestión mediante empoderamiento municipal; 5) Crear sinergias con recursos comunitarios; 6) Prevenir marginalidad y exclusión.
- Objetivos específicos del Ayuntamiento de Palermo (Comune di Palermo, 2022): 7) Implementar el “Modello Palermo” basado en derechos humanos; 8) Distribuir personas en pequeños apartamentos para evitar los procesos de guetización y exclusión; 9) Desarrollar alianzas público-privadas-comunitarias; 10) Ofrecer atención especializada a colectivos vulnerables.

El SAI Palermo se estructura en cuatro componentes principales:

1. Acogida material y primera asistencia: 420 plazas en 85 apartamentos normalizados (no centros colectivos), subsidio económico diario, provisión de bienes básicos y primera orientación.
2. Integración socio-laboral: Cursos de italiano L2 certificados, orientación laboral personalizada, convenios con 127 empresas locales (2023), y asesoramiento para homologación de títulos.
3. Inclusión social y sanitaria: Inscripción en el *Servizio Sanitario Nazionale*, apoyo psicosocial, mediación intercultural e inclusión educativa.
4. Acompañamiento jurídico-administrativo: Asistencia en procedimientos de asilo, tutela legal, y preparación para la autonomía post-acogida.

El SAI Palermo opera mediante una amplísima red de colaboración estructurada que refleja el modelo de gobernanza en red, y también constituye el sustrato empírico y operativo sobre el que se articula el modelo híbrido analizado en próximos epígrafes. En cuanto a los operadores con los que colabora, se puede diferenciar entre:

- Entes gestores principales: Cinco cooperativas sociales y asociaciones especializadas. Libera...mente para víctimas de trata, Mondoaltro/Caritas para familias, Centro Astalli/JRS para perfiles complejos son buenos ejemplos, gestionando cada uno entre 60 y 120 plazas con perfiles diferenciados.
- Socios institucionales clave: Azienda Sanitaria Provinciale (ASP), Ufficio Scolastico Regionale, Centri per l’Impiego, Università degli Studi di Palermo, y la Prefettura.
- Red comunitaria y tercer sector: 23 parroquias, asociaciones de migrantes (ARCI Porco Rosso), ONGs internacionales (MSF, Save the Children) y empresas sociales.
- Mecanismos de coordinación formalizados: Un “Tavolo Tecnico SAI” mensual, un “Comitato Locale di Coordinamento” trimes-

tral, una plataforma digital unificada de gestión de casos (Sistema Informativo Unificato) y protocolos de derivación entre servicios.

3. *Perfil sociodemográfico de las personas migrantes beneficiarias del SAI Palermo*

Los beneficiarios del SAI en Palermo son un grupo específico del total de migrantes que llegan a la ciudad, seleccionados mediante los estrictos criterios de vulnerabilidad establecidos en el artículo 14 del DL 142/2015. El sistema de puntuación prioriza a menores no acompañados, víctimas de tortura, trata o violencia grave, personas con discapacidad o problemas de salud graves, mujeres embarazadas o con hijos menores y personas de edad avanzada³⁰. Esto hace que inevitablemente la población beneficiaria sea significativamente más vulnerable que la media de los recién llegados.

Los datos del Ayuntamiento de Palermo (2022) muestran que el SAI atiende principalmente a hombres (72%), pero que sin embargo la proporción de mujeres es mayor en los centros de primera acogida. Los adultos jóvenes (25-35 años) son una mayoría, con una presencia significativa de menores (11%) y personas mayores de 50 años (7%). El origen de estas personas refleja los flujos generales, aunque con particularidades: Bangladesh (20%), Pakistán (15%), Costa de Marfil (10%), Nigeria (8%), y un porcentaje creciente de ucranianos desde 2022 (5%).

Como se ha planteado previamente, la población beneficiaria muestra diversas vulnerabilidades: un 22% presenta condiciones médicas crónicas o consecuencias de viajes peligrosos, aproximadamente un 31% muestra síntomas de estrés post-traumático, depresión o ansiedad, y requieren apoyo psico especializado³¹, la totalidad se encuentra en procedimiento de solicitud de asilo o con formas de protección subsidiaria, y en la mayor parte de los casos carecen de red de apoyo, recursos económicos o dominio del idioma a la llegada.

Los datos analizados muestran que hay una clara infrarrepresentación de las mujeres en el sistema (28%), muy por debajo de su peso en la población migrante general en Italia (47%)³². Esto puede mostrar barreras específicas para su acceso, relacionadas con menores tasas de movilidad autónoma, mayores riesgos en las rutas, o falta de dispositivos sensibles al género en los puntos de primer contacto.

A pesar de las limitaciones estructurales que enfrenta el SAI, y que este artículo analiza en próximos epígrafes, los informes públicos mues-

³⁰ *Ibidem.*

³¹ COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

³² ISTAT: *Rapporto Annuale 2022*. Istituto Nazionale di Statistica, Milán, 2022.

tran importantes logros en el caso de Palermo. La estancia media en el SAI Palermo es de 9 a 12 meses, prorrogable en función del progreso y las circunstancias. El modelo se basa en un *Progetto individuale di inclusione* (PII), que es un itinerario personalizado co-diseñado con el beneficiario que integra las cuatro componentes del sistema.

Los indicadores de evaluación muestran que la inserción laboral a 6 meses se da en el 42% de los casos (vs. 28% promedio nacional SAI). Esto se atribuye a una red activa de 127 convenios con empresas locales y programas de formación profesional específica. Otros datos, como el 68% de los participantes que alcanza el nivel A2 de italiano, el 92% inscrito en el servicio sanitario nacional, y el 65% que logra mantenerse económicamente (vs. 52% nacional) a los 12 meses de salir del programa, son desde luego destacables³³.

IV. ANÁLISIS DEL MODELO ADMINISTRATIVO DEL SAI PALERMO: UN HÍBRIDO INSTITUCIONAL COMPLEJO

El SAI Palermo no se ajusta a un modelo administrativo puro, sino que constituye un híbrido institucional de gobernanza colaborativa, donde co-existen y se entrelazan lógicas de diversos modelos, aunque primando el modelo de coproducción y de gobernanza en red.

1. Gobernanza en red y multinivel

El SAI ejemplifica lo que Rhodes³⁴ conceptualizó como *policy networks*, presentando una arquitectura de multinivel en red donde participan actores gubernamentales y sociales en la producción de las políticas de acogida. La UE, a través del FAMI, establece el marco financiero y normativo. El *Ministero dell'Interno* coordina estratégicamente y controla financieramente. A nivel regional, la *Prefettura* y la región de Sicilia median entre lo nacional y lo local. El Ayuntamiento de Palermo es el nodo central, con autonomía operativa estratégica para innovar. Las ONGs y cooperativas especializadas, así como algunos actores informales (parroquias, asociaciones) que proporcionan la infraestructura social de base, son también parte de la negociación.

Los *tavoli tecnici* son el mecanismo de coordinación horizontal más innovador que se encuentra en este caso. Estas funcionan como dispositivos de gobernanza adaptativa reuniendo a 23 organizaciones en reunio-

³³ Ministero dell'Interno, 2023, *op. cit.*; COMUNE DI PALERMO: *Dati aggiornati SAI 2023*, Assessorato Politiche Sociali, Roma, 2023.

³⁴ Rhodes, *op. cit.*

nes mensuales donde el 78% de las decisiones se toman por consenso³⁵. Estas instancias generan no solo decisiones, sino también conocimiento colectivo sistematizado.

La efectividad del sistema depende de la gestión estratégica de interdependencias organizacionales³⁶, una dimensión crítica en la gobernanza multinivel de políticas migratorias. Esta gestión se estructura en tres ejes interdependientes que generan tanto sinergias como vulnerabilidades sistémicas. En primer lugar, la interdependencia financiera opera en un contexto de recursos escasos y compartidos. La distribución asimétrica de fondos europeos y nacionales crea relaciones de dependencia mutua que requieren mecanismos sofisticados de gobernanza financiera. El SAI implementa dos mecanismos clave para gestionar esta interdependencia: desembolsos graduales vinculados a hitos verificables, que según los informes del Ayuntamiento de Palermo³⁷ reducen en un 32% los riesgos de mal uso de fondos; y auditorías cruzadas entre entes gestores, como generador de “*accountability* horizontal”. Esta interdependencia, sin embargo, crea vulnerabilidades cuando los retrasos en transferencias de un nivel (fondos FAMI de la UE) paralizan toda la cadena operativa.

En segundo lugar, la interdependencia de conocimientos refleja una distribución intencional de conocimiento especializado. Diferentes actores desarrollan “nichos de competencia” complementarios: las cooperativas sociales especializadas en trauma psicosocial, las ONGs con especialización jurídica en asilo, y el municipio con conocimiento administrativo de redes locales. Según el marco de Caponio y Borkert³⁸, esta particularización reduce duplicidades, pero genera “dependencia de camino” (*path dependency*) donde la salida de una organización especializada puede dejar vacíos críticos de conocimiento. El sistema mitiga este riesgo mediante comunidades de práctica interorganizacionales que facilitan transferencia de conocimientos tácitos.

Finalmente, la interdependencia legitimadora constituye un intercambio simbólico fundamental. El prestigio institucional del Ayuntamiento de Palermo –con su marca de “municipalismo solidario”– proporciona a las ONGs una legitimidad por asociación que facilita su acceso a financiación y apoyo comunitario. Recíprocamente, como analiza Ambrosini y Campomori³⁹, la legitimidad de proximidad de las ONGs –derivada de su trabajo directo con beneficiarios– transfiere credibilidad social a las políticas municipales. Esta interdependencia genera “ciclos

³⁵ CAMPOMORI, F., y CAPONIO, T.: “Le politiche per l’integrazione degli immigrati: tra retoriche e realtà”, en AA.VV. *L’Italia e le sue regioni*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, Catanzaro, 2015, pp.347-362.

³⁶ AMBROSINI y CAMPOMORI, 2024, *op. cit.*

³⁷ COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

³⁸ CAPONIO y BORKERT, *op. cit.*

³⁹ AMBROSINI y CAMPOMORI, 2020, *op. cit.*

virtuosos de legitimación mutua”, pero también puede crear riesgos de contagio reputacional cuando los fallos de un actor afectan la credibilidad del conjunto.

La gestión efectiva de estas interdependencias requiere mecanismos de gobernanza relacional que equilibren autonomía organizacional con coordinación sistémica. Las ya mencionadas *tavoli tecnici* del SAI funcionan precisamente como espacios donde estas interdependencias se negocian continuamente, transformando potenciales conflictos en sinergias operativas.

Además, el modelo moviliza estratégicamente diversas formas de capital social: *bonding* (confianza entre organizaciones con historia), *bridging* (conexiones entre sectores, como iglesia y municipio) y *linking* (relaciones verticales con instituciones de poder)⁴⁰.

2. Co-producción como innovación metodológica

El SAI Palermo implementa formas avanzadas que superan la participación simbólica. Siguiendo a Pestoff⁴¹ y Bovaird⁴², se identifican varios niveles empíricos:

1. Co-información
2. Co-consultación
3. Co-decisión en itinerarios individuales
4. Co-gestión de actividades
5. Co-evaluación de servicios
6. Co-gobernanza en estructuras formales

El SAI de Palermo ha institucionalizado mecanismos estructurados de participación que trascienden el modelo consultivo tradicional, avanzando hacia una co-producción sustantiva de servicios de acogida. El sistema alcanza altos niveles de participación: el 67% de los beneficiarios lo hace activamente en el co-diseño de su *progetto individuale di inclusione* (PII), superando la mera consulta para incidir directamente en la definición de objetivos y metodologías de intervención. Esta filosofía operativa se materializa en instrumentos concretos: una *Cassetta dei suggerimenti digital* que garantiza respuesta en 72 horas y registra una tasa de implementación del 23% de las propuestas; *Assemblee mensili partecipate* donde migrantes electos como delegados aseguran el seguimiento de acuerdos; y un sistema de 25 *peer educators* –migran-

⁴⁰ PUTNAM, R. D.: *Making democracy work: Civic traditions in modern Italy*. Princeton University Press., Princeton, 1993.

⁴¹ PESTOFF, *op. cit.*

⁴² BOVAIRD, *op. cit.*

tes con trayectoria consolidada– que acompañan pedagógica y emocionalmente a recién llegados, facilitando su navegación institucional. Complementariamente, se han establecido 4 *laboratori di comunità* que funcionan como espacios de codesarrollo intercultural, donde migrantes y residentes locales diseñan conjuntamente actividades socioeducativas, generando así capital social *bridging*⁴³ y promoviendo una integración bidireccional.

Estos mecanismos, sin embargo, operan en contextos de alta complejidad y enfrentan desafíos estructurales específicos. Las asimetrías de poder entre la administración pública y los migrantes –acentuadas por diferencias de estatus legal, género y origen– se abordan mediante protocolos de facilitación con mediadores formados en dinámicas de poder y la creación de espacios segregados por género que permiten una participación más segura y auténtica, especialmente para mujeres⁴⁴. La extrema diversidad lingüística (28 idiomas atendidos) se gestiona a través de mediación cultural profesional que trasciende la traducción literal para interpretar códigos culturales y expectativas mutuas. Finalmente, la inestabilidad jurídica y psicológica de los beneficiarios –derivada de procedimientos de asilo inciertos y experiencias traumáticas– se mitiga con una estrategia dual: acompañamiento paralelo (apoyo legal y psicosocial que estabiliza la situación base) y participación gradual que incrementa la implicación, a medida que se fortalecen las capacidades y la seguridad personal de la persona migrante.

En conjunto, estas prácticas buscan efectuar una transformación profunda de roles: el migrante deja de ser un “cliente pasivo” receptor unilateral de servicios, para convertirse en un “copractor activo”⁴⁵ en la construcción de su propio proceso de integración. Esta transición, según el marco de Pestoff⁴⁶, no solo incrementa la eficacia y relevancia de las intervenciones al incorporar conocimiento experiencial, sino que también fomenta la apropiación y sostenibilidad de los resultados, al tiempo que reconfigura las relaciones de agencia dentro del sistema de acogida. El modelo palermitano demuestra así que la co-producción, pese a sus desafíos operativos, puede constituir un pilar fundamental para políticas migratorias más democráticas, adaptativas y legítimas.

3. Elementos residuales de otros modelos de gestión

Pese a su orientación innovadora, el SAI mantiene elementos burocráticos esenciales, que siguiendo el modelo weberiano tienen la finalidad de garantizar la equidad y la predictibilidad. Destaca el previamente men-

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ BONIZZONI, *op. cit.*

⁴⁵ BOVAIRD, *op. cit.*

⁴⁶ PESTOFF, *op. cit.*

cionado sistema de selección por puntuación de vulnerabilidad (artículo 14 DL 142/2015), un algoritmo que asigna puntos objetivos a criterios como menor no acompañado, víctima de tortura o mujer embarazada. La procedimentalización estricta (47 formularios estandarizados) asegura trazabilidad, aunque sin duda puede generar rigidez.

La teoría de Lipsky⁴⁷ sobre *street-level bureaucracy* se manifiesta en datos palermitanos: un 23% de las prórrogas exceden criterios estándar, requiriendo justificación y activando comités de excepción. Los dilemas éticos (por ejemplo, una familia con una persona con discapacidad que no alcanza puntuación suficiente) se gestionan mediante los *Comitati di deroga* semanales, una *Banca dati di casi complessi* y formación especializada en discrecionalidad ética. Innovaciones como *fast-tracks* para vulnerabilidades extremas y sistemas de gestión del conocimiento burocrático buscan flexibilizar la burocracia sin sacrificar sus garantías.

La herencia del NPM persiste en un sistema de 43 KPI (*Key Performance Indicators*) definidos por la *Associazione Nazionale Comuni Italiani* (ANCI), agrupados en eficiencia (coste por persona/día: €38), efectividad (inserción laboral a 6 meses: 42%), calidad (satisfacción usuaria: 76%) e impacto (autonomía a 12 meses post-SAI: 65%). Existe también una competencia controlada entre entes gestores mediante licitaciones trienales basadas en calidad (60%) y precio (40%), evaluaciones continuas de desempeño y un mercado regulado (máximo 8 entes acreditados, en las especializaciones requeridas).

Consciente de las críticas al NPM⁴⁸, el SAI ha desarrollado adaptaciones para mitigar sus limitaciones: coordinadores de caso contra la fragmentación; evaluaciones narrativas y grupos focales complementarios a los KPI; y mecanismos de solidaridad entre entes (por ejemplo el préstamo de recursos) contra la competencia contraproducente.

4. El modelo híbrido como innovación estratégica

La integración de estas lógicas es clara en el modelo híbrido de SAI Palermo, y se observa en ejemplos concretos en la toma de decisiones, coordinación, y evaluación de políticas.

⁴⁷ LIPSKY, *op. cit.*

⁴⁸ POLLITT y BOUCKAERT, *op. cit.*

Tabla 1. Dimensiones del modelo híbrido de gestión del SAI Palermo

Dimensión	Lógica Burocrática	Lógica NPM	Lógica Gobernanza Red	Lógica Co-producción
Toma decisiones	Reglas y procedimientos	Resultados e indicadores	Negociación y consenso	Participación y deliberación
Coordinación	Jerarquía formal	Mecanismos de mercado	Redes y <i>partnerships</i>	Diálogo y colaboración
Evaluación	Cumplimiento normativo	Desempeño medible	Satisfacción múltiples actores	Impacto cualitativo-relacional
Ejemplo concreto	Puntuación vulnerabilidad DL142	KPI inserción laboral 45%	<i>Tavoli tecnici</i> mensuales	<i>Assemblee partecipate</i>

Fuente: Elaboración propia.

Los mecanismos de articulación identificados incluyen, por un lado, la secuenciación temporal, la burocracia predomina en admisión, y la co-producción en planificación; por otro lado, la segmentación por tipo de caso (casos estandarizados vs. complejos); y finalmente, la existencia de protocolos de resolución de conflictos que enfrenta la regla estandarizada y la necesidad conjuntamente identificada.

Desde luego, la práctica y la literatura especializada han evidenciado el éxito de este modelo de gobernanza adaptativa⁴⁹ que muestra innovación continua en soluciones relativas a evaluación, financiación, vivienda, que cuenta con una efectividad probada en contextos complejos, y legitimado tanto por los actores gubernamentales a distintos niveles como por los actores sociales partícipes. Estos mismos declaran que son críticos el liderazgo integrador, la cultura de aprendizaje, los sistemas de información y un marco regulatorio que les permite la adaptación y el cambio.

V. DISCUSIÓN: ENTRE LA INNOVACIÓN Y LAS TENSIONES ESTRUCTURALES

Con independencia de la valoración positiva hecha, el SAI opera bajo una limitación presupuestaria crónica evidenciada por las agencias oficiales. Solo el 68% de los costes reales están cubiertos⁵⁰, y con retrasos en los pagos del FAMI de hasta 9 meses⁵¹. Esto genera recortes en servicios esenciales (reducción del 40% en horas de terapia psicológica)⁵², preca-

⁴⁹ ANSELL y GASH, *op. cit.*

⁵⁰ MINISTERO DELL'INTERNO, *op. cit.*

⁵¹ CARITAS ITALIANA: *Rapporto sulla protezione internazionale in Italia 2022*. Edizioni Idos, 2022.

⁵² COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

rización laboral (68% del personal con contratos temporales, salarios un 23% inferiores al sector público) y deterioro en la atención (ratio operador/beneficiario de 1:15 a 1:22). Por otro lado, las estrategias de adaptación (*pooling* de recursos, *crowdfunding*, voluntariado estructurado) plantean dilemas éticos entre equidad, calidad y sostenibilidad.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la ciudad de Palermo y su SAI enfrentan una saturación constante; ya se mencionó anteriormente la capacidad de 420 plazas frente a una demanda estimada de 580 personas⁵³, con tiempos de espera promedio de 28 días. La presión erosiona estándares (menor personalización, más actividades grupales), y cuestiona la sostenibilidad financiera.

Por otro lado, el doble sistema de acogida migratoria italiana enfrenta el SAI, de carácter ordinario y local, y los *Centri di Accoglienza Straordinaria* (CAS), de emergencia y gestión preferentemente privada. Esta coexistencia genera distorsiones significativas en la política migratoria nacional.

El SAI opera con plazas limitadas (40,500 a nivel nacional), ratios favorables (1 operador/15 beneficiarios), inversión diaria de €38 por persona, y programas estructurados de inserción socio-laboral. En contraste, los CAS, establecidos como respuesta de emergencia a los aumentos abruptos de llegadas, funcionan con parámetros menos exigentes: ratios de 1/30, financiación de €21 diarios por persona, contratos de 3-6 meses sin prórrogas garantizadas, y servicios mínimos esenciales⁵⁴.

La distribución de recursos evidencia una paradoja, mientras el SAI atiende solo al 42% de los beneficiarios, absorbe únicamente el 38% del presupuesto nacional (€456 millones de €1.2 mil millones totales). Los CAS, con el 58% de las plazas, concentran el 62% de los recursos (€744 millones), creando un “incentivo perverso” hacia el modelo de menor calidad.

Desde una perspectiva gubernamental, los CAS ofrecen una mayor flexibilidad operativa ante las fluctuaciones de las llegadas, con menor coste asociado, y cumplen una función de descompresión territorial al distribuir la acogida entre los municipios.

No obstante, se ha identificado un acceso desigual a derechos, ya que los beneficiarios con idéntico estatus jurídico reciben servicios radicalmente diferentes según su asignación geográfica⁵⁵. Esto genera una erosión de los estándares mínimos en la acogida y una fragmentación sistemática cuando las personas son transferidas de un sistema a otro,

⁵³ PREFETTURA DI PALERMO, *op. cit.*

⁵⁴ MINISTERO DELL'INTERNO, *op. cit.*

⁵⁵ FINOTELLI, C., y SCIORTINO, G.: “Closed Memberships in a Mobile World? Welfare States, Welfare Regimes and International Migration”, en *Handbook of the International Political Economy of Immigration*, (editado por S. MCMAHON, T. y L. TALANI), Palgrave, Londres, 2015, pp. 185-208.

interrumpiendo procesos de integración, y generando “desiertos de integración” en áreas con predominio CAS.

Además, el sistema de los CAS ha provocado prácticas de competencia desleal ya que sus gestores pueden ofertar precios inferiores al recortar servicios esenciales, desincentivando la participación municipal en el SAI.

Esta tensión irresuelta entre los dos modelos, amenaza con convertir lo “extraordinario” en permanente, institucionalizando un sistema de acogida a dos velocidades que reproduce desigualdades estructurales en el acceso a derechos fundamentales.

La literatura especializada en este modelo apunta algunas críticas: en primer lugar, se da un proceso de municipalización desigual al descargar las responsabilidades estatales sobre municipios sin recursos adecuados, acentuando desigualdades norte-sur. En segundo lugar, Finotelli y Sciortino⁵⁶ critican este paradigma al convertir la integración en un mérito, donde los derechos y servicios dependen de un “comportamiento adecuado” y logros de integración, responsabilizando individualmente al migrante. En tercer lugar, se han identificado brechas de implementación, entre diseño y realidad, recursos asignados y necesarios, y la coordinación entre actores⁵⁷. Por último, se da una clara brecha de género, dado que solo el 18% de las plazas ofrecen atención especializada, con mujeres representando solo el 28% de los beneficiarios pese a ser el 47% de la población migrante general. El SAI ha implementado mejoras (protocolos específicos y formación obligatoria), pero persisten barreras estructurales.

Otras vulnerabilidades detectadas están ligadas a su dependencia del liderazgo político y gestor de sus figuras clave, planteando dudas sobre su institucionalización frente a cambios políticos a largo plazo. Ligado al personal gestor líder, muchos logros dependen de una intensidad de recursos humanos y capital social preexistente difícil de replicar en otros contextos. Dándose en su formulación un riesgo de cooptación y “NGO-ización”, donde la profesionalización de las ONGs colaboradoras puede alejarlas de su base comunitaria y asimilar sus prácticas críticas al *mainstream* burocrático.

El caso del SAI Palermo sigue nutriendo los debates específicos en materia de migración, pero además es un laboratorio donde las dicotomías históricas sobre la gestión de políticas sociales tienen reflejo. La tensión inherente entre universalismos y selectividad, entre el derecho humano a la acogida y la realidad de recursos limitados que fuerza criterios restrictivos de vulnerabilidad, creando jerarquías de acceso y mérito, es claro. También lo es el conflicto entre la autonomía municipal e innovación local necesaria para adaptarse y la homogeneidad y la estandarización nacional requerida para garantizar equidad y control estatal. En última

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ CAMPOMORI y CAPONIO, 2015, *op. cit.*

instancia, se encuentra la “doble lógica” donde el sistema busca integrar mientras forma parte de un aparato más amplio de gestión, control y eventual expulsión de flujos.

VI. RECOMENDACIONES DE MEJORA

Las recomendaciones de mejora recogidas a continuación son una síntesis de la literatura académica especializada, evaluaciones de políticas públicas y documentos oficiales analizada ya en este artículo.

Recomendaciones a nivel municipal:

1. Diversificación estratégica de fuentes de financiación: la dependencia de fondos estatales y europeos puede identificarse como una vulnerabilidad crítica del “municipalismo de la acogida”, y los informes del Comune di Palermo⁵⁸ documentan las estrategias emergentes de *pooling* y *crowdfunding* ante los recortes.
2. Institucionalización de estructuras híbridas y co-gobernanza: considerando los beneficios de la co-producción en el SAI, Bovaird⁵⁹ y Pestoff⁶⁰ apuntan la necesidad de formalizar la participación de usuarios y comunidades para garantizar su sostenibilidad.
3. Alianzas inter-municipales: Campomori y Caponio⁶¹ evidencian las desigualdades territoriales en la implementación del SAI, y animan a construir “redes de solidaridad municipal” para compensar asimetrías y ejercer presión política colectiva.

Recomendaciones a nivel nacional:

1. Unificación progresiva del sistema y eliminación del esquema dual SAI/CAS: las críticas al sistema dual muestran su ineficiencia y los efectos perversos en términos de equidad. Los datos del Ministero dell’Interno⁶² sobre la distribución presupuestaria sesgada hacia los CAS aportan la justificación cuantitativa.
2. Financiación trianual estable y simplificación administrativa: Los análisis sobre las “brechas de implementación” causadas por la financiación anual errática, y las demandas recurrentes de los actores operativos documentadas en los informes del Comune di Palermo⁶³ (2022) apoyan esta recomendación.

⁵⁸ COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

⁵⁹ BOVAIRD, *op. cit.*

⁶⁰ PESTOFF, *op. cit.*

⁶¹ CAMPOMORI y CAPONIO, 2015, *op. cit.*

⁶² MINISTERO DELL’INTERNO, *op. cit.*

⁶³ COMUNE DI PALERMO, *op. cit.*

3. Creación de marcos de “flexibilidad regulada”: Esta idea está inspirada en el concepto de gobernanza adaptativa de Ansell y Gash⁶⁴ y en el trabajo de Sørensen⁶⁵ sobre cómo los marcos nacionales pueden habilitar, en lugar de restringir, la innovación local sin sacrificar la rendición de cuentas.

Recomendaciones a nivel europeo:

1. Ciclos de financiación plurianual (5-7 años) del FAMI: Para responder a la crítica constante evidenciada en evaluaciones de proyectos cofinanciados por la UE y reflejada en informes como los de Caritas Italiana⁶⁶, que señalan los retrasos y la inseguridad generados por la programación anual.
2. Establecimiento y supervisión de estándares mínimos armonizados: Se deriva del mandato de las Directivas europeas 2013/33/UE y 2013/32/UE, que el SAI implementa, y del análisis de Zapata-Barrero y Cantle⁶⁷ sobre la necesidad de un *demos* europeo que garantice derechos fundamentales uniformes.
3. Fomento de redes de aprendizaje transnacional: que permitan intercambiar prácticas innovadoras entre ciudades, y en el éxito documentado de redes existentes como la de “ciudades santuario”.

VII. CONCLUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES

El SAI Palermo encarna un modelo de gobernanza híbrida que integra de manera sofisticada y estratégica lógicas de red y co-producción, con algunos elementos clásicos de la burocracia weberiana y la NPM. Esta hibridación lejos de ser caótica, se ha constituido en una respuesta evolucionada y adaptativa a la complejidad social, política y geográfica de la región siciliana.

Su innovación principal reside en los mecanismos de articulación (secuenciación, segmentación, protocolos de conflicto) que permiten la coexistencia funcional de estas lógicas, generando resiliencia, legitimidad múltiple e innovación continua.

La secuenciación temporal⁶⁸ implica que diferentes lógicas predominan en distintas fases del proceso. Por ejemplo, en la fase de admisión predominan lógicas burocráticas (aplicación estricta del Decreto 142/2015,

⁶⁴ ANSELL y GASH, *op. cit.*

⁶⁵ SØRENSEN, *op. cit.*

⁶⁶ CARITAS ITALIANA, *op. cit.*

⁶⁷ ZAPATA-BARRERO y CANTLE, *op. cit.*

⁶⁸ ANSELL y GASH, *op. cit.*

artículo 14 sobre criterios de vulnerabilidad), mientras que en la fase de planificación prevalecen lógicas de co-producción (diseño participativo del *Progetto Individuale*). Esta secuenciación, documentada en los flujos operativos del SAI⁶⁹, evita que una sola lógica domine todo el proceso, permitiendo flexibilidad sin perder coherencia.

La segmentación por tipo de caso significa que casos más estandarizados siguen procedimientos más burocráticos, mientras que casos complejos (víctimas de trata o menores no acompañados) activan mecanismos de gobernanza colaborativa y co-producción intensiva. Esta diferenciación responde a lo que Lipsky⁷⁰ conceptualizó como la necesidad de “discrecionalidad controlada” en la burocracia de nivel de calle.

Los protocolos formales para resolución de conflictos entre lógicas son procedimientos documentados que se activan cuando surgen contradicciones (por ejemplo, una norma burocrática impide una solución identificada mediante co-producción). Estos protocolos, que pueden definirse como “mecanismos de gobernanza híbrida”, incluyen comités multidisciplinares y consultas a beneficiarios, buscando soluciones que respeten tanto la legalidad como la efectividad práctica.

Más allá de sus limitaciones estructurales, el SAI Palermo refleja una tensión irresuelta en el corazón del sistema, entre su aspiración integradora basada en derechos y su función dentro de un marco nacional y europeo prioritariamente orientado al control migratorio. Ilustra el concepto de “realismo utópico”, donde se da la búsqueda de una visión transformadora (integración basada en derechos) mediante la adaptación pragmática a constricciones políticas y materiales reales.

El SAI Palermo no es un modelo perfecto ni fácilmente replicable. Es un artefacto institucional imperfecto, marcado por las tensiones de su tiempo y lugar. Sin embargo, su valor trasciende sus limitaciones concretas: 1) Valida la relevancia de los modelos híbridos y adaptativos para gestionar contextos complejos, demostrando que la combinación pragmática de lógicas puede ser más efectiva que la adhesión a paradigmas puros; 2) Refuerza el papel del nivel local como laboratorio de innovación política, destacando la importancia de la “inteligencia contextual” y la capacidad de mediación de los municipios en sistemas multinivel; y 3) Aporta a la teoría de la implementación, subrayando el rol de los “implementadores de nivel medio” y la co-producción como procesos que requieren inversión deliberada en estructuras y capacidades.

El *modello Palermo* se erige como una demostración de lo posible en contextos difíciles, donde construir respuestas institucionales sofisticadas, humanas y efectivas a los desafíos migratorios. Como laboratorio de aprendizaje, genera conocimiento sobre gobernanza adaptativa, co-pro-

⁶⁹ COMUNE DI PALERMO, 2022, *op. cit.*

⁷⁰ LIPSKY, *op. cit.*

ducción e hibridaje institucional. Por último, quizás lo más importante en el actual clima político europeo, sirve como recordatorio ético e inspiración política de que la dignidad humana puede y debe permanecer en el centro del diseño de las políticas migratorias. Su análisis ofrece, por tanto, lecciones cruciales no solo para Italia, sino para todos los territorios que buscan gobernar la diversidad en el siglo XXI en defensa de los derechos humanos y guiados por los principios de justicia social.

Between protection and precarity: professional intervention in migrant reception and social inclusion in Palermo's SAI system

Felicia MODICA

Ph.D. Student in System Dynamics

University of Palermo (Italy)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7257-7287>

Correo electrónico: felicia.modica@unipa.it

Table of contents: I. Introduction. II. Contextual background: 1. *Migration governance in Italy*. 2. *The SAI system*. 3. *Palermo as a case study*. III. Theoretical framework: 1. *Protection vs Precarity*. 2. *Street-level bureaucracy models*. 3. *Territorial strategies of inclusion*. IV. Methodology: 1. *Research questions*. 2. *Data analysis: three interpretative lenses*. 3. *Ethical considerations*. V. Findings & discussion: 1. *Protection vs. Precarity: the institutional promise that does not hold*: 1.1. Financial instability as an institutional production of precarity. 1.2. Slow bureaucracy and “waiting” as a governing device. 1.3. Precariousness in transitions to autonomy. 1.4. Precarity of professionals. 2. *Institutional Governance: collaboration, conflict and power asymmetries*: 2.1. Dynamics of dialogical cooperation. 2.2. Asymmetries of interaction. 2.3. Institutional fragmentation and bureaucratic “pilgrimage”. 2.4. Horizontal networks as survival strategy. 3. *The Territory: between resistance, prejudice and the construction of coexistence*: 3.1. Prejudice and racialization of foreign minors. 3.2. Active construction of coexistence. 3.3. Low public visibility of SAI work. 3.4. The territorial network as a form of collective resistance. VI. Conclusions.

Keywords: Protection; Precarity; Professional Intervention; SAI System; Social inclusion practices

I. INTRODUCTION

Migration governance in Italy is an ever contested and evolving field, shaped by shifting political priorities inter-regional disparities, and the broader dynamics of European border regimes¹. As different scholars have noted², Italy's position at the geo-political intersection of the Mediterranean places it at the frontline of humanitarian arrivals, while simultaneously embedding it within securitarian frameworks that produce uneven and often contradictory responses to human mobility. Within this landscape, the governance of asylum and reception oscillates between formal commitments to **protection** and the pervasive production of bureaucratic **precarity**, a dynamic that resonates both with FOUCAULT's³ notion of *biopolitical management* –where the regulation of life and health is unevenly distributed across populations– and with BUTLER's conception of *structural precarity*⁴, understood not merely as an individual condition but as a self-perpetuating institutional force that renders certain lives disproportionately exposed to harm and marginalization.

The Region of Sicily –and the city of Palermo in particular– offers a distinctive vantage point from which to examine these tensions. As an “archipelago of inclusion practices, reproducing structural inequalities and systemic disconnections”⁵, Palermo embodies both the promise of solidarity and the persistence of socio-economic fragilities, offering a compelling case for examining how professional interventions mediate between protection and precarity in migrant inclusion. Within this context, the SAI system (Sistema di Accoglienza e Integrazione⁶) occupies a central role. Conceived as a decentralized, municipality-led model of reception, SAI embodies what scholars have identified as *welfare localism*⁷: whereby

¹ GATTINARA, P. C.: *The Politics of Migration in Italy: Perspectives on Local Debates and Party Competition*, Routledge, London–New York, 2016, pp. 11–13.

² For example: AMBROSINI, M. et al.: *Migrazioni irregolari e welfare invisibile: Il lavoro di cura attraverso le frontiere*, il Mulino, Bologna, 2013; CAMPESI, G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*. DeriveApprodi, 2015; CUSUMANO, E.; VILLA, M.: “From ‘Angels’ to ‘Vice Smugglers’: The Criminalization of Sea Rescue NGOs in Italy”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2021, vol. 27, núm. 1, pp. 23–40; TRIANDAFYLIDOU, A.: “A ‘Refugee Crisis’ Unfolding: ‘Real’ Events and Their Interpretation in Media and Political Debates”, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2018, vol. 16, núm. 1–2, pp. 198–216.

³ FOUCAULT, M.: *The Birth of Biopolitics*, Palgrave Macmillan, London, 2008.

⁴ BUTLER, J.: *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, Verso, London, 2004.

⁵ TUMMINELLI, G.; DI ROSA, R. T.: “Beyond Margins: Disability and Migration in the Face of Institutional Silence”, en AA.VV.: *D6.1 Policy Briefs: Policy Briefs on Local Governance of Human Mobility for the Town Halls of Granada and Palermo* (dirs. M. B. Morata García de la Puerta, P. Rodríguez Aznar, R. T. Di Rosa, M. T. Gijón Sánchez), Global-ANSWER Project, Granada–Palermo, 2025, pp. 35–41, p. 38.

⁶ The SAI (acronym for Sistema di Accoglienza e Integrazione, translated as the Reception and Integration System) is Italy's national network of reception and integration projects, designed to support people seeking international protection as well as other categories of migrants with specific vulnerabilities. For further information, see: <https://www.retesai.it/> [Accessed on November 24th, 2025].

⁷ ANDREOTTI, A.; MINGIONE, E.; POLIZZU, E.: “Local Welfare Systems: A Challenge for Social Cohesion”, *Urban Studies*, 2012, vol. 49, núm. 9, s.p., DOI: 10.1177/0042098012444884.

welfare responsibilities are devolved to local authorities (in this case, Municipalities) and embedded in place-specific networks of services, partnerships, and community initiatives.⁸ While the system emphasizes individualized inclusion practices and professionalized care, its reliance on project-based funding and short-term contracts generates institutional precariousness that affects both migrants and practitioners. As AGAMBEN⁹ reminds us, spaces of protection can also function as spaces of exception, where rights are granted but simultaneously constrained.

Against this backdrop, professional actors (including social workers, cultural mediators, educators) become crucial intermediaries in translating policy into lived experience. Drawing on LIPSKY's *street-level bureaucracy*¹⁰ and MASTEKAASA's *professional autonomy*¹¹, this chapter conceptualizes these practitioners as agents who exercise discretion, moral judgment, and relational labour to mitigate the contradictions of the reception system. Their interventions shape migrants' pathways through what might otherwise become spaces of waiting, dependency, and marginality. At the same time, professionals themselves are embedded in precarious institutional conditions, forced to navigate the dual logic of care and control that structures contemporary migration governance.

Building on these debates, this chapter aims to investigate how professional intervention within Palermo's SAI system mediates the tension between protection and precarity, and how such mediation influences processes of social inclusion in Palermo. This study is empirically grounded in 14 semistructured interviews conducted within the framework of the Global-ANSWER project (H2020-MSCA-RISEGA-2019), involving SAI professionals from diverse backgrounds –including facility managers, frontline operators, and cultural mediators– carried out across 7 centres embodying different types of reception projects. These included ordinary centres for adults, facilities dedicated to unaccompanied foreign minors (MSNA¹²), as well as specialized projects for women and families. The analysis engages three interrelated dimensions: first, the *fragility of protection systems*, examining how bureaucratic delays, funding limitations, and institutional bottlenecks constrain the delivery of comprehensive social support; second, the *mediation between policy and practice*, focusing on how professionals develop adaptive strategies

⁸ CAMPESI, G.: "Between Containment, Confinement and Dispersal: The Evolution of the Italian Reception System Before and After the 'Refugee Crisis'", *Journal of Modern Italian Studies*, 2018, vol. 23, num. 4, pp. 490–506.

⁹ AGAMBEN, G.: *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford University Press, Stanford, 1998.

¹⁰ LIPSKY, M.: *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service*, Russell Sage Foundation, New York, 2010.

¹¹ MASTEKAASA, A.: "How Important Is Autonomy to Professional Workers?", *Professions and Professionalism*, 2011, vol. 1, núm. 1, pp. 36–51.

¹² In Italian language, MSNA stands for "*minori stranieri non accompagnati*" or unaccompanied foreign minors.

to bridge gaps between restrictive regulations and migrants' everyday needs; and third, the emergence of *social innovation and good practices*, highlighting intervention models that foster autonomy, participation, and rights access despite precarious institutional condition. The research question thus guiding the analysis is:

How do professionals, who operate within Palermo's SAI system, balance protection and precarity in shaping migrant reception and integration?

The chapter unfolds as follows. **SECTION II** provides a contextual overview of migration governance in Italy, with a specific focus to the structure of SAI reception systems. **SECTION III** elaborates the theoretical framework, focusing on the protection-precarity nexus, the role of professional intervention, and sociological perspectives on social inclusion. **SECTION IV** outlines the methodological approach. **SECTION V** presents the empirical findings across seven thematic axes emerging from the analysis, while situating these findings within wider debates on EU migration governance. **SECTION VI** concludes with reflections on the implications for policy, practice, and future research.

II. CONTEXTUAL BACKGROUND

1. Migration governance in Italy

Migration to Italy has been a defining feature of the country's socio-political landscape since the 1980s, given the geographic position at the Mediterranean crossroads and its integration into evolving European border regimes. While public debate often frames migration through the lens of emergency, long-term data reveal a structural and consolidated presence instead. According to the *DOSSIER STATISTICO IMMIGRAZIONE*, foreign residents reached 5,422,426 people in 2024¹³, equal to 9.2% of the total population¹⁴. This share has grown gradually over the last decade and reflects Italy's stable role as both a destination and transit country within European mobility dynamics.

Demographically, the foreign population is marked by a significant youth component: 19.3% are minors, and by a near gender balance, with women representing 49.8% in 2024¹⁵. The five largest national groups include Romanians (1,073,196), Albanians (416,229), Moroccans

¹³ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V": *Dossier Statistico Immigrazione 2025*, IDOS, Roma, 2025, p. 339.

¹⁴ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V": *Dossier Statistico ...* p. 370.

¹⁵ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V": *Dossier Statistico ...* p. 13.

(412,346), Chinese (308,984) and Ukrainians (273,484)¹⁶. Labour market data similarly underscore the structural role of migrant workers, who are concentrated in services (63.4%), industry (30.1%) and agriculture (6.5%)¹⁷. Despite this stabilization, mobility towards Italy continues to be strongly influenced by geopolitical shifts to EU border governance. In 2024, sea arrivals fell significantly to 66,317, down 57.9% from 157,651 in 2023¹⁸. This decline reflects the combined effect of intensified border control measures, the reinforcement of the EU–Tunisia agreement, and changing migratory routes. IDOS reports that most arrivals in 2024 departed from Libya (63%), followed by Tunisia (29%), Türkiye (5%) and Algeria (2%)¹⁹. Sicily remains the principal entry point, mirroring long-standing territorial imbalances in the distribution of border infrastructure: Lampedusa alone received over two-thirds of all landings.

The reception system mirrors the territorial disparities. While hotspots and first-aid facilities absorb the initial pressure of maritime arrivals, concentrated overwhelmingly in Sicily, the long-term management of reception is allocated to a differentiated architecture composed of CAS (Centri di Accoglienza Straordinaria)²⁰ and the SAI system. The SAI network, in particular, constitutes the core of Italy’s inclusion-oriented reception model and is designed as a decentralized and municipality-led system, grounded in principles of local governance and individualized support pathways. SAI operates as a national network of projects managed by municipalities, often in partnership with third-sector organizations, and supported by the ANCI (Associazione Nazionale Comuni Italiani)²¹. Within this design, each project aims to provide housing, legal assistance, educational orientation, psychological support, and tailored integration measures such as language training, vocational guidance, and social mediation. Despite its normative emphasis on inclusion, the SAI remains numerically limited compared to emergency-oriented structures. IDOS’ regional profiles make this imbalance visible: in Sicily 5,963 people were hosted in SAI projects at the end of 2024 in

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI “S. PIO V”. *Dossier Statistico* ... p. 101.

¹⁹ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI “S. PIO V”. *Dossier Statistico* ... p. 132.

²⁰ CAS Centres are the second pillar of Italy’s reception architecture. Unlike the SAI system, whose activation is tied to municipal participation and medium-term inclusion, were created as emergency structures, activated directly by Prefectures through rapid procurement procedures in response to sudden increases in arrivals or shortages of ordinary reception places. Their extraordinary nature, however, has become structurally normalized: in many regions, CAS have long outnumbered SAI projects, functioning as the default entry point for the majority of asylum seekers. They typically guarantee basic material conditions (e.g., housing, food provision, and essential administrative assistance), but generally do not offer the broader orientation services (e.g., legal accompaniment, psychosocial support, vocational training) that characterize the SAI model. For more information see: <https://www.interno.gov.it/it/temi/immigrazione-e-asilo/sistema-accoglienza-sul-territorio/centri-limmigrazione> [Accessed on 25th November, 2025].

²¹ In English it translates to “National Association of Italian Local Municipalities”.

contrast to 3,913 accommodated in CAS and other kinds of facilities²². This distribution reflects both the structural reliance on extraordinary reception and the constraints that municipalities face in scaling up SAI capacity, particularly in areas marked by chronic socioeconomic fragility or limited administrative resources like the city of Palermo.

2. The SAI system

The SAI system, formerly SPRAR, was formally reorganised in 2020 to consolidate a model of decentralized and municipality-led reception centred on individualized support, structured access to territorial services, and community-based inclusion pathways. Its architecture rests on three project typologies: ordinary, MSNA and DM-DS, whose distribution reflects both national priorities and the evolving composition of arrivals. According to the *Rapporto Annuale SAI 2024*, the system displayed a high activation capacity: by 31 December 2024, 38,696 active places were financed nationwide, of which 82.6% belonged to ordinary projects, 15.4% to MSNA, and 2% to DM-DS categories²³.

The MSNA component represents one of the system's most demanding and complex segments. Nationally, as of July 2025, the SAI network counted 39,970 places, of which 6,283 were allocated specifically to MSNA²⁴. In 2024, SAI projects for unaccompanied minors hosted 9,510 beneficiaries, whereas the intensity of care needs is substantial: national data show that MSNA projects must absorb minors who are increasingly close to adulthood, often transferred from first reception structures shortly before turning 18, and who require extended support periods, including administrative "prosiegua" up to age 21, and frequent transfers from MSNA projects to ordinary SAI pathways for continuity of support²⁵. Moreover, the report highlights the acute vulnerabilities present among MSNA girls, a small group (3% of MSNA beneficiaries) but one marked by critical needs: 22.4% victims or potential victims of trafficking, 18.8% survivors of torture or violence, 6% presenting mental health distress, and 11.2% arriving pregnant²⁶. These data underscore the need for highly specialized, multidisciplinary teams and strong integration with territorial health and social services.

The picture that emerges reveals both the strengths and fragilities of the SAI model. On one hand, SAI projects remain the most stable and

²² CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V". *Dossier Statistico* ... p. 472.

²³ SERVIZIO CENTRALE SAI; ANCI; FONDAZIONE CITTALIA: 23° Rapporto annuale ... p. 157.

²⁴ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V". *Dossier Statistico* ... p. 333.

²⁵ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V". *Dossier Statistico* ... p.160.

²⁶ SERVIZIO CENTRALE SAI; ANCI; FONDAZIONE CITTALIA: 23° Rapporto annuale del Sistema di Accoglienza e Integrazione (SAI), Servizio Centrale SAI, Roma, 2024, p.86.

inclusion-oriented segment of Italy's reception architecture: they offer continuity and enable municipalities to develop tailored programmes aligned with local labour markets, educational infrastructures, and civic participation opportunities. On the other hand, the system's structural constraints are significant. The expansion of SAI depends on voluntary municipal participation, its financing follows multi-year cycles subject to political variability, and the availability of qualified personnel (including educators, social workers, psychologists, legal experts, and cultural mediators) remains uneven across regions. As the SAI report notes, staffing needs are substantial: in 2024, 7,050 operators worked in MSNA projects alone, while 17,732 operators were engaged across the network, reflecting high professionalization requirements but persistent territorial disparities in resource distribution.²⁷

The SAI system thus sits at the intersection of welfare localism and institutional precarity: municipalities are tasked with delivering high-quality, inclusion-oriented reception, yet they operate within constrained fiscal environments, chronic underfunding of social services, and shifting national and EU frameworks that often oscillate between expansion and retrenchment. As a result, SAI becomes a microcosm of the broader tensions shaping Italy's migration governance: a site where protection, control, and uncertainty intersect; where local actors must reconcile ambitious inclusion mandates with limited and unstable resources; and where migrants' everyday experiences, and professional practices within the system, are directly shaped by these structural contradictions. In complex urban settings like Palermo, these dynamics are felt even more acutely, revealing the uneven geography of integration opportunities across Italy.

3. Palermo as a case study

International media have lately often depicted Palermo as "haven for refugees"²⁸, posing its attitude towards migration a "crossroad of cultures"²⁹ where the city and its inhabitants are an "ideal refuge"³⁰. By 2018, when Palermo was nominated Italian Capital of Culture³¹, the city's

²⁷ SERVIZIO CENTRALE SAI; ANCI; FONDAZIONE CITTALIA: *23° Rapporto annuale ...* pp.46-50

²⁸ KIRCHGAESSNER, S.: "From Mafia City to a Haven for Refugees: Palermo Moves On from Its Criminal Past", *The Guardian*, 27 dicembre 2015. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2015/dec/27/palermo-rejects-mafia-safe-haven-refugees-sicily-mayor-leoluca-orlando> [Accessed on 25th November, 2025].

²⁹ BRADLEY, K.: "A City at the Crossroads Examines Migration, Through Art", *The New York Times*, 22 junio 2018. Available at: <https://www.nytimes.com/2018/06/22/arts/design/manifesta-palermo.html> [Accessed on 25th November, 2025].

³⁰ CHABAS, C.: "En Italie, Palerme veut 's'organiser pour résister' à la politique anti-migrants", *Le Monde*, 12 junio 2018. Available at: https://www.lemonde.fr/europe/article/2018/06/12/en-italie-palermo-veut-s-organiser-pour-resister-a-la-politique-anti-migrants_5313239_3214.html [Accessed on 25th November, 2025].

³¹ The official candidacy page defines Palermo as a "mosaic city", where each piece reflects a different world and culture functions as a means of dialogue, mutual understanding, and the overcoming

identity as a hub of hospitality and multiculturalism was firmly on the international stage. Its role as a site of reception, despite the growing presence of civic and local initiatives, is marked by socio-economic precarity: coexistence with long-term residents combined collaboration with subtle social hierarchies and cultural prejudices, revealing a nuanced, everyday negotiation of inclusion.³² In 2024, the city hosted 34,968 foreign residents (3.1% of the population), making it Sicily's second-largest migrant settlement³³. At the regional level, Sicily remains a key Mediterranean gateway, with Lampedusa, Pozzallo, and Messina serving as first landing points for arrivals.

Within this configuration, Palermo itself is a significant SAI hub. The *Rapporto Annuale SAI 2024* registers 385 funded SAI places in the municipality³⁴, distributed across ordinary, MSNA, and DM-DS categories³⁵, confirming the city's central administrative role in the governance of decentralized reception projects. However, the city's governance practices reveal deep tensions between symbolic narratives of hospitality and the concrete functioning of local institutions. As underlined by GUCCIARDO et al.³⁶, mechanisms created to enhance representation, such as the *Consulta delle Culture*³⁷, struggle to move beyond symbolic inclusion, hampered by limited institutional capacity and a weak relational infrastructure linking the municipality to migrant civil society. Consequently, Palermo emerges as a contradictory case: internationally celebrated as a welcoming city that is sustained by a dense web of civic actors, yet simultaneously marked by institutional fragmentation and resource scarcity to enhance everyday experiences of inclusion. This combination situates Palermo not as an exceptional haven, but as an instructive illustration of the challenges and potentials of local migration governance in contexts characterised by socioeconomic precarity and high symbolic exposure to human mobility.

of differences that impede peaceful coexistence. For further information, see: <https://capitalidellacultura.cultura.gov.it/palermo/> [Accessed on 25th November, 2025].

³² BOOTH, S. S.; COLE, J. E.: "An Unsettling Integration: Immigrant Lives and Work in Palermo", *Modern Italy*, 1999, vol. 4, núm. 2, pp. 191–205.

³³ CENTRO STUDI E RICERCHE IDOS; CENTRO STUDI CONFRONTI; ISTITUTO DI STUDI POLITICI "S. PIO V". *Dossier Statistico ...* p. 472.

³⁴ SERVIZIO CENTRALE SAI; ANCI; FONDAZIONE CITTALIA: *23° Rapporto ...* p. 138.

³⁵ In the SAI system, "ordinary" refers to standard reception projects for adults and families; "MSNA" identifies dedicated pathways for unaccompanied foreign minors; and "DM-DS" indicates specialized projects activated under ministerial decrees for persons with particular vulnerabilities or special reception needs.

³⁶ GUCCIARDO, G.; GERBINO, G.; FRAZZICA, G.: "Local Governance and Collaboration with Migrant Associations", in AA.VV.: *Policy Briefs*, Global-ANSWER Project, Global-ANSWER, 2025, p. 58.

³⁷ The *Consulta delle Culture* is an elected advisory body established by the Municipality of Palermo in 2013 with the aim of representing residents of foreign origin and promoting intercultural dialogue. Although conceived as an institutional mechanism for political inclusion, research shows that its influence has remained largely symbolic due to limited institutional mandates and insufficient linkage with migrant associations. For further information: <https://repository.comune.palermo.it/partecipa-consulta-culture.php> [Accessed on November 25th, 2025].

III. THEORETICAL FRAMEWORK

The theoretical framework draws on interdisciplinary scholarship in migration studies and critical social work, positioning Palermo's SAI system as an empirical standpoint to examine the entangled dynamics of *protection*, *precarity*, and *professional agency*. In doing so, it allows for a conceptualization of both institutional and socioeconomic constraints within which professionals operate locally, as well as the adaptive practices emerging in response to these structural fragilities. The framework thus serves as analytical lens for examining three core dimensions of the SAI system: (1) the fragility and selectivity of protection mechanisms; (2) the mediating practices and discretionary strategies enacted by frontline professionals; and (3) the emergence of context-specific innovations that challenge or circumvent structural constraints.

1. *Protection vs Precarity*

A central premise of this study is that migration governance oscillates between logics of *care* and *control*, a dynamic thoroughly examined in the works of FOUCAULT³⁸ and BUTLER³⁹. Migrant's reception systems, embedded to the legal and psychosocial practices, are formally oriented toward the provision of shelter, rights and inclusion. Yet these same systems enact classificatory regimes and bureaucratic filtering that delimit the boundaries of legitimate presence. This duality resonates strongly with **FOUCAULT's conception of biopolitical governmentality**, wherein populations are regulated through the management of life and mobility, while subjects are differentially exposed to forms of vulnerability. In this regard, the SAI system constitutes a form of ambiguous biopolitical space, simultaneously offering protection and producing new forms of dependency, surveillance, and temporally-bent uncertainty. Complementing this perspective, **BUTLER's theorisation of structural precarity** advances a renewed understanding of vulnerability not as an individual misfortune but as a socially and institutionally (re)produced condition. Precarity is thus a regime that shapes the distribution of rights, resources and recognition, rendering certain subjects (such as asylum seekers and unaccompanied minors) systematically more exposed to harm and social exclusion. Applied to the SAI system, Butler's framework illuminates how temporary project-based funding and fragmented local welfare infrastructures enact institutional rhythms that reproduce rather than alleviate uncertainty. As PAPADOPOULOS & TSIANOS⁴⁰ argue, in fact, contemporary migration

³⁸ FOUCAULT, M.: *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France, 1977–78*, Springer, Dordrecht, 2007.

³⁹ BUTLER, J.: *Frames of War: When Is Life Grievable?*, Verso, London, 2016.

⁴⁰ TSIANOS, V.; PAPADOPOULOS, D.: "Precarity: A Savage Journey to the Heart of Embodied Capitalism", *Transversal Journal*, 2006, vol. 11, núm. 1, pp. 1–12.

regimes often generate forms of organized insecurity, wherein assistance is inseparable from the production of governance-induced precarity.

2. *Street-level bureaucracy models*

These institutional dynamics are mediated at the ground level by professionals (social and legal workers, educators, cultural mediators, psychologists) whose interventions are central to shaping migrant people lived experiences within reception systems. Drawing on **LIPSKY'S (1980) theory of street-level bureaucracy**, such actors operate at the interface between policy mandates and the complex realities of migrants' everyday lives. Their practices involve not merely bureaucratic implementation of administrative regulations but involve the discretionary moral reasoning embedded to relational labour. As BRODKIN⁴¹ has outlined, in fact, frontline workers often engage in forms of *micro-politics* through which they reinterpret or selectively apply institutional rules to mitigate harm and/or fill systemic gaps. In this context, drawing on MASTEKAASA's point of view⁴² on the necessity of **professional autonomy**, practitioners possess degrees of interpretive freedom that can generate "cracks" within rigid bureaucratic structures. Within the SAI system, characterised by underfunding, precarious employment, and high emotional labour, this autonomy is both indispensable and threatened, whereby professionals operate under conditions that mirror the precarity experienced by beneficiaries.

3. *Territorial strategies of inclusion*

At the territorial level, studies by DEL ZOTTO & MARCHETTI⁴³, GIOVANNETTI⁴⁴ and DI ROSA⁴⁵(2024) underscore how local actors in Sicily have historically developed *context-specific repertoires of inclusion*, shaped by dense civic networks and multicultural everyday interactions despite the chronic socioeconomic fragility of territories. These localised "survival strategies" of social work involve the creative mobilization of scarce resources by forging of inter-organizational alliances, while the cultivation of relational proximity with migrant communities becomes a vital tool of resilience.

⁴¹ BRODKIN, E. Z.: "Policy Work: Street-Level Organizations under New Managerialism", *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2011, vol. 21, suppl. 2, pp. 253–277.

⁴² MASTEKAASA, Arne. *How important...*p.40.

⁴³ DAL ZOTTO, E.; MARCHETTI, C.: "Lights in the Night from Asylum: Innovative Integration Practices and Signs of a New Citizenship in Italy", *Quaderni di Sociologia*, 2024, núm. 96-LXVIII, pp. 79–100.

⁴⁴ GIOVANNETTI, M.: "Le politiche e le pratiche locali di accoglienza per i minori stranieri non accompagnati in Italia", *Minori Giustizia*, 2008, pp. 1000–1016.

⁴⁵ DI ROSA, R. T.: "Relational Challenges for Social Workers with Unaccompanied Migrant Minors", en *AA.VV.: Empowering Migrant Inclusion: Professional Skills and Tools*, Springer Nature, Cham, 2024, pp. 43–58.

Taken together, these perspectives conceptualize the SAI system not merely as an administrative mechanism but as a contested space where logics of protection, top-down control, vulnerability and professional agency intersect. It is a site where rights are both enabled and constrained, where professionals navigate systemic contradictions through discretionary and relational practices, and where innovative forms of inclusion emerge despite pervasive institutional fragility. This dual reading where protection and precarity are co-constitutive mechanisms within the Italian SAI system (specifically in the context of Palermo) forms the core theoretical scaffolding for interpreting the empirical findings presented in the subsequent sections.

This framework conceptualizes Palermo's SAI system as a relational and contested space in which competing logics of care, control, and institutional constraint intersect. Three interrelated analytical insights guide the analysis. **First**, the tension between *protection and precarity* highlights how reception systems reproduce structural vulnerabilities even as they seek to alleviate them. **Second**, *territorialized practices* demonstrate how inclusion is enacted through locally embedded strategies shaped by specific histories, resources, and civic cultures. **Third**, *professional mediation and street-level bureaucracy* emphasize the central role of frontline workers who navigate and negotiate systemic contradictions through discretionary, relational, and ethically informed practices.

IV. METHODOLOGY

This study adopts a **narrative qualitative research design**, with an **interpretive** epistemological approach aimed at exploring how professionals (including n. 15 interviews with distinct professional figures operating as facility coordinators, responsible staff, operators, legal workers, educators, psychologists, cultural mediators, integration workers and institutional representatives from the Municipality) within n. 7 Palermo's SAI system make sense of the tension between protection and precarity in their everyday work practice. Instead of focusing on ethnographic observable behaviours, the analysis investigates the **processes** through which the interviewed practitioners interpret their lived work experience. The epistemological orientation draws on the interpretivist tradition⁴⁶, which conceives social reality as an intersubjective construction produced through meaning-making practices. In this perspective, professional accounts are

⁴⁶ In particular BERGER, P.; LUCKMANN, T.: *The Social Construction of Reality*, Anchor Books, New York, 1966, pp. 33–42; GEERTZ, C.: "Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture", en *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973, pp. 3–30; SCHUTZ, A.: "The Problem of Social Reality", en *Collected Papers*, vol. IV, Springer, Dordrecht, 1962, pp. 71–72.

not treated as neutral description, while rather **situated narratives** that reveal how actors understand their positionality within the social space, while enacting discretion in navigating moral dilemmas. Drawing on BRUNER⁴⁷, narrative becomes a central mechanism through which individuals make sense of their professional selves in relation to environmental constraints. A narrative approach allows to examine migrant people's reception not simply as an administrative apparatus, but as a **symbolic field**. Professionals' stories illuminate how protection is enacted, resisted and/or reshaped on the ground, reflecting on how precarity emerges from both material conditions (e.g., legal statuses or bureaucratic tensions) and emotional labour (e.g., institutional lacks or fragmented resources). Their accounts therefore function as interpretive windows into the dynamics that structure inclusion within Palermo's SAI system.

The empirical material includes semi-structured interviews with SAI professionals, comprising: n. 5 facility coordinators; n. 2 coordinators (structure and area level); n. 1 operator; n. 1 legal worker; n. 1 educator; n. 1 psychologist; n. 1 cultural mediator; n. 1 integration worker; n. 1 institutional representative from the Municipality, for a total of n. 14 professional figures across n. 15 interviews. Interviews were conducted between January and March 2024, lasted between 45 and 90 minutes, were recorded with informed consent, transcribed verbatim, and anonymized. The sampling strategy has been **purposive**⁴⁸, as it was used by Global Answer's network connections in order to identify professionals working directly in Palermo's SAI system. Participants were recruited based on their involvement in key areas of reception—social work, legal support, administrative mediation, educational activities, and coordination roles. This enabled the collection of rich accounts reflecting diverse positionalities within the same institutional ecosystem.

The semi-structured interviews were conducted by **two researchers** involved in the *Global-ANSWER* project, as part of the project's Work Package 4 dedicated to analysing governance, practices, and lived experiences within local reception systems. This dual-researcher configuration strengthened reflexive triangulation by allowing the two fieldworkers to compare impressions, analytical emergences, and interpretive hypotheses. The interviews thus represent not only the voices of SAI professionals, but also the situated interactional dynamics shaped by different interviewing styles and positionalities. The interviews followed a **shared interview guide** developed within the Global-ANSWER research team, which has been designed to elicit narrative accounts, while ensuring comparability across structures and professional roles. The interview guide covers a wide range of thematic domains, including everyday work

⁴⁷ BRUNER, J.: "Culture and Human Development: A New Look", *Human Development*, 1990, vol. 33, núm. 6, pp. 344–355.

⁴⁸ See: PATTON, M. Q.: "Impact-Driven Qualitative Research and Evaluation", en *The SAGE Handbook of Qualitative Research Design*, SAGE, London, 2022, pp. 1165–1180.

practices, rules and space management, language mediation, school and training trajectories, employment strategies, bureaucratic encounters, conflict management, relations with local communities, religious practices, connections with the country of origin, political awareness, forms of participation, autonomy-building, coping strategies, and perceptions of inclusion and discrimination. Rather than imposing a rigid structure, the guide served as a flexible scaffolding: interviewers encouraged participants to move across themes through storytelling, examples, and reflections, enabling the emergence of lived meanings attached to their professional practices.

1. Research questions

While this study is situated within the broader fieldwork carried out for the *Global-ANSWER* project, its analytical focus diverges from the project's macro-level comparative aims. *Global-ANSWER* investigates multilevel governance and mobility regimes across different international contexts. In contrast, the present research narrows the lens to examine *how* frontline professionals within Palermo's SAI system make sense of protection and precarity through their everyday practices. The data collected within the project offered an empirical entry point, but the research questions formulated here respond to a different problem range: they seek to understand the meaning-making processes, moral reasoning, and discretionary negotiations that shape **micro-level intervention strategies**. In this sense, the study is methodologically connected to *Global-ANSWER* through shared fieldwork and data, yet theoretically autonomous in its focus on the narrative construction of professional experience. The following research questions (RQs) therefore articulate a specific analytical agenda emerging from this localized inquiry.

RQ1. *How do SAI professionals narrate and make sense of the tension between protection and precarity in their everyday work with migrant people?*

This question examines how practitioners interpret their institutional responsibilities, ethical dilemmas, and discretionary choices within a fragmented governance context.

RQ2. *What institutional, organizational, and relational mechanisms shape the ways protection is delivered within SAI reception structures?*

The focus here stands on identifying the dispositifs, routines, organisational arrangements, and constraints that professionals perceive as enabling or limiting effective support.

RQ3. *How do professionals construct, negotiate, and enact their role in fostering migrant inclusion and autonomy, under conditions of structural uncertainty?*

This question investigates relational dynamics (such as trust-building, emotional labour, and conflict mediation) and their implications both for migrant trajectories and for professional wellbeing.

2. Data analysis: three interpretative lenses

Data analysis followed a **narrative strategy**, consistent with the study's interpretive epistemology. Interviews were approached as *situated narratives* through which professionals articulate meanings, dilemmas, and forms of agency within Palermo's SAI system. Rather than fragmenting accounts into coded segments, the analysis relied on multiple close readings of each narrative, attending to how participants framed events, responsibilities, constraints, and ethical tensions. Stories were interpreted in relation to their narrative structure (discourse adaptation, turning points, silences, and the positioning of the self) and analysed abductively through constant dialogue with the theoretical framework. Building on the theoretical framework, three **interpretive lenses (L's)** guided the analysis:

L1: Protection–Precarity as a biopolitical tension. *This lens examined how professionals described the coexistence of care and control, the management of vulnerability, and the institutional production of precarity. Narrative attention was placed on how workers framed bureaucratic delays and legal uncertainties.*

L2: Moral dilemmas and street-level mediation. *This dimension explored how professionals narrated their discretionary practices, ethical judgements, and micro-level negotiations within institutional constraints. The focus was on the moral labour and relational strategies through which frontline workers softened rules and/or systemic gaps.*

L3: Territorialised practices of inclusion. *This lens analysed how narratives situated professional action within Palermo's socio-civic landscape. The aim was to illuminate local repertoires of inclusion, alliances across services, and the creative use of scarce resources that characterise Sicilian reception practices.*

3. Ethical considerations

From the research design through to data analysis, this study adhered to established ethical standards for qualitative research, drawing on the American Sociological Association (ASA) Code of Ethics⁴⁹, the European Union General Data Protection Regulation (GDPR, 2016/679)⁵⁰,

⁴⁹ AMERICAN SOCIOLOGICAL ASSOCIATION: *Code of Ethics*, ASA, Washington D.C., 2018. Available at: <https://www.asanet.org> [Accessed on November 25th, 2025].

⁵⁰ EUROPEAN UNION, 2016. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and*

and established guidelines for qualitative research⁵¹. All participants were provided with a detailed information sheet explaining the study's objectives, scope, potential uses of the data, and the voluntary nature of participation. They were explicitly informed of their right to withdraw at any stage without negative consequences, in line with ASA principles of **informed consent** and GDPR requirements for lawful, transparent data processing.

To ensure privacy and confidentiality, participants were assigned pseudonyms, and all potentially identifying information (including project names, specific locations, and personal details) was removed or anonymized in transcripts, coding sheets, and reporting. Data were stored securely on encrypted digital devices and in locked physical storage, with access restricted exclusively to the research team, consistent with **GDPR Article 32 on data security** and ISRAEL & HAY's recommendations for responsible data management. Participants were also informed of their rights under GDPR, including access to their data, the ability to request corrections, and the right to request erasure. These measures ensured that ethical principles of **minimizing harm, safeguarding dignity, and maintaining integrity** were rigorously applied throughout the research process. The study engaged a purposive sample of professionals operating within Palermo's SAI system, in order to generate contextually grounded insights into the meanings, practices, and everyday strategies of frontline actors, rather than to produce statistically generalizable findings. By prioritizing **depth** over breadth, the research captures situated understandings of how professionals negotiate institutional constraints, systemic fragility, and ethical dilemmas in the provision of protection and support.

The interpretive nature of the study foregrounds the researcher's active role in constructing meaning from the narratives. Findings are shaped by the researcher's analytical lens, theoretical assumptions, and interactions with participants, emphasizing the importance of **reflexivity** throughout the research process, as much as positionality. Reflexive engagement was maintained through field notes, critical examination of preconceptions, and ongoing discussions within the research team within data collection practices. This reflexive stance aligns with broader principles in qualitative research that acknowledge the co-constructed nature of knowledge between researcher and participants.

Data collection occurred during a clearly defined temporal window (January–March 2024), capturing professional experiences and

on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). Official Journal of the European Union, L 119, 4 May 2016, pp. 1–88. Retrieved on: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> [Accessed on 27th November 2025].

⁵¹ In particular drawn from: ISRAEL, M.; HAY, I.: *Research Ethics for Social Scientists*, Sage, London, 2006; KAISER, K.: "Protecting Respondent Confidentiality in Qualitative Research", *Qualitative Health Research*, 2009, vol. 19, núm. 11, pp. 1632–1641.

organizational dynamics as they existed within that specific period. The narratives thus provide a **temporally bounded account**, recognizing that subsequent policy reforms, municipal reconfigurations, or structural adjustments within the SAI system may alter the conditions under which professionals operate, and therefore limit the temporal transferability of the findings. On the other hand, the narrative approach also requires careful consideration of **potential biases from the participants themselves**, including social desirability and selective emphasis⁵². Participants may have highlighted successes, frustrations, or moral dilemmas in ways shaped by professional identity or perceptions of the researcher. Rather than being treated as limitations, these constructions are analytically valuable, revealing not only the actions of professionals but also their interpretive frameworks, ethical reasoning, and sense-making processes.

V. FINDINGS & DISCUSSION

The interviews' analysis is structured around three main themes, drawn from the theoretical framework: **institutional fragility**, **governance asymmetries**, and **territorial ambivalence**. Palermo's SAI system embodies a structural paradox: it delivers essential forms of protection while at the same time reproducing new forms of uncertainty and dependency. The operational fragilities documented in *Findings V.1* generate precarious conditions for both beneficiaries and staff; the governance asymmetries highlighted in *Findings V.2* compel professionals to bridge institutional gaps and negotiate power imbalances through often invisible emotional and administrative labour; and the territorial dynamics captured in *Findings V.3* reveal that processes of inclusion are mediated by neighbourhood relations, making them inherently uneven and contingent:

L1. Protection vs. Precarity. *The first set of findings revealed a structural mismatch between the system's protective mandate and its operational fragility. Workers spoke repeatedly about **delayed salaries, postponed pocket money and the need to often advanced costs, together with the pervasive slowness of administrative procedures at a national level.** These accounts show that the dimension of temporality (waiting for documents, waiting for financial transfers, waiting for institutional responses) functions as a central mechanism through which precarity is produced.*

L2. Institutional Governance. *The second theme documented how **governance is experienced unevenly across institutions.** Professionals described the Municipality of Palermo as an overall*

⁵² Insights from MACLEOD, N. J.: "Risks and Benefits of Selective (Re)Presentation of Interviewees' Talk", *British Journal of Forensic Practice*, 2011, vol. 13, num. 2, pp. 95–102.

*collaborative partner, while interactions with other peripheral agencies, especially the Questura⁵³, were marked by **one-directional communication, lack of transparency, and long waiting times**. Beyond these specific institutions, participants depicted the wider governance landscape as **fragmented**, requiring them to undertake a kind of bureaucratic pilgrimage across offices and administrative layers.*

L3. Territorial social fabric. *The third theme highlighted the **ambivalent character of Palermo's social fabric**, where solidarity and prejudice coexist. Several interviews described neighbourhood resistance and initial distrust, as well as racialised fears toward newly arrived minors. At the same time, participants reported numerous experiences of **local solidarity**, informal support from neighbours, community participation in educational activities, and strong civic networks – especially in areas such as Ballarò⁵⁴.*

1. Protection vs. Precarity: the institutional promise that does not hold

Across the interviews, Palermo's SAI system appears as a site suspended between protection and fragility: it is imagined as a space of care and accompaniment, yet experienced through chronic uncertainty. Professionals consistently describe how the structural conditions of the system: its financial instability, slow administrative machinery, and poorly supported transitions, as they produce forms of precarity that permeate everyday life. Rather than being exceptional disruptions, these dynamics emerge as embedded features of institutional functioning.

1.1. Financial instability as an institutional production of precarity

A recurring theme across testimonies is the structural inconsistency of financial resources. Operators portray an institutional landscape where economic flows are delayed, unpredictable, and unevenly distributed across organizations, undermining the very promise of stable protection. As one professional notes, the «*delays in operators' salaries, delays in*

⁵³ The *Questura* serves as the local police headquarters, responsible for handling administrative procedures related to immigration. Each Italian province has its own, and its activities are supervised by the Ministry of Interior. For further information: <https://questure.poliziadistato.it/> and <https://italiancitizenshipassistance.com/the-role-of-the-questura-in-the-dual-citizenship-application-process/> [Accessed on November 28th, 2025].

⁵⁴ Ballarò is Palermo's oldest and most vibrant street market, located between Piazza Casa Professa and Porta Sant'Agata in the city centers. As noted in SAETALU, S.: "Living 'Tranquillo' in Palermo: Place-Making among West-African Migrants in the Historic Quarter of Ballarò", *Rivista di Storia delle Idee*, 2013, vol. 2, num. 2, p. 105, Ballarò is described by West-African migrants as "calm" and "like Africa," a place of orientation and community despite its reputation as chaotic or decayed.

the pocket money for the young people»⁵⁵ are a pattern that directly affects both staff and beneficiaries. Another interviewee underscores how financial fragility disproportionately impacts smaller organizations: «...] it is a system that, if you don't have, let's say, large financial resources like perhaps an NGO might have, for small Cooperatives it is heavy»⁵⁶. Here, precariousness is not an incidental malfunction but a property of the system's architecture, producing a differentiated capacity for resilience among providers.

The severity of these delays emerges clearly when one operator recounts that *«[...in the South [of Italy] I heard truly shocking things, like operators not being paid for a year, absurd stuff»⁵⁷*, suggesting that interruptions in municipal-level administrative procedures may cascade into long-term financial paralysis. Such accounts speak to an institutional environment where the protective mandate is persistently jeopardized by material uncertainty.

1.2. Slow bureaucracy and “waiting” as a governing device

Time, and specifically the suspension of time through bureaucratic delays, appears as a central mechanism through which precarity is produced. Operators repeatedly describe how young people's lives become structured around waiting: waiting for documents, for appointments, for decisions, for recognition. One of the professionals captured this vividly: *«So up to a certain point you can help them, right? Then you raise your arms and say 'this is bureaucracy, I can't do anything more'... because they lose, let's say, time from their lives waiting... but waiting for what?»⁵⁸*. Waiting becomes a form of existential interruption.

The slow rhythm of administrative offices is not experienced passively: it requires emotional labour on the part of operators, who must interpret, translate, and contain the frustration of beneficiaries: *«... we even sometimes spend days and days in an office just to process a document...»⁵⁹*. Operators become mediators of institutional time, absorbing its consequences. This temporal suspension often escalates into conflict: *«conflicts are always rooted in waiting... an appointment at the police headquarters... the interview... the fact that so much time passed...*

⁵⁵ From here on forward, the excerpts are result of the author's translation with AI support: *«Ritardi sugli stipendi degli operatori, ritardi sui pocket money dei ragazzi».*

⁵⁶ *«[...] è un sistema che comunque se non hai, diciamo, delle grandi risorse finanziarie come tipo forse un ONG può avere, ma per delle piccole Cooperative è pesante».*

⁵⁷ *«...nel Meridione ho sentito in realtà allucinanti, tipo di operatori anche non pagati da un anno, cose assurde...».*

⁵⁸ *«Quindi fino ad una certa li puoi aiutare, no? Poi allarghi le braccia e dici "questa è la burocrazia, io non posso farci più niente" ... perché perdono, tra virgolette, tempo della loro vita aspettando... ma aspettando cosa?».*

⁵⁹ *«...anche noi alle volte in un ufficio ci stiamo giorni e giorni per sbrigare un documento».*

».⁶⁰ Bureaucratic recognition, symbolized by documents, is framed as a precondition for existence itself: only once formalized does one become “visible” to the system.

One operator formulates it sharply: *«The biggest problem... is time: the lack of time... there is too little time compared to the regulatory limits»*⁶¹. The mismatch between institutional timelines and beneficiaries’ trajectories generates chronic vulnerability. In extreme cases, delays invalidate entire protection processes: *«I’ve been waiting for an anointment [of the minor’s guardian] since January... and when he sent me the tutor in August, the minor had already turned eighteen»*⁶².

1.3. Precariousness in transitions to autonomy

The transition to adulthood marks a critical juncture that is often insufficiently supported. The system frequently places disproportionate responsibility on individual operators, who find themselves overstretched while attempting to manage essential legal, educational, and health-related tasks. As one interviewee explains, *«out of 14 [minors], I am guardian of 7... it’s not like I can just grab my purse and just leave them! One has a school meeting at 7 in the evening... another has a vaccine – the guardian has to help them all»*⁶³. The quote reveals how institutional gaps translate directly into personal overload. Transitions between services (whether moving to an adult SAI or exiting the system) are described as emotionally and administratively disruptive: *«it is always, let’s say...a bit traumatic, isn’t it? A transfer to an adult SAI or to... well, even the exit...»*⁶⁴. These moments of institutional handover can destabilize young people’s sense of continuity.

Professionals also highlight the challenge of supporting autonomy when newcomers have limited knowledge of local systems. One interviewee affirmed that *«orientation regarding knowledge in the area of public services or the third sector»*⁶⁵ is necessary. Autonomy becomes a complex pedagogical process rather than a simple exit from care. Certain family situations make this process even more demanding. One operator working with parents of disabled children describes spending

⁶⁰ «I conflitti sono sempre installati rispetto all’attesa... appuntamento in Questura... l’intervista... il fatto che passasse tantissimo tempo...».

⁶¹ «Il problema più grande... è il tempo: la mancanza di tempo... il tempo è poco rispetto ai limiti normativi».

⁶² «[...]io aspetto la nomina da gennaio, siamo ad aprile, se me l’ha mandata ad agosto io non me ne sono fatta niente perché è diventato maggiorenne».

⁶³ «Io su 14 sono tutrice di 7... con è che prendo la borsetta e me ne vado! Quello ha il ricevimento di scuola alle 7 di sera... l’altro ha il vaccino – il tutore deve portarli».

⁶⁴ «Quindi è sempre tutto tra virgolette un po’ traumatico, no? Un trasferimento verso un SAI adulti o verso... bho, anche la fuoruscita».

⁶⁵ «[...] orientamento rispetto alla conoscenza del territorio... dei servizi pubblici... del terzo settore».

entire days navigating healthcare services and attempting to carve out minimal respite: «... *because it's clear that right now for families like these it becomes difficult to imagine [or] to structure autonomy*⁶⁶». Financial autonomy also requires active stewardship: «*we are also sometimes custodians of their first earnings... there is this kind of household-economy management as well*»⁶⁷. In these instances, autonomy is not merely encouraged, it must be coached, monitored, and scaffolded.

1.4. Precarity of professionals

A striking insight emerging from the interviews is the mirroring of precariousness between beneficiaries and professionals. Staff members themselves experience financial and organizational instability, as one practitioner mentions: «*we go through months in which we advance all the expenses*»⁶⁸. This anticipatory practice becomes a structural requirement for the system's continuity. The material immediacy of needs makes institutional timelines irrelevant, as exemplified by the operator who explains: «*[we are] an H24 community. We cannot stop! For example, the fridge broke today... we have to buy it immediately*»⁶⁹. Front-line workers must absorb the system's fragilities with their own resources, revealing how precarity permeates the entire ecology of reception.

2. *Institutional Governance: collaboration, conflict and power asymmetries*

The governance environment surrounding the SAI system is characterized by the coexistence between collaborative, dialogical institutions on the one hand; highly vertical, opaque ones on the other. Interviewees overall describe a field marked by asymmetries and fragmented procedures, together with the need for front-line workers to constantly negotiate institutional expectations. In this sense, governance becomes a terrain of both cooperation and conflict.

2.1. Dynamics of dialogical cooperation

Many operators underline the importance of collaborative relationships with municipal institutions, especially mentioning the *Casa dei Diritti*⁷⁰,

⁶⁶ «[...] *perché è chiaro che in questo momento per famiglie del genere diventa difficile immaginare... strutturare l'autonomia*».

⁶⁷ «*Noi siamo anche custodi a volte dei primi guadagni... c'è anche questo tipo di gestione da economia domestica*».

⁶⁸ «*Quindi noi tipo... affrontiamo dei mesi in cui anticipiamo tutte le spese...*».

⁶⁹ «[...] *una comunità H24. Non ci possiamo fermare; per esempio ci si è rotto il frigo oggi... noi lo dobbiamo comprare*».

⁷⁰ *Casa dei Diritti* (in english: "The House of Rights") in various Italian cities (such as Palermo, Milan, Ragusa), is a public or Third-sector facility providing assistance, counselling, orientation, and rights

which is described as a space of transparency and shared decision-making: «[...] *with the Municipality... it's easy to have dialogue, transparency, where somehow things are clear*»⁷¹. This indicates the existence of institutional nodes where street-level discretion can be exercised constructively.

Similarly, project planning is often conducted jointly: «*Certainly with the Municipality of Palermo, the project planning for [individual minors] is something we define together*»⁷². This collaborative approach fosters a form of co-governance that reduces uncertainty. The *Casa dei Diritti* also functions as a key intermediary in legal and administrative processes: «*we always deal with the Casa dei Diritti... we act as intermediaries... we are the link between the boys and the institutions*»⁷³. Such proximity enables smoother communication and strengthens protective pathways.

2.2. Asymmetries of interaction

In stark contrast, interactions with the *Questura* are described as hierarchical, unilateral, and non-negotiable for most interviewees. As one operator notes: «*with the Questura there is no participatory situation: we ask and they answer... but if they don't answer... that's fine too*»⁷⁴. Institutional authority is exercised through a rigid top-down structure that restricts dialogue and leaves SAI centers isolated. This asymmetry produces inconsistencies across administrative procedures, as seen when «*the Questura issues a type of receipt that the Employment Center does not accept to make a DID*»⁷⁵⁷⁶. When the *Questura*'s documents are rejected by the Employment Center, beneficiaries cannot complete this crucial step, leaving them excluded from jobseeking pathways and legal protections. Such contradictions deepen bureaucratic opacity and disrupt beneficiaries' trajectories. The perception of incompetence in certain offices further exacerbates frustration: «*[...]not knowing those types of documents well, the answer is a 'no' from the start... and a 'no' from the start should not exist!*»⁷⁷. In these conditions, governance becomes a source of instability rather than support.

protection. It supports adults and unaccompanied minors by promoting inclusion, preventing discrimination, and facilitating access to social services.

⁷¹ «[...] *con il Comune... lì c'è la facilità di dialogo, di trasparenza dove in qualche modo è chiaro*».

⁷² «*Sicuramente col Comune di Palermo la progettualità rispetto al ragazzo è una cosa che definiamo insieme*».

⁷³ «*Noi ci rapportiamo sempre con Casa dei Diritti... noi facciamo da tramite... siamo il gancio tra i ragazzi e le istituzioni*».

⁷⁴ «*Con la Questura non c'è una situazione partecipativa: noi chiediamo e loro rispondono... se non rispondono... va bene lo stesso*».

⁷⁵ DID is an acronym for "*Dichiarazione di immediata disponibilità*" ("Declaration of immediate availability for work"). It is a formal statement submitted by an unemployed person to indicate their readiness to work and to participate in active labour-market measures offered by the Employment Centre.

⁷⁶ «*La Questura rilascia un tipo di ricevuta che il Centro per l'Impiego non accetta per fare una DID*».

⁷⁷ «*[...] non conoscendo bene quei tipi di documenti è un "no" in partenza... e un no in partenza non esiste!*».

2.3. Institutional fragmentation and bureaucratic “pilgrimage”

The institutional landscape is further complicated by weak structures of institutional coordination between local authorities, the *Questura*, Employment Centers, forcing operators to engage in what one interviewee vividly describes as «*a sort of pilgrimage*»⁷⁸. This metaphor captures the exhausting routine of moving back and forth between different offices, each with its own rules, contradictory instructions, and often outdated forms. Such practices not only generate inefficiency but also drain the energy of those working to support beneficiaries. The lack of structured communication channels between institutions exacerbates this situation. As one operator recalls: «*We didn't have meetings with the local authority... Now we have them every month... incredible!!*»⁷⁹. The surprise expressed here reveals how even the most basic forms of dialogue, such as regular meetings, are experienced as extraordinary rather than standard practice. This highlights the depth of institutional fragmentation: improvements that should be ordinary are celebrated as rare exceptions. Ultimately, this bureaucratic “pilgrimage” illustrates how systemic weaknesses undermine governance. Instead of providing clarity and support, the institutional ecology imposes additional burdens on operators and beneficiaries, reinforcing instability and making integration pathways more fragile.

2.4. Horizontal networks as survival strategy

Faced with institutional gaps, professionals rely on horizontal networks and community participation to compensate for systemic shortcomings. As one operator affirms: «*It is also important to participate [to] meetings, conferences... demonstrations*»⁸⁰. These activities contribute to the circulation of knowledge and the creation of shared problem-solving practices. The flexibility of inter-organizational collaborations is illustrated by: «*There are many transversal collaborations... a legal consultant... also goes to provide services in another facility*»⁸¹. Such informal networks become essential to navigating a fragmented governance landscape.

3. The Territory: between resistance, prejudice and the construction of coexistence

Territorial dynamics in Palermo reveal a complex interplay of fear, racism, solidarity, and civic participation. The interviews show how local

⁷⁸ «*Una specie di pellegrinaggio*».

⁷⁹ «*Noi non facevamo riunioni con l'ente locale... adesso le facciamo ogni mese... l'esagerazione!*»

⁸⁰ «*È importante anche partecipare... incontri, convegni... manifestazioni...*».

⁸¹ «*Ci sono molte collaborazioni trasversali... un consulente legale... va anche a prestare servizio all'interno di un'altra struttura*».

perceptions, neighbourhood relations, and community practices shape the lived experience of reception. Territory emerges as both a site of vulnerability and a space where coexistence is actively negotiated.

3.1. Prejudice and racialization of foreign minors

Racialized imaginaries strongly influence local reactions to the arrival of foreign minors. One operator says: *«as soon as the first two boys arrived, the two foreign minors [which were] Black... public-order committees were formed»*⁸². The immediate mobilization of formal or informal “order committees” highlights deep-seated anxieties about racialized bodies. Institutional delays exacerbate mistrust, producing cycles of frustration and dependence: *«[...] when you wait a year and a half for an appointment... obviously you lose a lot of trust... and the greater the distrust... the more we need to contain it...»*⁸³. The territory thus becomes a space where structural vulnerability and racialized stigma intersect.

3.2. Active construction of coexistence

Despite initial resistance, many testimonies also describe slow processes of relational transformation. Operators observe shifts from hostility to cooperation, as evidenced by: *«The boy from the fifth floor now comes to help [our beneficiaries] with homework... The old lady who initially complained then said: ‘Ah, I saw that they helped me carry my bags!’»*⁸⁴. Daily encounters become catalysts for the erosion of prejudice. At the same time, territorial attitudes are not static. One operator notes a perceived *«closure from the territory»*⁸⁵ in recent years, indicating a dynamic tension between openness and defensiveness within neighbourhoods.

3.3. Low public visibility of SAI work

Professionals repeatedly stress that the public has limited understanding of the SAI system, a condition that contributes to stereotypes and misinformation: *«[...] nobody knows what a SAI is... You*

⁸² *«Appena sono venuti i primi due ragazzi, i due minori stranieri, neri... sono nati i comitati per l'ordine pubblico».*

⁸³ *«[...] quando tu aspetti un anno e mezzo per una convocazione... ovviamente hai grossa sfiducia... e maggiore è la sfiducia... maggiore deve essere il contenimento nostro...».*

⁸⁴ *«Il ragazzo del quinto piano ora viene a dare una mano con i compiti... La vecchietta che inizialmente si lamentava poi ha detto: “ah, ho visto che mi hanno aiutato a portare i pacchi”».*

⁸⁵ *«Più chiusura del territorio».*

*always have to explain everything»*⁸⁶. This lack of visibility means that the everyday work of operators –supporting beneficiaries, coordinating with institutions, and building pathways to inclusion– remains largely invisible to society at large. As a result, the SAI’s social value is not recognized, and public debate often reduces it to simplistic or distorted narratives about migration. At the same time, some professionals highlight strong underlying networks: *«In Palermo there is a big network, the network works»*⁸⁷ and *«there is a movement, you just need to know how to build the right network»*⁸⁸. The discrepancy between public invisibility and internal connectivity underscores a structural disconnect: community practices of solidarity and cooperation are flourishing, yet they fail to translate into broader societal recognition or political legitimacy.

3.4. The territorial network as a form of collective resistance

In some neighbourhoods –most notably *Ballarò*– the territory becomes a laboratory of civic activism and political engagement. The description that *«Ballarò is a neighbourhood that is fermenting also from a social point of view... demonstrations... conferences»*⁸⁹ shows how local mobilization sustains forms of resistance to marginalization. In these contexts, inclusion does not merely depend on institutional design but emerges from community practices, collective participation, and place-based solidarity. *Ballarò* exemplifies how territorial networks can transform local spaces into arenas of resistance and social innovation. Demonstrations, cultural events, and public debates create visibility for issues that are otherwise silenced in mainstream discourse. In these contexts, the neighbourhood acts as both a protective shield for vulnerable groups and a platform for reimagining citizenship. The territorial network thus becomes a counterweight to institutional fragmentation, showing that collective action at the local level can generate forms of stability, recognition, and empowerment that institutions alone often fail to provide.

VI. CONCLUSIONS

Palermo’s SAI system reflects the broader European landscape of migrant reception, whereas practices’ decentralisation, resources scarcity and institutional fragilities coexist and frequently collide. The narratives of local professionals reveal a shared sense of discomfort regarding

⁸⁶ «[...] nessuno sa cosa è un SAI... Devi sempre specificare il tutto».

⁸⁷ «Su Palermo c’è una grande rete, la rete funziona».

⁸⁸ «Il movimento c’è, basta saper crearsi la rete giusta».

⁸⁹ «Ballarò è un territorio che fermenta anche da un punto di vista sociale... manifestazioni... convegni».

the extent to which reception structures (third-sector organisations designated as SAI centres) assume responsibilities that exceed their formal mandates. These organisations effectively function as welfare providers, sustaining day-to-day operations despite unstable funding streams, bureaucratic delays and limited institutional backing. Within this context, frontline workers engage in a form of everyday regulation that continuously **oscillates between protection and precarity**. Their interventions provide legal, material, and relational assistance while simultaneously reproducing the constraints of a system shaped by rigid protocols, short timeframes, and resource scarcity.

As shown in *Table 1* below, the tension between protection and precarity is not limited to the trajectories of beneficiaries; it also profoundly shapes the labour conditions of frontline workers. **Emotional labour, conflict mediation, and constant bureaucratic negotiation** are indispensable to sustaining the system, yet they simultaneously expose its structural fragility. In the absence of robust institutional infrastructures, the responsibility for ensuring continuity and relational support shifts disproportionately onto operators, who must navigate pervasive uncertainty while attempting to shield beneficiaries from its effects. Precarity thus becomes a shared condition permeating both migrant lives and professional practice, where operators carry much of the invisible psychological, relational and bureaucratic workload. Beneficiaries, in turn, inhabit a form of negotiated agency in which aspirations and efforts are continually shaped, and sometimes limited, by systemic instability. These findings speak to a broader sociological paradox embedded in contemporary European migration governance. While reception systems offer meaningful forms of protection, they also generate dependency, bureaucratic vulnerability, and temporal uncertainty. This ambiguity arises from multi-level governance architectures characterised by project-based financing, managerial logics of welfare provision and persistent tensions between humanitarian imperatives and securitarian rationalities. **Professional practice becomes the frontline site where these contradictions are managed**, softened, or rendered bearable through relational work, discretionary decision-making, and ethically charged interventions.

Despite these constraints, operators consistently strive to craft spaces of recognition, dignity, and incremental autonomy. Their efforts reflect forms of situated agency capable of mitigating systemic rigidity and fostering inclusion within an adversarial context. Yet such **discretionary resilience cannot substitute for structural reform**. The chapter therefore contributes to migration governance debates by illustrating that migrant people's inclusion is not a technical outcome of administrative procedures but a **socially co-produced process, emerging through intersubjective interaction, narrative construction, and embodied labour at the margins of the State**. Strengthening the institutional

foundations of reception thus requires coordinated interventions across multiple scales.

Future research should expand the comparative dimension by examining variations between SAI and CAS systems across Italian regions and assessing how municipal and political contexts shape frontline practices. Cross-national comparisons within European decentralised reception models could further illuminate how differing governance arrangements influence protection and inclusion. Additionally, studies centred on migrants' own narrative interpretations of protection and precarity would provide crucial insights into how individuals navigate and make sense of their trajectories within and beyond reception structures. Longitudinal analyses following individuals after they exit the SAI system are also essential for understanding the long-term implications of reception policies and the durability of inclusion over time. Ultimately, as long as structural instability, bureaucratic fragmentation and conditional forms of inclusion remain embedded in the system, frontline professionals will continue to compensate for institutional shortcomings rather than overcome them. Only sustained political commitment, structural reform, and a genuinely migrant-centred vision of inclusion can allow the protective potential of the SAI to move beyond contingency and toward more durable, equitable, and socially transformative forms of belonging.

Table 1. Key findings: precarity, governance, and territorial networks in Palermo's SAI System

Theme	Subtheme	Core Finding
1. Protection vs. Precarity: the institutional promise that does not hold	<i>1.1 Financial instability as an institutional production of precarity</i>	Chronic delays and unequal financial capacity produce systemic precarity.
	<i>1.2 Slow bureaucracy and "waiting" as a governing device</i>	Bureaucratic delays shape young people's lives around waiting; operators absorb emotional labour.
	<i>1.3 Precariousness in transitions to autonomy</i>	Transitions (to adulthood, to adult SAI, or exit) are under-supported and destabilizing.
	<i>1.4 Precarity of professionals</i>	Staff experience financial and operational instability mirroring beneficiaries' precarity.
2. Institutional Governance: collaboration, conflict and power asymmetries	<i>2.1 Dynamics of dialogical cooperation</i>	Some institutions (esp. Casa dei Diritti, Municipality) foster transparency and co-governance.
	<i>2.2 Asymmetries of interaction</i>	Police headquarters operate hierarchically, with no participatory space, generating contradictions.
	<i>2.3 Institutional fragmentation and bureaucratic "pilgrimage"</i>	Operators navigate institutional disorganization through "bureaucratic pilgrimage."
	<i>2.4 Horizontal networks as survival strategies</i>	Inter-organizational collaboration compensates for systemic gaps.
3. Territory: resistance, prejudice, and coexistence	<i>3.1 Prejudice & racialization of foreign minors</i>	Arrival of foreign minors triggers racialized fears and public-order mobilizations.
	<i>3.2 Low public visibility of SAI work</i>	Everyday interactions gradually erode prejudice, though territorial closure can increase.
	<i>3.3 Low public visibility of SAI work</i>	Public ignorance fuels stereotypes, while internal networks remain strong.
	<i>3.4 The territorial network as a form of collective resistance</i>	Neighbourhoods like Ballarò act as hubs of activism and solidarity.

VI

SITUACIONES ESPECÍFICAS DE MOVILIDAD

La distribución de menores extranjeros no acompañados y el conflicto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas*

Francisco Javier DURÁN RUIZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7587-7593>

Correo electrónico: fduranr@ugr.es

Sumario: I. El incremento en las llegadas de menores extranjeros no acompañados y la saturación de la capacidad de comunidades y ciudades autónomas. II. El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre menores migrantes no acompañados y la responsabilidad internacional. III. Los acuerdos de la conferencia sectorial de infancia y adolescencia para la redistribución de menores. IV. La reforma de la Ley de extranjería para atribuir subsidiariamente al estado la competencia en la distribución de menores no acompañados. V. Conclusiones.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados, competencias, relaciones interadministrativas, redistribución.

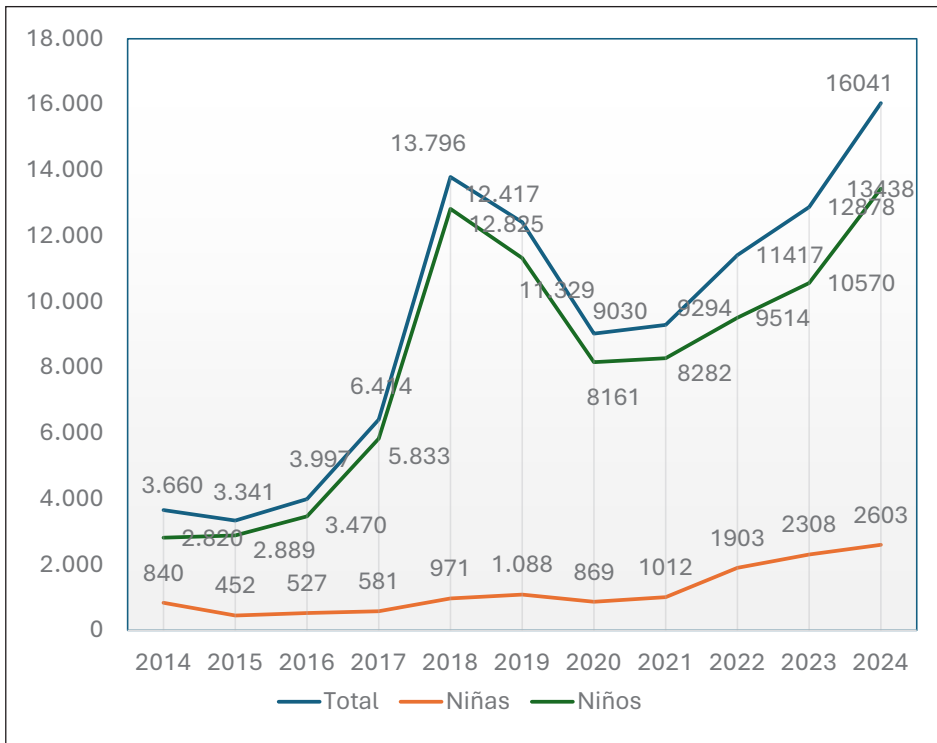
I. EL INCREMENTO EN LAS LLEGADAS DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS Y LA SATURACIÓN DE LA CAPACIDAD DE COMUNIDADES Y CIUDADES AUTÓNOMAS

En la última década, el número de menores extranjeros no acompañados acogidos en las instituciones de protección de menores por las

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto "Migration incorporation policies and practices in migrants' reception and settlement cities in Andalusia and Sicily" (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.

comunidades y ciudades autónomas españolas ha crecido de modo abrupto, como puede apreciarse en el gráfico 1 más abajo, frenándose sólo momentáneamente a raíz de la pandemia del COVID19, y alcanzando en 2024 la cifra récord de 16.041 menores acogidos (cifra que supone un incremento de un 338% frente a los 3.660 que eran acogidos en el año 2014), de los cuales 13.438 fueron niños y 2.603 niñas, corroborándose que este incremento afecta por igual a ambos sexos.

Gráfico 1. Niños, niñas y total de menores extranjeros no acompañados con medidas de protección en España (2014-2024)



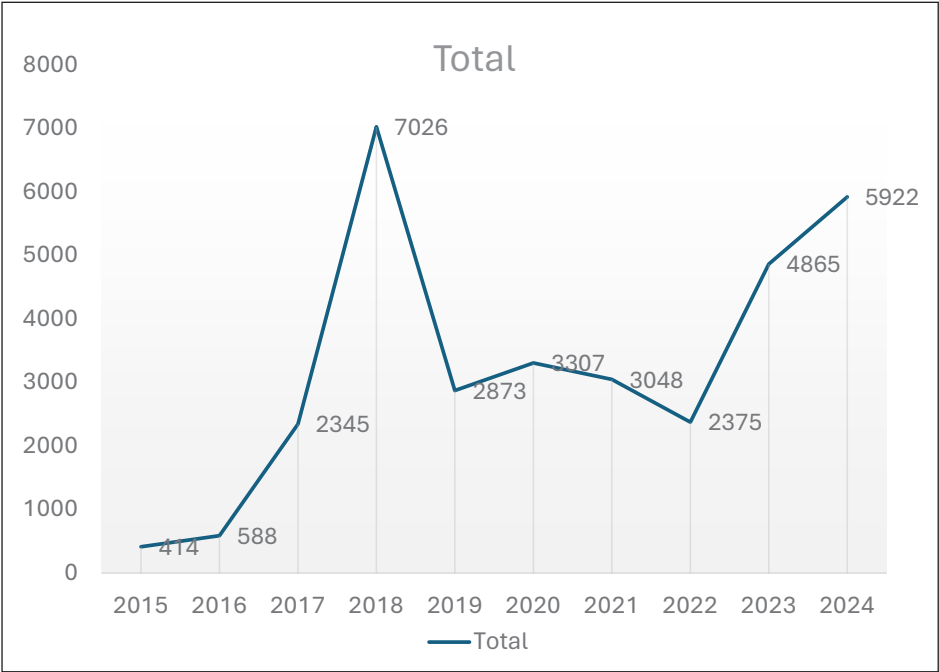
Fuente: Elaboración propia a partir de las Memorias de la Fiscalía General del Estado 2015 a 2025.

Un incremento similar se ha producido en las llegadas de menores extranjeros no acompañados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, pasando de 414 en 2015 a un máximo de 7.026 en 2018 (incrementándose un elevadísimo porcentaje del 1597%), como puede verse en el gráfico 2. En el año 2024, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2025 “se mantiene la tendencia al alza de llegada de menores extranjeros no acompañados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles, pasando de 2.375 que llegaron durante el año 2022, a 4.865 menores en 2023 y 5.922 en el año 2024.

Mayoritariamente son de sexo masculino (5.291), aunque la llegada de niñas se ha triplicado pasando de 238 detectadas en 2023 a 631 en 2024¹. También debemos destacar respecto a las llegadas por vía terrestre a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que Ceuta recibió en su territorio a 2.768 menores irregulares en 2024, habiendo recibido Melilla 147.

Según las Memorias anuales de la Fiscalía de 2024 y 2025, la llegada por vía marítima con una creciente utilización de la ruta atlántica (la de las Islas Canarias) ha hecho que incluso recientemente se haya producido algún cambio en el origen mayoritario de estos menores, predominando en 2023 los de nacionalidad senegalesa (1.780) frente a los 1.075 procedentes de Marruecos, que ha vuelto a ser el país de origen predominante en 2024 (como lo ha sido habitualmente desde que comenzó este fenómeno migratorio en España en los años 90)¹, con 1.834 niños, niñas y adolescentes procedentes de este país, seguido de Mali (1.190), Argelia (1.006) y Senegal (687).

Gráfico 2. Menores extranjeros no acompañados llegados a España por vía marítima en pateras u otras embarcaciones frágiles (2015-2024)



Fuente: Elaboración propia a partir de las Memorias de la Fiscalía General del Estado 2016 a 2025.

¹ Sobre el origen y la evolución del fenómeno de la inmigración de menores extranjeros no acompañados en España permítase la remisión a DURÁN RUIZ, F.J.: *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Thomsom Reuters Aranzadi, 2021.

Estos incrementos en la llegada de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados (NNAMNA, en adelante), han superado en no pocas ocasiones la capacidad de acogida de los servicios de protección de menores de las comunidades y ciudades autónomas, y su respuesta habitual ha sido solicitar ayuda a la Administración del Estado o incluso a la Unión Europea, como hemos subrayado en otras ocasiones².

Particularmente grave ha sido en ocasiones y viene siendo en los últimos años la situación de Canarias, como apunta ZAPATA HERNÁNDEZ³. Esta Comunidad, según datos del Gobierno canario, recibió en 2024 una cifra récord de menores extranjeros no acompañados: 5.699 menores, lo que llevó al Gobierno autonómico a aprobar el Acuerdo de 2 de septiembre de 2024 calificando la situación como “emergencia migratoria agravada”, y el Protocolo territorial de recepción de menores extranjeros no acompañados en la Comunidad autónoma de Canarias⁴ para evitar la acogida de estos menores que entendía correspondían a la Administración del Estado.

El Gobierno canario en diversas ocasiones ha tratado de defender sin éxito que las competencias sobre los menores extranjeros no acompañados corresponden al Estado⁵. Ya previamente a la reforma de la LOEx por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, el Grupo de Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados propuso incluir una enmienda relativa a la forma de llevar a cabo los convenios de colaboración entre comunidades autónomas que esta introdujo para posibilitar la redistribución de los menores (art. 35.12), a raíz de las importantes llegadas de inmigrantes y menores extranjeros no acompañados a las Islas debido a la denominada “crisis de los cayucos” de 2006⁶. La situación fue menos grave que la ac-

² Por ejemplo en las dos ciudades autónomas el gasto derivado de la acogida y atención a estos menores llegó en diversas ocasiones a ser inasumible, motivo por el que “el 6 de mayo de 2002, el ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Melilla comunicó a la Administración central su decisión de negar el derecho de desamparo y acogimiento a estos menores y su intención de negociar su renuncia a la competencia que le correspondía sobre estos niños, y también Ceuta se unió a esta iniciativa, que fue finalmente retirada tras negociarse una mayor partida económica proveniente de la Administración del Estado para ambas ciudades con la finalidad de prestar atención a los menores extranjeros no acompañados presentes en su territorio”. DURÁN RUIZ, F.J.: El reto de gestionar la migración de menores extranjeros no acompañados en Melilla: propuestas y soluciones de futuro, en ARANA GARCÍA, E., NAVARRO ORTEGA, A., y MARTÍNEZ DHIER, A., *Presente y futuro de Melilla: estrategias de gobernanza y políticas públicas*, 2024, p. 1024.

³ ZAPATA HERNÁNDEZ, V.: Migración marítima irregular y gestión de la acogida en Canarias, *Facsheet OBITen*, nº 10, 2021, que data en 1994 las primeras llegadas irregulares por vía marítima, y un ascenso de llegadas a partir de 2018, convirtiéndose la ruta canaria o africana occidental ya en los meses de octubre y noviembre de 2021 en la de acceso preferente a la Unión Europea.

⁴ Resolución de la Dirección General de Protección a la Infancia y las Familias de Canarias, de 10 de septiembre de 2024, por la que se establece el Protocolo territorial de recepción de menores extranjeros migrantes no acompañados en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC Nº 180. Jueves 12 de septiembre de 2024 – 2918)

⁵ Bárbulo, T. y Naranjo, J.: 29 de enero de 2009. Canarias quiere devolver al Estado la competencia sobre niños ‘sin papeles’. *El País*. https://elpais.com/diario/2009/01/29/espana/1233183615_850215.html

⁶ La “crisis de los cayucos” fue una emergencia migratoria producida en el año 2006 en la que llegaron al archipiélago canario más de 31.000 migrantes, principalmente desde el Sáhara, Mauritania y

tual, ya que la Comunidad autónoma de Canarias atendió en solitario a unos 1.500 menores en un período de tres años. El Grupo Parlamentario Popular mantuvo que el Estado debería asumir, como titular de las competencias en materia de extranjería, la responsabilidad de regular, con la participación de las CCAA, los criterios objetivos y racionales de distribución de los menores extranjeros por los servicios de acogida de las CCAA, de forma que sea posible una planificación racional y equilibrada, cuestión en la que también incidió el Grupo Parlamentario Vasco, entendiendo que era necesario realizar una redistribución de los menores no acompañados entre las CCAA, pero creando servicios sociales de acogida adecuados en todas ellas para evitar la sobrecarga de aquellas con servicios sociales mejor dotados⁷.

La introducción del apartado 12 en el art. 35 LOEx (por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000) intentó resolver la delicada cuestión de la redistribución de menores extranjeros no acompañados en casos de emergencia migratoria, con escaso éxito, a través de las relaciones interadministrativas mediante la cooperación, estableciendo que las comunidades autónomas puedan llegar a acuerdos entre sí para asumir la tutela y custodia de los menores extranjeros no acompañados, con el fin de garantizarles mejores condiciones de integración.

Como apunta GARCÍA GARCÍA⁸, “Con la posibilidad de los acuerdos entre CCAA de transferencia de la tutela y custodia de los menores, se llevaría al texto legal una posibilidad que era demandada por las CCAA y que facilitaría la distribución de los menores extranjeros no acompañados por todo el territorio del Estado, evitando los problemas que tienen Canarias o Andalucía que por su situación geográfica acumulan el mayor número de menores”. No obstante, la propia autora reconoce, que la experiencia ha demostrado que esta posibilidad no ha resuelto el problema, remitiéndonos de nuevo a otras vías de impulso de los principios de las relaciones entre las Administraciones Públicas, antes recogidos en art. 4 de la derogada Ley 30/1992 de Régimen General de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), hoy derogada, e incluidos actualmente en los arts. 140 y ss. de la actual Ley 40/2015 de 1 de octubre del régimen jurídico del sector público, así como de la solidaridad interadministrativa, tanto del Estado como de las CCAA, principio general que recoge el art. 2 bis de la LOEx.

Por otra parte, GARCÍA GARCÍA⁹ explica el fracaso de tales traslados de menores extranjeros no acompañados basados en acuerdos entre

Senegal, caracterizándose por la llegada masiva de cayucos (embarcaciones precarias y sobrecargadas) que provocaron una auténtica crisis humanitaria, saturando los servicios de acogida canarios.

⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 395 de 26 de octubre 2009.

⁸ GARCÍA GARCÍA, T.: La necesaria coordinación entre la Administración Central y las comunidades autónomas para la distribución de los menores extranjeros no acompañados por el territorio nacional, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 62, 2023.

⁹ *Ibidem*.

CCAA, preguntándose qué CA querría asumir la tutela de estos menores a costa de sus presupuestos, y si continuamos a la espera de un reglamento de desarrollo de tales recuerdos que no se ha producido.

II. EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La polémica sobre la administración competente en materia de menores extranjeros no acompañados ha sido recurrente, especialmente cuando las ciudades y comunidades autónomas han visto desbordadas sus capacidades por el incremento de llegadas de estos menores.

Durante más de dos décadas, la protección de estos menores, articulada sobre el principio del superior interés del menor establecido en el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 (CDN) y fortalecido por el art. 39 CE, ha sido una responsabilidad compartida entre el Estado y las Comunidades autónomas, si bien la base legal era incompleta y estaba bastante fragmentada.

No obstante, como apunta ÁLVARES GARCÍA JUNIOR¹⁰, la implementación efectiva del principio del interés superior del menor “ha sido obstaculizada por una estructura de gobernanza descentralizada carente de mecanismos de coordinación vinculantes y de una normativa estatal específica que permita al Estado cumplir de forma uniforme con sus obligaciones internacionales”, y es que, como apunta, entre otros, PEMÁN GAVÍN¹¹ “No cabe duda de que en los Estados políticamente descentralizados los procedimientos de formulación y ejecución de las políticas públicas adquieren una mayor complejidad (...) no es difícil encontrar ámbitos en los que la concurrencia competencial plantea problemas y disfunciones, con situaciones en las que son patentes las demoras y bloqueos en las correspondientes actuaciones o la dilución de las responsabilidades vinculadas a una mala gestión pública”.

Como se ha apuntado, la Constitución española establece una distinción entre competencias que son exclusivas del Estado, recogidas en su art. 149.1, y competencias que pueden asumir las CCAA a través de sus Estatutos de Autonomía, recogidas en el art. 148.1 CE, lo que se completa con la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE. En el art. 149.1.2ª nos encontramos que una de las competencias que ostenta el Estado con carácter exclusivo es la referida a “nacionalidad, inmigración, emigración,

¹⁰ ÁLVARES GARCÍA JÚNIOR, A.: ¿De quién es este menor?, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, Nº. 22, 2025.

¹¹ PEMÁN GAVÍN, J.Mª., El sistema español de autonomías territoriales, apuntes para un diagnóstico, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 35, 2009, pp. 41-42.

extranjería y derecho de asilo". Por su parte, las comunidades autónomas han asumido competencias sobre protección de menores a partir de la inclusión, en sus Estatutos de autonomía, de la competencia en materia de "asistencia social" (art. 148.20º).

Este reparto competencial y la ausencia de mecanismos de coordinación ha provocado una laguna normativa y tensiones estructurales durante décadas entre las comunidades y ciudades autónomas y el Estado. Además, debe destacarse que el problema para el Estado en este caso es doble, ya que el art. 39.4 CE dispone que "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" y el Estado es el único responsable ante la comunidad internacional como garante del cumplimiento de los tratados internacionales. No pueden soslayarse las obligaciones derivadas de la CDN y su art. 3.1 en cuanto al interés superior del menor, o la recogida en los arts. 20 y 22, de proporcionar especial protección a los menores no acompañados o separados.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha determinado en una jurisprudencia asentada que los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en virtud del art. 1 del mismo deben asegurar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, incluidos los menores extranjeros no acompañados, facultándoles a exigir protección frente a violaciones perpetradas por autoridades subestatales o por actores privados¹².

El hecho de que coexistan normas estatales y autonómicas en el ámbito de protección de menores extranjeros no acompañados ha provocado una situación de dispersión normativa que ha dificultado que establezca un sistema de garantías homogéneo y coherente que garantice el interés superior del menor, que en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) se ha venido recogiendo de forma muy genérica (en los artículos 35, 59 y 59bis) y sin previsiones específicas a nivel procedimental sobre este colectivo de menores especialmente vulnerable, al igual que en la reforma de la LOPJM por parte de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó su artículo 2 referido al interés superior, en

¹² En este sentido, resulta esencial la Sentencia Caso Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga contra Bélgica STEDH de 12 de octubre de 2006, que aborda la condena a Bélgica por tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) por la detención durante casi dos meses en un centro de detención para adultos de Bruselas de una nacional congoleña de 5 años que viajaba sola para reunirse con su madre, que había logrado el estatus de refugiada en Canadá. El TEDH consideró que se produjeron tratos inhumanos y degradantes ya que durante su estancia en el centro la niña no tuvo asesoramiento ni asistencia educativa por una persona cualificada y los cuidados que se le proporcionaron también fueron insuficientes para satisfacer sus necesidades. Además, consideró que por su corta edad y el hecho de ser tratada como inmigrante ilegal en un país extranjero y de no estar acompañada por su familia, la niña se encontraba en una situación extremadamente vulnerable, pese a lo que no existía ningún marco jurídico específico que regulara la situación de los menores extranjeros no acompañados y las autoridades no tomaron medidas adecuadas para cumplir con su obligación de cuidar a la niña aunque tuvieron la posibilidad de prevenir o remediar la situación.

que trataron de concretarse los criterios para interpretar, ponderar y aplicar el interés superior del menor¹³.

Si nos referimos a las comunidades autónomas, podemos comprobar que han desarrollado sus competencias en materia de menores legislando de forma muy variable y con notables divergencias aplicativas, originando una estructura normativa con niveles muy dispares de protección en cuanto a los estándares de atención y calidad, los recursos disponibles o los tiempos de respuesta (fundamentales en cuestiones como el acceso a documentación).

Esta desigual protección territorial, vulnera indirectamente el art. 14 CE de igualdad ante la ley, y pese a ser legítima desde el punto de vista del reparto constitucional de competencias y su ejercicio, ha recibido críticas por parte de las instituciones de defensa de los derechos del menor, como el Defensor del Pueblo¹⁴ y el Comité de Derechos del Niño¹⁵, por oponerse a la eficacia del principio de interés superior del menor.

Por otra parte, vemos que Canarias ha seguido conservando una posición tendente a eludir sus competencias en materia de protección de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados en la actualidad, con el Acuerdo de 2 de septiembre y la aprobación del Protocolo de recepción de menores extranjeros no acompañados, disposiciones autonómicas que fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno central, tras haber sido suspendidas cautelarmente por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

¹³ En la modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia debemos destacar que la Ley 26/2015, de 28 de julio, introdujo un apartado 3 en el art. 10, que garantiza el derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles, añadiendo que las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables, incluyendo entre estos a los menores extranjeros no acompañados.

¹⁴ Vid. el reciente informe del Defensor del Pueblo de mayo de 2025 “Niñas y niños extranjeros en España solos o acompañados”, que reitera la diferencia de trato a los menores no acompañados en las distintas comunidades autónomas (pp. 46-48) y que la situación geográfica de varias comunidades autónomas hace que soporten una mayor presión de llegadas irregulares que afecta de manera desproporcionada a sus sistemas de protección de menores poniendo en cuestión el sistema establecido para su protección y contribuyendo a que alcancen la mayoría de edad en situación de extrema vulnerabilidad. También las referencias a la necesaria la aprobación de un protocolo común de actuación para resolver los problemas derivados de los desplazamientos de menores por la geografía nacional, siendo las normas y prácticas muy diversas en las comunidades autónomas, como ponen de relieve los informes Anuales del Defensor del Pueblo de 2009 (pp. 430-432), y 2010 (pp. 380-381).

¹⁵ El Comité de Derechos del Niño, en sus Observaciones finales de 2018 (CRC/C/ESP/CO/5-6) mostró su preocupación en concreto por: “Unos niveles de protección de los niños no acompañados insuficientes y desiguales en las distintas comunidades autónomas, incluidos los casos de falta de asistencia jurídica o de retraso en su prestación o de suministro de información insuficiente a los niños”, e instó al Estado español a revisar la LOPJM y el Protocolo Marco estatal de 2014 sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados de modo que se ajuste a las disposiciones de la CDN, a asegurar en todos su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados, a considerar como primordial el interés superior del menor y formar a los profesionales en su aplicación, a elaborar un protocolo uniforme sobre los métodos de determinación de la edad o poner fin a la devolución automática (devolución en caliente)

La disputa se planteaba en relación con las actuación de recepción o atención inmediata y primera acogida a menores extranjeros, esto es, en los momentos inmediatamente posteriores a su localización, produciéndose el conflicto de competencias entre el art. 149.1.2 CE que atribuye al estado competencia en materia de “inmigración” y “extranjería”, y la competencia en materia de “asistencia social” del art. 148.1.20 CE que corresponde al Gobierno canario, que a partir de ella también ostenta las competencias en materia de “protección de menores” según el art. 147.2 de su Estatuto de Autonomía y de “acogida e integración de las personas migrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados” según el art. 144.1.d) EACan.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2025, de 12 de febrero, declaró inconstitucional y anuló el apartado 2 del Acuerdo del Gobierno Canario y su Protocolo de recepción de menores extranjeros no acompañados. El Acuerdo suponía la suspensión de la recepción de menores extranjeros no acompañados en centros de acogida autonómicos y el Protocolo establecía una serie de requisitos que las autoridades estatales deben cumplir antes de la entrega de estos menores a las autoridades competentes autonómicas por parte de la AGE que es la responsable de su atención inmediata en frontera o al llegar a las costas.

Se plantea el TC qué es y a quién corresponde la denominada “primera acogida” de estos menores. Al respecto, el TC recuerda su Sentencia 87/2017, de 4 de julio, que, en su FJ 3, establece que «la competencia de “primera acogida” no es [...] otra cosa que la denominación que adopta la competencia exclusiva sectorial de la [comunidad autónoma] en materia de asistencia social cuando incide sobre las primeras necesidades de integración social de la población extranjera», incardinándose así en la competencia de la Comunidad autónoma sobre “asistencia social”; y también alude el TC a su Sentencia 36/2021, de 18 de febrero, FJ 4, donde relaciona la “protección de menores” con la competencia autonómica en materia de “asistencia” y “servicios sociales”.

Por su parte el Consejo de Estado señaló que “las dificultades que pudieran existir en la identificación y determinación de edad” de estos inmigrantes, así como “la insuficiencia o saturación de los medios autonómicos disponibles para atenderlos”, no son circunstancias que “permitan justificar un eventual rechazo de la comunidad autónoma a la recepción de los menores localizados en su territorio ni demorar la atención inmediata que los mismos puedan requerir”.

El TC, en el FJ 3 de la Sentencia 43/2025, afirma también “que la recepción y acogimiento inicial de un extranjero menor de edad, o que pudiera, razonablemente, serlo, es competencia de la comunidad autónoma que tenga asumidas estatutariamente competencias en materia de protección de menores”. Esto lo hace basándose en la competencias asumidas por Canarias sobre “protección de menores incluyendo a los meno-

res extranjeros no acompañados”, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, en lo sucesivo) y su regulación en el art. 14 de la denominada “atención inmediata”, que tienen obligación de prestar las autoridades y servicios públicos competentes y asumiendo en su caso la guarda provisional del menor conforme al art. 172.4 CC, con comunicación al Ministerio Fiscal para identificarlo, investigar sus circunstancias y si se encuentra en situación real de desamparo.

En el mismo sentido se pronuncia la legislación de extranjería: así, el art. 35.3 LOEx, dispone que si los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado localizasen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, los servicios competentes de protección de menores le deben proporcionar “la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor”, poniéndose en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal este hecho, que dispondrá la determinación de su edad; y el art. 35.4 LOEx que una vez determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición “de los servicios competentes de protección de menores de la comunidad autónoma en la que se halle”.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional alude en su Sentencia 43/2025 al art. 53.2 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias, que se refiere a la “Atención inmediata”, a los menores en grave riesgo o cuya tutela o guarda, por cualquier otra causa, haya sido asumida por la entidad pública, disponiendo que “Igualmente acogerán de urgencia a menores de edad extranjeros no acompañados o indocumentados puestos a disposición por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y se halle pendiente de determinación”. Asimismo, recuerda su doctrina consolidada sobre la irrenunciabilidad e indisponibilidad de las competencias (recogida entre otras, en las SSTC 329/1993, de 12 de noviembre, FJ 1; 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2; 168/2009, de 9 de julio, FJ 3; 1/2012, de 13 de enero, FJ 13; 36/2021, de 18 de febrero, FJ 3, y 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 3).

Por todo ello estima el TC que “procede, en suma, acoger el motivo de impugnación consistente en que la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de las resoluciones recurridas, habría dispuesto de sus competencias en materia de protección de menores, y, en particular de los menores extranjeros no acompañados, en forma contraria a su propio estatuto de autonomía [arts. 147.2 y 144.1 d) EACan].”

Pese a todo, el Tribunal Constitucional reflexiona en la Sentencia 43/2025, subrayando la necesidad de las relaciones interadministrativas ante fenómenos complejos como el migratorio que implican intervención de los distintos niveles territoriales de la Administración, afirmando que “el Tribunal no puede no puede cerrar los ojos ante la realidad subyacente a este proceso constitucional. La inmigración es un fenómeno de eviden-

te naturaleza supraautonómica que trasciende el círculo de sus intereses propios (art. 137 CE) y sobrepasa notoriamente su capacidad de gestión autónoma”. Por ello recuerda la obligación de solidaridad entre las comunidades autónomas recogida en el art. 2 CE, y el deber general de colaboración recíproco al que están sometidos el Estado y las comunidades autónomas que se deriva del modelo de organización territorial implantado en la Constitución, recordando que “el adecuado funcionamiento del Estado autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas y de estas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial” (STC 43/2025, FJ 3).

III. LOS ACUERDOS DE LA CONFERENCIA SECTORIAL DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA PARA LA REDISTRIBUCIÓN DE MENORES

Ante la dificultad o imposibilidad de distribuir entre las distintas comunidades autónomas los menores extranjeros no acompañados que venían superando la capacidad de acogida de las comunidades y ciudades autónomas, como Canarias, Andalucía o Ceuta, se optó, en primer lugar, por aplicar el principio de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como forma de dar respuesta a la confluencia de competencias entre las distintas Administraciones públicas implicadas en la gestión de los menores extranjeros no acompañados sin renunciar a cumplir con el interés superior de estos menores, primero con la introducción del art. 35.12 LOEx, y posteriormente recurriendo a la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Esto responde a la doctrina del Tribunal constitucional analizada (STC 43/2025, entre muchas) y al mandato recogido en el art. 2 ter de la LOEx, que establece que la Administración General del Estado debe cooperar con las Comunidades autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la lograr la integración de los extranjeros en la sociedad española, en el marco de un plan estratégico plurianual “que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados”. Estas administraciones, colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración.

Dentro de las distintas modalidades de las relaciones administrativas que encontramos recogidas en el art. 140.1 LRJSP, no nos encontraríamos en este caso ante relaciones de colaboración, que la letra c) de este precepto entiende como “el deber de actuar con el resto de Las administra-

ciones públicas para el logro de fines comunes, sino de cooperación, recogidas en su apartado d) “cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común”.

Desde el punto de vista del Derecho administrativo, lo que se materializa a través de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia es el principio de cooperación. Así, el art. 1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento interno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia¹⁶, dispone que es un “órgano de cooperación entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y la Administración Local, a través de la Federación Española de Municipios y Provincias, en la implementación de las políticas de protección y desarrollo de la infancia y la adolescencia”. Las conferencias sectoriales deben su razón de ser a la especial configuración de nuestra nación como un Estado compuesto, en que las variadas competencias del poder público se distribuyen entre diversas entidades territoriales. Como afirma TORNOS MÁS¹⁷ “Las Conferencias sectoriales responden a una técnica propia de los Estados compuestos tendente a hacer compatibles los principios de unidad y autonomía”, asignándoles la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, según NAVALPOTRO BALLESTEROS¹⁸ “(...) claramente el rol de instrumentos de cooperación”.

Por todo ello, debemos hacer referencia a los acuerdos adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en régimen de cooperación interadministrativa: el Acuerdo de 30 de septiembre de 2022, que aprobó el “Modelo de gestión de contingencias migratorias para la infancia y adolescencia no acompañada”, como modelo para abordar las situaciones de emergencia en crisis migratorias, basado en la corresponsabilidad, cooperación y solidaridad interterritorial, para permitir la derivación e integración de personas menores extranjeras no acompañadas entre distintas CC.AA. En aplicación de este modelo, en la misma sesión de la Conferencia Sectorial se aprobó el “Plan de respuesta ante crisis migratoria para menores migrantes 2022-2023”.

Respecto de estos planes, PÉREZ MEDINA¹⁹ sitúa la Ley Fundamental de Bonn (arts. 91, a, b, c, d y e) que regula las denominadas tareas co-

¹⁶ La Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, en el marco de lo establecido en los artículos 147 a 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público fue creada por el artículo 7 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, su Reglamento de Organización y Funcionamiento se aprobó por Resolución de 10 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales.

¹⁷ TORNOS MÁS, J.: Las Conferencias Sectoriales, *Documentación administrativa*, Nº 240, 1994 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de cooperación), pp. 71-92.

¹⁸ NAVALPOTRO BALLESTEROS, T. La obligatoriedad de los acuerdos de las conferencias sectoriales: una lectura marcada por el principio de cooperación, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2024, 2024.

¹⁹ PÉREZ MEDINA, J.Mª.: Dinámica de las conferencias sectoriales. Entre la intergubernamentalidad y la cooperación administrativa, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, Nº. 31, 2020, p. 57.

munes o conjuntas, como el modelo para introducir en la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común los denominados “planes y programas”, dando cobertura a una técnica ya utilizada en los Estados federales como instrumento característico del federalismo cooperativo, pasando posteriormente a la LRSJ en el art. 151, que mantuvo su esencia. Desde la perspectiva competencial, considera que “supone el reconocimiento y la adopción de medidas para tratar las interrelaciones de responsabilidades, los entrelazamientos competenciales” abordando situaciones como la que estamos analizando en las que coinciden competencias de dos o tres niveles administrativos y que requieran medidas de concertación horizontal y vertical.

Afirma PÉREZ MEDINA en relación con los planes que “Se prevé que el resultado de este trabajo conjunto sea un documento de referencia, teórico y práctico, aprobado o asumido por la conferencia sectorial, en el que las partes acuerden los objetivos compartidos, dejando al margen las posibles controversias sobre la titularidad de cada competencia”.

En este sentido, el plan de respuesta para menores migrantes 2022-2023 reflejaba una sobreocupación de los centros de acogida en la Comunidad Autónoma de Canarias de un 180% (3.313 menores extranjeros no acompañados acogidos frente a las 1.182 plazas ordinarias de su sistema de protección), y de un 247% en la Ciudad autónoma de Ceuta, que acogía a 306 menores con una capacidad ordinaria para atender a 88, cumpliéndose en ambos casos el requisito del modelo de gestión de contingencias migratorias de tener una sobreocupación por encima del 50% de las plazas disponibles con carácter ordinario. El modelo preveía también que las comunidades y ciudades autónomas asumían entre un 25 y un 50% del coste de la sobreocupación, y el Estado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado el otro 50%.

Como requisito para la derivación a otra Comunidad Autónoma, de acuerdo con el modelo de gestión de contingencias migratorias, el único requisito obligatorio era la valoración individualizada de la situación de cada persona menor de edad, dando audiencia al menor para valorar su interés superior y recomendando que los menores extranjeros no acompañados que se trasladasen estuviesen reseñados en el RMENA. Se permitía también que por acuerdo de la comunidad o ciudad de origen y de destino, se pudiesen establecer otros requisitos para realizar los traslados.

Los criterios para ponderar cuántos menores se trasladarían a cada comunidad autónoma de destino fueron los siguientes: la población de las comunidades y ciudades autónomas, según datos del INE (25%); la renta per cápita (12,5%); la tasa de paso (para que recibiesen más NNAMNA aquellas CCAA con menor desempleo (12,5%); el esfuerzo de atención a NNAMNA, recibiendo menos menores no acompañados las CCAA que más acogen (45%); y la dispersión de la población en el territorio (5%).

En definitiva, se han venido adoptando sucesivos Acuerdos en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia en relación a los menores extranjeros no acompañados, de forma que, en 2022, 2023 y 2024 se ha acordado y producido efectivamente el traslado de un total de 574 personas menores de edad extranjeras no acompañadas procedentes de Canarias y Ceuta.

IV. LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA PARA ATRIBUIR SUBSIDIARIAMENTE AL ESTADO LA COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

Ante la negativa de diversas Comunidades Autónomas a llegar a nuevos acuerdos de distribución de menores (que requieren unanimidad en el seno de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia) y la insostenible situación de los centros de protección de menores especialmente en las Islas Canarias en 2024 y 2025 que venía arrastrando desde 2020, el Gobierno optó por adoptar una solución más drástica, aprobando Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias. En la exposición de motivos de este, justifica su decisión en la “necesaria prevalencia del interés superior del menor”, como base para declarar procedente la adopción de medidas adicionales por parte del Estado en ejercicio de sus competencias y ante la imposibilidad de llegar a nuevos acuerdos en régimen de cooperación con las Comunidades y ciudades autónomas.

El Real Decreto-ley reforma la LOEx e introduce nuevos artículos para completar el art. 35 que venía regulando los menores extranjeros no acompañados: los artículos 35.bis a 35.quinquies, junto con una Disposición adicional undécima, y para justificar la intervención del Estado en el ámbito de competencia de las comunidades autónomas crea el concepto de “contingencia migratoria extraordinaria”, que nos recuerda a otros conceptos del Derecho migratorio de la Unión Europea como el concepto de “afluencia masiva”²⁰ de personas desplazadas usado como base para la aplicación de la Directiva de Protección Temporal (art. 2.d) a los desplazados por la guerra de Ucrania²¹ o el concepto de “crisis” y “fuerza mayor” que recoge el art. 1 apdos. 4 y 5 del Reglamento (UE) 2024/1359

²⁰ Vid. sobre este concepto ARENAS HIDALGO, N.: La primera activación de la Directiva 2001/55/CE. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania, Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), N° 44, 2022.

²¹ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.

del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo²².

Este concepto implica que, una vez que se acredite la existencia de situaciones de contingencia migratoria extraordinaria, que conlleva la insuficiencia de los servicios de protección de menores de las comunidades y ciudades autónomas receptoras para garantizar el principio del interés superior del menor de los menores extranjeros no acompañados, se activa la competencia de la Administración General del Estado para acordar la reubicación territorial y el traslado de los menores extranjeros no acompañados que corresponda según los criterios establecidos en el Real Decreto-Ley 2/2025 y sus reglamentos de desarrollo.

Como afirma ALVARES-GARCÍA JUNIOR²³ “Este cambio normativo no altera la competencia de las comunidades autónomas sobre la ejecución de las medidas de protección, pero sí introduce una limitación funcional a su capacidad de autoorganización cuando concurren circunstancias de contingencia migratoria extraordinaria”. Como afirma el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 61/1997, FJ 7 o 31/2010, FJ 14, la autonomía de las comunidades autónomas no puede entenderse como absoluta, particularmente cuando compromete el cumplimiento de compromisos internacionales, el interés general o la igualdad en el acceso a derechos, por lo que la previsión del RDL 2/2025, de que las comunidades tengan que recibir menores redistribuidos en momentos de saturación, no elimina su competencia para ejecutar las medidas de protección, sino que encuadra esa competencia dentro de un marco procedimental y técnico que define previamente el Estado, como garante del cumplimiento de los tratados internacionales y de los derechos fundamentales de los menores.

Por ello, en aquellas situaciones que no constituyan una contingencia migratoria extraordinaria según la define la reformada LOEx, las comunidades y ciudades autónomas, al ser competentes para las actuaciones de atención e integración social de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas, deben dar la conformidad al reparto de estos menores entre ellas por unanimidad, como ya sucedió en los acuerdos de 30 de septiembre de 2022. Nótese que, con esta previsión de unanimidad, el RD 2/2025 modifica, para este caso concreto, la forma de adoptar acuerdos que delimita el art. 151.2 LRJSP para las Conferencias Sectoriales²⁴.

²² Cfr. sobre los conceptos de crisis y fuerza mayor para activar la solidaridad en el marco del Pacto de Migración y Asilo de la UE, PORRAS RAMÍREZ, J.M^a.: El nuevo Reglamento de la UE sobre las situaciones de crisis y fuerza mayor en la migración y el asilo: o como supeditar la solidaridad a la seguridad, *La Ley Unión Europea*, n.º 125, 2024 (Ejemplar dedicado a: Pacto sobre Migración y Asilo).

²³ ALVARES GARCÍA JUNIOR, A.: ¿De quién es este menor?, cit.

²⁴ El art. 151.2 LRJSP dispone que los acuerdos adoptados en el marco de Conferencias Sectoriales son de obligado cumplimiento y directamente exigibles salvo para quienes hayan votado en contra, admitiendo la mayoría como forma de toma de acuerdos, pero esta fórmula obviamente no es posible en relación a acordar el reparto de los menores no acompañados, donde sólo cabe la unanimidad so pena de que no se

El Estado sólo actuará “en defecto de dicho acuerdo unánime” (art. 35 bis LOEx) y sobre la base de sus competencias en inmigración, entre las que debemos recordar que el art. 2 bis de la LOEx incluye “(...) la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”.

Las actuaciones de la Administración del Estado ante la falta de unanimidad que ha establecido la reforma de la LOEx por el RDL 2/2025 serán declarar, si se dan los requisitos, la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada, en aquellas comunidades o ciudades autónomas cuyo sistema de protección y tutela (en lo relativo a estos menores) exceda en ocupación tres veces su capacidad ordinaria, en los términos que establece la disposición adicional undécima LOEx; asimismo, la AGE aprobará el Plan de Respuesta a la situación de contingencia migratoria extraordinaria y seguirá para ello los criterios establecidos por el Gobierno en el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio, por el que se regulan las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria para la protección del interés superior de la infancia y la adolescencia migrante no acompañada. Según el art. 3 de este Real Decreto, la situación de contingencia migratoria extraordinaria será aprobada por resolución de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, es decir, de la AGE, a través de la persona titular del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, (según el art. 6.1.a del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Conferencia Sectorial).

El Gobierno estima en el RDL 2/2025 que, basándose en la competencia exclusiva en materia de inmigración, que incluye la planificación según el art. 2 bis LOEx, está habilitado para establecer esta regulación con efectos vinculantes para las comunidades y ciudades autónomas incluso en lo relativo a sus competencias de atención e integración social de los menores extranjeros no acompañados, en caso de que resulte imprescindible su redistribución territorial planificada en orden a garantizar la protección de su interés superior, en el marco de las situaciones definidas como contingencia migratoria extraordinaria.

Pese a esta argumentación, hasta 10 Comunidades autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad ya admitidos, concretamente las Comunidades autónomas de Madrid, Aragón, Valencia, Andalucía, Galicia, Islas Baleares, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cantabria y Extremadura²⁵. En este sentido, cabe recordar que las competencias en

pueda hacer efectiva la reubicación para todos los menores extranjeros susceptibles de ella de la comunidad o ciudad autónoma en que se haya declarado la situación de contingencia migratoria extraordinaria.

²⁵ Comunidad de Madrid: Recurso de inconstitucionalidad nº 2437-2025 contra el Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, por el que se aprueban medidas urgentes para la garantía del interés superior de la infancia y la adolescencia ante situaciones de contingencias migratorias extraordinarias; Comunidad de Aragón: Recurso n.º 3124-2025; Comunidad de Andalucía: Recurso n.º 4458-2025; Comunidad de Galicia:

planificación de la inmigración que se atribuye el Gobierno, ex art. 2 bis LOEx, se entienden “sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”. Los recursos de inconstitucionalidad presentados consideran: que el RDL 2/2025 invade sus competencias estatutarias en materia de protección de menores vulnerando el art. 148 CE; que vulnera los artículos 81.1 y 86.1 de la Constitución, al regular por decreto-ley el contenido esencial del derecho fundamental de las personas menores extranjeras no acompañadas a la libre circulación y elección de residencia dentro del territorio nacional; y que conculca los principios de autonomía y solidaridad (artículos 2 y 138 CE), de interdicción de la arbitrariedad de poderes públicos (artículo 9.3 CE), y de lealtad institucional y de autonomía financiera (artículo 156.1 CE).

En relación con los plazos, la aprobación de la declaración de contingencia migratoria extraordinaria se realizará por la AGE en un plazo máximo de cinco días naturales desde la comunicación por parte de la comunidad o ciudad autónoma cuya ocupación del sistema de protección y tutela de menores extranjeros no acompañados exceda en tres veces o más su capacidad ordinaria en los términos de la disposición adicional undécima, y se dará traslado a la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

La disposición adicional undécima introducida en la LOEx por el RDL 2/2025 establece el método para determinar la capacidad ordinaria de los sistemas de protección autonómicos. Así, la capacidad ordinaria del sistema de protección y tutela de menores se obtendrá de dividir la población total de cada comunidad autónoma a 31 de diciembre del año anterior, por el cociente resultante de dividir la población total de España a 31 de diciembre del año anterior entre el número máximo de menores no acompañados atendidos en el sistema de protección español en su conjunto, según los datos que envíen las comunidades autónomas antes del 31 de marzo de 2025²⁶, previa inscripción en el registro de menores y certificación del Ministerio de Juventud e Infancia.

Esta capacidad debe aprobarse anualmente mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, informada por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, y para 2025 se ha establecido a través del Real Decreto 743/2025, de 26 de agosto, por el que se aprueba la capacidad ordinaria

Recurso nº 4527-2025; Comunidad de Islas Baleares: Recurso nº 4001-2025; Comunidad de Castilla y León: Recurso nº 4321-2025; Comunidad de Castilla-La Mancha: Recurso nº 4397-2025; Comunidad de Cantabria: Recurso nº 3224-2025; y Comunidad de Extremadura: Recurso nº 3764-2025.

²⁶ El apdo. 3 de la DA undécima LOEx introducida por el RDL 2/2025 concreta como deben calcular las comunidades y ciudades autónomas el número de menores extranjeros no acompañados que hayan acogido en su territorio en el año anterior, para remitir a la persona titular de la Presidencia de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia antes del 15 de enero de cada año certificación recogiendo el número de menores, su identidad y la fecha de acogida, y debiendo excluir las comunidades o ciudades autónomas de origen del cómputo a los menores que hayan sido efectivamente trasladados a otra comunidad o ciudad autónoma, dentro del año considerado, a raíz de la declaración de una situación de contingencia migratoria extraordinaria en la comunidad o ciudad autónoma de origen.

del sistema de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas de las comunidades y ciudades autónomas, quedando en su Anexo como sigue:

Comunidad Autónoma	Capacidad ordinaria
Andalucía.	2.827
Aragón.	441
Asturias, Principado de.	331
Balears, Illes.	406
Canarias.	737
Cantabria.	194
Castilla y León.	783
Castilla-La Mancha.	692
Cataluña.	2.650
Comunitat Valenciana.	1.767
Extremadura.	344
Galicia.	886
Madrid, Comunidad de.	2.325
Murcia, Región de.	517
Navarra, Comunidad Foral de.	223
Euskadi.	731
Rioja, La.	107
Ciudad de Ceuta.	27
Ciudad de Melilla.	28
Total.	16.016

Se crea también por el RDL 2/2025, un Fondo para compensar íntegramente a las comunidades y ciudades autónomas por los costes que les ocasione la sobreocupación derivada de los menores extranjeros no acompañados trasladados desde otra comunidad o ciudad autónoma, si la ocupación total excede la capacidad ordinaria de su sistema de protección y tutela de menores extranjeros no acompañados establecida en el RD 734/2025, y siempre que acredite un número de plazas de acogida (en uso) por encima de la media del total de las plazas existentes en el conjunto del Estado por cada 100.000 habitantes, mientras perdure tal situación.

Se prevé que la capacidad ordinaria establecida por el RD 734/2025 en desarrollo de la disposición adicional undécima LOEx (y las sucesivas que se establezcan) únicamente puede prorrogarse un año, por Real Decreto y previo informe de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, requiriéndose después de dicha prórroga acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia o, en su defecto, el acuerdo por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados sobre la propuesta elaborada por el Gobierno para sucesivas prórrogas.

Una vez transcurrido el primer año de prórroga, sin que se haya producido el acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial sobre la capacidad ordinaria de los sistemas de protección y tutela de menores extranjeros no acompañados que debe actualizarse anualmente, las resoluciones relativas a la reubicación de estos menores que adopte la Administración General del Estado sobre la base de la LOEx no resultarán de cumplimiento obligatorio para las comunidades y ciudades autónomas.

Seguramente esta previsión responde al interés del legislador de que la solución introducida a través de la reforma de la LOEx pueda superar el escrutinio del Tribunal Constitucional dado su carácter extraordinario (que justificaría además en este supuesto el recurso al decreto-ley) y temporal, pero al mismo tiempo puede remitir en breve a una nueva situación de bloqueo ante nuevas contingencias migratorias que requieran de la redistribución de menores entre las comunidades y ciudades autónomas. Este carácter provisional de la reforma se refuerza en la disposición adicional duodécima introducida en la LOEx por el RDL 2/2025, titulado “Alcance de las decisiones de la Administración General del Estado sobre la capacidad de los sistemas de protección y tutela de personas menores de edad extranjeras no acompañadas”, que prohíbe a la AGE, si no media Acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, acordar, una vez cumplidas las previsiones de la DA undécima para 2025 y su prórroga (en su caso), la reubicación de menores extranjeros no acompañados entre comunidades y/o ciudades autónomas, o atribuirse obligatoriamente la atención o tutela de los menores que se encuentren tuteladas en comunidades o ciudades autónomas cuya ocupación en las plazas de menores (extranjeros o no) esté por debajo de las plazas establecidas en el conjunto del Estado para cada 100.000 habitantes.

La declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria determina que la AGE deba concretar en cada caso a qué comunidad o ciudad autónoma se trasladará cada menor reubicado. En este sentido el art. 35 ter, incorporado a la LOEx por el RDL 2/2025 configura el “Modelo de gestión de contingencias migratorias extraordinarias para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada” que está formado por tres elementos:

- El conjunto de criterios objetivos para que la AGE determine cuál será la ubicación de los menores no acompañados en las CCAA o ciudades autónomas.

- La regulación del mecanismo de derivación de los menores a otras comunidades o ciudades autónomas.
- Los criterios para determinar el número de plazas por comunidad autónoma o ciudad autónoma, para atender a los menores no acompañados en caso de derivación.

En cuanto a los criterios objetivos para que la AGE determine la ubicación de los menores no acompañados en las CCAA son: la población (50%); la Renta bruta disponible per cápita de las comunidades o ciudades de acogida publicada por el INE (13%); la tasa de paro del último cuatrimestre de las comunidades o ciudades autónomas de acogida en razón inversa (15%); un 6% inversamente al esfuerzo de atención a menores no acompañados calculado según el promedio de menores acogidos en los seis últimos meses y la ratio de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados por cada 100.000 habitantes de la comunidad o ciudad autónoma; un 10% en razón inversa de las plazas de acogida estimadas por el Ministerio de Juventud e Infancia, calculando la diferencia entre las plazas existentes y el promedio que se considera deseable (una plaza por cada 2.500 habitantes); un 2% en razón a su realidad de ciudad fronteriza estableciéndose una ponderación negativa a la Ciudad de Melilla del -100 %; un 2% en razón a la insularidad estableciéndose una ponderación negativa a Islas Baleares del -100 %; un 2% atendiendo a la dispersión de la población, reconociendo la situación especial de las zonas de España menos pobladas.

El RDL 2/2025 incluye asimismo un art. 35 quáter en la LOEx, que establece las bases del “plan de respuesta solidaria” ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la protección de la infancia y adolescencia migrante no acompañada, Plan que se ha desarrollado por el Real Decreto 658/2025, de 22 de julio, por el que se regulan las medidas a adoptar en situaciones de contingencia migratoria extraordinaria. El Plan de respuesta solidaria prevé la aplicación de los criterios y medidas recogidas en los artículos 35 quáter y quinquies de la LOEx, el Protocolo Marco de 2014²⁷ y la normativa de protección de menores estatal (LOPJM) y autonómica.

En caso de declararse la situación de contingencia migratoria extraordinaria prevista en el artículo 35 bis, el art. 35 quáter no modifica las actuaciones establecidas hasta el momento si se localiza a una persona menor extranjera no acompañada, remitiéndose al Protocolo Marco, pero introduce algunas especificaciones. La novedad, ya se trate de una persona menor de edad extranjera no acompañada cuya minoría de edad sea indubitada, o de una persona indocumentada cuya minoría de edad no

²⁷ Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

podiera ser establecida con seguridad, es que tras su reseña “inmediata o a la mayor brevedad posible”, se procede a su inscripción en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA) dentro de las veinticuatro horas siguientes. La minoría de edad se reflejará, esté acreditada o no, en el Registro, en cumplimiento del art. 12.4 LOPJM, que dispone que “Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad”. Esto nos indica que la inscripción podrá modificarse tras realizarse las pruebas de edad y dictar la Fiscalía su decreto de determinación de la edad.

Estos menores, mientras se mantenga la situación de contingencia migratoria extraordinaria, y aún sin haberse determinado su edad, serán trasladados en un plazo máximo de quince días naturales, a contar desde la fecha de inscripción en el RMENA, a la comunidad o ciudad autónoma de destino que haya determinado la AGE en aplicación de los criterios dispuestos en el art. 35 quinquies LOEx. La persona titular de la Subdelegación del Gobierno en la comunidad autónoma declarada en situación de contingencia migratoria extraordinaria es el órgano instructor del procedimiento para la reubicación y el traslado según el art. 5 RD 658/2025, y adoptará la propuesta de reubicación de forma simultánea a la inscripción del menor en el RMENA.

Aquí surge una duda, pues el apartado 3 del art. 35 quáter LOEx dispone que los menores serán trasladados en un plazo máximo de 15 días a contar desde la fecha de inscripción en el RMENA, mientras que el apdo. 4 afirma que la resolución de ubicación y traslado de una comunidad o ciudad autónoma a otra del Subdelegado del Gobierno “será dictada” por este en el plazo de 15 días naturales desde la inscripción del menor en el Registro. Es posible cumplir con ambos plazos si la resolución del Subdelegado se produce en los primeros días tras el registro del menor, si bien cabe también interpretar que existe un plazo de 15 días para dictar la resolución de traslado, y a partir de ahí comenzaría un nuevo plazo de 15 días para el traslado efectivo del menor, ya que de otro modo se haría muy difícil el cumplimiento de los plazos establecidos y sobre todo el cumplimiento de la obligación de dar audiencia al menor en el procedimiento, como prescriben el propio apartado 4 del art. 35 quáter, el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño o el artículo 11 LOPJM, y de comunicarlo al Ministerio Fiscal.

El precepto garantiza la intervención de oficio del Ministerio Fiscal en todas las actuaciones que prevé, y establece que la resolución de ubicación y traslado debe inscribirse en el RMENA indicando la comunidad o ciudad autónoma de destino del menor, disponiendo como garantía adicional en su apdo. 8 que a los menores cuyo grado de madurez lo permita (por lo que debería entregarse a todos los mayores de 12 años según el art. 9.1 LOPJM) o a sus representantes legales, se les entregue una certificación de los datos que queden registrados en el Registro de Menores

Extranjeros No Acompañados que les afecten, incluyendo los datos sobre la comunidad o ciudad autónoma a la que se encuentren asignados.

Como hemos apuntado, la determinación de la edad de aquellos menores no acompañados cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad y que deban someterse a las pruebas oportunas con esta finalidad, se llevará a cabo en la comunidad o ciudad autónoma de destino. Esto se hace para asegurar la celeridad del procedimiento, si bien, como se ha comprobado en diversas ocasiones, se corre un riesgo cierto de que se encuentren acogidos menores de edad junto con mayores²⁸, si bien en otras ocasiones se ha producido la determinación de la edad previamente al traslado²⁹.

Por último, los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria ante la situación de contingencia migratoria extraordinaria para la infancia y la adolescencia migrante no acompañada se regulan en el nuevo art. 35 quinquies. Este dispone (apdo 1) que si no se lograra el acuerdo unánime de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia previsto en el artículo 35 bis.1, los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria serán adoptados también por la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia, pero ejercitando la Administración General del Estado sus funciones de coordinación en el seno de aquella, aplicando el artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El artículo 151 LRJSP se refiere a las distintas clases de decisiones de la Conferencia Sectorial, que pueden revestir la forma de Acuerdo o de Recomendación. En caso de adoptarse un Acuerdo en régimen de cooperación por unanimidad de las comunidades y ciudades autónomas, como la adopción del Plan de respuesta solidaria ante la contingencia migratoria, aquel será certificado en acta y “supone un compromiso de actuación en el ejercicio de las respectivas competencias” por ello, son de obligado cumplimiento y directamente exigibles de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), salvo para quienes hayan votado en contra mientras no decidan suscribirlos con posterioridad.

Sin embargo, cuando, como en este caso, la AGE ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, en el ámbito material respectivo (en este caso competencias en materia de inmigración), el Acuerdo adoptado en la Conferencia

²⁸ ABC. (2025, 2 de octubre). *Mayores de 18 años se cuelan en el reparto de inmigrantes como falsos menores*. ABC. Recuperado de <https://www.abc.es/espana/mayores-anos-cuelan-reparto-inmigrantes-falsos-menores-20251002041134-nt.html>

²⁹ Público / El Diario (Agencias). (2025, 19 de octubre). *Queda sin efecto la resolución de traslado de uno de los menores migrantes que iba a llegar a Cantabria al ser mayor de edad*. Público (ElDiario). Recuperado de <https://eldiariocantabria.publico.es/articulo/politica/queda-efecto-resolucion-traslado-uno-menores-migrantes-que-iba-llegar-cantabria-ser-mayor-edad/20251019180623183403.html>

Sectorial será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia Sectorial, hayan votado a favor o no, como recuerda PAREJO ALFONSO³⁰, pese a incluirse en el Acuerdo los votos particulares de las comunidades o ciudades autónomas que estén en contra, siendo el Acuerdo exigible conforme a lo establecido en la LJCA.

El mismo artículo 151.2.a) LJCA dispone que “Las Conferencias Sectoriales podrán adoptar planes conjuntos, de carácter multilateral, entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas, para comprometer actuaciones conjuntas para la consecución de los objetivos comunes, que tendrán la naturaleza de Acuerdo de la conferencia sectorial y se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»”. La naturaleza jurídica del Plan de respuesta solidario ante la contingencia migratoria es la de uno de estos Acuerdos en el marco de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia³¹.

En cualquier caso, el art. 35 quinquies recuerda que los servicios de protección de menores autonómicos deben garantizar la atención de los menores extranjeros no acompañados que se ubiquen en su territorio respetando los plazos que se establezcan en los criterios de aplicación del Plan de respuesta solidaria que apruebe la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia.

Añade este precepto que el Acuerdo de la Conferencia Sectorial debe recoger los criterios objetivos para establecer la reubicación de los menores no acompañados y para la asignación de la tutela y custodia a las comunidades autónomas a las que hayan sido reasignados, y la Secretaría de la Conferencia sectorial los comunicará a las Consejerías competentes en juventud e infancia de las comunidades y ciudades autónomas afectadas, que hará lo propio con el Ministerio Fiscal. A nuestro entender, estos criterios no pueden ser contrarios y deben seguir las previsiones que realiza la LOPJM al respecto. Así, desde el momento de la localización del menor el art. 14 LOPJM establece la obligación de atención inmediata por parte de las autoridades y servicios públicos, y permite asumir la guarda provisional del presunto menor en tanto se averigua su edad y se declara su situación de desamparo de conformidad con el art. 172 CC y art. 18 LOPJM.

El art. 18.4 LOPJM dispone que, en caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección entre comunidades o ciudades autónomas, corresponde a la de destino asumir la medida de protección o adoptar otra en un plazo máximo de tres meses desde que sea informada del traslado. Esta redacción no ha sido modificada, y

³⁰ PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, 2022, p. 420

³¹ El art. 151.2.a) LJCA dispone: “(...) El acuerdo aprobatorio de los planes deberá especificar, según su naturaleza, los siguientes elementos, de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria. 1.º Los objetivos de interés común a cumplir; 2.º Las actuaciones a desarrollar por cada Administración. 3.º Las aportaciones de medios personales y materiales de cada Administración. 4.º Los compromisos de aportación de recursos financieros. 5.º La duración, así como los mecanismos de seguimiento, evaluación y modificación.

nos plantea el problema de que la Comunidad autónoma de llegada del menor no acompañado, en la que se ha declarado la situación de contingencia, puede ostentar la tutela y/o guarda del menor, así como la responsabilidad civil derivada de sus actos, meses después de que el menor haya sido reubicado, y por la jerarquía normativa, el Acuerdo y los criterios sobre la tutela de los menores afectados no pueden ser contrarios a lo dispuesto en la LOPJM. Será importante que el Acuerdo determine en qué momento la guarda pasa a la AGE para realizar el traslado y en qué momento la asume la comunidad o ciudad autónoma a la que ha sido reubicado el menor extranjero no acompañado.

En el sentido expuesto se pronuncia el apdo 4 del art. 35 quinquies, al afirmar que “En cuanto al régimen de tutela, guarda y acogimiento de las personas menores de edad extranjeras no acompañadas se estará a lo dispuesto en la legislación civil”. Asimismo, recuerda que, si un menor extranjero no acompañado se desplaza sin autorización fuera de la comunidad o ciudad autónoma que tenga su guarda o tutela, una vez localizado será devuelto nuevamente a aquellas y puestas a disposición de la autoridad correspondiente.

V. CONCLUSIONES

El fenómeno de la inmigración de menores extranjeros no acompañados está en claro ascenso en nuestro país, superando frecuentemente la capacidad de acogida de las comunidades autónomas, como es el caso de Canarias, Andalucía o Ceuta, dificultando que puedan proporcionarles una atención adecuada y conforme con el principio de interés superior del menor, y creando conflictos competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas sobre la administración responsable de proporcionar la atención al menor. A este respecto, la STC 43/2025 ha anulado el Acuerdo y el Protocolo del Gobierno canario en que trataba de hacer recaer en el Estado competencias en la protección inicial de estos menores.

Los acuerdos entre comunidades autónomas que se introdujeron como posible solución en el apdo 12 del art. 35 LOEx no han sido utilizados, y el recurso las relaciones interadministrativas, a través del principio de cooperación en el marco de la Conferencia Sectorial de Infancia y Adolescencia ha tenido un éxito limitado, por la necesidad de adoptar acuerdos por unanimidad y la negativa de varias comunidades autónomas a participar en los mismos, mientras la situación de saturación de los recursos de protección continuaba, particularmente en las islas Canarias.

La solución adoptada ha sido la introducción de nuevos artículos en la LOEx, desarrollados reglamentariamente, en los que se establece de manera anual la capacidad de acogida de cada comunidad y ciudad autónoma, previendo que, en caso de que los menores extranjeros no acom-

pañados tripliquen la capacidad de acogida y no se llegue a un acuerdo unánime sobre la redistribución de los menores, la comunidad o ciudad autónoma afectada pueda instar la declaración de la situación de contingencia migratoria extraordinaria en virtud del interés superior del menor, y que se proceda por parte de la Administración del Estado al reparto de los menores entre las comunidades y ciudades autónomas, a cuyo efecto se han establecido unos criterios objetivos de reparto.

Ante esta situación, hasta diez comunidades autónomas han recurrido de inconstitucionalidad el Real Decreto Ley 2/2025 que ha introducido estos cambios en la LOEx, pero no auguramos que estos recursos puedan prosperar, si nos ceñimos a la doctrina del TC de que la autonomía de las comunidades autónomas no puede entenderse como absoluta, particularmente cuando compromete el cumplimiento de compromisos internacionales, el interés general o la igualdad en el acceso a derechos. La previsión del RDL 2/2025, de que las comunidades tengan que recibir menores redistribuidos en momentos de saturación, no elimina su competencia para ejecutar las medidas de protección, sino que encuadra esa competencia dentro de un marco procedimental y técnico que define previamente el Estado, como garante del cumplimiento de los tratados internacionales y de los derechos fundamentales de los menores.

En cualquier caso, el fenómeno migratorio exige mecanismos de corresponsabilidad que equilibren la autonomía de las comunidades con el principio de solidaridad interterritorial. Solo a través de una cooperación leal y una planificación conjunta será posible garantizar una atención equitativa y eficaz a los menores extranjeros no acompañados en todo el territorio nacional.

Aunque la reforma de 2025 responde a una emergencia concreta, su carácter temporal y condicionado puede conducir nuevamente a situaciones de bloqueo si no se desarrollan instrumentos estables de financiación, coordinación y reparto de responsabilidades. Debe avanzarse hacia un modelo permanente de gobernanza cooperativa entre el Estado y las comunidades autónomas, que permita compatibilizar la autonomía institucional con el respeto pleno a los derechos de los menores.

Ley aplicable al divorcio: los últimos pasos del TJUE y su repercusión en el Derecho de familia internacional*

David CARRIZO AGUADO

Profesor Permanente Laboral de Derecho internacional privado

Acreditado a Profesor Titular de Universidad

Universidad de León

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9427-287X>

Correo electrónico: dcara@unileon.es

Sumario: I. A modo de contextualización inicial: 1. *La crisis familiar participada del componente transnacional*. 2. *Caracteres generales del Reglamento (UE) 1259/2010*. II. La «apuesta triple» del Reglamento (UE) 1259/2010: 1. *Consideraciones iniciales*. 2. *El debatible punto de contacto de la «residencia habitual»*: 2.1. Aclaración preliminar. 2.2. Aceptación autónoma y correlación interpretativa a través del Reglamento (UE) 2019/1111. 2.3. Especificidades relevantes por la vía de la fundamentación del TJUE. 3. *La controvertida conexión de la «nacionalidad»*: 3.1. Parámetro inicial. 3.2. El punto de fricción: la plurinacionalidad. 3.3. Coexistencia con otros textos internacionales. 3.4. Reflejo sociológico derivado de las situaciones privadas internacionales. 4. *La lex fori cuán ultima ratio*. III. Diagnósis final.

Palabras clave: Conflicto de leyes, divorcio y/o separación judicial transnacional, jurisprudencia vinculante del TJUE, previsibilidad y seguridad jurídica.

* Estudio realizado en el marco de las actividades del Grupo de Investigación Consolidado ULE «Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales» –*EUROHIST.org*– cuyo autor es el IP y en el contexto de dos estancias de investigación bajo el “Programa Erasmus+ *Acción K 131* de Formación del PDI de la Universidad de León” en régimen de concurrencia competitiva: 1ª. En la Università di Bologna bajo la tutorización del Prof. Dr. Domenico DAMASCELLI; 2ª. En la Universidade do Minho cuya tutorización fue efectuada por la Profa. Dra. Anabela Susana DE SOUSA GONÇALVES.

I. A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN INICIAL

1 *La crisis familiar participada del componente transnacional*

La multiplicidad de nexos interpersonales entre los individuos, proyectados sobre diversos ámbitos sociales, ha conllevado el advenimiento de nuevas relaciones jurídicas de carácter personal y patrimonial¹. Desde la óptica personal, se ha propiciado la existencia de vínculos de pareja o matrimoniales de personas de distintas nacionalidades. Con apoyo en la perspectiva patrimonial, se ha originado la dispersión de los bienes a raíz de los desplazamientos y/o mutaciones de residencia a enclaves territoriales distintos del estado de cuya nacionalidad poseen².

Así las cosas, la internacionalidad en el marco privado internacional puede venir dada o bien, por elementos personales o subjetivos referidos a las partes o bien, por los aspectos objetivos de la relación jurídica internacional. En principio, todas las situaciones privadas que incluyen un rasgo de extranjería constituyen el objeto del Derecho internacional privado, cualquiera que sea su relevancia, aunque el factor internacional sea susceptible de modulación³. Por ende, el Derecho internacional privado regula las situaciones de carácter privado, pero con la presencia del necesario elemento “internacional”. Ahora bien, la distinción entre “situaciones internas” y “situaciones internacionales” resulta ser harto complicado en tanto en cuanto existen numerosos tipos de componentes extranjeros, de dispar naturaleza y de intensidad diferente.

De este modo, en las situaciones jurídicas que presentan un “cariz de extranjería”, sea cual sea, se suscita la duda de la determinación del tribunal estatal competente además de conocer qué Derecho estatal debe regir tal situación. No es, sino menos cierto que, ambas cuestiones son metas del Derecho internacional privado bajo el postulado de dotar seguridad jurídica a las situaciones privadas que se desarrollan en un contexto transfronterizo⁴. En el presente estudio nos detendremos en la concreción

¹ El auge de la globalización ha incrementado el número de asuntos en la jurisdicción de familia en los que existe al menos un elemento internacional: *Vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A.: “Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores” en *Hacia un derecho conflictual europeo: realidades y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, (coord. por DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A.), Universidad de Sevilla, 2008, pp. 151-172, esp. 151-152.

² HIJAS CID, E.: “Los regímenes matrimoniales extranjeros y el Registro de la Propiedad”, *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 111, 2023, pp. 142-145.

³ Magna fundamentación ofrecida por FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 13^a ed., Civitas, Madrid, 2024, pp. 25-26.

⁴ De manera muy aclaratoria CALVO y CARRASCOSA entienden que, el factor extranjero existe y hace que una situación jurídica privada sea “internacional” con total independencia de la intensidad de extranjería del elemento en cuestión. Asimismo, consideran que, el elemento extranjero existe y hace que una situación jurídica privada sea “internacional” con total independencia, también, de su relevancia intrínseca, esto es, de su importancia objetiva en el contexto de la relación legal. *Cfr.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 129-130.

del Derecho aplicable ante el surgimiento de un divorcio y/o separación judicial con políedricos elementos internacionales.

2. Caracteres generales del Reglamento (UE) 1259/2010

Así las cosas, cuando el matrimonio llega a su fin se torna necesario regular las consecuencias de dicha ruptura, así como la Ley aplicable a la resolución de la controversia con matiz transnacional. En este sentido, en el ámbito de la identificación de la norma de conflicto aplicable a la separación y al divorcio en asuntos transfronterizos, las autoridades españolas tendrán que aplicar el Reglamento (UE) 1259/2010⁵ adoptado por medio del mecanismo de “cooperación reforzada”⁶ no vinculando a todos los Estados miembros de la Unión Europea, sino solo a diecisiete⁷. Sobre este particular, conviene señalar que, del tenor literal de su artículo 1 no se desprende ningún elemento útil para definir el concepto de divorcio, ni por supuesto de matrimonio⁸; ahora bien, desde su considerando núm. 10 advierte que, el ámbito de aplicación material y el articulado del Reglamento (UE) 1259/2010 deben ser coherentes con los del Reglamento (UE) 2019/1111⁹.

⁵ Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343/10, de 29 de diciembre de 2010). Huelga decir que, esta norma únicamente determina las normas de conflicto de leyes aplicables en materia de divorcio y separación judicial, pero no regula el reconocimiento, en un Estado miembro, de una resolución de divorcio ya dictada. Aclaración capital del Juez de Luxemburgo en su Auto del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni*: EU:C:2016:343.

⁶ La aplicación de los Reglamentos (UE) 1259/2010 y 2019/1111 –*vid.* nota 8– en todo el territorio UE solamente en los Estados de “cooperación reforzada” de los que forman parte del primero, puede generar diversas disfunciones. Denotado por ADROHER BIOSCA, S.: “Derecho aplicable a la resolución de las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental”, en *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial* (dir. por GUZMÁN ZAPATER, M. y HERRANZ BALLESTEROS, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 368.

⁷ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Portugal y Rumanía.

⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO, en su momento advirtió que, la tarea de forjar un concepto funcional de matrimonio aceptado por todos los Estados miembro participantes parece inabordable desde la labor jurisprudencial de los tribunales de cada Estado. No es una obra de creación individual la que puede generar ese enriquecimiento. La denominación de «concepto autónomo» que un juez pueda dar al resultado de su singular construcción intelectual no garantiza que vaya a ser aceptada por los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembro participantes: *cfr.* ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 5, núm. 2, 2013, pp. 140-208, esp. p. 142.

⁹ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019). A la luz de la definición del concepto de «divorcio» que figura en el Reglamento (UE) 2019/1111 y de los objetivos perseguidos por el Reglamento (UE) 1259/2010 se debe entender que el primero únicamente atañe a los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta. Sabia apreciación del Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni*: EU:C:2017:988.

El Reglamento (UE) 1259/2010 contempla en los artículos 5 y siguientes una serie de normas uniformes para determinar la Ley aplicable a un divorcio o una separación judicial. Ello implica que todas las autoridades nacionales de los Estados miembro participantes deberán aplicar estas reglas para concretar la Ley que va a regir en esta clase de crisis matrimoniales “que impliquen un conflicto de leyes” (artículo 1.1). Consecuentemente, la Ley rectora de estos asuntos debería ser la misma con independencia del Estado participante en el que se plantee el litigio¹⁰. En este sentido, las normas del Reglamento (UE) 1259/2010, por su ámbito de aplicación espacial, son exigibles en España con carácter erga omnes¹¹ tal y como señala su artículo 4. Además, su presupuesto de aplicación –personal– dispone, al igual que en otros instrumentos europeos, que exista un elemento internacional, cualquiera que éste sea y en cualquier momento de la biografía del matrimonio (celebración, divorcio o separación), y aunque esté conectado con Estados no europeos¹².

Sea como fuere, se puede afirmar que la política y el desarrollo legislativo en materia de Derecho de familia orientado a armonizar los derechos nacionales es prácticamente inexistente¹³; tal situación ha determinado que, en lugar de uniformar los derechos sustantivos de familia de cada uno de los Estados miembro surgiese la idea de coordinar efectivamente los derechos a través de normas comunes de Derecho internacional privado como resulta ser el divorcio y la separación matrimonial¹⁴. Esta

¹⁰ Hay que tener en consideración que, el régimen de aplicación de leyes extranjeras difiere actualmente entre los Estados miembro, por lo que cabría la posibilidad de que la eventual ley extranjera designada por el Reglamento se aplicara correctamente en un país, pero no en otro, desvirtuando indirectamente la armonización creada por este instrumento. Apreciación realizada por PALAO MORENO, G., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. y QUINZÁ REDONDO, P.: “Los Reglamentos europeos aplicables a las crisis familiares”, en *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y coord. por CHAPARRRO MATAMOROS, P. y MUÑOZ RODRIGO, G.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 896.

¹¹ Sus normas de conflicto contarán con una aplicación preferente –en relación con las respuestas estatales y convencionales–, dentro de sus respectivos ámbitos de juego material, en todo caso. Así queda dispuesto por PALAO MORENO, G.: “Los Reglamentos Europeos en materia de familia: cuestiones abiertas y problemas prácticos”, en *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica* (dir. por CUARTERO RUBIO, M^a.V. y VELASCO RETAMOSA, J.M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 38.

¹² El Reglamento (UE) 1259/2010 se aplica a los supuestos de divorcio y separación judicial que presentan los ya reseñados elementos extranjeros de carácter objetivo. Ello se verifica cuando concurre algún dato fáctico en el supuesto litigioso como pudiese ser el lugar de residencia habitual o la nacionalidad de los cónyuges ubicados en un país distinto al Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. De hecho, en su considerando núm. 22, el legislador lo deja meridianamente claro. ... los objetivos del Reglamento, a saber, el aumento de la seguridad jurídica, la previsibilidad y la flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional...

¹³ En las relaciones entre los Estados miembros, las legislaciones nacionales deben coordinarse mediante el Derecho internacional privado, pero no sustituirse por la armonización de normas sustantivas. Aunque, según afirma la doctrina extranjera, la política exterior de Derecho privado de la Unión probablemente tendrá que lidiar con estas limitaciones a largo plazo. *Vid. in extenso*, KOHLER, C.: “Zur Außenprivatrechtspolitik der Europäischen Union”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 89, núm. 3, 2025, pp. 451–482.

¹⁴ VELASCO RETAMOSA, J.M.: “Concepto de matrimonio en los Estados miembros de la Unión Europea y Derecho internacional privado”, en *El Derecho de Familia a la luz del derecho fundamental europeo al*

unificación de las normas de conflicto en materia de crisis matrimonial era necesaria al objeto de respetar la libre circulación de personas, eliminar la inseguridad jurídica y el *forum shopping*¹⁵.

II. LA «APUESTA TRIPLE» DEL REGLAMENTO (UE) 1259/2010

1. Consideraciones iniciales

La autonomía de la voluntad conflictual, basamento fundamental de la norma europea objeto de este estudio, tiene por consecuencia que las partes puedan elegir con libertad la Ley estatal aplicable a sus relaciones jurídicas internacionales siempre que con ello no se perjudique a terceros, al interés público, general o estatal, ni a particulares situados en posiciones negociadoras débiles a la hora de elegir la Ley aplicable a la situación jurídica¹⁶.

En principio, el divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley acordada por las partes¹⁷ en los términos establecidos por los artículos 5 a 7 Reglamento (UE) 1259/2010¹⁸. A este respecto, el legislador europeo recoge en su artículo 5¹⁹ un conjunto de conexiones estructuradas *en cascada*²⁰ a fin de determinar el Derecho aplicable a distintos tipos de divorcio y separación judicial fruto de la existencia de un pacto de Ley²¹. De igual

respeto a la vida familiar (dir. por CUARTERO RUBIO, M^a.V. y VELASCO RETAMOSA, J.M.), Aranzadi, Madrid, 2025, p. 133.

¹⁵ CAPARRÓS MORENO, M^a.A.: “El Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial: antecedentes”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, núm. 1, 2023, pp. 132-148, esp. 146.

¹⁶ Como afirman CALVO y CARRASCOSA, los cónyuges disponen del derecho a organizar su convivencia como tengan por conveniente, incluso para poner fin a ella: *cfr.* CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Ley aplicable al divorcio internacional y autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 194-261, esp. pp. 228 y ss.

¹⁷ La introducción limitada de la autonomía de la voluntad se torna, en la actualidad, insuficiente para cubrir las situaciones privadas heterogéneas que requieren de una respuesta eficaz. Argumento de DIAGO DIAGO, M^a.P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 66, núm. 2, 2014, pp. 49-79, esp. 77.

¹⁸ A tenor del considerando núm. 18, la elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del Reglamento (UE) 1259/2010. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable.

¹⁹ El Reglamento (UE) 1259/2010 reconoce la validez y preeminencia del principio autonomía de la voluntad, puesto que su artículo 5 establece que los cónyuges pueden elegir la ley aplicable, siendo esta aplicabilidad reforzada por la disposición transitoria que se recoge en el artículo 18.1, párrafo 2.º que establece la validez del convenio suscrito con anterioridad al Reglamento. Fundamento apreciado en la STS núm.730/2016, de 20 de diciembre de 2016: ES:TS:2016:5524.

²⁰ Explicación pragmática de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1720.

²¹ En sede de los tribunales españoles, concretamente la STS núm. 532/2021, de 17 de febrero de 2021: ECLI:ES:TS:2021:532, se afirma que, el pacto otorgado por las partes antes de contraer matrimonio y

modo, en su artículo 8 contempla la determinación de la Ley aplicable a falta de elección por las partes²².

Las soluciones que ofrece en ambas situaciones, generalmente, merecen una valoración positiva, pues se basan en la idea de flexibilizar las normas de Derecho internacional privado, buscando al mismo tiempo que conduzcan a la aplicación de un Derecho razonablemente conectado con la relación jurídica y que responda al carácter de una sociedad multicultural como es la europea²³.

A decir verdad, el legislador, en ambos supuestos, opera con tres criterios que determinan las Leyes que los cónyuges pueden activar: la residencia habitual de los mismos, su nacionalidad y la del país cuyos tribunales competentes conocen del asunto litigioso²⁴.

En los subsiguientes epígrafes se analizarán tales conexiones tomando como base los postulados doctrinales y jurisprudenciales existentes hasta el momento; cabe afirmar que, el Tribunal luxemburgués tan solo ha dictado tres sentencias y un auto cuyo eje vertebrador se sustenta sobre el Reglamento (UE) 1259/2010²⁵, a pesar de que dicha norma europea está en vigor desde hace más de trece años²⁶.

2. El debatible punto de contacto de la «residencia habitual»

2.1. Aclaración preliminar

Las conexiones ofrecidas por el legislador en las letras a) y b) del artículo 5 y letras a) y b) del artículo 8 Reglamento (UE) 1259/2010 se sustentan sobre el punto de conexión de la residencia habitual.

conforme al cual su régimen económico matrimonial sería el de separación de bienes con base en el Código civil francés no es elección de ley aplicable al divorcio ni tampoco consta otro acuerdo al respecto conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento (UE) 1259/2010.

²² Los cuatro criterios de conexión se establecen de forma subsidiaria y toman en consideración la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la Ley aplicable en defecto de elección por parte de éstos. Apreciación de FEBLES POZO, N.: “La residencia habitual como criterio de conexión en el Derecho internacional privado de familia y de sucesiones en la Unión Europea” en *Un derecho centrado en las personas. Perspectivas de Derecho Comparado* (dir. por CARRILLO POZO. L.C. y FEBLES POZO, N.), Colex, A Coruña, 2025, p. 119.

²³ CAMPUZANO a pesar de las bondades, también señala dos aspectos negativos: (i) la adopción del texto a través del mecanismo de cooperación reforzada y (ii) la complejidad que supone para el operador jurídico

Aplicar esta norma en relación con muchas otras, teniendo en cuenta las cuestiones normalmente vinculadas a la crisis matrimonial: Cfr. CAMPUZANO DÍAZ, B.: “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 15, núm. 39, 2011, pp. 561-587, esp. pp. 585-586.

²⁴ Procede recordar que el artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010 constituye una excepción a los artículos 5 y 8 y, como tal, debe ser objeto de una interpretación estricta.

²⁵ i) Auto de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni*: EU:C:2016:343; ii) Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni*: EU:C:2017:988; iii) Sentencia de 16 de julio de 2020, asunto C-249/19, *JE*: EU:C:2020:570; iv) Sentencia de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, *Lindenbaumer*: EU:C:2025:197.

²⁶ *Vid.* artículo 21: Será aplicable a partir del 21 de junio de 2012...

A la luz del examen realizado de los treinta considerandos que conforman la norma, así como de los veintinueve preceptos que regulan la ley aplicable al divorcio y a la separación no se realiza acercamiento conceptual alguno sobre qué debe entenderse por «residencia habitual». Según reiterada jurisprudencia emanada del Alto Tribunal Europeo²⁷, para determinar su sentido y alcance, debe procurarse, por un lado, de una interpretación autónoma y uniforme que tenga en cuenta el tenor de la disposición y, por otra, su contexto y los objetivos perseguidos por la norma de la que forme parte. Sobre este particular, *the habitual residence* resulta ser una disposición del Derecho de la Unión²⁸ que no incluye una remisión expresa al Derecho de los Estados miembro, garantizando así que el Derecho de familia de la UE funcione como un sistema autosuficiente, guiado por sus propias normas, tratados y la jurisprudencia del TJUE²⁹.

2.2. Aceptación autónoma y correlación interpretativa a través del Reglamento (UE) 2019/1111

Por lo que se refiere a la interpretación autónoma³⁰ y uniforme o también denominada interpretación literal, procede observar que, la expresión «residencia habitual» designa el lugar en el que una persona física vive de forma estable³¹. También es importante recordar que la residencia habitual debe determinarse bajo un prisma objetivo, pues si la presencia estable es generalmente crucial, también se podría inferir que la residencia habitual puede establecerse incluso en circunstancias de una re-

²⁷ Recientemente proclamado en los asuntos de 2 de junio de 2022, C-617/20, *T.N. y N.N.*: EU:C:2022:426 y de 27 de marzo de 2025, asunto C-57/24, *Ławida*: EU:C:2025:217.

²⁸ Al estandarizar conceptos clave a nivel legislativo, la UE fomenta la seguridad jurídica y promueve una cooperación judicial transfronteriza coherente. Vid. RUSINOVA, N.: *Practical handbook on EU Family Law. Part 1: Key Concepts, Legal Terminology, and CJEU Case Law in Cross-Border Judicial Cooperation*, Editorial Assistant: Natali Dimitrova, United Kingdom, 2025, p. 23.

²⁹ DIAGO concluye que, con la orientación proporcionada por la jurisprudencia del TJUE nos hallamos en manos expertas y la complejidad se diluye. Vid. interesante estudio DIAGO DIAGO, M^a.P.: “El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE: las claves de la sentencia Lindenbaumer”, *La Ley Unión Europea*, núm. 137, junio 2025, versión online

³⁰ Para averiguar si un término es un concepto autónomo de la UE o no, es necesario un enfoque gradual que comience con el propio reglamento y continúe con la jurisprudencia y los instrumentos relacionados. Vid. al respecto, USINOVA, N.: *Practical handbook on EU Family Law. Part 1: Key Concepts, Legal Terminology, and CJEU Case Law in Cross-Border Judicial Cooperation*, Editorial Assistant: Natali Dimitrova, United Kingdom, 2025, pp. 23-24.

³¹ Afirmación categórica hallada en la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-61/24, *Lindenbaumer*: EU:C:2025:197, concretamente en su párrafo 39. En el ámbito de la responsabilidad parental, el Tribunal de Justicia de la Unión aboga por una presencia física del menor en un Estado miembro y que tal presencia no tenga tintes de carácter temporal u ocasional, es decir, donde se sitúe su centro de vida. Ejemplifica tal cuestión a través de los siguientes factores: la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de los distintos Estados miembros controvertidos, el lugar y las condiciones de escolarización, y las relaciones familiares y sociales del menor en dichos Estados. Vid. STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, *HR*: EU:C:2018:513.

sidencia deliberadamente fingida en el contexto, *exempli gratia*, de una migración irregular³².

En lo que atañe al contexto en el que se inscriben los artículos 5 y 8, letras a) y b) Reglamento (UE) 1259/2010, se desprende de su considerando núm. 10 –ámbito de aplicación material– que su articulado debe ser coherente con las disposiciones del Reglamento (UE) 2019/1111³³. Ello nos obliga a realizar tareas de sumersión en la jurisprudencia del TJUE a efectos interpretativos de los artículos 3.1.a) del Reglamento (CE) 2201/2003 –derogado con efectos de 1 de agosto de 2022 por el Reglamento 2019/1111– y del artículo 3 del ya citado Reglamento (UE) 2019/1111, pues en ambas normas se mantienen idénticos foros de competencia y ello nos lleva a poder afirmar que los pronunciamientos con basamento en el Reglamento (CE) 2201/2003 cobran plena relevancia en este ámbito.

De hecho, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, a efectos de la interpretación del artículo 3, apartado 1, letra a) Reglamento (CE) 2201/2003, procede considerar que el concepto de «residencia habitual» se caracteriza, en principio, por dos elementos³⁴. De un lado, la voluntad del interesado de fijar el centro habitual de sus intereses en un lugar determinado y, de otro, una presencia que reviste un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro de que se trate³⁵. No obstante, un sector doctrinal aboga por su concreción con relación al ámbito de aplicación del Reglamento objeto de aplicación. Así, la voluntad y la presencia son criterios que deben y pueden ser valorados en todos los Reglamentos europeos, pero que no se diferencia entre las diferentes naturalezas jurídicas que regulan; a saber, crisis familiares, responsabilidad

³² SHÚILLEABHÁIN, M.N.: “Adult habitual residence in EU private international law: an interpretative odyssey begins”, *Journal of Private International Law*, Vol. 21, Issue 1, 2025, pp. 30-67, esp. pp. 63-67.

³³ En materia de divorcio y separación judicial se admite la posibilidad de que los cónyuges elijan la Ley del foro, lo que permite la coincidencia *forum-ius* y facilita la buena administración de la justicia. Puntualización de DE SOUSA GONÇALVES, A.: “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 2016, versión online.

³⁴ SABIDO reivindica la labor desarrollada de manera imprescindible por el Tribunal de Justicia, por cuanto a partir de una interpretación sistemática y teleológica, permite configurar los elementos delimitadores del concepto de residencia habitual en el ámbito de las crisis matrimoniales y medidas vinculadas facilitando su aplicación y garantizando la plena efectividad de las normas que consagran este criterio. *Vid.* SABIDO RODRÍGUEZ, M.: “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del derecho de familia internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 1324-1342, esp. 1340.

³⁵ A tenor de la STJUE de 25 de noviembre de 2021, asunto C-289/20, *IB*: EU:C:2021:955, un cónyuge que pretenda trasladar su residencia habitual a otro territorio de un Estado miembro distinto debe haber manifestado la voluntad de establecer el centro habitual de sus intereses en ese otro Estado miembro y, además, haber demostrado que su presencia en el territorio de ese Estado miembro acredita un grado suficiente de estabilidad. Ello también queda fundamentado en la STJUE de 1 de agosto de 2022, asunto C501/20, *M P A*: EU:C:2022:619. En el plano doctrinal, DE SOUSA afirma que es un elemento importante porque aporta ciertos indicios que se derivan de la naturaleza estable y regular de una persona en un determinado enclave territorial. *Vid.* DE SOUSA GONÇALVES, A.: *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia*, 2ª Edição, Editora d’ideias, Coimbra, 2025, p. 80.

parental, derecho de alimentos, regímenes económicos del matrimonio o pareja o en el campo del Derecho de sucesiones³⁶. *A contrario sensu*, voces autorizadas en Derecho de familia internacional apuntan que es tentador que el operador jurídico contara con una definición normativa de la residencia habitual. Sin embargo, la realidad siempre supera a la ficción, por lo que difícilmente esas reglas podrían arrojar resultados fiables en la casuística inabarcable que la vida nos regala³⁷.

En aras de la necesaria coherencia y concepción unitaria entre las disposiciones de ambos Reglamentos, se refleja la estrecha relación existente entre estas dos normas que regulan, en particular, el divorcio y la separación judicial³⁸. Pesa a todo, no debe caer en el olvido que, el Reglamento (UE) 1259/2010 designa la Ley que un órgano jurisdiccional, cuya competencia se basa en las disposiciones del Reglamento (UE) 2019/1111, debe aplicar.

No dista decir que, esta concepción unitaria del concepto de «residencia habitual» está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a otros instrumentos de Derecho internacional privado que, al igual que los Reglamentos 1259/2010 y 2019/1111, se basan en un criterio de conexión común y mantienen una estrecha relación entre sí³⁹.

³⁶ PÉREZ MARTÍN sostiene que resulta necesario dar un paso más allá y concretar qué criterios se deben analizar en las crisis familiares de forma específica. A este respecto, *vid.* PÉREZ MARTÍN, L.A.: “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 422-443, esp. 442.

³⁷ DIAGO DIAGO, M^a.P.: “El concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE: las claves de la sentencia Lindenbaumer”, *La Ley Unión Europea*, núm. 137, junio 2025, versión online.

³⁸ La determinación de la Ley aplicable a la nulidad matrimonial internacional es una de las cuestiones que no tienen acomodo legal en los instrumentos europeos aplicables a esta materia, de modo que cuando un Tribunal español se declara competente para conocer de un asunto de este tipo, ya sea como acción principal del procedimiento, como accesorio en un procedimiento principal, la Ley aplicable debe fijarse de acuerdo con las normas de Derecho internacional interno, esto es, con arreglo al artículo 107.1 Código Civil. ORTEGA, con acierto señala que, la nulidad del matrimonio es una cuestión previa o preliminar a otra cuestión principal, que es la existencia del matrimonio, sin embargo, el divorcio o la separación judicial se tratan de cuestiones posteriores. Es por ello, por lo que la regulación de estas materias no es conjunta: *cfr.* ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable en los casos de crisis matrimoniales internacionales: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 4 de marzo de 2020”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 1, 2021, versión online. También, conviene poner de manifiesto que, la nulidad del matrimonio se determina conforme a la ley de su celebración; ello tiene por consecuencia conocer las diferentes formas de celebración del matrimonio en España, y si estas otras formas válidas de celebración del matrimonio, diferentes a la civil, realmente presuponen singularidades, no solo en cuanto a lo meramente ritual o estético, sino también en atención a las normas relativas a la capacidad de los contrayentes, al expediente previo, a la autoridad que oficia el matrimonio..., sin olvidar, la trascendencia del dato relativo a cuál sea el órgano facultado para la declaración eficaz de la nulidad. Interesante reflexión de LÓPEZ BARBA, E.: “Ley aplicable a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio en España”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2016, pp. 149-185, esp. 157.

³⁹ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la definición de este criterio de conexión que figura en el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO núm. 7, de 10 de enero de 2009) y en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, debe guiarse por los mismos principios y

2.3. Especificidades relevantes por la vía de la fundamentación del TJUE

El Reglamento (UE) 1259/2010, de conformidad con los considerandos números 9, 21 y 29, tiene por objeto crear un marco jurídico claro y completo en materia de Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembro participantes bajo la garantía de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad en los procesos matrimoniales de ámbito internacional. Además, facilita la libre circulación de personas en la Unión y pretende impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro a fin de que el procedimiento se rijan por una Ley determinada por uno de los cónyuges al estimar más favorable a la protección de sus intereses⁴⁰.

En este claroscuro⁴¹, la residencia habitual, como cuestión de hecho, implica un análisis jurídico que debe realizar el tribunal para acreditar cuál es ese país y para ello se exige una cierta «retrospección temporal»⁴². En efecto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran con vocación de cierta permanencia, la cual requiere acreditar que aquéllos se hallan en dicho lugar durante un cierto tiempo. El tribunal que conoce del asunto debe comprobar, sobre la base del conjunto de circunstancias propias del caso concreto, dónde tiene su residencia habitual el cónyuge en cuestión⁴³. De hecho, en el asunto *Lindenbaumer*,

caracterizarse por los mismos elementos, aun cuando la apreciación concreta de la residencia habitual dependa de circunstancias propias de cada caso concreto. Tal fundamentado queda reforzado en la STJUE de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20, *MPA*: EU:C:2022:619.

⁴⁰ En la STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-249/18, JE: EU:C:2020:570, el juzgador europeo se enfrenta a la intrincada labor de hallarse con una interpretación conforme a la cual, la ley del foro se aplica cuando la ley extranjera aplicable contemple el divorcio en condiciones consideradas más restrictivas que las previstas por la ley del foro, pues además de ser contraria al tenor del artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010 es incompatible con el contexto y la lógica en que se inscribe esa disposición.

⁴¹ Por ende, hay autores que abogan que, el legislador de la UE también puede adoptar medidas para mitigar parte de la incertidumbre inherente a un concepto tan dependiente de las circunstancias: por ejemplo, introduciendo presunciones refutables de residencia habitual basadas en seis meses de residencia, o un año de residencia, según proceda en cada instrumento jurídico. *Vid.* SHÚILLEABHÁIN, M.N.: "Adult habitual residence in EU private international law: an interpretative odyssey begins", *Journal of Private International Law*, Vol. 21, Issue 1, 2025, pp. 30-67, esp. p. 66.

⁴² CARASCOSA aprecia que no resulta procedente examinar toda la trayectoria vital del matrimonio para descubrir en qué lugar tienen los cónyuges su común residencia habitual: *cfr.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010", *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 52-85, esp. 73-74.

⁴³ A modo ejemplificativo, la STJUE de 1 de agosto de 2022, asunto C-501/20, *MPA*: EU:C:2022:138, a efectos de la determinación de la residencia habitual, no puede constituir un elemento determinante la condición de agentes contractuales de la Unión de los cónyuges de que se trate, destinados en una de las delegaciones de esta ante un tercer Estado y respecto de los que se aduce que gozan de estatus diplomático en ese tercer Estado. Sobre esta decisión CORDERO indica que, la aportación realizada por el Tribunal resulta particularmente significativa, por cuanto no existía doctrina previa para localizar las autoridades competentes en un caso como en el de referencia, en el que concurre la condición de agentes de la UE de los cónyuges y se plantea la eventual inmunidad diplomática y su posible incidencia. *Vid.* CORDERO ÁLVAREZ, C.I.: "Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de

la condición de agente diplomático de uno de los cónyuges constituye un elemento pertinente en el examen del carácter «habitual» de la residencia de los cónyuges en el territorio del Estado receptor. Por lo que respecta a la apreciación de las razones de su presencia en ese Estado y de las condiciones de la misma, este vector no es determinante por sí solo para excluir el reconocimiento de la residencia habitual del interesado y de los miembros de su familia en dicho Estado⁴⁴. Incluso, en presencia de tal elemento, la determinación de la «residencia habitual» de los cónyuges debe efectuarse sobre la base del conjunto de circunstancias propias que rodean cada caso⁴⁵.

Otra cuestión que el juzgador europeo ha tenido en consideración en el rastreo de la residencia habitual estriba en la acreditación del grado de integración social y familiar⁴⁶. Aspectos como la voluntad de los cónyuges de fijar, en un determinado Estado, el centro habitual de sus intereses, junto con un nivel suficiente de estabilidad en el territorio de ese Estado además de examinar los lazos familiares conservados en el Estado de origen o, por el contrario, los creados en el Estado receptor, responden a planteamientos que permiten evaluar y ponderar un conjunto de indicios objetivos y subjetivos, cuantitativos y cualitativos, temporales e intencionales que inciden de manera directa en su concreción⁴⁷.

Es menester apuntar que, en sede de Ley aplicable a la separación y/o divorcio, en aras de la aplicación del Reglamento (UE) 1259/2010, hasta la llegada del asunto *Lindenbaumer* no se había valorado con tal pulcritud y precisión el indicador conflictual de la «residencia habitual»⁴⁸.

familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE: desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes”, *Cuadernos de derecho transnacional CAMPUZANO propugna que, la condición de agente diplomático de uno de los cónyuges y su destino en el Estado receptor no supone, en principio, que la residencia habitual quede fijada en este Estado. Vid. CAMPUZANO DÍAZ, B., “La determinación de la residencia habitual en el Reglamento 1259/2010. Nota a la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 20 de marzo de 2025, C-61/24, Lindenbaumer”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 50, 2025, p. 614. nal, Vol. 15, núm. 1, 2023, pp. 254-274.*

⁴⁴ CAMPUZANO propugna que, la condición de agente diplomático de uno de los cónyuges y su destino en el Estado receptor no supone, en principio, que la residencia habitual quede fijada en este Estado. Vid. CAMPUZANO DÍAZ, B., “La determinación de la residencia habitual en el Reglamento 1259/2010. Nota a la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 20 de marzo de 2025, C-61/24, Lindenbaumer”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 50, 2025, p. 614.

⁴⁵ Vid. apartados 57, 58 y 59.

⁴⁶ En su momento resalté que, la situación espacial del juzgador próxima al núcleo o centro de vida conllevará a que el pronunciamiento no fragmente el entorno social y familiar. Vid. CARRIZO AGUADO, D.: “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, págs. 267-282, esp. 281.

⁴⁷ En sede de responsabilidad parental, el juez de la Unión, en su archiconocido asunto C-497/10, *PPU-Mercredi*, nos había ofrecido interesantes indicios al respecto. Igualmente, en la STJUE de 25 de noviembre de 2021, asunto C289/20, *IB*: EU:C:2021:955, en relación a la demarcación de la residencia habitual de un menor de corta edad o lactante, resulta decisivo analizar su núcleo vital como el lugar donde se halla la integración de su entorno familiar y social, es decir, donde está localizado el progenitor del que el menor depende.

⁴⁸ En verdad, la juez SPINEANUMATEI llega a la conclusión (apartado 66) en base a la cual, estos elementos permiten pensar que los cónyuges, a pesar de la duración de su presencia en Rusia, no tuvieron

En cualquier caso, la utilización del criterio de la residencia habitual para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones propias del Derecho de familia ofrece *a priori* dos ventajas. Por una parte, permite obviar las complicaciones derivadas de la conservación de la nacionalidad extranjera en el Estado de acogida o de la adquisición de la nacionalidad de éste, problema que será analizado en el subsiguiente epígrafe. Y, de otra, esta conexión contiene un matiz de mayor igualdad en orden a la designación del ordenamiento aplicable por cuanto somete a todos los residentes habitualmente en un Estado –nacionales y extranjeros– al mismo sistema jurídico lo que implica, en definitiva, su integración⁴⁹.

3. La controvertida conexión de la «nacionalidad»

3.1. Parámetro inicial

Ante la ausencia de una definición, pero sí del instante en el que debe ser determinada, “en el momento de la interposición de la demanda” si no hay pacto y si hubiere acuerdo, “en el momento en que se celebre el convenio”, nos permite afirmar que, generalmente, evitará el escollo del conflicto móvil en tanto que refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que presenta una conexión real con dicho litigio. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes⁵⁰.

la voluntad de establecer en dicho país el centro habitual de sus intereses, sino que este permaneció en el Estado acreditante que solo abandonaron temporalmente, de modo que el Derecho del Estado de residencia habitual de los cónyuges parece ser el alemán. En el plano doctrinal, PARRA estima que, esta sentencia pretende contribuir al esclarecimiento del concepto de residencia habitual en los procedimientos matrimoniales internacionales, con especial atención a los supuestos protagonizados por agentes diplomáticos y sus familias, en los que confluyen elementos jurídicos personales y políticos que exigen una interpretación flexible pero rigurosa, anclada en los principios de vinculación efectiva, seguridad jurídica y protección de las partes, *vid.* PARRA RODRÍGUEZ, C.: “Residencia habitual y movilidad diplomática: una aproximación desde el derecho de familia de la Unión Europea. a propósito de la sentencia de 20 de marzo de 2025, caso Lindenbaumer, asunto C-61/24 (ECLI:EU:C:2025:197)”, *Revista de jurisprudencia de Derecho internacional privado*, núm. 2, 1.º semestre, 2025, pp. 129-136.

⁴⁹ Este acertado razonamiento es llevado a cabo por RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, núm. 1, 2010, p. 193. Los períodos de tiempo caracterizados por la estacionalidad no deben ser tenidos en cuenta. En cambio, aunque sean criterios eminentemente objetivos, se deben valorar como factor de la voluntad de ambos, en tanto que, el lugar en el que los cónyuges deseaban vivir, la ubicación de la vivienda familiar, la eventual adquisición de la nacionalidad o el lugar de la celebración del matrimonio, pueden ser criterios en la determinación de la residencia habitual. Sustento ofrecido por CARRILLO POZO, L.F.: “The Application of Regulation 2016/1103 in Spain”, en *Cross-border couples property regimes in action before courts Understanding the EU regulations 1103/2016 and 1104/2016 in practice*, (ed. por CAZORLA GONZÁLEZ, M^a.J. y RUGGERI, L.), Dykinson, Madrid, 2022, p. 267.

⁵⁰ Postulado de CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1766.

3.2. El punto de fricción: la plurinacionalidad

Ahora bien, en caso de múltiple nacionalidad, la Ley del Estado miembro cuyos tribunales conozcan del asunto determinará la nacionalidad prevalente de dicho cónyuge⁵¹. En el Derecho interno español, con la salvedad de las previsiones dispuesta por los convenios internacionales firmados por España en materia de doble nacionalidad, se acudirá a lo regulado por el artículo 9.9 Código Civil⁵². O, dicho de otro modo, la regla del dicho precepto no es aplicable a las normas de conflicto que emplean la conexión «nacionalidad» recogida en un Convenio internacional o en un Reglamento europeo. Para estos casos habrá que acudir a cada uno de estos textos para determinar cómo se aplica la conexión nacionalidad a los sujetos con más de una ley nacional. A este respecto, pese a que la mayoría de los textos supranacionales no resuelven la cuestión de manera expresa, sí es posible extraer una respuesta atendiendo a los objetivos de la disposición en que el punto de conexión «nacionalidad» es utilizado. Ejemplo muy claro es el Reglamento (UE) 1259/2010 al contemplar entre las conexiones posibles la nacionalidad, pero no proporciona ningún criterio para los casos en los que en una persona pueda concurrir con más de una⁵³, aspecto que en cambio sí aclara en el Reglamento (UE) 650/2012⁵⁴.

⁵¹ Previsión del considerando núm. 22. La remisión a las legislaciones internas de los Estados miembros como vía para el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad plantea un problema de falta de concreción. SÁNCHEZ entiende que, no hay duda de que, siendo operativo el criterio de nacionalidad común del artículo 8, la legislación interna que ha de ser aplicada se identifica con la del Estado miembro participante del tribunal competente para el divorcio. Ahora bien, para el caso de la operatividad del criterio de la nacionalidad de uno de los cónyuges comprendido en el artículo 5, y si el acuerdo para la elección de la ley aplicable se realiza con carácter previo a la demanda, no se puede identificar cuál es el Estado miembro cuya legislación interna ha de ser considerada. De este modo, afirma que, una ausencia de concreción que, además de mostrar el difícil encaje que presenta el considerando núm. 22 en el contexto de la autonomía de la voluntad, presenta directa incidencia en la falta de certeza y seguridad jurídica de los cónyuges. Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A.: “Doble nacionalidad y divorcio judicial en el ámbito europeo”, en *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, (dir. por MOYA ESCUDERO, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 427.

⁵² La solución común en los tratados de doble nacionalidad que obligan a España es la de la prevalencia de la nacionalidad que coincide con el domicilio (o en su caso, con el último domicilio). Por otro lado, en los supuestos de doble nacionalidad previstos por nuestras leyes al margen de los tratados internacionales, la solución que otorga el Derecho interno se fundamenta en la misma ratio de integración que la mayoría de los convenios: se estará a la ley nacional coincidente con la residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Apreciación de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Artículo 9.9 y 9.10”, en *Comentarios al Código Civil. TOMO I (Arts. 1 a 267)*, (dir. por CAÑIZARES LASO, A.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 489.

⁵³ Los supuestos en los que se usa la conexión son (i) en caso de elección de ley por las partes, en el que se podrá escoger la nacionalidad de uno de los cónyuges, supuesto en el que parece justificado que pueda tratarse de cualquiera de las nacionalidades que ostente, potenciándose así la autonomía de la voluntad, o (ii) en ausencia de elección por las partes, caso en el que, de no verificarse otras conexiones previamente establecidas y basadas en la residencia, se atenderá a la nacionalidad de ambos cónyuges. En esta situación es obvio que se estará entre las dos o más nacionalidades que pueda tener un cónyuge a la que coincida con la del otro, ya que en caso contrario no operaría la conexión. Magnífica explicación a cargo de TORRALBA MENDIOLA, E.: “Artículo 9.9”, en *Comentarios al Código Civil. Tomo I (arts. 1 a 151)*, (dir. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 232.

⁵⁴ Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012). El párrafo segundo del su artículo 22, aclara que, si una persona posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya

Ciertamente, a propósito de las situaciones de plurinacionalidad en las relaciones jurídico-privadas, el legislador español admite y regula ciertos supuestos, en tanto que no la invisibiliza, ni la ignora, ni la prohíbe. No obstante, como ha quedado aclarado anteriormente, solo en el supuesto de falta de elección o de ausencia de norma internacional se podría utilizar la norma interna para establecer cuál es la nacionalidad prevalente. De esta manera, la utilización del artículo 9.9 Código Civil, en ocasiones, queda muy reducida, a saber, los supuestos de dobles nacionales de terceros Estados o doble nacionalidad mixta o solo cuando no hagan uso de la autonomía de la voluntad⁵⁵.

Incluso, se debe contemplar que, si ulteriormente el declarante cambia de nacionalidad y no revoca expresamente tal declaración, la Ley que sigue siendo aplicable es la elegida y no la de residencia habitual, aunque esta sea, por ejemplo, la de la nacionalidad adquirida ulteriormente⁵⁶.

3.3. Coexistencia con otros textos internacionales

El legislador europeo no ha tomado en cuenta la problemática que genera la apatridia. En este sentido, el artículo 19.1 Reglamento (UE) 1259/2010 permite la aplicación de los Convenios –bilaterales o multilaterales– que sean parte los Estados miembro. Así las cosas, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954⁵⁷ tiene plena eficacia a través de lo regulado por su artículo 12, a saber, el estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia. De igual manera, los refugiados, a través de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951⁵⁸, en su artículo 12 establece idénticas conexiones que las señaladas para los apátridas; si bien, conviene matizar que este texto internacional no priva al refugiado de su nacionalidad⁵⁹.

nacionalidad posee en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Sobre este particular, el causante solo puede elegir una ley estatal vigente a pesar de ostentar varias nacionalidades e igualmente la elección se entiende realizada en favor de la ley material o sustantiva de su nacionalidad.

⁵⁵ Brillante razonamiento de SOTO MOYA, M.: “Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC”, en *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, (dir. por MOYA ESCUDERO, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 273-274.

⁵⁶ Si no se hubiera dado el peso que confiere la autonomía de la voluntad al criterio de la nacionalidad como punto de conexión y se hubiera contemplado la entrada o sustitución por la residencia habitual, se tendría por consecuencia la valoración de la vecindad civil en supuestos interregionales puesto que está necesitada de una puesta al día, habida cuenta de la diversidad de interpretaciones con la consiguiente inseguridad jurídica. Con gran acierto queda manifestado por VÁZQUEZ MORAL, P.: “Extranjeros y Derecho interregional”, *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 112, 2023, pp. 48-53.

⁵⁷ Respecto del Reino de España, Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1997).

⁵⁸ Por lo que se refiere al Reino de España, Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).

⁵⁹ Apreciación de WAUTELET, P.: “Article 22”, en BONOMI, A. and WAUTELET, P., *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruselas, 2021, p. 605.

3.4. Reflejo sociológico derivado de las situaciones privadas internacionales

El criterio de la nacionalidad demuestra la existencia de un primer vínculo con un determinado Estado⁶⁰. A decir verdad, el enlace conflictual «nacionalidad» es respetuoso con la multiculturalidad, aunque la conexión al domicilio o residencia presenta una virtualidad respecto de la nacionalidad, pues permite el trato igualitario entre personas que residen en idéntico lugar⁶¹. Asimismo, la nacionalidad como criterio de conexión ofrece como ventaja que el individuo se mantenga vinculado con su propia cultura. Como contrapartida, se multiplican los llamados problemas de aplicación de la norma de conflicto, alcanzando especial complejidad para los interesados, como es la alegación y prueba del derecho extranjero y su intrincación a la autoridad extranjera competente para su calificación⁶².

A su vez, la «nacionalidad» como punto de conflicto, verdaderamente, permite que la Ley aplicable no cambie con facilidad y que, por tanto, la Ley reguladora del divorcio o separación, a través de esta conexión, sea estable en el tiempo⁶³. Ciertamente, favorece a los países de emigración, ya que la ley nacional se seguirá aplicando más allá de las fronteras nacionales a los ciudadanos que han emigrado. En cambio, el vínculo conflictual de la «residencia habitual» se presenta más adecuado que la nacionalidad para los países receptores de inmigrantes⁶⁴.

4. La lex fori cuán ultima ratio

La Ley del foro se aplica en dos supuestos; a saber, por una parte, en el caso de que la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 de Reglamento (UE) 1259/2010 no contemple el divorcio y, de otra, en el

⁶⁰ Se trata de aplicar el criterio de la nacionalidad efectiva para permitir que sea el propio tribunal el que determine la nacionalidad que, por presentar mayor vinculación, ha de considerarse operativa en el caso concreto. Idea defendida por SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A.: “Doble nacionalidad y divorcio judicial en el ámbito europeo”, en *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de la familia y sucesiones*, (dir. por MOYA ESCUDERO, M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 445.

⁶¹ BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: consentimiento y forma de los actos”, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (coord. por PRATS ALBENTOSA, L.), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, pp. 18-19

⁶² Motivación por cuenta de GUZMÁN ZAPATER, M., “La ley nacional e intervención notarial en sucesiones”, en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, (coord. por PRATS ALBENTOSA, L.), Wolters Kluwer, Madrid, 2012, p. 317.

⁶³ MORAVCOVÁ entiende que cuando existe una nacionalidad extranjera exclusiva, los avances actuales en la doctrina del derecho internacional privado respaldarían su consideración como un elemento extranjero suficiente. Aboga por avanzar hacia un enfoque que considere únicamente aquellos elementos que reflejan un vínculo genuino y efectivo entre la persona y el Estado en cuestión. Vid. MORAVCOVÁ, D.: “Nationality in International Private Law: relic or relevance”, *Bratislava Law Review*, Vol. 9, 2025, pp. 158-159.

⁶⁴ Sensata fundamentación de RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Ley aplicable al régimen económico matrimonial, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 septiembre 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, núm. 2, 2020, p. 1140.

caso en base al cual esa Ley aplicable no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo e igualdad el acceso al divorcio o a la separación judicial⁶⁵; es decir, se produce el desplazamiento del Derecho llamado a aplicarse. En cuanto al desconocimiento del divorcio, comporta que la *lex causae* no reconozca la propia institución. En verdad, aunque la aplicación de la *lex causae* sea más estricta que la *lex fori*, en orden a la obtención del divorcio, la aplicación de la primera no podrá descartarse por la aplicación del artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010. Respecto al segundo motivo –no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo o igualdad de acceso a la separación judicial o al divorcio– se trata de descartar la aplicación de la ley extranjera en la medida que conculca los principios fundamentales del foro⁶⁶.

Ello significa que esta conexión debe operar sólo en relación con supuestos de divorcio cuyos elementos se hallan muy dispersos por diferentes Estados, esto es, se activa en presencia de divorcios y/o separaciones judiciales plurilocalizados⁶⁷. En esta coyuntura tan compleja, la designación de la *lex fori* como la Ley aplicable al divorcio y a la separación legal resulta ser que dicha Ley será igualmente aplicable tanto al fondo del asunto como a sus aspectos procesales –*lex fori regit processum*–. Esta coincidencia puede resultar particularmente conveniente dada la estrecha relación existente entre las normas que regulan el fondo de las relaciones familiares y los instrumentos procesales mediante los cuales dichas normas pueden hacerse efectivas.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la disolución del vínculo matrimonial implica necesariamente la intervención de una autoridad pública, y la forma en que se produce ese involucramiento está determinado por las normas procesales de la autoridad competente⁶⁸. Ahora bien, su

⁶⁵ Así queda expuesto por la STJUE de 16 de julio de 2020, asunto C-249/19, JE: EU:C:2020:570 cuya fundamentación está asentada en el artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010.

⁶⁶ HERRANZ invoca el peso del artículo 10 en tanto en cuanto entiende adecuada su incorporación y mantenimiento sólo cuando el divorcio sea inexistente en el derecho extranjero, pero plantea la duda sobre su adecuación para los supuestos discriminatorios por razón de sexo. *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable. El Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 22, 2012, pp. 43-66, esp. p. 64.

⁶⁷ CARRASCOSA apunta que, la conexión judicial sólo se activa si no existe elección de Ley por los cónyuges y si no existe, tampoco, una conexión social ni una conexión cultural definida, clara y previsible con un concreto país. Es la conexión de cierre, que sólo opera en casos altamente internacionales, con elementos y vinculaciones espaciales muy dispersas por diferentes países, *cfr.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 4, núm. 1, 2012, p. 85.

⁶⁸ El riesgo de una disociación entre los aspectos sustantivos y procesales del divorcio o la separación legal puede minimizarse de facto favoreciendo la aplicación de la ley del foro. Además, cuando es aplicable una ley extranjera, la experiencia demuestra que las técnicas de «adaptación» y «sustitución», aunque a veces difíciles de implementar, pueden reducir significativamente los diversos inconvenientes que se derivan del pleito transfronterizo. Acertada argumentación de FRANZINA, P.: “The law applicable to divor-

justificación aplicativa surge como consecuencia de la imposibilidad de adoptar la conexión social identificada en el país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual y la conexión cultural de la nacionalidad, por lo que solo resta como último punto de conexión, la judicial, he aquí, la *lex fori* y así poder garantizar, bajo cualquier circunstancia, la tutela judicial efectiva⁶⁹.

III. DIAGNOSIS FINAL

Los distintos puntos de conexión en la búsqueda del Derecho aplicable –residencia habitual, nacionalidad y, en ultima ratio, la *lex fori*– presentan, en verdad, estrechos vínculos con la situación de hecho.

Pese a ello, cabe apreciar, primeramente, que la evaluación del nexo conflictual de la «residencia habitual» puede resultar harto complejo en diversos entornos marginales, pero cada vez más comunes, como son las crisis matrimoniales a las que se afrentan los empleados de empresas multinacionales, miembros de las fuerzas armadas o el personal diplomático en tanto en cuanto presentan una vida itinerante en un escenario de constantes destinos al extranjero. Sobre este fenómeno que pudiera ser catalogado de *residencia involuntaria*, cobra especial relevancia la interpretación fundamental y conveniente que, desde la óptica internacional privatista, se debe exigir al operador práctico a los efectos de definir inequívocamente el Derecho aplicable con tal interfaz conflictual. La intencionalidad de los cónyuges será un elemento clave cuya apreciación hará situar geográficamente el Derecho del Estado participante en la cooperación reforzada o del Estado miembro de la Unión o tercer Estado, recordemos el efecto *erga omnes* del Reglamento (UE) 1259/2010, Su apreciación llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales competentes debe efectuarse, en todo caso, con la seguridad jurídica y previsibilidad que emanan de la norma comunitaria.

Por lo tanto, a pesar de una interpretación fáctica de la residencia habitual, con tintes de concreción para el supuesto litigioso en cuestión, en la medida de lo posible, no puede menoscabar la requerida previsibilidad jurídica ya apuntada. Ahora bien, en este esfuerzo interpretativo, la omisión de conceptualización conllevará, positivamente, a que el juzgador no vea limitada su concreción y delimitación a causa de la existencia de una construcción algorítmicamente predeterminada que permita determinar automáticamente la residencia habitual. Por ende, es piedra angu-

ce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 85-129, esp. pp. 95 y ss.

⁶⁹ Parecer de FERNÁNDEZ ARROJO, M.: *Luces y sombras en la determinación de ley aplicable a las crisis matrimoniales en la Unión Europea*, Tesis Doctoral, Universitat Internacional de Catalunya, 2015, pp. 316-317.

lar la recopilación de información sobre la vida de la persona con vistas a identificar el *epicentro sísmico conflictual*. Sin duda alguna, el asunto *Lindenbaumer*, bajo una comprensión dualista de la residencia habitual, esto es, (i) presencia física e (ii) intencionalidad –postura subjetiva hacia dicho Estado–, resulta crucial habida cuenta precisa rigurosamente su locación fruto de la combinación de ambos elementos. Ello nos permite aseverar que es esencial apreciar si los vínculos de una persona con un Estado determinado son socialmente significativos, implicando una tasación de calidad de dichos vínculos. En suma, la integración social a través de la presencia y la intención, concebida la primera como el paradero con carácter permanente en un determinado lugar y la segunda como la acción consciente y deliberada en el ejercicio de una toma de decisión, son ejes gravitatorios sobre los que debe girar la identificación del punto de contacto conflictual «residencia habitual».

En torno a la vinculación conflictual de la «nacionalidad» conviene revisar las eventuales posibilidades de fraude de ley, especialmente, en las circunstancias de doble nacionalidad. *Exempli gratia*, cabe pensar en la situación en la que un cónyuge renuncia a una de sus nacionalidades con la dolosa intención de producir la aplicación de una ley menos próxima a la crisis matrimonial cuyos resultados son completamente imprevisibles para el otro cónyuge. En pleitos así, la autoridad competente debe comprobar exhaustivamente los motivos de tal renuncia con base a los principios inspiradores del Derecho de la UE.

La aplicación residual de la *Lex fori* con un claro papel subsidiario en el sistema instaurado por el Reglamento (UE) 1259/2010 ha conllevado que su puesta en práctica sea materializada cuando las conexiones principales no han conducido a la designación de una Ley aplicable. En verdad, el objetivo del Reglamento es evitar que el Derecho aplicable dependa únicamente del tribunal ante el cual se presenta la demanda de cara a garantizar una mayor seguridad jurídica y previsibilidad.

Huelga decir que, la complejidad a la que se enfrentan los operadores jurídicos en la resolución de situaciones privadas internacionales respecto a la identificación de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, tal como ha quedado consignado en este estudio, conviene sea abordada siguiendo la reflexión alumbrada por dos adalides del Derecho de Familia internacional, MOURA RAMOS y RODRÍGUEZ BENOT: "...el desarrollo del Derecho de la Unión no puede ser entendido sin tener en consideración la tarea hermenéutica desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo⁷⁰.

⁷⁰ MOURA RAMOS, R.M. y RODRÍGUEZ BENOT, A., *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2016, p. 159.

La prohibición de discriminación en la movilidad laboral: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE*

Victoria RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2019-4100>

Correo electrónico: victoriarrico@ugr.es

Sumario: I. La igualdad de trato en el marco de la libre circulación de trabajadores. II. Contenido y alcance de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en la movilidad laboral. III. Búsqueda de empleo y acceso al mercado laboral de un Estado miembro distinto al de origen. IV. El reconocimiento de los servicios profesionales prestados en otro Estado miembro. V. Principales manifestaciones del principio antidiscriminatorio en el ámbito de la remuneración. VI. Los requisitos lingüísticos y su incidencia en la libre circulación de trabajadores. VII. La igualdad de trato y no discriminación en la obtención de ventajas sociales. VIII. Conclusiones.

Palabras clave: Igualdad, trabajo, nacionalidad, libre circulación, Unión Europea.

I. LA IGUALDAD DE TRATO EN EL MARCO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El art. 45 TFUE prohíbe en su segundo apartado toda discriminación “por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de

* Esta investigación ha sido realizada en el marco del Proyecto “Migration incorporation policies and practices in migrants’ reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES), ref. PID2022-138122OB-I00. Financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.

trabajo". Se trata de un principio que informa con carácter general al conjunto de las libertades comunitarias (art. 18 TFUE). En el ámbito concreto de la libre circulación de trabajadores, constituye la garantía que dota de efectividad dicha movilidad –a su vez corolario del derecho a trabajar que consagra el art. 15 CDFUE–, al exigir la eliminación de cuantas trabas pudieran imponerse en su articulación. De ahí que constituya uno de los pilares básicos de las políticas sociales y laborales. La propia condición de núcleo esencial de la libre circulación de trabajadores que reviste la prohibición de discriminación, funcional a la protección de los derechos de los trabajadores, explica que los escuetos términos del Tratado fundacional sean desarrollados en el Capítulo I del Reglamento (UE) nº 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. En concreto, el art. 7.1 de la norma dispone que "en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo".

El objetivo, en suma, estriba en facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de actividades profesionales en cualquier Estado miembro a través de la prohibición de las medidas que pudieran colocarles en una posición menos favorable. Lo que está en clara conexión con la vocación misma del estatuto de ciudadano de la Unión, esto es, permitir a los nacionales de los Estados miembros que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico.

El Derecho de la Unión Europea se opone a cualquier medida que, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado¹. De ahí que toda restricción a la libre circulación, incluso de escaso alcance o de importancia menor, se entienda comprendida en la prohibición del precepto señalado². Aunque, por su tenor literal, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores tengan por objeto, en particular, garantizar el derecho al trato nacional en el Estado de acogida, se oponen también a que el Estado de origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro³. La noción de disuasión es clave en la articulación de la libre circulación de trabajadores como principio comunitario. Y ello porque las disposiciones

¹ STJUE de 4 de febrero de 2021, asunto C-903/19, *Ministre de la transition écologique et solidaire y Ministre de l'Action et des Comptes publics*, ap. 31.

² STJUE de 31 de mayo de 2017, asunto C-420/15, *U*.

³ STJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00, *De Groot*, ap. 79.

que impiden a un ciudadano de la UE abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por definición, un obstáculo a dicha libertad. Se trata, precisamente, de evitar que las medidas nacionales disuadan a los ciudadanos de la Unión de desplazarse a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad económica⁴.

Los ciudadanos de la Unión disfrutan, así, del derecho a abandonar su Estado miembro para desplazarse a otro y permanecer en él con el fin de ejercer una actividad profesional en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado de acogida. Ahora bien, la igualdad no debe entenderse en términos absolutos, pues el TJUE ha advertido reiteradamente que el Derecho primario de la Unión no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un Estado miembro distinto del de origen sea neutro en materia social. Habida cuenta de las disparidades existentes entre las legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate⁵. Conviene tener en cuenta que el principio de no discriminación no solo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, sino que también impone que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD EN LA MOVILIDAD LABORAL

Tanto en clave subjetiva como objetiva, la interpretación jurisprudencial de la igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad destaca por su amplitud. De un lado, y así lo ha precisado el Tribunal de Luxemburgo, se halla formulada en términos generales, pues no está dirigida específicamente ni a los Estados miembros ni tampoco a los organismos de Derecho público. En este sentido, el TJUE ha estimado que la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad no solo se impone a la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y los contratos entre particulares⁶. Y ello porque la eliminación entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas correría peligro si la su-

⁴ La STJUE de 21 de enero de 2016, asunto C-673/16, *Comisión c. Chipre*, concluyó que la normativa chipriota sobre pensiones y, en particular, el criterio de la edad en ella contenido disuadía a los trabajadores de abandonar su Estado miembro de origen para ejercer una actividad profesional en otro Estado miembro, al perder la posibilidad de percibir, en virtud del régimen nacional de Seguridad Social, una prestación de vejez a la que tendrían derecho si no hubieran aceptado dicho empleo.

⁵ STJUE de 19 de septiembre de 2019, asuntos acumulados C95/18 y C96/18, *Van den Berg y Giesen*, ap. 56.

⁶ STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C94/07, *Raccanelli*, ap. 45.

presión de las barreras de origen estatal pudiera verse neutralizada por los obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público⁷. De otro lado, el principio de no discriminación abarca en su articulación desde el mismo acceso al empleo, hasta aquellas ventajas vinculadas, directa o indirectamente, a la prestación laboral, pasando obviamente por las condiciones de trabajo en sentido estricto. No deja de ser llamativo que el art. 45.2 TFUE destaque de entre todas las condiciones de trabajo las retributivas, quizá por tratarse de una materia particularmente sensible frente a los tratos discriminatorios.

La prohibición de discriminación no solo afecta a la regulación que pudieran proveer las fuentes heterónomas, pues también la autonomía –ya colectiva ya individual– queda vinculada por el principio de no discriminación. De hecho, el art. 7.4 del Reglamento 492/2011 prescribe que “toda cláusula de convenio colectivo o individual o de otra reglamentación colectiva referente al acceso al empleo, a la retribución y a las demás condiciones de trabajo y despido, será nula de pleno derecho en la medida en que prevea o autorice condiciones discriminatorias para los trabajadores nacionales de otros Estados miembros”. Como consecuencia de esa nulidad de pleno derecho, el Juez nacional está obligado, sin pedir o esperar a la previa eliminación de la 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 trabajadores⁸.

El objetivo del principio de no discriminación no solo reside en la protección de los trabajadores en otros Estados miembros, sino también en la de los propios trabajadores del Estado de acogida. Con razón, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apuntado que el carácter absoluto de esta prohibición tiene por efecto tanto permitir en cada Estado a los nacionales de otros Estados miembros un acceso igualitario al empleo, como garantizar a los nacionales que no sufrirán las consecuencias desfavorables que podrían resultar de la oferta o de la aceptación, por nacionales de otros Estados miembros, de condiciones de empleo o de retribución menos ventajosas que las que están en vigor en el Derecho nacional, por estar prohibida tal oferta o tal aceptación⁹.

A diferencia de lo que la normativa europea prevé en relación con las discriminaciones por razón de sexo, llama la atención que ni el art. 45.2

⁷ La STJUE de 16 de septiembre de 2004, asunto C-400/02, *Merida*, concluyó la vulneración de la libertad fundamental por un convenio colectivo alemán. Según este, el importe de una prestación social como la ayuda económica transitoria, abonada por el Estado miembro de empleo, se calculaba de modo que el impuesto sobre los salarios devengado en dicho Estado era deducido de manera ficticia al determinar la base de cálculo de la ayuda, cuando, de acuerdo con un convenio para evitar la doble imposición, los salarios y retribuciones análogas abonadas a los trabajadores que no residían en el Estado miembro de empleo solo estaban sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de estos últimos.

⁸ STJUE de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, *Palacios de la Villa*, ap. 38.

⁹ STJUE de 4 de abril de 1974, asunto C-167/73, *Comisión c. República francesa*, ap. 45.

TFUE ni el Reglamento 492/2011 –más allá de la implícita referencia del art. 3.1– incorporen ninguna categorización sobre los tipos de discriminación por razón de la nacionalidad del trabajador. No obstante, y así lo ha entendido también el TJUE, no existe óbice para extender a este terreno la prohibición de las discriminaciones denominadas indirectas¹⁰. El precepto prescribe la inaplicación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, así como de las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros o que, aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo. El principio de igualdad de trato del art. 45.2 TFUE veta no solo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado¹¹.

Ciertamente, si se tratara de prohibir sin más las manifestaciones directamente discriminatorias fundadas en la nacionalidad, la igualdad de trato quedaría privada de gran parte de su eficacia. A nadie se le escapa que los Estados miembros pueden eludir la prohibición de discriminación condicionando el disfrute de derechos a criterios como la lengua, certificados u otros requisitos que suelen resultar de más difícil cumplimiento para los trabajadores no nacionales. Una disposición nacional que exigiera una determinada cualificación solo obtenible a nivel interno tendría los mismos efectos discriminatorios que una regla que excluyera directamente a los nacionales de cualquier otro Estado miembro, aunque formalmente la primera no incorporase ninguna referencia expresa a la nacionalidad. Lo mismo cabría concluir en relación con cualquier normativa nacional que beneficiase a los trabajadores residentes en el Estado miembro y pusiese, por tanto, en una situación desfavorable a quienes vivieran fuera de sus fronteras. Estos tendrían altas probabilidades de ser nacionales de otros Estados miembros y, por tanto, a la postre la norma en cuestión daría un trato jurídico distinto según la nacionalidad de los sujetos. En ambos supuestos, estaríamos ante normas aparentemente neutras que, sin embargo, colocan a determinadas personas –no nacionales– en una situación de desventaja frente a otras –nacionales–¹².

¹⁰ La STJUE de 8 de diciembre de 2022, de C731/21, *Caisse nationale d'assurance pension*, concluyó la oposición con el Derecho europeo respecto de una norma que establece que la concesión, al miembro superviviente de una unión de hecho válidamente constituida e inscrita en otro Estado miembro, de una pensión de supervivencia devengada por el ejercicio en el primer Estado miembro de una actividad profesional por el miembro de la pareja fallecido, está supeditada al requisito de la inscripción previa de la unión de hecho en un registro llevado por dicho Estado.

¹¹ STJUE de 16 de mayo de 2024, asunto C27/23, *Hocinx*, ap. 28.

¹² DAVIES, G.: *Nationality discrimination in the European internal market*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, p. 11.

Por tanto, una disposición de Derecho nacional o una cláusula convencional, pese a ser indistintamente aplicable en función de la nacionalidad, debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores de otros Estados miembros que a los trabajadores nacionales e implique, por tanto, el riesgo de perjudicar en particular a los primeros¹³. Algunos ejemplos comunes de discriminación indirecta se encuentran en las situaciones en las que un subsidio concreto está supeditado a un criterio de residencia o los propios requisitos lingüísticos para determinados puestos que, por definición, pueden ser cumplidos más fácilmente por los nacionales que por los no nacionales¹⁴. La STJUE de 10 de julio de 2025, asunto C-257/24, *Städteregion Aachen*, consideró que el requisito de residencia al que la normativa alemana supeditaba la concesión de las prestaciones de ayuda a la inclusión en forma de asistencia en la escuela a los hijos con discapacidad, por su propia naturaleza, podía perjudicar a los trabajadores transfronterizos que residen en otro Estado miembro y constituía, por tanto, una discriminación indirecta. Al perjudicar a determinados trabajadores por el mero hecho de haber establecido su residencia habitual en otro Estado miembro, dicha normativa constituía una restricción a la libre circulación de los trabajadores en la medida en que, aunque se aplicaba indistintamente, podía, en particular, impedir a un nacional de un Estado miembro abandonar su Estado de origen para ejercer su derecho a la libre circulación o disuadirle de hacerlo.

Con todo, para que una medida pueda calificarse como indirectamente discriminatoria, no es necesario que favorezca a la totalidad de los nacionales o que perjudique solo a los nacionales de los demás Estados miembros y no a los propios nacionales¹⁵. Como tampoco es preciso comprobar si la disposición controvertida afecta en la práctica a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadores migrantes. Basta con que se constate que dicha disposición puede producir tal efecto¹⁶.

Según se advierte, el TJUE ha mantenido una interpretación considerablemente amplia de la noción de discriminación indirecta. No adquiere relevancia si un Estado miembro tiene la intención de discriminar a los que no son nacionales, sino que lo decisivo es el efecto de la aplicación de un determinado criterio, bien porque puede ser más fácilmente cumplido por los nacionales, bien porque afecta sustancialmente a los no nacionales¹⁷. Los motivos por los que un trabajador migrante decide hacer uso de su li-

¹³ STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C411/22, *Thermalhotel Fontana*, ap. 37.

¹⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 13 de julio de 2010: Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes.

¹⁵ STJUE de 28 de abril de 2022, asunto C86/21, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, ap. 32.

¹⁶ STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-332/05, *Celozzi*, ap. 27.

¹⁷ VAN DER MEI, A. P.: *Free movement of persons within the European Community. Cross-border access to public benefits*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 74 y 75.

bertad de circulación en la Unión no pueden ser tomados en consideración para apreciar el carácter discriminatorio de una disposición nacional. En efecto, la posibilidad de invocar una libertad tan fundamental como la circulación de las personas no puede ser limitada por tales consideraciones, de carácter puramente subjetivo¹⁸.

La prohibición de discriminación indirecta tolera una serie de excepciones, en el sentido de que las disposiciones nacionales que afectan fundamentalmente a los no nacionales a menudo persiguen intereses legítimos que merecen protección en el ámbito de la Unión Europea. En concreto, y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, una medida nacional que entraña el riesgo de obstaculizar la libre circulación de trabajadores –lo cual está, en principio, prohibido por el art. 45 TFUE–, solo puede admitirse si está objetivamente justificada. Para ello, debe ser adecuada para garantizar la consecución de un objetivo legítimo y no ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo¹⁹. Por tanto, la legitimidad del fin perseguido por la medida nacional, la protección del interés general, la adecuación, en el sentido de idoneidad, así como la proporcionalidad aparecen como componentes esenciales en la determinación del carácter justificado de una medida acusada de discriminatoria.

Se desprende de una reiterada jurisprudencia que los motivos de carácter meramente económico no pueden constituir razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado²⁰. Más en concreto, las cotizaciones sociales que un trabajador migrante abona en el Estado miembro de acogida, en virtud de la actividad asalariada que ejerce, contribuye a la financiación de las políticas sociales de dicho Estado y debe, en consecuencia, beneficiarse de ellas en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Por lo tanto, el objetivo de evitar una carga económica excesiva para el Estado miembro de acogida no constituye una razón imperiosa de interés general que pueda justificar una desigualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales²¹. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria ha considerado, en el contexto de la justificación basada en las cargas adicionales que derivan de la inaplicación del requisito de residencia, que aunque las consideraciones de índole presupuestaria puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas de protección social que este desea adoptar, tales consideraciones no constituyen por sí solas un objetivo perseguido por esta política y, por tanto, no pueden justificar una discriminación en detrimento de los trabajadores migrantes²². Por el contrario, el Tribunal de Luxemburgo ha

¹⁸ STJUE de 23 de mayo de 1996, asunto C-237/94, *O'Flynn*, ap. 21.

¹⁹ STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-830/18, *PF y otros*, ap. 39.

²⁰ STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C322/13, *Grauel Rüffer*, ap. 25.

²¹ STJUE de 21 de diciembre de 2023, asunto C488/21, *Chief Appeals Officer y otros*, ap. 71.

²² STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-20/12, *Giersch y otros*, ap. 51.

reconocido que la protección social de los trabajadores y la facilitación de los controles administrativos relacionados con ella constituyen objetivos que forman parte de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales²³.

La STJUE de 10 de julio de 2025, en el asunto C-257/24, *Städteregion Aachen*, estimó la discriminación indirecta por razón de nacionalidad que suponía la normativa alemana en la concesión de prestaciones de ayuda a la inclusión en forma de asistencia en la escuela a los hijos con discapacidad. En concreto, la legislación controvertida supeditaba dicha ayuda a un requisito de residencia en territorio alemán. A criterio del Tribunal de Justicia, la condición exigida para obtener la ventaja social, por su propia naturaleza, podía afectar más a los trabajadores transfronterizos que residen en otro Estado miembro que a los trabajadores nacionales. El Tribunal descarta, además, que el requisito de residencia pueda justificarse por el objetivo consistente en garantizar, por un lado, un vínculo real entre el solicitante de las prestaciones de ayuda a la inclusión en forma de asistencia en la escuela a los hijos con discapacidad y el Estado miembro que concede esta ayuda y, por otro lado, el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social. Dado que los trabajadores transfronterizos contribuyen a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida por las cotizaciones fiscales y sociales que pagan en dicho Estado en virtud de la actividad laboral que en él ejercen, deben poder beneficiarse, en concreto, de las ventajas sociales en las mismas condiciones que los trabajadores residentes.

III. BÚSQUEDA DE EMPLEO Y ACCESO AL MERCADO LABORAL DE UN ESTADO MIEMBRO DISTINTO AL DE ORIGEN

El art. 45.3 TFUE confiere a los nacionales de los Estados miembros el derecho a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo. De este modo, los ciudadanos de la Unión que buscan trabajo en otro Estado miembro tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición. Por su parte, el art. 1.2 del Reglamento 492/2011 establece que todo nacional de un Estado miembro de la Unión “se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas prioridades de los nacionales de dicho Estado en el acceso a los empleos disponibles”, luego las personas que buscan empleo pueden acceder a los servicios públicos de empleo y a las prestaciones financieras de ayuda destinadas a facilitar el acceso al mercado laboral del Estado miembro de acogida²⁴.

²³ STJUE de 7 de octubre de 2010, asunto C-515/08, *Dos Santos Palhota y otros*, ap. 47.

²⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 13 de julio de 2010: Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes.

No es casual que el Derecho de la Unión haga referencia expresa a la prohibición de discriminación en el ámbito del acceso al empleo, de especial vulnerabilidad desde luego si se tiene en cuenta que el mismo tiende a atestiguar las más frecuentes prácticas discriminatorias. La libre circulación exige, por tanto, que las condiciones de empleabilidad establecidas para los ciudadanos de la Unión no sean distintas de las previstas para los nacionales del Estado de acogida, a lo que cabe extender igualmente los incentivos a la contratación²⁵. De ahí que el Reglamento comunitario prohíba la aplicación de las disposiciones legales, reglamentarias o las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros²⁶, o que tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo. No resulta extraño, pues, que el art. 4 de la norma europea establezca que los ciudadanos de la Unión quedan excluidos de cualquier clase de cupo o porcentaje, de modo que “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limiten el empleo de extranjeros en número o porcentaje, por empresa, rama de actividad, región o a escala nacional, no serían aplicables a los nacionales de los otros Estados miembros”.

El tema de los cupos ha resultado especialmente problemático en el ámbito del deporte profesional. Fue en el asunto Bosman donde por primera vez el TJUE se pronunció sobre las “cláusulas de nacionalidad” aplicadas a todos los encuentros oficiales entre clubes y, por consiguiente, a la parte esencial de la actividad ejercida por los jugadores profesionales. A partir de esta importante Sentencia de 15 de diciembre de 1995, las restricciones hasta entonces referidas a los extranjeros en general deben entenderse circunscritas a los nacionales de Estados no miembros de la Unión –ni del Espacio Económico Europeo–. De ahí que las normas adoptadas por asociaciones deportivas según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol solo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros resultan contrarias al principio de la libre circulación de trabajadores. En el mismo sentido, se considera que obstaculizan la libertad de circulación las normas dictadas por asociaciones deportivas que prohíben a un club de baloncesto alinear, en los partidos del campeonato

²⁵ La STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-379/11, *Caves Krier Frères*, declaró contraria al art. 45 TFUE la normativa luxemburguesa que supeditaba la concesión de una ayuda a la contratación de desempleados mayores de cuarenta y cinco años al requisito de que el contratado estuviese inscrito como demandante de empleo en Luxemburgo.

²⁶ Se entienden incluidas aquellas disposiciones que hagan obligatorio el recurso a procedimientos especiales de contratación de mano de obra para los extranjeros, las que limiten o subordinen a condiciones distintas de las que son aplicables a los empresarios que ejercen en el territorio de dicho Estado, la oferta de empleo por medio de la prensa o de cualquier otro modo, así como aquellas que subordinen el acceso al empleo a condiciones de inscripción en las oficinas de empleo u obstaculicen la contratación nominativa de trabajadores, cuando se trate de personas que no residan en el territorio de dicho Estado.

nacional, a jugadores procedentes de otros Estados miembros que hayan sido transferidos después de una fecha determinada²⁷.

La lógica es la misma que inspira la libertad comunitaria, pues resulta evidente que la existencia de disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen y desplazarse a otro constituyen obstáculos a la libre circulación. Por tanto, la garantía de la libertad comunitaria precisa necesariamente de la inaplicación de cuantas normas nacionales, por discriminatorias, supongan trabas a la movilidad intracomunitaria. No hay que olvidar que el conjunto de disposiciones del TFUE relativas a la libre circulación, así como del Reglamento 492/2011, tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, al tiempo que se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocarles en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro. Ahora bien, el derecho de los trabajadores a ser contratados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de los trabajadores²⁸. No resultaría difícil que estas normas quedaran desvirtuadas si, para escapar de lo dispuesto en ellas, a los Estados miembros les bastara con imponer a los empresarios, para la contratación de un trabajador, requisitos que debería cumplir este y que, si se le hubieran impuesto directamente, constituirían restricciones al ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores.

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad, como puede advertirse, está configurado para ser invocado respecto a los demandantes de empleo, y no solo a los trabajadores ya empleados, de forma que les otorga relevancia en términos de protección. De conformidad con el art. 5 del Reglamento comunitario, aquellos nacionales de un Estado miembro que busquen empleo en el territorio de otro deben recibir la misma asistencia que la concedida por las oficinas de empleo de aquel Estado a sus propios nacionales demandantes de empleo. En este sentido, el siguiente precepto dispone que la contratación y el reclutamiento de un nacional de un Estado miembro para un empleo en otro no podrá depender de criterios médicos, profesionales u otros discriminatorios en razón de la nacionalidad, con respecto a los aplicados a los nacionales de otro Estado miembro que deseen ejercer la misma actividad. No obstante, el nacional que posea una oferta nominativa hecha por un empresario de un Estado miembro que no sea el suyo propio puede ser sometido a un examen profesional si el empresario lo solicita expresamente en el momento de presentar su oferta.

²⁷ STJUE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/96, *Lehtonen y Castors Braine*.

²⁸ STJUE de 7 de mayo de 1998, asunto C-350/96, *Clean Car Autoservice*, ap. 20.

A título ilustrativo, el TJUE invocó la libre circulación de trabajadores como libertad fundamental y la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad para rechazar la práctica del proceso de selección de personal de la Cassa di Risparmio italiana, que solo permitía que los conocimientos lingüísticos se acreditaran mediante certificado obtenible únicamente en Bolzano, imposibilitando la presentación de cualquier otro medio de prueba equivalente. Las personas que no residían en esta provincia contaban con escasas posibilidades de obtener el diploma, por lo que les resultaba difícil, si no imposible, acceder al empleo en cuestión. Esta conclusión no se vio desmentida por el hecho de que la obligación controvertida afectase tanto a los ciudadanos italianos residentes en otras partes del territorio nacional como a los nacionales de los demás Estados miembros, ya que para que una medida pueda calificarse como discriminatoria por razón de la nacionalidad no es necesario que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique solo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros y no a los trabajadores nacionales²⁹.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LOS SERVICIOS PROFESIONALES PRESTADOS EN OTRO ESTADO MIEMBRO

El art. 45 TFUE tiene por objeto, en particular, evitar que un trabajador que, en ejercicio de su derecho a la libre circulación, haya ocupado empleos en más de un Estado miembro sea tratado, sin justificación objetiva, de modo menos favorable que aquel que haya efectuado toda su actividad profesional en un solo Estado miembro. En efecto, difícilmente podría garantizarse la libre circulación de personas si los Estados miembros pudieran negar el disfrute de dicha disposición a aquellos de sus nacionales que hayan hecho uso de las facilidades previstas en el Derecho de la Unión y hayan adquirido, al amparo de estas, unas cualificaciones profesionales en un Estado miembro distinto del Estado cuya nacionalidad poseen³⁰. De ahí que el Tribunal de Justicia haya declarado que una normativa nacional que no tenga en cuenta la totalidad de los períodos anteriores de actividad equivalente realizados en un Estado miembro distinto del de origen del trabajador migrante puede hacer menos atractiva la libre circulación de los trabajadores³¹.

En este sentido, cuando un organismo público de un Estado miembro prevé, con ocasión de la contratación de personal para cubrir puestos

²⁹ En el mismo sentido, *vid.* STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-132/22, *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Classements spéciaux)*.

³⁰ STJUE de 28 de abril de 2022, asunto C-86/21, *Gerencia Regional de Salud de Castilla y León*, *aps.* 24 y 25.

³¹ STJUE de 23 de abril de 2020, asunto C-710/18, *Land Niedersachsen (Períodos anteriores de actividad pertinente)*, *ap.* 26.

que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 45.4 TFUE, tomar en consideración las actividades profesionales anteriores ejercidas por los candidatos en una administración pública, dicho organismo no puede efectuar distinciones en función de que tales actividades hayan sido ejercidas en la Administración Pública de ese mismo Estado miembro o en la de otro³². En síntesis, el principio de igualdad de trato de los trabajadores se opone a que los períodos de empleo, en un ámbito de actividad comparable, realizados por uno de dichos trabajadores en un Estado miembro no sean tomados en consideración por la administración de otro Estado miembro a la hora de determinar las condiciones de ejercicio profesional, tales como la retribución, el grado o la carrera, mientras que se tiene en cuenta la experiencia adquirida en la función pública de este último Estado³³.

Resulta de interés a estos efectos la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C132/22, *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (Classements spéciaux)*, que evalúa la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una norma italiana que establece que únicamente los candidatos que hayan adquirido cierta experiencia profesional en los centros públicos nacionales de formación superior artística, musical y coreográfica pueden ser admitidos en un procedimiento de inclusión en las listas elaboradas para la contratación, mediante contratos de trabajo por tiempo indefinido o de duración determinada, de personal en esos centros y que impide de tal manera que se tenga en cuenta, a efectos de la admisión en el referido procedimiento, la experiencia profesional adquirida en otros Estados miembros. El Tribunal de Luxemburgo determina que dicha norma puede disuadir a los trabajadores de ejercer el derecho a la libre circulación que otorga el art. 45 TFUE, esto es, de abandonar su Estado miembro de origen para trabajar o establecerse en otro Estado miembro. Al no tener en cuenta la experiencia profesional equivalente adquirida por un trabajador migrante en un centro de un Estado miembro distinto de Italia, la normativa controvertida puede afectar en mayor medida a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales, perjudicando particularmente a los primeros, en la medida en que estos habrán adquirido muy probablemente una experiencia profesional en un Estado miembro diferente antes de incorporarse a los centros italianos de formación superior artística, musical y coreográfica.

Por último, en el ámbito de la abogacía, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el art. 45 TFUE se opone, en principio, a una medida nacional relativa a los requisitos exigidos para la toma en consideración de una experiencia profesional a los efectos del acceso a la profesión de abogado adquirida en un Estado miembro distinto del Estado miembro que ha adoptado tal medida. Esta puede obstaculizar o hacer menos atractivo el

³² STJUE de 12 de mayo de 2005, asunto C-278/03, *Comisión/Italia*, ap. 14.

³³ STJUE de 23 de febrero de 2006, asunto C-205/04, *Comisión c. España*.

ejercicio por parte de los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el TFUE³⁴. Lo mismo sucede con una normativa nacional que excluye que se compute la experiencia profesional que debe adquirirse en el marco de una parte determinada de un período de prácticas necesario para acceder a la profesión de abogado, por el mero hecho de que esa parte del período de prácticas se efectúe con un abogado establecido en otro Estado miembro³⁵.

V. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO ANTIDISCRIMINATORIO EN EL ÁMBITO DE LA REMUNERACIÓN

Según la interpretación extensiva propia del TJUE en este ámbito, del salario forman parte no solo los conceptos legales o convencionales del mismo, sino también las mejoras unilaterales concedidas por el empresario, de forma que el reconocimiento de tales mejoras retributivas, en función de ciertos requisitos objetivos, debe extenderse a todos los trabajadores que los cumplan con independencia de su nacionalidad.

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo ha sostenido que el incremento que se paga en concepto de complemento de la retribución atribuida a los trabajadores en régimen de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación entra, como componente de la retribución, en el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad³⁶. Se entenderá, así, que fueran declarados contrarios al Derecho de la Unión los complementos especiales austriacos por antigüedad, al constituir una prima de fidelidad. Según el razonamiento esgrimido por el Tribunal de Justicia de la Unión, ese régimen perjudicaba a los trabajadores migrantes nacionales de otros Estados miembros, dado que se les denegaba el reconocimiento de los servicios prestados como profesores universitarios en dichos Estados, por la sola razón de que esos períodos no se cubrieron en una Universidad austriaca. La negativa absoluta a reconocer los períodos de servicio cumplidos obstaculizaba la libre circulación de los trabajadores establecidos en el país, en la medida en que podía disuadirles de abandonarlo para ejercer tal libertad³⁷.

En cualquier caso, y como ha matizado el Tribunal de Luxemburgo, el Derecho de la Unión no impide que se produzcan consecuencias desfavorables para la libre circulación de los trabajadores derivadas de las disparidades entre los baremos impositivos de los Estados miembros. Habida cuenta de las desemejanzas normativas entre ellos en esta materia, la

³⁴ STJUE de 17 de diciembre de 2020, asunto C-218/19, *Onofrei*, ap. 30.

³⁵ STJUE de 3 de abril de 2025, asunto C-807/23, *Jones Day*.

³⁶ STJUE de 28 de junio de 2012, asunto C-172/11, *Erny*, ap. 38.

³⁷ STJUE de 30 de septiembre de 2003, asunto C-224/01, *Köbler*.

decisión de un trabajador de invocar su libertad de circulación de acuerdo, en particular, con el art. 45 TFUE puede, según los casos, resultar más o menos ventajosa o desfavorable para dicho trabajador en el ámbito fiscal³⁸. Así, tras aseverar que “el Tratado no garantiza a un ciudadano de la Unión que el traslado de sus actividades a un Estado miembro que no sea aquel en el que residía hasta entonces sea neutro en materia de tributación”, el TJUE declaró la conformidad con el principio de la igualdad de trato de una disposición de la Ley alemana del impuesto sobre la renta por la que determinados complementos salariales abonados a un funcionario de un Estado miembro que trabaja en otro Estado miembro para compensar una pérdida de poder adquisitivo en el lugar de destino no se tienen en cuenta para determinar el tipo impositivo aplicable en el primer Estado miembro al resto de rendimientos del contribuyente o de su cónyuge, mientras que complementos salariales equivalentes, abonados a un funcionario de ese otro Estado miembro que trabaja en territorio del primer Estado miembro, se toman en consideración para determinar dicho tipo impositivo³⁹.

VI. LOS REQUISITOS LINGÜÍSTICOS Y SU INCIDENCIA EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El Reglamento 492/2011, además de disponer que “no serán aplicables las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, ni las prácticas administrativas de un Estado miembro que limiten o subordinen a condiciones no previstas para los nacionales la oferta y la demanda de trabajo, el acceso al empleo y su ejercicio por los extranjeros”, matiza en el art. 3.1 *in fine* que dicha regla no resulta de aplicación a las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir. Lo que está en consonancia con el hecho de que las disposiciones del Derecho de la Unión no se oponen a la adopción de una política destinada a defender y promover una o varias de las lenguas oficiales de un Estado miembro⁴⁰. En efecto, a tenor del art. 3.3, párrafo cuarto, del TUE y del art. 22 CDFUE, la Unión respeta la riqueza de su diversidad cultural y lingüística. Asimismo, de conformidad con el art. 4.2 TUE, la Unión ha de respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, de la que también forma parte la protección de sus lenguas oficiales. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado que el derecho a exigir un determinado nivel de conocimiento de una lengua en función del puesto de trabajo de que se trate no puede menoscabar la libre circulación de trabajadores.

³⁸ STJUE de 2 de marzo de 2017, asunto C-496/15, *Eschenbrenner*.

³⁹ STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto C-240/10, *Schulz-Delzers y Schulz*, aps. 42 y 43.

⁴⁰ STJUE de 7 de septiembre de 2022, asunto C-391/20, *Cilevičs y otros*, ap. 67.

Los requisitos lingüísticos, por tanto, no pueden ir más allá de lo razonable y necesario para el empleo en cuestión, de forma que las exigencias derivadas de las medidas dirigidas a ejercerlo deben ser proporcionadas en relación con el fin perseguido⁴¹. En este orden de consideraciones, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia la que afirma la incompatibilidad del principio de no discriminación con la exigencia de que los conocimientos lingüísticos necesarios para un puesto de trabajo se adquieran en un determinado Estado miembro o solo se puedan acreditar a través de un certificado expedido por dicho Estado.

Conviene referirse en este punto a la STJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, *Angonese*. El supuesto de hecho origen de este pronunciamiento concierne a la Cassa di Risparmio, una entidad bancaria privada de Bolzano (Italia), que incluyó entre los requisitos de admisión a un proceso de selección de personal, la posesión de un certificado de bilingüismo (italiano/alemán) que expedía una administración pública en un único lugar de examen, la misma provincia de Bolzano. Si bien el TJUE no cuestiona la legitimidad de exigir al candidato a un empleo conocimientos lingüísticos de un determinado nivel, y aun cuando la posesión de un diploma como el certificado puede constituir un criterio que permita evaluar tales conocimientos, la sentencia defiende que la imposibilidad de acreditarlos de cualquier otro modo y, especialmente, mediante una capacitación equivalente obtenida en otros Estados miembros debe considerarse desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. Concluye, así, que el hecho de que un empleador supedita el acceso de un candidato a un proceso de selección de personal a la obligación de acreditar sus conocimientos lingüísticos exclusivamente mediante un único certificado, expedido en una sola provincia de un Estado miembro, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad contraria al art. 45 TFUE.

Similarmente, la STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-317/14, *Comisión/Bélgica*, determinó que el hecho de exigir que un candidato en un proceso de selección debe acreditar sus conocimientos lingüísticos mediante la presentación de un tipo de certificado que solo expide un determinado organismo belga encargado de organizar los exámenes de lengua en Bélgica, resulta a todas luces desproporcionado. Por razones obvias, dicha exigencia excluye cualquier toma en consideración del nivel de conocimientos que un título obtenido en otro Estado miembro permite presumir de su titular. Además, aunque se aplica indistintamente a los propios nacionales belgas y a los nacionales de otros Estados miembros, perjudica en realidad a estos últimos si desean presentar su candidatura a un puesto en un servicio local en Bélgica, pues estarían obligados a

⁴¹ La STJUE de 16 de abril de 2013, asunto C-202/11, *Las*, determinó que el art. 45 TFUE se opone a una normativa de una entidad federada de un Estado miembro que obliga a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de esa entidad –en el caso concreto, la región lingüística neerlandesa– a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial de dicha entidad federada.

trasladarse al territorio belga con el único fin de que se evaluaran sus conocimientos en el marco de un examen indispensable para la emisión del certificado demandado para la presentación de su candidatura.

Si hay un ámbito en el que han proliferado las resoluciones judiciales en materia de libre circulación de trabajadores y prohibición de discriminación por razón de la lengua, ese es el concerniente a las convocatorias de selección de personal a cargo de la Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO, por sus siglas en inglés). En primer lugar, y como consideración apriorística de importancia, conviene señalar que las referencias en los Tratados al uso de las lenguas en la Unión no pueden considerarse la expresión de un principio general del Derecho de la Unión en virtud del cual todo lo que pueda afectar a los intereses de un ciudadano de la Unión debe redactarse en su lengua, sean cuales fueren las circunstancias⁴².

En este sentido, conviene detenerse en primer lugar en la STJUE de 13 de septiembre de 2010, asunto T-166/07, *Italia/Comisión*. El conflicto tiene su origen en la publicación, por parte de la EPSO, de anuncios de concursos generales para la selección de administradores y asistentes en el ámbito de la información, la comunicación y los medios de comunicación. Dicha publicación se acometió únicamente en las ediciones alemana, inglesa y francesa del Diario Oficial de la Unión Europea. Además, las convocatorias a las distintas pruebas, así como toda la correspondencia entre la Oficina o la secretaría del tribunal y los candidatos solo estaban previstas en alemán, inglés o francés. Entre los requisitos de admisión a las pruebas de acceso, se exigía un excelente conocimiento de una de las lenguas oficiales de la Unión, como lengua principal, y también un conocimiento satisfactorio del alemán, el inglés o el francés, como segunda lengua obligatoriamente distinta de la lengua principal. Las mismas condiciones lingüísticas se imponían en relación con el desarrollo de las pruebas de acceso. Italia, disconforme con la limitación a esas tres lenguas, presentó un recurso de anulación que resultó desestimado por el Tribunal General. Tras lo cual decidió interponer recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, que resuelve en su sentencia de 27 de noviembre de 2012, asunto C-566/10 P, *Italia/Comisión*.

En relación con la publicación de los anuncios de concurso controvertidos, y tras traer a colación la normativa que dispone que el Diario Oficial de la Unión Europea debe publicarse en todas las lenguas oficiales, el Tribunal considera que tales anuncios tendrían que haber sido publicados íntegramente en todas las lenguas oficiales. La práctica de publicación limitada creó una diferencia de trato por razón de la lengua y, con ello, una desventaja a aquellos posibles candidatos cuya lengua materna no fuera una de las de la publicación de los anuncios.

⁴² STJUE de 5 de mayo de 2015, asunto C-147/13, *España/Consejo*.

En cuanto a la designación del alemán, inglés y francés como segunda lengua, la sentencia recuerda que las reglas que limitan la elección de la misma deben establecer criterios claros, objetivos y previsibles a fin de que los candidatos puedan saber, con suficiente antelación, cuáles son los requisitos lingüísticos que se exigen, y así poder prepararse para los concursos en las mejores condiciones. Sin embargo, las instituciones afectadas por el concurso no adoptaron nunca reglas internas ni motivación alguna que justificara la selección de las tres lenguas en cuestión. Por otra parte, dado que el objetivo de seleccionar a los funcionarios con las más altas cualidades de competencia, rendimiento e integridad puede cumplirse mejor cuando los candidatos están autorizados a realizar las pruebas de selección en su lengua materna o en la segunda lengua que consideren dominar, es responsabilidad de las instituciones la consecución de un equilibrio entre, de un lado, el objetivo legítimo que justifica la limitación del número de lenguas de los concursos y, de otro, la identificación de los candidatos más competentes y las posibilidades de aprendizaje por parte de los funcionarios seleccionados de las lenguas necesarias para el interés del servicio. En consecuencia, el Tribunal de Justicia anula la sentencia recurrida y, con ella, los anuncios de concursos, si bien, y a fin de proteger la confianza legítima de los candidatos seleccionados, no cuestiona los resultados de dichos concursos.

Por su parte, la STJUE de 3 de febrero de 2011, asunto T-205/07, *Italia/Comisión*, resuelve un recurso de anulación planteado por Italia impugnando una convocatoria de manifestaciones de interés al objeto de constituir una base de datos de candidatos que pudieran ser contratados como agentes contractuales para llevar a cabo diversas funciones en las instituciones y agencias comunitarias. Dicha convocatoria, publicada en la página web de la EPSO, únicamente aparecía en alemán, inglés y francés. El Tribunal General señala, con carácter general, que no existe ninguna disposición que imponga que una convocatoria como la controvertida en el caso ahora analizado deba publicarse en el sitio web de la EPSO en todas las lenguas oficiales. Sin embargo, si bien la Administración está autorizada a adoptar las medidas que le parezcan apropiadas para regular determinados aspectos de una convocatoria de manifestaciones de interés, dichas medidas no pueden provocar una discriminación por razón del idioma entre los candidatos a un puesto determinado. En consecuencia, si la Administración decide publicar el texto de una convocatoria en el portal de la EPSO únicamente en algunas lenguas debe, con el fin de evitar que se produzca una discriminación por razón de lengua entre los candidatos potencialmente interesados por dicha convocatoria, adoptar las medidas apropiadas para informar al conjunto de esos candidatos de la existencia de la convocatoria y de las versiones lingüísticas en las que se ha publicado su texto íntegro. En el caso concreto que resuelve la sentencia, la Comisión no dispuso que se publicara en su página web, traducido a todas las lenguas oficiales de la Unión, un anuncio que proporcionara informa-

ción sobre la existencia y el contenido de la convocatoria controvertida, ni adoptó otras medidas equivalentes. Así pues, aun suponiendo que el sitio web de la Comisión reenviase, en todas las lenguas oficiales, al portal trilingüe de la EPSO, se concluyó la existencia de un elevado riesgo de que los candidatos potencialmente interesados, cuya lengua materna no era el alemán, el inglés o el francés, ni siquiera llegasen a conocer la existencia de la convocatoria de manifestaciones de interés.

En estas circunstancias, la posibilidad de ser informado de la convocatoria en cuestión no era idéntica para todos los candidatos, con independencia de la lengua de la que se partiera. Al contrario, dicha convocatoria podía favorecer a los candidatos de determinadas nacionalidades, en concreto, las de los Estados miembros en los que son lenguas oficiales el alemán, el inglés y el francés. De ahí que el Tribunal General terminase por anular la convocatoria controvertida al implicar una discriminación entre los potenciales candidatos, contraria al Derecho de la Unión.

También resulta de interés la STJUE de 24 de septiembre de 2015, asuntos T-124/13 y T-191/13, *Italia y España/Comisión*, la cual anuló tres convocatorias de oposición al objeto de constituir una lista de reserva para la contratación de asistentes. Ambos países cuestionaban la limitación de las lenguas que podían utilizarse en los intercambios entre los candidatos y la EPSO al alemán, al inglés y al francés, así como la limitación de la elección de la segunda lengua por parte de los candidatos a las tres lenguas mencionadas.

A juicio del Tribunal General, las convocatorias impugnadas infringen el Reglamento nº 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, norma que reconoce el derecho de los candidatos a elegir la lengua de redacción del formulario de candidatura entre todas las lenguas oficiales, y prescribe que las comunicaciones remitidas por la EPSO deben estar redactadas en la lengua elegida por el candidato. El uso de una de las tres lenguas por un candidato que habría preferido comunicarse con la EPSO en otra lengua oficial no permite garantizar la claridad y la comprensión de las comunicaciones entre la Oficina y los candidatos.

En relación con la obligación que recae sobre los candidatos de elegir el alemán, el inglés o el francés como segunda lengua para las oposiciones, el Tribunal General recuerda que una limitación de la elección a un número restringido de idiomas, excluyendo otros oficiales, constituye una discriminación por razón de la lengua. Y es que, mediante esta estipulación, se favorece a determinados candidatos potenciales, concretamente aquellos que poseen un conocimiento satisfactorio de al menos una de las lenguas indicadas, en la medida en que pueden participar en la oposición, y, de este modo, ser seleccionados funcionarios o agentes de la Unión, mientras que el resto, que no poseen este conocimiento, están excluidos. En concreto, en la sentencia se tacha de “vaga” la afirmación de que las

tres lenguas mencionadas “siguen siendo las lenguas más utilizadas”, a la luz de “la práctica ya sólidamente asentada de las instituciones de la UE en lo que respecta a las lenguas empleadas para la comunicación interna”. En este mismo sentido, matiza que no se puede presumir, sin más explicaciones, que un funcionario que acaba de ser nombrado, y no domina ninguna de esas lenguas, no sea capaz de desempeñar inmediatamente un trabajo útil en la institución de que se trate. Asimismo, la Comisión no logró demostrar que la limitación controvertida respondiese al interés del servicio, por lo que se concluyó que la obligación de los candidatos de elegir el alemán, el inglés o el francés como segunda lengua no resultaba objetivamente justificada ni proporcionada en relación con el objetivo perseguido por la Comisión, que era el de seleccionar funcionarios y agentes inmediatamente operativos.

Sin salirnos de la temática, la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-377/16, *España/Parlamento*, resuelve un recurso de anulación interpuesto por nuestro país frente a una convocatoria de manifestaciones de interés publicada por dicha institución europea, con el objetivo de generar una base de datos de candidatos para ejercer la función de conductores. Lo conflictivo de la convocatoria estribaba en que, junto a un “profundo conocimiento de una de las 24 lenguas oficiales de la Unión Europea como lengua 1 del procedimiento de selección”, se exigía un “conocimiento satisfactorio del alemán, del inglés o del francés como lengua 2”. Con base en el Estatuto de los Funcionarios, el Tribunal de Justicia sostiene que pueden permitirse diferencias de trato por razón de la lengua si están objetiva y razonablemente justificadas por un objetivo legítimo de interés general en el marco de la política de personal. En particular, y a partir de una consolidada jurisprudencia, se recuerda que el interés del servicio puede exigir que las personas seleccionadas dispongan de conocimientos lingüísticos específicos, de manera que la naturaleza particular de las tareas que hayan de realizarse justifica una selección basada, entre otras cosas, en un conocimiento profundo de una lengua específica. Así, el Parlamento Europeo justificó la limitación de la elección de la segunda lengua del procedimiento de selección únicamente a los tres idiomas referidos en el interés del servicio, que exigía que los nuevos agentes fuesen operativos inmediatamente y pudiesen comunicarse con eficacia en su trabajo cotidiano. Sin embargo, la sentencia rechaza, por insuficiente, dicha argumentación, aduciendo que la restricción enjuiciada no estaba justificada objetiva y razonablemente en relación con las especificidades funcionales de los puestos que debían cubrirse, al tiempo que cuestionaba por qué la elección controvertida no podía abarcar otras lenguas oficiales potencialmente pertinentes para dichos puestos. Considera, en definitiva, que la motivación aportada por la institución comunitaria “no se basa en criterios claros, objetivos y previsibles que permitan concluir que el interés del servicio exige, en el presente asunto, esa diferencia de trato por razón de la lengua”.

Asimismo, España reprochaba que estas fuesen las únicas lenguas que podían utilizar los aspirantes para comunicarse con los organizadores del procedimiento de selección. El Tribunal de Luxemburgo descarta que, de la obligación que ostenta la Unión de respetar la diversidad lingüística, pueda derivarse “un pretendido principio general de Derecho que garantice a toda persona el derecho a que se redacte en su lengua todo lo que pueda afectar a sus intereses, sean cuales fueren las circunstancias y según el cual las instituciones estén obligadas, sin que esté autorizada ninguna excepción, a utilizar todas las lenguas oficiales en cualquier situación”. Las instituciones pueden establecer, por tanto, limitaciones al uso de las lenguas oficiales, siempre y cuando las mismas se encuentren objetiva y razonablemente justificadas por un objetivo legítimo de interés general en el marco de la política de personal y sean proporcionadas al objetivo perseguido. En el caso concreto, el Parlamento no logró demostrar que la limitación de la elección de la lengua de comunicación resultante de la convocatoria de manifestaciones de interés estuviese justificada.

De un modo similar, la STJUE de 26 de marzo de 2019, asunto C-621/16 P, *Comisión/Italia*, desestimó el recurso de casación interpuesto por la Comisión frente a la sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016, que anuló dos convocatorias de oposiciones generales de la Oficina Europea de Selección de Personal dado que, al igual que en el caso anterior, se limitaba tanto la elección de la lengua de comunicación entre esta y los candidatos como la elección de la segunda lengua de las oposiciones al inglés, al francés y al alemán. Según la resolución de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, el Tribunal General estimó acertadamente que las más altas cualidades de competencia, rendimiento e integridad son independientes de los conocimientos lingüísticos. De ahí que asevere que aquel no había incurrido en error al considerar que el objetivo de seleccionar funcionarios con estas altas cualidades no justifica una diferencia de trato por razón de la lengua. En la sentencia mencionada, el Tribunal de Luxemburgo recuerda que, por más que el interés del servicio pueda justificar la limitación de la elección de la segunda lengua de la oposición a un número restringido de lenguas oficiales cuyo conocimiento está más extendido en la Unión, incluso en oposiciones de carácter general, tal limitación debe basarse imperativamente en elementos objetivamente verificables, tanto por los candidatos a la oposición como por los tribunales de la Unión, que permitan justificar los conocimientos lingüísticos exigidos, los cuales deben ser proporcionales a las necesidades reales del servicio. Sin embargo, las convocatorias de oposición controvertidas no incluían tales elementos que permitiesen comprobar las razones que justificaban la limitación de la elección de la lengua de comunicación entre los candidatos y la EPSO a una de las tres lenguas en concepto de segunda lengua de la oposición.

Las convocatorias de oposiciones generales de la EPSO también constituyeron el origen del conflicto que derivó en las SSTJUE de 16 de febre-

ro de 2023, asunto C-623/20 P, Comisión/Italia, y asunto C-635/20 P, Comisión/España e Italia. Ambas resoluciones desestimaron los recursos de casación interpuestos por la institución europea frente a las sentencias dictadas el 9 de septiembre de 2020 por el Tribunal General y que anulaban sendas convocatorias para constituir listas de reserva de administradores en diferentes ámbitos. En ellas, se limitaba al alemán, el inglés y el francés la elección tanto de la segunda lengua de la oposición como de la lengua de comunicación entre los candidatos y la EPSO. Con base en reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia señala que las instituciones de la Unión deben disponer de una amplia facultad de apreciación en la organización de sus servicios y, en particular, en la determinación de los criterios de capacidad exigidos para los puestos de trabajo que deban proveerse y, en función de estos criterios y en interés del servicio, los requisitos y modalidades de organización del proceso selectivo. Ahora bien, dicha facultad se encuentra limitada imperativamente por la prohibición de discriminación por razón de lengua, luego las diferencias de trato resultantes de la limitación del régimen lingüístico de un proceso selectivo a un número restringido de lenguas oficiales solo pueden admitirse si tal limitación está objetivamente justificada y es proporcional a las necesidades reales del servicio.

VII. LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA OBTENCIÓN DE VENTAJAS SOCIALES

Según el art. 7.2 del Reglamento 492/2011, el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro tiene derecho a beneficiarse de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales, incluyendo los derechos en materia de alojamiento y, en particular, el acceso a la propiedad de la vivienda que necesite. A tales efectos, podrá, con el mismo derecho que los nacionales, inscribirse en las listas de solicitantes de viviendas en la región en la que esté empleado y donde se realicen tales listas (art. 9 del Reglamento). Según el art. 4 del Reglamento 883/2004, interpretado a la luz del considerando 8 del mismo, la persona que ejerza, en particular, una actividad por cuenta ajena en un Estado miembro estará sometida, por regla general, a la legislación de ese Estado miembro y deberá disfrutar en él de las mismas prestaciones que los nacionales del mismo Estado miembro, principalmente con el fin de garantizar de la mejor manera posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro⁴³.

Lo cierto es que el acceso al mercado laboral de un Estado miembro crea el vínculo de integración suficiente en la sociedad de dicho Estado

⁴³ STJUE de 16 de junio de 2022, asunto C-328/20, *Comisión/Austria (Indexación de las prestaciones familiares)*, ap. 108.

para poder disfrutar del principio de igualdad de trato en el ámbito de las ventajas sociales⁴⁴. Dicho vínculo resulta, en particular, de la contribución de los trabajadores migrantes a la financiación de las políticas sociales del Estado miembro de acogida a través de las cotizaciones que abonan en virtud de la actividad laboral que en él ejercen. Luego si participan en el sostenimiento financiero de las políticas sociales de dicho Estado, deben igualmente poder beneficiarse de ellas en las mismas condiciones que los trabajadores nacionales. Converge en este razonamiento el cuarto considerando del Reglamento 492/2011, según el cual, la movilidad de la mano de obra en la Unión ha de ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a “satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, rechazando cualquier interpretación restrictiva⁴⁵, ha defendido un concepto amplio de ventajas sociales al sostener que la prohibición de discriminación rige en relación con todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales por razón de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de que tienen su residencia habitual en territorio nacional⁴⁶. Por tanto, su extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite facilitar la movilidad de estos en el interior de la Unión y, con ello, su integración en el Estado miembro de acogida. En este sentido, se han considerado incluidas en el concepto de ventajas sociales, entre otras, las prestaciones sociales concedidas al hijo a cargo de un trabajador que debe contribuir a los gastos de su manutención⁴⁷, las prestaciones de ayuda a la inclusión en forma de asistencia en la escuela a los hijos con discapacidad⁴⁸, la compensación por las pérdidas de ingresos sufridas por los trabajadores como consecuencia de un aislamiento ordenado a raíz de un resultado positivo en el test de detección de la COVID-19⁴⁹, o la ayuda concedida para la manutención y para la formación al objeto de cursar estudios universitarios sancionados por una cualificación profesional⁵⁰.

Los miembros de la familia de un trabajador migrante son beneficiarios indirectos de la igualdad de trato del art. 7.2 del Reglamento 492/2011⁵¹. Según se colige, el principio de igualdad de trato también está destinado a impedir las discriminaciones efectuadas en perjuicio de los hijos que

⁴⁴ STJUE de 10 de julio de 2019, asunto C410/18, *Aubriet*, ap. 32.

⁴⁵ STJUE de 10 de julio de 2025, asunto C-257/24, *Städteregion Aachen*, ap. 39.

⁴⁶ STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C411/22, *Thermalhotel Fontana*, ap. 35.

⁴⁷ STJUE de 20 de junio de 2013, asunto C-20/12, *Giersch y otros*, ap. 39.

⁴⁸ STJUE de 10 de julio de 2025, asunto C-257/24, *Städteregion Aachen*, ap. 41.

⁴⁹ STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C411/22, *Thermalhotel Fontana*, ap. 36.

⁵⁰ STJUE de 24 de noviembre de 2022, asunto C-638/20, *MCM (Aides financières pour études à l'étranger)*, ap. 24.

⁵¹ SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-542/09, *Comisión c. Países Bajos*, y de 20 de junio de 2013, asunto C20/12, *Giersch y otros*, ap. 39.

están a cargo del trabajador, de forma que estos pueden acogerse a dicha disposición para obtener una financiación de sus estudios en las mismas condiciones que las que se aplican a los hijos de los trabajadores nacionales⁵². Asimismo, no conviene olvidar que se asiste a una interpretación extensiva en la misma figura del trabajador que disfruta de las ventajas sociales, ya que se ha reconocido que determinados derechos vinculados a la condición de trabajador se han de garantizar a los trabajadores migrantes aunque estos ya no estén vinculados por un contrato de trabajo⁵³. En el ámbito de la ayuda a la enseñanza universitaria, se ha considerado por el Tribunal de Luxemburgo que un nacional de un Estado miembro distinto del de acogida que haya ejercido en este último actividades profesionales y que, posteriormente, emprenda en él estudios universitarios que culminen en una titulación profesional, conserva su condición de trabajador y puede, como tal, invocar el art. 7.2 del Reglamento 492/2011 siempre que exista una relación de continuidad entre la actividad profesional anteriormente ejercida y los estudios cursados. Sin embargo, no se puede exigir el cumplimiento de este requisito a un trabajador migrante que se encuentra en una situación de desempleo involuntario y al que la situación en el mercado de trabajo obliga a someterse a una reconversión profesional⁵⁴.

Resulta de particular interés la STJUE de 16 de mayo de 2024, asunto C-27/23, *Hocinx*, que se pronuncia sobre la cuestión de si un Estado miembro puede aplicar requisitos de atribución diferenciados respecto a un trabajador residente y a un trabajador no residente en relación con la concesión de un subsidio familiar. En concreto, en virtud de la legislación luxemburguesa aplicable, los trabajadores no residentes no se benefician en las mismas condiciones que los trabajadores residentes del subsidio familiar controvertido por lo que respecta a los menores acogidos en el hogar de dichos trabajadores, en la medida en que, a diferencia de un trabajador residente, uno transfronterizo no percibe este subsidio por un menor que se encuentra acogido en su hogar y cuya custodia tiene atribuida. Según la normativa nacional, todos los menores que residen de manera efectiva y continuada en Luxemburgo y que tienen su domicilio legal en este país generan derecho al subsidio familiar. Por lo que respecta a los menores acogidos en virtud de una resolución judicial, se precisa que, en caso de acogimiento, este subsidio se abona a la persona física o jurídica que tenga atribuida la custodia del menor y en cuyo hogar el menor tenga su domicilio legal y resida de manera efectiva y continuada. En cambio, únicamente dan derecho al subsidio familiar en el caso de un trabajador transfronterizo los menores considerados miembros de la familia de dicho trabajador, a saber, los hijos nacidos dentro del matrimonio, los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos adoptivos de esa persona.

⁵² STJUE de 14 de diciembre de 2016, asunto C-238/15, *Bragança Linares Verruga y otros*, ap. 69.

⁵³ STJUE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-35/97, *Comisión c. Francia*, ap. 41.

⁵⁴ STJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-413/01, *Ninni-Orasche*, ap. 14.

En estas circunstancias, no puede concederse a un menor acogido en el hogar de un trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación, menor que tiene su domicilio legal y reside de manera efectiva y continuada en el hogar de dicho trabajador, un subsidio familiar que constituye, para el trabajador transfronterizo, una ventaja social, mientras que los menores acogidos que tienen su domicilio legal y su residencia efectiva y continuada en el hogar de los trabajadores nacionales del Estado miembro de acogida pueden, en cambio, optar a dicho subsidio. Esa diferencia de trato, que puede redundar en perjuicio principalmente de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son mayoritariamente no nacionales, constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

VIII. CONCLUSIONES

Para comprender la dimensión jurídica y social de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea, conviene partir de una premisa básica: la igualdad de trato constituye un requisito indispensable para la efectividad de aquella. Se trata de un principio que, desde hace décadas, es considerado como el núcleo central de dicha libertad comunitaria. El conjunto de disposiciones del Derecho de la Unión Europea que se refieren a la libre circulación, entre las que se incluye el art. 45 TFUE, tiene por objeto facilitar a los ciudadanos de la Unión el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la misma. Estos disfrutan, en particular, del derecho a abandonar su Estado miembro de origen para desplazarse a otro y permanecer o residir en él con el fin de ejercer dicha actividad. Lo que está en clara conexión con la vocación misma del estatuto de ciudadanía de la Unión, esto es, permitir a los nacionales de los Estados miembros que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico. Esta exigencia no solo garantiza la movilidad laboral, sino que refuerza la cohesión del espacio europeo.

Quedan prohibidas, por tanto, las medidas que pudieran colocar a los ciudadanos de la Unión en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro, es decir, aquellas medidas que obstaculizaran o hicieran menos atractivo el ejercicio –el factor disuasorio es clave a estos efectos– de la libertad fundamental garantizada por el mencionado precepto. De ahí que las disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la movilidad laboral constituyen restricciones aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de

los trabajadores afectados. En cualquier caso, es preciso subrayar que esta igualdad no ha de interpretarse en términos absolutos. Los mercados laborales presentan particularidades propias y las legislaciones nacionales difieren sustancialmente. Como consecuencia, el Derecho de la Unión no puede garantizar que la movilidad sea socialmente neutra. En la práctica, el cambio de país puede resultar más favorable o menos ventajoso según las circunstancias concretas, lo que evidencia la complejidad del equilibrio entre la libertad de circulación y la diversidad normativa intrínseca a los distintos sistemas jurídico-laborales nacionales.

Conviene destacar el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha interpretado de manera constante y extensiva el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad. En concreto, ha reiterado que dicho principio se proclama ampliamente no solo en relación con las condiciones de trabajo, sino también con el mismo acceso al empleo, ya sea privado o público, en un Estado miembro distinto del de origen. Por tanto, sería incompatible con el derecho a la libre circulación el que a un trabajador o a un demandante de empleo pudiera aplicársele en el Estado miembro de acogida un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Derecho de la Unión en materia de libre circulación. Además, y aunque no exista una categorización normativa expresa, la jurisprudencia europea ha considerado que el art. 45 TFUE prohíbe no solo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también aquellas prácticas encubiertas que, mediante criterios aparentemente neutros, producen el mismo efecto. Esta interpretación dinámica confirma que la libre circulación de trabajadores no puede verse limitada por obstáculos formales ni por medidas que, bajo apariencia de neutralidad, generen desigualdad. Las únicas excepciones admisibles al respecto requieren que se demuestre, en primer término, que la adopción de la medida en cuestión esté justificada por un objetivo legítimo de interés general compatible con el Derecho de la Unión y, por consiguiente, de naturaleza no puramente económica y, en segundo término, que respete el principio de proporcionalidad, lo cual implica que sea apta para garantizar la consecución de aquel objetivo y que no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzarlo. Por lo que se refiere, más concretamente, al requisito relativo a la aptitud de este tipo de medidas, debe recordarse que solo pueden considerarse adecuadas para lograr el objetivo alegado si responden verdaderamente al empeño por alcanzarlo de forma congruente y sistemática.

La consolidación de una Europa social pasa, en definitiva, por la lucha contra todas las formas de discriminación y, con ella, el fomento de la inclusión social, en la garantía de sociedades verdaderamente cohesionadas y culturalmente diversas. De ahí que pueda afirmarse que la protección de los derechos vinculados a la movilidad laboral constituye un eje central de la construcción europea.

La migración de la población venezolana hacia América Latina y el Caribe: evolución y gobernanza a multiescala*

Karen AÑAÑOS BEDRIÑANA

*Profesora Permanente Laboral (Acreditada a Titular por la ANECA)
del Departamento de Derecho Internacional Privado
Universidad de Granada.*

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7646-750X>

Correo electrónico: karengananos@ugr.es

Nora Margarita RON ORDÓÑEZ

*Doctoranda en el Programa de Doctorado en Estudios Migratorios
Escuela de Doctorado en Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad de Granada*

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9487-1939>

Correo electrónico: margaritaron@correo.ugr.es

Sumario: I. Introducción. II. Evolución: factores determinantes: 1. *Cuestión preliminar*. 2. *Transformación y reconfiguración del proceso migratorio*. III. Gobernanza a multiescala: respuestas y estrategias de afrontamiento. IV. conclusiones.

Palabras clave: América Latina y el Caribe, Gobernanza, Integración, Migración, Venezuela.

* El presente estudio forma parte de la Tesis doctoral denominada: “La migración forzada de la población venezolana en Ecuador y su proceso de reasentamiento en España (2018-2025): Implicaciones en el Derecho a la Salud Mental”, del Programa de Doctorado en Estudios Migratorios, en la Escuela de Doctorado en Humanidades, Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Granada. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación (I+D+I): “Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios: Desafíos para el Derecho Internacional Privado español”, (GEODIPRI). [Ref. PID2023-1462260b-100], financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades/Feder. IP: Mercedes Soto Moya.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración ha sido una constante en la humanidad desde las épocas más antiguas y se ha producido bajo diversas motivaciones. Según la definición de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la migración puede ser voluntaria o forzada. Por un lado, en referencia a la migración voluntaria, las razones estarían vinculadas a la búsqueda de mejores oportunidades laborales, educativas, reunificación familiar o deseos de incrementar favorablemente las condiciones económicas y sociales¹. Y, por otro lado, la migración forzada se genera a causa de los conflictos armados, persecuciones, terrorismo, violaciones o abusos de los derechos humanos. Y, últimamente, y con más frecuencia, se presenta la migración por efectos del cambio climático y/o desastres naturales².

En la actualidad, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), cerca de 123 millones de personas en el mundo han sido desplazadas de manera forzada de sus hogares y, de este número, 42.7 millones de personas han requerido salir de sus países de origen en búsqueda de protección internacional³.

En América Latina y el Caribe, desde hace una década, se experimenta uno de los mayores movimientos migratorios, a escala global, generado, en gran medida, por la salida de población desde Venezuela. La Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes Venezolanos (R4V) estima que, hasta la fecha, 7.89 millones de personas de este país se encuentran como refugiados y migrantes, de los cuales cerca de 6.7 millones se ubican en América Latina y el Caribe⁴.

El caso de la población venezolana se cataloga como un flujo migratorio mixto, que, de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se caracteriza por englobar “migrantes económicos, migrantes forzados por motivos ambientales, solicitantes de asilo, refugiados, niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados, víctimas de trata y personas que requieren protección internacional”⁵.

¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU): *Desafíos Globales: Migración Internacional*, 2025. <https://www.un.org/es/global-issues/migration>

² ONU: *Desafíos Globales: Migración Internacional*.

³ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR): *Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2024*, pp. 2-7. <https://www.acnur.org/media/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2024>

⁴ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES VENEZOLANOS (R4V): *Personas refugiadas y migrantes venezolanas*, pp. 1-3 (R4V, 2025). <https://www.r4v.info/es/population-update-june2025-esp>

⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, p. 71 (2015). <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

La CIDH reconoce la naturaleza forzada de esta migración y apela a la aplicación del reconocimiento de la condición de refugiado para la población venezolana, ya que se ha venido observando las masivas violaciones a los derechos humanos efectuadas por su Estado, lo que ha obligado a una salida masiva del país de origen, tras un clima de inseguridad permanente⁶.

En ese sentido, los países de la región han establecido mecanismos para afrontar las necesidades de los(as) refugiados(as) y migrantes venezolanos(as), siendo un desafío constante el establecimiento de procedimientos de acogida e integración, debido al incremento del flujo migratorio, principalmente en países como Colombia, que alberga a 2.8 millones de personas venezolanas, Perú a 1.1 millones, Brasil a 605.700, Chile a 523.800 y Ecuador a 441.600⁷.

La creación de sistemas de coordinación regional como es el caso de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), el Proceso de Quito, el Pacto Mundial sobre Refugiados y la Plataforma de Apoyo del Marco Integral de Protección y Soluciones (MIRPS), entre otros, han sido claves a modo de estrategia de gobernanza a multiescala. En este marco, confluyen actores públicos, sociales y privados, que, bajo normas establecidas, han logrado vincularse en una causa común para promover soluciones⁸.

El presente trabajo analiza el proceso de evolución de la migración venezolana hacia América Latina y el Caribe, desde el año 2015 al 2024, los detonantes de este proceso y los desafíos, frente a los contextos políticos, sociales y culturales que presenta la región. Adicionalmente, se examina algunos ejemplos significativos de gobernanza a multiescala, que han permitido brindar respuestas regionales a necesidades específicas de la población migrante y refugiada en los países de tránsito y acogida, lo que ha demostrado un camino de cooperación y colaboración, aunque aún se encuentra en proceso de desarrollo.

La base de esta investigación cuenta con un enfoque cualitativo, que ha permitido, en primer lugar, una revisión documental de fuentes académicas, teóricas, marcos conceptuales y autores(as) representativos sobre las temáticas planteadas. Asimismo, se han estudiado informes y documentos realizados por organizaciones internacionales y de la sociedad civil, agencias del sistema de Naciones Unidas y comisiones de derechos humanos, con el objetivo de ampliar la comprensión del fenómeno

⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Personas refugiadas y migrantes provenientes de Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 217/23, 20 de julio de 2023, p. 4.

<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/informe-migrantesVenezuela.pdf>

⁷ ACNUR: *Tendencias Globales...*, cit. p. 38.

⁸ AVILÉS GARRIDO, H.: "Gobernanza Multinivel y Multiescalar: Análisis del plan de Zona Rezagada Costa Araucanía en Chile", *Estado, gobierno, gestión pública: Revista Chilena de Administración Pública*, 2024, núm. 43º, p. 82. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10180432>

de investigación. En segundo lugar, para entender los cambios en los flujos migratorios a lo largo del tiempo, se empleó una revisión de carácter cuantitativo, que permitió identificar el crecimiento de la migración y su fluctuación en diferentes lugares de la región.

Finalmente, la información recolectada fue contrastada con la metodología de observación participante, que se sustenta en la experiencia profesional en organizaciones no gubernamentales, enfocada en la respuesta humanitaria a la población venezolana en América Latina y el Caribe, así como en la participación dentro de los Grupos de Coordinación Interagencial local de la Plataforma RV4. Este hecho contribuye a la incorporación de una perspectiva empírica y contextual, que enriquece el análisis del fenómeno planteado.

II. EVOLUCIÓN: FACTORES DETERMINANTES

1. Cuestión preliminar

La CIDH refiere que la problemática de la migración venezolana surge debido a múltiples causas como “las intromisiones indebidas del Poder Ejecutivo sobre las otras ramas del Poder Público, lo cual perjudica la separación y el equilibrio de poderes, y conduce a serias restricciones y limitaciones en el espacio democrático”⁹.

En este escenario, se han producido innumerables enfrentamientos entre la población y el Estado, perpetuando violaciones del derecho a la integridad física de personas que ejercían su derecho de reunión pacífica y asociación, originando casos de tortura, otros malos tratos y persecución, con la participación de funcionarios de las fuerzas de seguridad¹⁰.

En efecto, se ha documentado, por parte de la CIDH, cerca de 18 mil casos relacionados a ejecuciones extrajudiciales, entre el año 2014 y 2020, presuntamente cometidos por agentes del Estado. Verbigracia, primero, se han reportado casos de violencia sexual, acoso y persecución a mujeres en razón de su género¹¹. Segundo, hay que citar la estigmatización de las personas pertenecientes al colectivo LGTBIQ+, que ha sido una constante por parte del Estado, lo que ha dado lugar a eventos de violencia, agresión y discriminación. Y, tercero, respecto a las mujeres, las niñas y las adolescentes indígenas, que viven en las zonas de frontera, desafortunadamente, no han contado con medidas para la seguridad, ni

⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Informe Anual 2020-Capítulo IV. B: Venezuela*, 2020, p. 715. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/ia2020cap.4b-ve-es.pdf>

¹⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Venezuela: Información para el Comité de Derechos Humanos de la ONU*, Madrid: Amnistía Internacional, 2015, p. 12. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/1787/2015/es/>

¹¹ CIDH: *Personas refugiadas y migrantes...*, cit., pp. 11-12.

acceso a mecanismos de denuncia ante situaciones de trata con fines de explotación sexual y laboral, por parte de grupos armados¹².

Igualmente, Amnistía Internacional ha observado la falta de independencia de los operantes y funcionarios(as) de justicia, al evidenciar comportamientos poco éticos en los procesos que se llevan a cabo, especialmente, con detenciones arbitrarias por motivos políticos. Como resultado, se ha violentado el principio de inocencia y confidencialidad, exponiendo la seguridad de los detenidos y sus familias, así como el derecho a un correcto proceso, lo que demuestra una dependencia hacia los intereses del Estado¹³.

Los derechos civiles y políticos se han visto menoscabados, situación que se ha reflejado en cada proceso electoral llevado a cabo en Venezuela, siendo el último el del año 2024, con detenciones de miembros de la oposición, la inhabilitación de candidatos(as) y la falta de veracidad en el proceso. En consecuencia, el descontento de la población ha generado nuevas protestas, las cuales han sido reprimidas, activando el plan “Furia Bolivariana” y, en la idea de un posible golpe de Estado, el gobierno ha justificado actos de vandalismos en espacios de organizaciones sociales y medios de comunicación, así como arrestos a líderes(as), defensores(as) y actores humanitarios inculcados de conspiración¹⁴.

Por ende, las personas defensoras de derechos humanos corren un grave riesgo, ya que han sido hostigadas y varios(as) líderes(as), dirigentes(as) y representantes de organizaciones han sido encarcelados(as), pero también permanecen reclusos(as) e inculcados(as) de terrorismo. Los(as) miembros de las organizaciones no gubernamentales y de ayuda humanitaria se exponen a una vigilancia ejercida por el poder ejecutivo, tras la aprobación de la ley anti-ONG, que impone controles y condiciones sobre su personal y bienes, lo que ha conllevado a cierres de las organizaciones y precarización de las ayudas que requiere la población¹⁵.

En este punto es importante destacar, respecto al derecho a la libertad de expresión, que ha sido gravemente coartado a través del enjuiciamiento de periodistas, miembros de la oposición política y activistas. El acceso a la información ha sido limitado, debido a la clausura de medios de comunicación y plataformas digitales consideradas como opositoras al gobierno¹⁶. Así lo reflejan los informes emitidos por el mecanismo independiente HumVenezuela, evidenciando que una gran parte de la población no cuenta

¹² AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2020/21: La situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres: Amnistía Internacional, 2021, p. 461. <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/3202/2021/es/>

¹³ AMNISTIA INTERNACIONAL: *Venezuela: Información para el Comité de Derechos humanos de las Naciones Unidas 139º periodo de sesiones, 9 de octubre - 3 noviembre de 2023*, 2023. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/7195/2023/es/>

¹⁴ HUMAN RIGHTS WATCH: *Venezuela eventos de 2024*, 2024. <https://www.hrw.org/es/world-report/2025/country-chapters/venezuela#a0f601>

¹⁵ AMNISTIA INTERNACIONAL: *Venezuela: liberen a las personas defensoras de derechos humanos en Venezuela*, 2025. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr53/8909/2025/es/>

¹⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Informe 2020/21...*, cit., p. 458.

con posibilidades para acceder al servicio de telefonía móvil por el elevado coste, en tanto que, las personas que cuentan con este servicio, han experimentado problemas en la comunicación, por las fallas constantes¹⁷. En esta línea, la CIDH recalca que la brecha digital se ha extendido en todo el territorio, lo que sigue favoreciendo a la desinformación¹⁸.

De esta forma, a la inestabilidad política, democrática y social se suma una grave crisis económica, derivada del sostenimiento de un modelo productivo caduco que, tras la adopción de medidas económicas radicales, no logró soportar el proceso inflacionario y desencadenó una creciente pérdida del poder adquisitivo de la población¹⁹.

Otro problema adicional muy relevante fue la imposibilidad para acceder a medicinas, insumos hospitalarios y alimentos básicos, que se volvió una constante en Venezuela, a causa de la escasez y carencia de los productos de primera necesidad. Asimismo, los servicios esenciales como electricidad y agua potable se precarizaron y los sistemas de atención en salud colapsaron. Todos estos factores negativos han dejado sin solución a personas con necesidades médicas graves²⁰.

La ausencia de medidas para garantizar la seguridad alimentaria y sanitaria, además, elevó el número de casos de desnutrición y mortalidad infantil. En este entorno, enfermedades como el sarampión, difteria, malaria y tuberculosis reaparecieron y se propagaron, mientras que los derechos de salud sexual y reproductiva fueron condicionados por la escasa presencia de métodos anticonceptivos a bajo coste, pero también la penalización del aborto incrementó la mortalidad materna²¹.

El tratamiento para enfermedades de transmisión sexual (ETS), principalmente el VIH, es un problema importante para la población que lo padece, a pesar del apoyo de las organizaciones que subvencionan con tratamiento antirretroviral; por ende, la población se ve limitada en el acceso, causado por las trabas y engorrosos procedimientos a los que se debe someter²².

¹⁷ HUMVENEZUELA: *Informe nacional de seguimiento de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela: Impactos, respuestas y factores de complejidad*, marzo de 2020, p. 27. <https://humvenezuela.com/wp-content/uploads/2020/10/Informe-de-Seguimiento-HumVenezuela-Marzo-2020.pdf>

¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICA DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Informe Anual 2023 -Capítulo IV. B: Venezuela*, OEA/Ser. L/V/II.Doc.386/23.2023, 2023. p. 751. https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2023/capitulos/ia2023_cap_4b_venezuela_spa.pdf

¹⁹ FREITEZ, L.: "La Crisis humanitaria y migración forzada desde Venezuela", en AA.VV.: *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica* (coord. por L. GANDINI, F. LOZANO & V. PRIETO), Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2019, pp. 33-58. <https://libros.crim.unam.mx/index.php/lc/catalog/view/301/284/856-1>

²⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIDH): *Informe Anual 2016-Capítulo IV. B: Venezuela*, OEA/Ser. L/V/II, 2016, pp. 691-692. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2016/docs/InformeAnual2016cap4B.Venezuela-es.pdf>

²¹ HUMAN RIGHTS WATCH: *Informe mundial 2020: Venezuela*, 2020. <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/venezuela#ff047d>

²² AMNISTIA INTERNACIONAL: *Venezuela: Información para el Comité de Derechos humanos...*, cit.

En definitiva, el detrimento de las condiciones de vida, las inalcanzables opciones para el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como la violencia ejercida por el Estado y la inseguridad, han originado un desplazamiento masivo y continuo de personas venezolanas fuera de su país, dando lugar a una de las mayores crisis de migrantes y refugiados(as) en América Latina y el Caribe.

2. La transformación y reconfiguración del proceso migratorio

Los cambios en los flujos migratorios de la población venezolana han sido producto de variaciones políticas, sociales y culturales a lo largo del tiempo. Factores como la falta de perspectivas para una integración sostenible en los países de acogida, la búsqueda de soluciones duraderas frente a la imposibilidad de retorno al país de origen y la necesidad de lograr estabilidad en los medios, entre otros, han sido elementos detonantes para la apertura de nuevas rutas migratorias.

El presente apartado se ha estructurado en cuatro periodos temporales para aportar una comprensión más profunda del fenómeno migratorio y permitir visibilizar la transformación de los perfiles, las necesidades, las rutas y los mecanismos de afrontamiento, marcados por la resiliencia de la población venezolana.

El primer período comprende el período entre 2015 y 2017, en el que se produjo un flujo sostenido de salidas desde Venezuela, siendo las personas con mejores condiciones económicas, alternativas laborales y educativas, mayoritariamente, quienes lograron trasladarse de forma segura a países como los Estados Unidos, España y Colombia²³, a través de medios terrestres regulares o por vía aérea. El ingreso a los países de acogida se realizó de manera regular, ya que este segmento de la población contaba con documentos vigentes como las visas de entrada y pasaportes. En este proceso inicial, se tuvo relativo fácil acceso a permisos de residencia, ya sea temporal o permanente en los países de acogida, dado que contaban con la documentación requerida y disponían de capacidad financiera para cubrir los costos generados por estos trámites.

Por ejemplo, en América Latina y el Caribe, se hizo uso de los acuerdos de MERCOSUR y UNASUR²⁴ para encontrar vías de regularización y reconocimiento de los títulos profesionales. Y, en el caso de los Estados Unidos y España, la población optó por vías para la protección internacional, por ejemplo, con la solicitud de asilo²⁵.

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Tendencias Migratorias Nacionales en las Américas: Venezuela*, septiembre de 2018, 2018, p. 1. https://lac.iom.int/sites/g/files/tmzbdl626/files/documents/Tendencias_Migratorias_Nacionales_en_AmericasVenezuela-Septiembre_2018.pdf

²⁴ OIM: *Tendencias Migratorias ...*, cit., pp. 3-5.

²⁵ DEKOCKER, K.: "La comunidad venezolana en España. De una estrategia migratoria de reproducción social a una creciente pobreza emergente", en AA.VV., *El éxodo venezolano: Entre el exilio y la migración*,

El segundo periodo, se contempla desde los años 2018 y 2019, que va a estar marcado por una grave crisis humanitaria, a causa de la salida masiva de población de Venezuela en condiciones de pobreza y de desprotección. Este periodo se caracterizó por “una transformación del perfil del migrante con mayor escolaridad, recursos financieros y tiempo de preparación para emigrar, hacia otro, con escasos o nulos recursos materiales para emprender el viaje”²⁶. El traslado se efectuó principalmente por vía terrestre, a través de pasos regulares e irregulares, caminando con aventón (transporte en coches que pasan por la vía), o en transportes humanitarios, financiados por organizaciones no gubernamentales. La población en el trayecto de viaje incrementó sus necesidades de salud y alimentación, en especial, aquellos cuyo destino se encontraba en Argentina, Chile y Perú²⁷.

Respecto a los riesgos de protección, el ACNUR concluyó que las personas durante el viaje, en gran parte, sufrieron asaltos, agresiones físicas, intimidación, amenazas, secuestros, detenciones arbitrarias, violencia, explotación y abuso sexual. De este modo, la falta de apoyo para el desplazamiento provocó el uso de mecanismos de supervivencia negativos, como el sexo por supervivencia y la mendicidad²⁸.

En ese contexto, las mujeres, los niños, las niñas, los(as) adolescentes y la población LGTBIQ+ fueron los grupos más propensos a la violencia. En el caso de los menores, el riesgo a sufrir trastornos mentales, violencia física, sexual y/o psicológica se incrementó durante el viaje, tras la ruptura de entornos protectores cercanos²⁹.

Los países que colindan con las fronteras venezolanas llegaron a colapsar sus sistemas de registro y atención a las necesidades que presentaban las personas caminantes. Asimismo, la ausencia de políticas viables para la gestión de la migración en los Estados de acogida, indujeron episodios de xenofobia y discriminación. Por ejemplo, la prohibición de ingreso a países como el Perú, Ecuador, Chile y Bolivia, de personas sin documentos o con documentos caducados, limitó el acceso al asilo y expuso a la población a desplazarse por rutas irregulares, lo que favoreció a las redes de trata y tráfico de personas³⁰.

Esta situación desafortunada lo visibilizó la CIDH, recalcando que las personas sin documentos son especialmente susceptibles a detenciones

(coord. por J. KOECHLIN & J. EGUR), Colección OBIMID, volumen Núm. 4, Perú, 2018, pp. 161-176. <https://repositorio.uarm.edu.pe/server/api/core/bitstreams/72d8c0c2-6597-4a3a-a8f1-2332217d3b99/content>

²⁶ GANDINI, L., PRIETO, V., & LOZANO, F.: *Crisis y migración de población venezolana: Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2019, p. 22. <https://libros.crim.unam.mx/index.php/lc/catalog/view/301/284/856-1>

²⁷ ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR): *Situación Venezuela: Aspectos claves del monitoreo de protección, enero-junio de 2019*, 2019, p. 15. <https://www.acnur.org/5d321d124>

²⁸ ACNUR: *Situación Venezuela ...*, cit., p. 17.

²⁹ GRUPO DE TRABAJO PARA LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA (CPWG): *Normas Mínimas para la Protección de la Infancia en la acción humanitaria*, 2012. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd89c0f4.pdf>

³⁰ ACNUR: *Situación Venezuela ...*, cit., pp. 7-15.

arbitrarias, deportaciones, discriminación para el acceso a servicios, abusos y explotación, ya que se encuentran en completa indefensión, lo que les hace aún más vulnerables³¹.

Durante este periodo, se destaca la conformación de grupos de migrantes y refugiados(as) venezolanos(as), que se organizaron para crear sistemas de comunicación y poder brindar información verídica y en tiempo real sobre los riesgos en el trayecto migratorio, los cambios en los sistemas de documentación para ingresar a los países de acogida y socializar los tipos de ayudas que las instituciones y ONGs ofrecían en el trayecto de viaje. A pesar de los beneficios que tiene la consolidación de estas comunidades digitales, se detectan riesgos en la interacción con las redes de trata y tráfico de personas, quienes utilizan estos espacios para la captación de migrantes, promocionando tours, ofertando servicios para el trayecto migratorio y asesoría sobre documentación³².

Un estudio realizado por el Instituto de Políticas Migratorias (MPI, por sus siglas en inglés) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), al final del año 2019, revela que, a pesar de las limitaciones y riesgos en el traslado, la población migrante y refugiada se había extendido y ubicado en 11 países de América Latina y el Caribe³³.

El perfil del migrante y refugiado(a) venezolano(a) se diversificó. La OIM y el MPI, en su estudio, lograron caracterizar a la población venezolana, encontrando ciertas similitudes, según la zona de asentamiento. Por ejemplo, primero, en el caso de países como Brasil, Colombia, Guyana y Trinidad y Tobago, primó la población joven, con un nivel educativo bajo e imposibilidad de acceso a los servicios en los países de acogida, lo que produjo una migración pendular³⁴. Segundo, en el caso de Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay y Costa Rica, el perfil de la población identificada contaba con estudios universitarios, lo que permitió el acceso al mercado laboral formal y una estabilidad en los medios de vida que facilitó el envío de remesas (dinero) a Venezuela³⁵. Y, tercero, en países como el Ecuador y Perú, se ubicó un perfil con estudios técnicos y superiores, en su mayoría, personas solteras, con acceso al mercado laboral independiente, ya sea formal o informal. Por tanto, en este grupo, se evidenció el deseo de continuar su migración hacia otros países, con el objetivo de lograr mejores condiciones económicas³⁶.

³¹ CIDH: *Derechos humanos de migrantes, refugiados...*, cit., p. 14.

³² MIXED MIGRATION CENTRE: *Salvavidas digitales: el uso de las redes sociales entre refugiados y migrantes venezolanos que se dirigen al norte*, noviembre de 2023, p. 3. https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2023/11/307_Salvavidas-digitales_ES.pdf

³³ MIGRATION POLICY INSTITUTE (MPI) y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Un perfil regional de los migrantes y refugiados venezolanos en América Latina y el Caribe*, 2020, p. 4. https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/mpi-iom_venezuelan-profile_spanish-finnal.pdf

³⁴ MPI y OIM: *Un perfil regional de migrantes ...*, pp. 2-3.

³⁵ MPI y OIM: *Un perfil regional de migrantes ...*, p. 3.

³⁶ MPI y OIM: *Un perfil regional de migrantes ...*, pp. 3-4.

El tercer periodo, se inicia con la llegada de la COVID-19 en 2020, y se extiende hasta el 2022. La población migrante y refugiada sufrió los efectos de la emergencia sanitaria, caracterizada por las restricciones a la movilidad y limitaciones en la circulación. La capacidad financiera se redujo tras la pérdida de los medios de vida, sobre todo, de las personas que dependían del trabajo informal y las ventas ambulantes. La falta de alternativas para obtener ingresos, en parte de los habitantes incluso nulos, limitó el acceso a la vivienda y la población experimentó desalojos, hacinamiento y una situación de calle. Asimismo, la discriminación para el acceso a salud, protección social y programas de apoyo por la COVID-19, se presentó con frecuencia en personas sin documentación³⁷.

Las políticas, que se venían implementando en favor de la población migrante y refugiada venezolana, los sistemas para acceder al asilo y otros procesos de regularización quedaron suspendidos. En este escenario, aproximadamente, 125 mil personas decidieron retornar a Venezuela, al menos de manera temporal³⁸.

A pesar de las limitaciones que representó la pandemia mundial, la población venezolana continuó en movimiento. A inicios del año 2021, se registró un leve aumento de los flujos migratorios en Centroamérica, en su mayoría de población venezolana, con destino principalmente de México hacia los Estados Unidos. La OEA contabilizó entre 700 a 900 salidas diarias de Venezuela y los países de acogida, con cambios en las dinámicas migratorias, haciendo visible la salida de la población de sus territorios³⁹.

Desde ese momento, el foco principal de la migración venezolana se ha instalado en Centroamérica y México. La Plataforma R4V, en el año 2022, anunció un incremento considerable de población venezolana transitando por el “Tapón del Darién”⁴⁰, que alcanzó la cifra de 4 mil cruces diarios en ese año; las personas en el trayecto denunciaron haber sufrido violencia, abuso, explotación y ser testigos de muertes y asesinatos⁴¹.

³⁷ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS (R4V) y ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA): *Impactos de la COVID-19 en personas migrantes y refugiadas de Venezuela: Personas, desalojos, trabajadoras sexuales y pueblos indígenas*, octubre de 2021, p. 6. <https://www.r4v.info/es/document/impactos-de-la-covid-19-en-personas-refugiadas-y-migrantes-de-venezuela>

³⁸ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS (R4V): *Reporte de fin de año 2020*, 2020, p. 4. <https://www.r4v.info/index.php/es/document/rmrp-2020-reporte-de-fin-del-ano>

³⁹ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS (R4V): *Nota explicativa: Actualización de las cifras de refugiados y migrantes venezolanos noviembre 2021*, 2021. https://www.r4v.info/sites/g/files/tmzbdl2426/files/2021-11/2021.11.R4V_R%26M_ExplanatoryNote_Esp.pdf

⁴⁰ Selva tropical, ubicada en la frontera de Colombia y Panamá, catalogado como un paso irregular.

⁴¹ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS (R4V): *Reporte de movimientos: Octubre-diciembre 2022*, 2022, p.2. <https://www.r4v.info/es/movements-report-q4-2022-esp>

La ruta del “Tapón del Darién” se ha configurado como un paso controlado por grupos criminales, siendo utilizada, especialmente, para el tráfico de personas y estupefacientes. Al ser una zona selvática, durante las temporadas de lluvia se vuelve aún más peligrosa y larga la ruta. Este hecho incrementa las lesiones y enfermedades en la población en tránsito. En efecto, las difíciles condiciones para la supervivencia en este trayecto están marcadas por la falta de acceso al agua, los alimentos y los servicios sanitarios, lo que ha disminuido las condiciones de salud de la población, pero también estas personas han declarado sufrir episodios de violencia, abuso, explotación y ser testigos de muertes y asesinatos⁴².

El fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), identificó que, durante el año 2022, se dio un cambio en el perfil de la población migrante y refugiada que transitaba por esta ruta, dando lugar a un aumento de familias con menores de edad a su cargo y niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados, en su mayoría hombres, cuyo fin era la reunificación con familiares en el norte del continente⁴³.

Como resultado, las organizaciones no gubernamentales y el Gobierno de Panamá instalaron estaciones para atender las necesidades más prioritarias de las personas en tránsito, y de esta forma, se asistió con kits de higiene, alimentos, agua potable, servicios sanitarios, albergue temporal y, además, se suministró atención médica, de salud mental y se activaron protocolos para casos de violencia sexual⁴⁴.

En este contexto, en el transcurso de este período (2022), México y Panamá impusieron requisitos específicos para el ingreso regular de la población venezolana en sus territorios. Paralelamente, los Estados Unidos expulsó a cerca de 16 mil personas venezolanas a México bajo el amparo del Título 42⁴⁵. El Gobierno de los Estados Unidos anunció, en octubre del año 2022, un nuevo “Proceso Migratorio para venezolanos”, que dejó varadas a más de 20 mil personas en México a causa de los requisitos impuestos⁴⁶. Al final del año 2022, cerca de 4 mil personas recibieron asistencia para el retorno voluntario y el gobierno de México apoyó a la repatriación de 936 personas. Las políticas impuestas por los Estados Unidos

⁴² MIXED MIGRATION CENTRE: *4MI Infografía: Riesgos de seguridad en el tapón del Darién y asistencia necesitada por personas refugiadas y migrantes*, 2022. https://mixedmigration.org/wp-content/uploads/2022/10/248_Infografia_4Mi_Darien_ESP.pdf

⁴³ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF): *Panamá CO: Reporte de Situación No. 2*, 31 de agosto de 2022, pp. 1-3. [https://www.unicef.org/panama/media/7021/file/Situaci%C3%B3n%20Humanitaria%20\(Migraci%C3%B3n\)%20-%20UNICEF%20Panam%C3%A1.pdf](https://www.unicef.org/panama/media/7021/file/Situaci%C3%B3n%20Humanitaria%20(Migraci%C3%B3n)%20-%20UNICEF%20Panam%C3%A1.pdf)

⁴⁴ UNICEF: *Panamá CO: ...*, cit., p. 3.

⁴⁵ El Título 42, fue usado por los EE.UU. para que los(as) migrantes en situación irregular detectados por las autoridades migratorias puedan ser deportados al último país de tránsito inmediato o a su país de origen, por consideraciones de salud pública. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Tendencias migratorias julio-septiembre de 2023*, 2023. <https://lac.iom.int/sites/g/files/tmzbd11446/files/documents/2023-12/espanol-tendencias-julio-setiembre-de-2023-1.pdf>

⁴⁶ R4V: *Reporte de movimientos: Octubre...*, cit., pp. 2-3.

tuvieron un efecto de control en la frontera, por lo que se observó una ligera disminución en los flujos migratorios en el Tapón del Darién⁴⁷.

El último periodo se enfocó en la búsqueda de alternativas y soluciones permanentes para la población migrante y refugiada. Así, durante el año 2023 y el 2024, los Estados, la Cooperación Internacional y la Sociedad Civil aunaron esfuerzos para establecer mecanismos de información, promover el acceso seguro a los territorios y fortalecer procesos de regularización migratoria en los países de acogida.

Por ejemplo, países como el Perú, Ecuador y Colombia fueron apoyados con asesoría técnica internacional para fortalecer la estrategia de registro y regularización de la población venezolana. También, se proporcionó asistencia humanitaria, jurídica y monetaria a personas altamente vulnerables⁴⁸. En Costa Rica y Panamá, se permitió el acceso a permisos temporales, que facilitaron la inserción laboral y, en México, 63.2 mil personas lograron permisos permanentes⁴⁹. A pesar de los esfuerzos realizados, el paso de población venezolana por el Tapón del Darién fue en tendencia ascendente, registrando el cruce de 460 mil personas hasta octubre del año 2023⁵⁰. Por otro lado, en la frontera entre los Estados Unidos y México, se produjeron más de 360 mil cruces irregulares⁵¹.

En consecuencia, con la intención de aplacar los flujos y facilitar vías alternas para una migración segura y ordenada, el Gobierno de los Estados Unidos lanzó el Programa de Movilidad Segura, con el apoyo y coordinación del ACNUR y la OIM. A través de este programa, se seleccionaron perfiles aptos para el acceso a la condición de refugiado y otras vías como el *Parole Humanitario*⁵², reunificación familiar, que permitieron el reasentamiento hacia los Estados Unidos y otros países⁵³.

En acuerdo con los Estados, se establecieron Oficinas de Movilidad Segura (OMS) en Guatemala, Costa Rica, Colombia y Ecuador, que funcionaron como centros de procesamiento de casos. Seguidamente, las personas que se registraron a través de sitio web, y tras el posterior análisis de la información, el ACNUR y la OIM realizaron entrevistas y derivación de las personas al programa dependiendo del perfil⁵⁴.

⁴⁷ R4V: *Reporte de movimientos: Octubre...*, cit., p. 4.

⁴⁸ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA MIGRANTES Y REFUGIADOS VENEZOLANOS (R4V): *Reporte de fin de año 2023: Plan de respuesta regional para refugiados y migrantes (RMRP)*, 2023, p. 23. <https://www.r4v.info/es/eyr2023>

⁴⁹ R4V: *Reporte de fin de año 2023...*, cit., p. 58.

⁵⁰ OIM: *Tendencias migratorias julio...*, cit., pp. 2-7.

⁵¹ R4V: *Reporte de fin de año 2023...*, cit., p. 57.

⁵² Permiso para ingresar a Estados Unidos por razones humanitarias urgentes o por un beneficio público. <https://www.uscis.gov/es/humanitarios/HumanitarioBeneficioPublico>

⁵³ ARROYABE VELÁSQUEZ, L.M.; BAILE CROUSE, C.; CHABAYTA, C.; WILLIAMS, E.; STEERE, W.: ¿Qué es el programa de movilidad segura?, Bogotá: DeJusticia, 2024, p. 2. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2024/11/Cartilla_Que_es_el_programa_Web-1.pdf

⁵⁴ ARROYABE VELÁSQUEZ et al.: ¿Qué es el programa ..., p. 3.

Hasta mayo del año 2024, cerca de 9 mil personas fueron reasentadas en los Estados Unidos, 18 mil llegaron por otras vías legales y 300 personas viajaron a España, a través del reasentamiento. La eficacia del programa dio lugar a cerca de 190 mil solicitudes, de las cuales 34 mil fueron dirigidas al programa de admisión de refugiados de los Estados Unidos (USRAP, por sus siglas en inglés), y, finalmente, 21 mil fueron aceptadas para el citado reasentamiento⁵⁵.

Los desafíos del programa estuvieron marcados por la falta de información hacia la población, lo que provocó dificultades en el acceso a la solicitud; los tiempos del programa fueron extensos, generando dificultades para las personas con un perfil de alto riesgo. En los casos de niños, niñas y adolescentes, y de acuerdo a la legislación de cada país, se realizaron adaptaciones al procedimiento para la salida, lo que propició demoras en el proceso de viaje.

El Convenio con los países anfitriones, así como las alianzas que se efectuaron entre las organizaciones no gubernamentales, sociedad civil e instituciones del Estado, favorecieron la identificación, el procesamiento y la remisión de casos en la fase de pilotaje, contribuyendo al éxito del programa en su extensión.

En definitiva, durante el año 2023 y hasta finales del año 2024, este programa planteó soluciones tangibles a personas con altas vulnerabilidades y logró disuadir la movilidad por vías irregulares de un porcentaje no desdeñable de la población venezolana. En la actualidad, sin embargo, tras la llegada de la Administración de Donald Trump, el programa se cerró y las Oficinas de Movilidad Segura (OMS) fueron clausuradas.

III. GOBERNANZA A MULTIESCALA: RESPUESTAS Y ESTRATEGIAS DE AFRONTAMIENTO

En general, los países de América Latina y el Caribe han mostrado, a través de los años, una solidaria respuesta a la situación de la población migrante y refugiada venezolana, a pesar de las difíciles condiciones que presentan sus contextos, los efectos de la relativa reciente pandemia y el incremento de la violencia en el continente.

A razón de las características de esta migración, los Estados han tenido que incorporar modelos de gobernanza a multiescala, basados en la colaboración y cooperación del sector privado, la academia, las comunidades de acogida, la sociedad civil y los organismos internacionales⁵⁶.

⁵⁵ Ibidem, p. 4.

⁵⁶ CAF y PNUD: *Gobernanza para el desarrollo en América Latina y el Caribe*, 2024, p. 28. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2024-09/gobernanza_para_el_desarrollo_en_america_latina_y_el_caribe.pdf

Durante el año 2018, se evidenciaron tres grandes iniciativas bajo este modelo, que han permitido, hasta la actualidad, mejorar e incrementar las respuestas de los países a las necesidades que presenta la población migrante y refugiada venezolana y de otras nacionalidades en la región.

La primera iniciativa surgió en abril del año 2018, motivada por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que, en razón del incremento acelerado de la migración venezolana, solicitó al ACNUR y la OIM a establecer de manera conjunta un mecanismo que proponga respuestas operativas a la crisis. En particular, se creó la “Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para refugiados y migrantes de Venezuela (R4V)”. Este mecanismo contempla una coordinación nacional y subregional que: “colabora estrechamente con los gobiernos de acogida, se encargan de coordinar la respuesta operativa y la aplicación del Plan regional de respuesta a los refugiados y migrantes (RMRP). Las plataformas de coordinación nacional existen en Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, a nivel nacional, y a nivel subregional, en el Caribe, Centroamérica, México y el Cono Sur”⁵⁷.

La estrategia de este mecanismo radica en el establecimiento del trabajo colaborativo con los países en sus diferentes niveles de gobierno y en alianza con las organizaciones no gubernamentales nacionales, internacionales, sociedad civil, agencias del sistema ONU y plataformas de personas venezolanas asociadas en respuesta a la migración⁵⁸. De hecho, la practicidad y el funcionamiento descentralizado, que maneja la plataforma, ha logrado fortalecer la capacidad de acogida de los gobiernos, a través de asistencia para la movilización de recursos económicos, la gestión adecuada de la información para los usuarios y las organizaciones participantes, junto con el establecimiento de mecanismos que permitan conocer las necesidades de la población y las tendencias sobre flujos. Todas estas actuaciones han contribuido a la planificación⁵⁹.

En septiembre de 2018, se estableció una segunda iniciativa, liderada por el Gobierno de Ecuador e impulsada por el ACNUR y la OIM, a la que se denominó “Proceso de Quito”. En este proceso, 13 países de América Latina y el Caribe se reunieron, con el objetivo de compartir información y buenas prácticas e impulsar una coordinación regional frente a la crisis migratoria de la población venezolana⁶⁰. De este encuentro, se logró establecer un documento denominado “Declaración de Quito sobre movili-

⁵⁷ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES (RV4): *Plataforma Regional, RV4*. <https://www.r4v.info/index.php/es/regional>

⁵⁸ PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES (RV4): *Plan Regional de Respuesta para refugiados y migrantes de Venezuela, enero-diciembre 2019*, RV4, 14 de diciembre de 2018, p. 13. <https://www.r4v.info/es/documents/details/67282>

⁵⁹ RV4: *Plan de Respuesta para...*, cit., p. 14.

⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Descripción del Proceso de Quito*, OIM. <https://respuestavenezolanos.iom.int/es/descripcion-del-proceso-de-quito>

dad humana de ciudadanos venezolanos en la región”, con 18 puntos que engloban un compromiso conjunto para el sostenimiento del apoyo a la población venezolana y la progresión en los mecanismos para una integración en los países de acogida⁶¹.

Dentro de los resultados, se resalta la ampliación para el acceso al asilo y la incorporación de nuevas vías de regularización migratoria en el territorio que no contaba con este mecanismo; además, a través de la cooperación regional, los países han logrado asesoría técnica para el fortalecimiento institucional y se ha favorecido el intercambio de buenas prácticas entre países de la región⁶². Hasta la fecha, se mantienen reuniones periódicas, alternando el liderazgo de la coordinación de los diferentes gobiernos, con el acompañamiento de la OIM, en el rol de secretaria técnica.

Seguidamente, en diciembre de 2018, se establece el “Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”, que vincula a 152 países miembros de la ONU al tratamiento de las migraciones, sobre la base de lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos, que obligan el respeto, la protección y la garantía de los derechos de las personas en condición migratoria, sin discriminación, incluido su estatus migratorio. Este primer acuerdo intergubernamental cuenta con 23 objetivos para alcanzar la meta 10.7 de la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que pretende “facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”⁶³.

El Pacto, igualmente, amplía un abordaje multidimensional de la migración y su gobernanza, basado en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales obligan a respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas en esta condición, sin ningún tipo de discriminación, incluyendo el estatus migratorio⁶⁴.

Con estos fines, la OIM ha sido nombrada para brindar asesoría a los Gobiernos, así como a, entre otros aspectos: a) Apoyar la implementación de políticas migratorias; b) Contribuir a la cooperación internacional frente a la gobernanza de la migración; c) Ofrecer herramientas a los Estados para una selección de políticas que les permita un manejo y logro de la gestión migratoria y permitir, con flexibilidad, la aplicación sobre la base

⁶¹ CANCELLERIA DEL ECUADOR: *Declaración de Quito sobre movilidad humana de ciudadanos venezolanos en la región*, 4 de septiembre de 2018. <https://www.cancilleria.gob.ec/2018/09/04/declaracion-de-quito-sobre-movilidad-humana-de-ciudadanos-venezolanos-en-la-region/>

⁶² ASILO AMÉRICAS: *Proceso Quito-Buenas Prácticas*. <https://www.asiloamericas.org/proceso-de-quito/>

⁶³ REDACOGE: *El Pacto Mundial para la Migración y el ODS 10.7: Implementación en la política migratoria española*, junio 2021, p. 1. <https://redacoge.org/wp-content/uploads/2021/07/El-Pacto-Mundial-para-la-Migracion-y-el-ODS-10.7.pdf>

⁶⁴ REDACOGE: *El Pacto Mundial...*, cit., p. 1.

de los contextos de cada país⁶⁵. En última instancia, la OIM facilita asesoría a los Gobiernos en los sistemas de gobernanza de la migración.

En resumen, los tres procesos mencionados aúnan el camino para la creación de nuevos mecanismos regionales como, por ejemplo, “La plataforma de apoyo del Marco Integral de Protección y Soluciones (MIRPS)”, creada en diciembre de 2019, que pretende apoyar a los países de Centroamérica y México en la protección y búsqueda de soluciones frente al desplazamiento forzado. Esta propuesta estriba en la repartición de responsabilidades, aprovechando una amplia intervención de otros Estados, instituciones financieras, agencias de ONU y organismos regionales. En estos momentos, se encuentra conformada por: Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, la Comisión Europea, Francia, España, Suiza, Uruguay, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Grupo del Banco Mundial (GBM), Banco Centroamericano de Integración Económica y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)⁶⁶.

El ACNUR y la OEA funcionan como Secretaria de la Plataforma y colaboran en su fortalecimiento para consolidar sus principales objetivos que son, sintéticamente: a) La construcción de sistemas de asilo viables y eficientes; b) La recepción adecuada de personas en tránsito; c) El apoyo a la mejora de las condiciones para los países de retorno; d) La expansión de soluciones de reasentamiento de personas, que requieren protección internacional; e) El desarrollo en los mecanismos regionales de solidaridad compartida y protección para la prevención del desplazamiento forzado⁶⁷.

Dentro de los resultados más sorprendentes de la Plataforma, cabe mencionar los eventos solidarios realizados en los años 2021 y 2022, consiguiendo recaudar fondos para atender a la crisis de desplazados(as) en Centroamérica y México, así como los compromisos entre los países para consolidar los procesos de reasentamiento y otras vías complementarias, con la intención de alcanzar soluciones duraderas para la población más vulnerable⁶⁸.

En este sentido, las plataformas permiten trazar directrices para la construcción de Foros sobre migración regional, establecer redes de apoyo transnacional y arraigar sistemas de información regional, que facilita una comunicación directa con la población migrante y refugiada, así como una mejor gestión de la información.

Los Proyectos como MigrantApp, GIFMM Contigo, helpACNUR e InfoPalante, entre otros, son algunas plataformas de comunicación que

⁶⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Pacto Mundial sobre Migración*. <https://www.iom.int/es/pacto-mundial-sobre-migracion>

⁶⁶ MIRPS: *Plataforma de Apoyo*. <https://mirps-platform.org/plataforma-de-apoyo/>

⁶⁷ ACNUR: *Marco integral regional para la protección y soluciones MIRPS*. <https://www.acnur.org/es-es/marco-integral-regional-para-la-proteccion-y-soluciones-mirps>

⁶⁸ MIRPS: *Plataforma de Apoyo*, cit.

dotan de confidencialidad a la información, con un tratamiento adecuado de datos y contribuyen, en coordinación con instituciones públicas y privadas, para la socialización de servicios en toda la región. Esto fortalece las capacidades de respuesta de los gobiernos y las organizaciones en cuanto a la asistencia a los(as) migrantes en tránsito y con vocación de permanencia.

Igualmente, la incorporación de las asociaciones de venezolanos(as) a estos procesos, en diversas partes del mundo, coadyuva en la consolidación de las plataformas. Por ejemplo, el activismo en estos años en las redes sociales y la implicación en los procesos migratorios, en general, facilita que participen como representantes de la población migrante y refugiada en la toma de decisiones; asimismo, se les ha concedido fondos para el desarrollo de herramientas digitales y ser considerados como actores primordiales para la planificación de sistemas de atención y apoyo a la población.

En definitiva, la gobernanza a multiescala aplicada en este contexto, se puede evidenciar como un mecanismo de solidaridad, responsabilidad compartida y coordinación entre los diversos actores, así como una iniciativa de gran relevancia en la región ante un proceso migratorio complejo.

IV. CONCLUSIONES

Primero. El fenómeno migratorio de Venezuela, que inicialmente se consideró una crisis y una emergencia temporal, se ha configurado, en la actualidad, como un proceso sostenido de movilidad humana en América Latina y el Caribe, que ha tomado el nombre de “diáspora”, debido a su extensión y continua progresión en el tiempo. Por lo tanto, este fenómeno continúa retando a los países en la incorporación de mecanismos duraderos, que permitan alcanzar soluciones a largo plazo ante las pocas perspectivas actuales de mejora de la situación en la población venezolana. Así, la transformación que se ha dado en la región a causa de la migración, ha suscitado que países, históricamente expulsores, sean receptores de población migrante y refugiada, promoviendo cambios en las políticas públicas y la incorporación de instrumentos jurídicos, a nivel nacional, que garanticen un abanico más amplio de derechos.

Segundo. La migración de personas refugiadas y migrantes de Venezuela ha sido motivada por una intensa búsqueda del bienestar, desde una óptica multidimensional, al no sentirse seguros en Venezuela, lo que se ha traducido en movimientos poco controlados y flujos constantes en contextos de alto riesgo. Por lo tanto, se infiere que, por una parte, los países de acogida no han podido ofrecer elementos suficientes para la creación de ese estado de bienestar anhelado y, por otra, la supervivencia ha sido uno de los motores principales para la migración de estas personas.

Tercero. La revisión histórica de la migración permite comprender, de mejor manera, el término de flujos mixtos, que engloba una primera visión de la migración en sus inicios. Sin embargo, a lo largo del tiempo, la población ha podido reconocer las causas forzadas de su salida y la necesidad de protección internacional; por ende, esto ha generado una apertura y consolidación de los sistemas de protección de asilo en los países de la región, amparados en la Convención del 51 y la Declaración de Cartagena.

Cuarto. En línea con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, hay que destacar que uno de los principales desafíos que enfrentan las personas que migran, en materia de derechos humanos en la región, se vinculan, en no poca medida, con el gran número de políticas, leyes, prácticas estatales y actores, que desconocen a las personas en el contexto migratorio como sujetos de derechos. Esta idea, desgraciadamente, se mantiene en la actualidad, lo que perpetua un sistema de abusos, violaciones y explotación. Sin embargo, los Estados se han nutrido de los beneficios de la migración; particularmente, en América Latina y el Caribe, mediante este proceso, se ha favorecido al incremento de una visión multicultural, generando un intercambio de saberes y tradiciones, por lo que se ha observado un impulso cultural y económico en algunos Estados de acogida. Entonces, se puede deducir que la capacidad de resiliencia demostrada por la población venezolana se ha sostenido, o por lo menos una parte, a razón de las conexiones a nivel transfronterizo con redes de apoyo, incluyendo asociaciones de personas venezolanas, organizaciones e instituciones para fortalecer mecanismos de información, orientación y servicios.

Ante esta realidad, es de vital importancia continuar invirtiendo en los mecanismos de comunicación efectiva y la consolidación de estas redes de apoyo virtual y comunitario, facilitando puntos de conexión en las rutas migratorias, el acceso a teléfonos inteligentes y a los procesos de alfabetización digital para intentar acortar la brecha de acceso a la información que existe y, finalmente, alcanzar una migración segura, informada y acompañada.

Quinto. La conformación de las plataformas de coordinación y procesos regionales ha logrado incentivar la colaboración para la obtención de datos, la creación de sistemas de monitoreo y un registro de necesidades, que sirven en la planificación, la búsqueda de fondos, la mejora en la gestión de recursos, la prevención ante la duplicación de ayudas y un enfoque centrado en las necesidades reales de la población venezolana. Por lo que, a pesar de la carencia en los recursos, los países han podido atender a los grupos más vulnerables de manera regional y local.

Sexto. En cuanto al manejo y el control de fronteras, la historia reciente abordada en este trabajo, en general, muestra que las medidas para garantizar el derecho humano a una migración segura, así como las

alternativas para facilitar la integración de las personas migrantes y refugiadas venezolanas, ha sido mediatizada por intereses políticos y/o económicos, en una región muy condicionada por la visión ejercida al respecto en cada período electoral por la Administración de los Estados Unidos. En consecuencia, se genera un desbalance en la priorización de las necesidades de la población venezolana y de los países de acogida frente a otros factores endógenos y exógenos de los respectivos gobiernos de América Latina y el Caribe.

Séptimo. Sobre el modelo de gestión de la gobernanza a multiescala, que favorece la colaboración entre los países, se requiere y es necesario establecer unos acuerdos sociales más sólidos y a largo plazo, con un enfoque estructural, que impliquen una corresponsabilidad de participación conjunta de todos los actores (internacionales, regionales y estatales), asumiendo una responsabilidad sobre las prácticas y los convenios establecidos para que no queden en meras promesas teóricas.

Octavo. El fenómeno migratorio, por un lado, ha enfrentado a los países de América Latina y el Caribe a reconocer las falencias en las respuestas a situaciones de crisis y emergencias humanitarias, situación que motivó la instauración de planes de contingencia desde las estructuras locales, siendo las comunidades de acogida las gestoras de protocolos de actuación basados en mecanismos que se sostienen regionalmente. Y, por otro lado, las aportaciones de este proceso migratorio también se han extendido hacia la academia, fomentando estudios sobre cooperación, migración, derechos humanos e impactos sociales, entre otros, beneficiando significativamente la construcción del conocimiento, dentro de este campo de estudio tan relevante, desde una óptica multidisciplinar.



**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbase gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciase de nuestras ofertas semanales

La obra *Geopolítica de las migraciones y procesos de integración en la Unión Europea* constituye un valioso resultado colectivo elaborado bajo la experta dirección de tres profesores de la Universidad de Granada, cuyo dilatado recorrido académico en el estudio de los procesos y regulaciones migratorias avala la solidez del proyecto. El libro reúne el trabajo transversal de más de veinte profesores e investigadores españoles e italianos, que abordan el fenómeno migratorio en la Unión Europea y en sus Estados miembros —con especial atención a España e Italia— desde perspectivas tanto macro como micro. La obra ofrece así una mirada amplia y rigurosa que analiza el tratamiento del hecho migratorio y lo concibe, sobre todo, como una oportunidad tanto para las personas migrantes como para las sociedades de acogida.

Los veintidós capítulos que la integran son, en su mayoría, fruto de las investigaciones desarrolladas en dos proyectos estatales de I+D+i dirigidos por los coordinadores de la obra, junto con una selección de ponencias y comunicaciones presentadas en el Congreso Internacional “Gobernanza y migraciones: de la geopolítica internacional a la integración local”. Esto aporta una valiosa interdisciplinariedad, no sólo en el ámbito del Derecho, sino también de otras disciplinas como la Sociología, el Trabajo Social o la Ciencia Política.

La estructura del libro se articula en seis bloques temáticos que recorren desde los aspectos más generales que afectan al conjunto de la Unión Europea y a sus políticas migratorias —como el control de fronteras, su externalización o la protección internacional— hasta análisis más específicos sobre movilidad, colectivos vulnerables y procesos de integración. El resultado es una obra de referencia para comprender de forma actual, transversal y profunda el fenómeno migratorio en el contexto europeo contemporáneo.

**Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación
“Geopolítica Internacional y Movimientos Migratorios:
Desafíos para el Derecho Internacional Privado Español” (GEODIPRI),
con referencia PID2023-146226OB-I00, financiado por
MICIU/ AEI /10.13039/501100011033 y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
IP: Mercedes Soto Moya.**

**Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación “
Migration incorporation policies and practices in migrants’
reception and settlement cities in Andalusia and Sicily” (MIGRANTCITIES),
con referencia PID2022-138122OB-I00, financiado por
MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.
IPs: Nieves Ortega Pérez y Francisco Javier Durán Ruiz.**

