

España

CONSEJO DE ESTADO

4. PROYECTO DE ORDEN POR LA QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN DE RECURSOS Y EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LEY 12/2015, DE 24 DE JUNIO, EN MATERIA DE CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA A LOS SEFARDÍES ORIGINARIOS DE ESPAÑA (1548/2022) (1 diciembre 2022)

[...]

Tercera. Sobre el contenido de la Orden proyectada y sobre el alcance de la habilitación concedida por la Ley 12/2015 a la persona titular del Ministerio de Justicia

Como determina el art. 11.1º de la Constitución "la nacionalidad se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley". Esa reserva de ley ha venido desarrollándose a través del Código Civil y sus sucesivas reformas. El art. 21 Cc establece que la nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza "otorgada discrecionalmente mediante real decreto" cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales, o por residencia en España, de acuerdo a lo previsto en el art. 22 que establece un plazo general de residencia de diez años. Este plazo ha sido reducido a dos años cuando se trate de nacionales de origen iberoamericano o de ciudadanos de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal o de sefardíes. Además, para todos estos nacionales se permite la adquisición de la nacionalidad española por naturaleza sin perder su nacionalidad de origen.

Los sefardíes originarios de España tenían ya reconocidas facilidades para el acceso a la nacionalidad española a través de la vía de la nacionalización por residencia, aparte de que haya habido una política más abierta de concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza al considerar el Gobierno la concurrencia de circunstancias excepcionales en casos de sefardíes originarios de España que hubieran solicitado la concesión de la nacionalidad.

La Ley 12/2015 da un paso más para facilitar la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza a los sefardíes originarios de España al disponer su art. 1 que las circunstancias excepcionales que exige el art. 21 Cc "concurren en los sefardíes originarios de España que prueben dicha condición y una especial vinculación con España, aun cuando no tengan residencia legal en nuestro país". Dicho artículo determina, además, cómo se acreditará fehacientemente la condición de sefardí originario de España y la especial vinculación con España que, además, exigirá la superación de dos pruebas, sobre el conocimiento básico de la lengua española y sobre el conocimiento de la Constitución Española y de la realidad social y cultural españolas. Se facilita la obtención de la nacionalidad española pero solo para ciertos sefardíes con especial "vinculación con España".

La Ley 12/2015 regula un complejo procedimiento para la concesión de la nacionalidad. El mismo se inicia con la remisión telemática al Consejo General del Notariado de la solicitud presentada ante la Administración, correspondiendo a ese Consejo General determinar cuál es el notario competente para valorar la documentación aportada y para concertar con el interesado su comparecencia personal. Tras el examen de esos documentos y la comparecencia del interesado, el notario levantará acta sobre si estima o no justificada la condición de sefardí originario de España y sobre la especial vinculación del solicitante con España, haciendo constar si, a su juicio, se cumplen o no los requisitos legalmente exigidos. El notario remitirá copia electrónica del acta a la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) a la que corresponderá la resolución del expediente, tras los informes de los Ministerios de Interior y de Presidencia, siendo su resolución título suficiente

para la práctica de la correspondiente inscripción en el Registro Civil, previo cumplimiento del requisito del juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes exigido en el art. 23 Cc.

La concesión de nacionalidad por carta de naturaleza a los sefardíes originarios de España tiene algunas semejanzas con el procedimiento general para la concesión por carta de naturaleza, pero también algunas diferencias sustanciales. Además de la valoración *ex lege* de la existencia de circunstancias excepcionales y de la intervención notarial en el procedimiento, el acto que pone fin al procedimiento ya no es un real decreto del Consejo de Ministros que se publica en el Boletín Oficial del Estado sino una resolución de un centro directivo, la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Con la finalidad de aclarar determinados aspectos de ese procedimiento y de facilitar la aplicación de la Ley 12/2015, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una Instrucción el 29 de septiembre de 2015 (BOE 30.9.52015), que especificaba algunos detalles sobre los documentos a presentar, sus traducciones y legalizaciones, y la comparecencia requerida a los solicitantes. Hay que recordar que, en esta materia procedimental, la Ley 12/2015, en su art. 2.3.c) tan solo encomendó a la Dirección General de los Registros y del Notariado determinar el "formato uniforme de la copia electrónica" del acta que el notario había de remitir a la Dirección General.

En esa Instrucción se incluyó un ap. II.3.5 sobre el régimen de "recursos", previendo la regla general en materia de recursos administrativos, o sea el recurso potestativo de reposición y el sucesivo recurso de alzada ante la Subsecretaría de Justicia, añadiendo que, contra esta resolución, cabía recurso "en vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid". La propia Instrucción y, desde luego, su ap. II.3.5, iban mucho más allá de lo dispuesto para esos instrumentos por el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que los considera como instrumentos mediante los cuales "los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes", es decir, como decisiones con efectos puramente internos, como ocurre con buena parte de la Instrucción que ahora se analiza.

La disposición derogatoria del proyecto se propone dejar sin efecto el citado ap. II.3.5 de la citada Instrucción, que se considera "necesario modificar de conformidad con los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas". Sin embargo, esos arts. 121 y 122 regulan el recurso de alzada y los plazos para su interposición. El articulado de la Orden se propone precisamente suprimir ese recurso de alzada previsto en el art. 112 de esa ley y solo sustituible en los casos previstos en el ap. 2 de ese mismo artículo.

Para dejar sin efecto ese apartado de la Instrucción hubiera bastado dictar otra instrucción en ese sentido. Sin embargo, se ha optado por derogar solo un apartado de esa Instrucción, regulando el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas en materia de concesión de la nacionalidad española al amparo del art. 2 de la Ley 12/2015, además de establecer el procedimiento para la aplicación de la disposición adicional tercera de esa ley y el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas al amparo de la misma.

En materia de recursos administrativos tanto el art. 1 como el art. 2 de la proyectada Orden disponen que las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ponen fin a la vía administrativa, aunque admiten que procede contra ellas el recurso de reposición (art. 3), eliminando, por tanto, el anteriormente previsto recurso de alzada. En materia de impugnaciones judiciales, establecen que, contra estas resoluciones, procede la impugnación ante el Juzgado de Primera Instancia, es decir, en la vía civil.

La Orden proyectada desarrolla, por otra parte, un procedimiento administrativo para dar cumplimiento a la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015, que establece que corresponde al Consejo de Ministros la concesión de la nacionalidad española en los casos que se

susciten una vez terminado el plazo previsto inicialmente, plazo que ha concluido el 10 de octubre de 2019.

La justificación para las modificaciones propuestas se encuentra, al decir de la propia Orden, en la confusión que ha generado la citada instrucción al ofrecer, frente a las mencionadas resoluciones administrativas, dos tipos de recursos,alzada y reposición. A ello suma la cita del auto 16/2020, de 8 de octubre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, relativo a una nacionalidad de una descendiente de un español exiliado, que ha declarado que "el conocimiento de asuntos de nacionalidad por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se circunscribe a la establecida en el art. 22.5 Cc que prescribe que "la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa"". Ello indicaría que esa vía no es la competente para conocer de los asuntos de nacionalidad por carta de naturaleza, que corresponderían a la jurisdicción civil.

En cuanto a los trámites procedimentales regulados en su art. 2 para la aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015, la proyectada Orden sometida a consulta tiene prácticamente el mismo contenido sustancial que la ley que pretende desarrollar, en cuanto especifica los trámites procedimentales aplicables para que los sefardíes que reúnan las condiciones previstas en la Ley 12/2015 en los que concurran, además, circunstancias excepcionales o razones humanitarias, puedan obtener la nacionalidad española. Con ello, se pretende regular un procedimiento especial que, según se verá, ya venía determinado por la Ley 12/2015.

En suma, el proyecto enviado al Consejo de Estado pretende, mediante una orden ministerial, regular un procedimiento administrativo especial, establecer un régimen de recursos contra unos determinados actos administrativos y determinar la jurisdicción competente en materia de recursos contra estos mismos actos.

La Orden trata de justificarse en la habilitación genérica a la ministra de Justicia contenida en la disposición final cuarta de la Ley 12/2015 "para dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley". Ha de examinarse si esa habilitación "*per saltum*" y el rango previsto de orden ministerial incluyen la potestad de regular *ex novo* aspectos concretos del procedimiento como son los recursos administrativos y la atribución de competencias a un concreto orden jurisdiccional, además de desarrollar por completo un procedimiento administrativo ad hoc para la aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 12/2015.

Como viene declarando este Consejo de Estado, "los Ministros, como miembros del Gobierno (arts. 98.1º de la Constitución y 1.1º de la Ley del Gobierno), participan de esta potestad reglamentaria, de modo que pueden "ejercer la potestad reglamentaria en materias propias de su Departamento", normas reglamentarias que serán aprobadas por Orden Ministerial (art. 23.3º de la Ley del Gobierno) (dictamen número 2.398/2010, ya citado). Partiendo de esa previsión legal de carácter general, la presente consulta ha de abordar cuál es el concreto alcance de la habilitación que la disposición final cuarta de la Ley 12/2015 confiere a la persona titular del Ministerio de Justicia.

Esa habilitación no se extiende al desarrollo reglamentario general de la mencionada ley, sino que se limita a "dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley". Con ello, el legislador ha pretendido que se dicten disposiciones que hagan factible y faciliten la ejecución de la ley, una habilitación que no se ejerció en tiempo y forma, pues el sistema previsto en la Ley 12/2015 tenía un alcance temporal limitado, desde el 1 de octubre de 2015 hasta, tras su prórroga, el 1 de octubre de 2019.

Ello se ha debido posiblemente a que la Ley 12/2015 es muy detallada en la regulación del procedimiento para obtener la concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. Por ello, esa ley no contuvo una habilitación al Gobierno para aprobar un desarrollo reglamentario mediante un real decreto aprobado en Consejo de Ministros, como por ejemplo

hizo la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, para la concesión de la nacionalidad española para los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales.

A juicio del Consejo de Estado, la habilitación contenida en la citada disposición final cuarta, que significativamente no lleva el calificativo de "reglamentaria", no tiene un alcance distinto o mayor que otras habilitaciones genéricas, no necesariamente de alcance normativo, para dictar disposiciones que no innoven, modifiquen o completen la regulación contenida en la ley habilitante. No se trata, pues, de una habilitación abierta para que la proyectada Orden pueda contener previsiones que van mucho más allá de ser medidas necesarias para facilitar, en sus propios términos, la ejecución de la ley.

Que esto es así lo confirma la disposición adicional segunda de la Ley 12/2015, que habilita al Ministerio de Justicia, es decir, a la persona titular de ese órgano, a regular "el procedimiento electrónico para la tramitación de los procedimientos de obtención de nacionalidad española por residente, carta de naturaleza o dispensa". La interpretación sistemática de la disposición final cuarta con la disposición adicional segunda permite confirmar que el legislador no había encomendado a la persona titular del Ministerio de Justicia regular materias como las contenidas en la Orden ministerial, unas materias que, además, están sujetas al respeto en principio de la reserva de ley y en las que el espacio del poder reglamentario está muy limitado.

En consecuencia, estima el Consejo de Estado que no existe habilitación legal para dictar una orden ministerial como la proyectada en la que, además, se regulan materias que están sujetas muy estrictamente al principio de reserva de ley, como a continuación se examina.

[...]

5. PROYECTO DE REAL DECRETO SOBRE INVERSIONES EXTERIORES (1812/2022) (26 enero 2023)

[...]

La norma proyectada tiene por objeto, como se ha dicho, establecer el régimen de las inversiones exteriores.

La regulación de esta materia en España ha experimentado una evolución notable en los últimos cuarenta años, fundamentalmente en lo que se refiere a la intervención administrativa. Una exposición sucinta de los antecedentes permitirá encuadrar mejor las observaciones que más adelante se formulan a la norma proyectada.

La Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, fue el marco normativo de referencia hasta 2003. De ella dijo el Consejo de Estado lo siguiente:

"Concebida como una norma de gran flexibilidad en su aplicación, la Ley 40/1979 permite al Gobierno configurar lo mismo una situación de absoluta libertad en los movimientos de capitales que una de total restricción, pues le faculta para regular exhaustivamente las transacciones con el exterior y para someterlas cuando así lo considere conveniente a todo tipo de prohibiciones, autorizaciones, verificaciones o declaraciones previas" (dictamen número 60/2001, de 5 de julio, sobre el entonces anteproyecto de Ley sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior).

Esta flexibilidad de la ley, unida a la deslegalización que llevaba a cabo, permitió mantener su vigencia hasta el año 2003, a pesar del importante cambio que supuso el ingreso de España en las entonces Comunidades Europeas. A su amparo se dictaron normas reglamentarias de talante marcadamente restrictivo (el Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, sobre régimen jurídico del control de cambios) y otras de signo liberalizador (el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior; el Real Decreto 671/1992, de 2 de

julio, sobre inversiones extranjeras en España o el Real Decreto 672/1992, de 2 de julio, sobre inversiones españolas en el exterior).

El principal impulso para el cambio de orientación normativa vino exigido por el derecho Comunitario. Aunque inicialmente el Tratado de Roma no estableció ninguna obligación formal para los Estados, la firma del Acta Única Europea, en 1986, situó la libre circulación de capitales al mismo nivel que la de los bienes. Sobre esta base, la Directiva del Consejo 88/361, de 24 de junio, para la aplicación del art. 67 del Tratado (88/361/CEE), impuso a los Estados miembros, con efectos desde el 1 de julio de 1990, la supresión de cualesquiera restricciones a los movimientos de capitales entre las personas residentes en los mismos. En España, este cambio tuvo reflejo en la aprobación del citado Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior. Además, para salvaguardar las especialidades de determinadas inversiones extranjeras en sectores específicos, se aprobó la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España (sobre la que se volverá posteriormente).

El Tratado de Maastricht dio un paso más, al equiparar la libre circulación de capitales con las restantes libertades comunitarias y garantizar la libre circulación de capitales no solo dentro de la UE, sino también entre los Estados miembros y terceros Estados. Hoy, esta misma exigencia se recoge en el art. 63 TFUE con el siguiente tenor literal:

"1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países".

La única excepción a este principio de libertad se establece en el art. 65 TFUE, que dispone lo siguiente:

"1. Lo dispuesto en el art. 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los aps. 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el art. 63.

(...)"

En España, todavía sobre la base legal de la Ley 40/1979, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores –que ahora se deroga–, adecuó el ordenamiento interno a las exigencias del Tratado de Maastricht. A grandes rasgos, sus principales novedades fueron las siguientes:

— En primer lugar, se establece un mecanismo de declaración ex post de las inversiones, a los solos efectos de permitir el conocimiento administrativo, estadístico y económico de las

operaciones. Se exceptúan las transacciones con territorios o países calificados como paraísos fiscales, para las cuales se exige también una declaración previa a la inversión.

— En segundo lugar, se permite suspender el régimen de liberalización cuando concurren razones excepcionales. La suspensión determina la necesidad de obtener autorización previa y puede tener lugar en dos supuestos: (i) cuando el Consejo de Ministros así lo acuerde, con carácter general o particular, para aquellas inversiones que afecten o puedan afectar a actividades relacionadas con el ejercicio del poder público y el orden, seguridad y salud públicas (art. 10); y (ii) en todo caso, respecto de las inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional (art. 11).

— En tercer lugar, el real decreto establece un régimen unitario que pretende acabar con la superposición normativa y la atribución de competencias entre diversas autoridades administrativas. De este modo, si la inversión exterior se efectúa en un sector con regulación específica deberá superar el requisito administrativo que establezcan las disposiciones sectoriales ante los órganos competentes –estatales o autonómicos– pero, una vez superado este trámite, deberá ajustarse a las previsiones del Real Decreto sobre inversiones exteriores.

A pesar de estas relevantes modificaciones, los cambios operados en el derecho europeo aconsejaban aprobar un nuevo texto legal que reflejara claramente el principio de libre circulación de capitales (en este sentido, dictamen número 60/2001, antes citado). Por este motivo, se aprobó la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (debe advertirse que, en virtud de la disposición final segunda, ap. 1, de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, la norma pasó a denominarse "Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior").

La Ley 19/2003, de 4 de julio, trata –en palabras de su exposición de motivos– de "garantizar la completa adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al derecho comunitario". Con este fin, proclama la libertad de los movimientos de capitales (art. 1.1) y define, desde el punto de vista objetivo, lo que debe entenderse por transacciones económicas con el exterior (art. 1.2). En el plano subjetivo, define los conceptos de residente y no residente (art. 2), con la declarada voluntad de acercar la definición a la que resulta de la normativa fiscal.

La intervención administrativa está limitada, en principio, al establecimiento y ejecución de procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa y estadística, de acuerdo con lo que permite el art. 65.1.b) del TFUE. De esta manera, el art. 3 de la ley establece un mecanismo de declaración que impone obligaciones a las personas físicas o jurídicas y a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y otros intermediarios financieros.

Sin embargo, el régimen de liberalización puede quedar suspendido en una serie de supuestos tasados. En primer lugar, cuando lo acuerde el Consejo de la Unión Europea en supuestos excepcionales (arts. 4 y 5). En segundo lugar, cuando así lo acuerde el Consejo de Ministros por afectar la inversión al ejercicio de poder público, actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o que afecten al orden público, seguridad pública y salud pública (art. 7). Finalmente, en el caso de determinadas inversiones extranjeras directas en España (art. 7 bis). En todos estos casos, la inversión queda sujeta a la obtención de autorización previa, respecto de la cual la ley se limita a señalar que el transcurso del plazo máximo previsto reglamentariamente sin que se haya dictado y notificado la resolución supondrá que la operación no es autorizada (art. 6).

En fin, en esta evolución normativa el último hito ha sido la regulación de las inversiones extranjeras directas, concepto que ha introducido en el ámbito de la Unión Europea el

Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, y que en España han desarrollado los Reales Decretos-leyes 8, 11 y 34/2020.

El Reglamento (UE) 2019/452 establece un marco para que los Estados miembros y la Unión puedan adoptar medidas restrictivas en materia de inversiones extranjeras directas. Tales medidas se entienden sin perjuicio del genérico derecho de los Estados miembros para establecer excepciones a la libre circulación de capitales en aplicación del art. 65 del TFUE (considerando 4 y art. 1.1º). Del mismo modo, el Reglamento aclara que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de que cada Estado miembro tenga la responsabilidad exclusiva sobre su seguridad nacional en virtud del art. 4.2º del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad de conformidad con el art. 346 TFUE (art. 1.2 del Reglamento).

En relación con tales inversiones, la norma europea se limita a establecer un marco, dentro del cual los Estados miembros son libres de mantener, modificar o adoptar mecanismos de control por motivos de seguridad y orden público (art. 3 y considerando 8). Lo que se exige es que tales mecanismos cuenten con plazos transparentes y no discriminatorios; establezcan con claridad los presupuestos de hecho, los motivos de control y las normas de procedimiento aplicables; protejan la información confidencial y permitan interponer recursos contra las resoluciones administrativas (art. 3). En cuanto a los factores que pueden tenerse en cuenta, el art. 4 ofrece una lista, no exhaustiva, que se refiere tanto al objeto de la inversión (infraestructuras críticas, tecnologías críticas y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, acceso a información sensible y libertad y pluralismo de los medios de comunicación) como al sujeto inversor (control por un gobierno extranjero, participación en actividades que afecten a la seguridad o al orden público y riesgo grave de actividades delictivas o ilegales).

Además, el Reglamento obliga a los Estados miembros a presentar informes anuales a la Comisión (art. 5) y establece un mecanismo de cooperación y ayuda entre Estados miembros –y entre estos y la Comisión– que facilite el intercambio de información y permita comunicar observaciones (o dictámenes, en el caso de la Comisión) respecto a determinadas inversiones (arts. 6 a 9). Ahora bien, en último término, la decisión sobre la inversión extranjera directa incumbe exclusivamente al Estado miembro en que esta se haya previsto o realizado (considerando 17).

Haciendo uso de estas facultades, y en el contexto de la crisis causada por el Covid-19, el Gobierno español aprobó tres reales decretos-leyes que suspendieron con carácter general la libertad de las inversiones extranjeras en España en determinados supuestos. El art. 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, contiene en la actualidad este régimen de suspensión. Su tenor literal es el siguiente:

"1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española, y todas aquellas otras que como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico que se efectúe se adquiera el control de la totalidad o de una parte de ella, por aplicación de los criterios establecidos en el art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, siempre que concurra una de estas circunstancias:

a) Que se realicen por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio.

b) Que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor.

2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública:

a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.

b) Tecnologías críticas y de doble uso, tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España, incluidas las telecomunicaciones, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, las nanotecnologías, las biotecnologías, los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados.

c) Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos o los referidos a servicios estratégicos de conectividad o a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.

d) Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

e) Medios de comunicación, sin perjuicio de que los servicios de comunicación audiovisual en los términos definidos en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley.

3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el art. 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.

b) si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el ap. 2 de este artículo.

c) si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España.

4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el ap. 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 7 de esta Ley.

5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los aps. 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de esta Ley.

Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de la Ley.

6. El Gobierno podrá establecer reglamentariamente las categorías de operación y los importes por debajo de los cuales las operaciones de inversión directa extranjera quedarán exentas de someterse al régimen de autorización previa, por su nula o escasa repercusión en los bienes jurídicos protegidos por este artículo. Asimismo, se podrá acotar reglamentariamente la definición de los sectores relacionados en el ap. 2, a los efectos de la aplicación de la presente Ley.

Se faculta a la Ministra de Industria, Comercio y Turismo para dictar las normas necesarias para la correcta ejecución y aplicación de las disposiciones de desarrollo que dicte el Gobierno en desarrollo y ejecución de este artículo".

Con base en estos antecedentes se proyecta ahora un nuevo real decreto de inversiones exteriores que derogue el Real Decreto 664/1999 y desarrolle la Ley 19/2003, de 4 de julio, con reflejo de los últimos cambios normativos, así como de la evolución experimentada en los mercados financieros.

6. PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (607/2023) (15 junio 2023)

[...]

– En primer lugar, debe subrayarse que la aprobación de la regulación proyectada resulta indispensable y urgente tras la STC n.º 36/2021. El proyecto ha sido redactado teniendo en consideración los límites a la competencia estatal en materia de relaciones internacionales, tal y como han sido interpretados en dicha sentencia. Sería necesario, no obstante, promover también una reforma legislativa para llevar a cabo la igualmente necesaria adaptación de la LAI a los efectos de la sentencia.

– En segundo lugar, debe darse nueva redacción al preámbulo, que adolece de un cierto error de planteamiento.

– En tercer lugar, procede destacar que, dada la importancia de las funciones que, con arreglo al propio proyecto y en sintonía con la STC n.º 36/2021, está llamada a desempeñar la Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia, sería deseable que, sin perjuicio de la potestad de autoorganización de la Conferencia Sectorial, el reglamento propuesto fijase al menos unos criterios mínimos en cuanto a representatividad de las diferentes Administraciones en la composición de esa Comisión Sectorial, en lugar de efectuar una remisión en blanco a su determinación el Reglamento de la Conferencia Sectorial.

– En cuarto lugar, la falta de diferenciación práctica entre la "suspensión temporal" y un eventual "cierre" de la tramitación de expedientes con un determinado país, y la ausencia de este segundo concepto en la LAI, justifican la eliminación de este en el art. 6 del proyecto.

– En quinto lugar, el proyecto debería regular la composición de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control (art. 26), en orden a garantizar la participación en ella, en la adecuada proporción, de las distintas Administraciones públicas, así como fijar las reglas fundamentales sobre su funcionamiento interno.

– Por último, existen algunos aspectos de la regulación contenida en el RAI de 2019 que, pese a haber quedado a salvo de la declaración de inconstitucionalidad acordada en la STC n.º 36/2021, no han sido incorporados al proyecto, decisión que se sugiere reconsiderar en algunos casos: por ejemplo, algunas de las funciones en España de los organismos acreditados (art. 12 del proyecto); la facultad de la Administración General del Estado para retirar la acreditación en determinados supuestos que revisten especial gravedad (art. 35.5 del RAI de 2019); o la regulación de la composición y funcionamiento de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control (art. 26 del proyecto).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional".

[...]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

7. INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL SOBRE EL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (24 noviembre 2022)

I. Antecedentes

1. Mediante escrito del Secretario de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia se ha solicitado a este Consejo General del Poder Judicial la evacuación del correspondiente informe sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional con arreglo a lo dispuesto en el art. 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2. La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 7 de julio de 2022 designó Ponente de este informe al Vocal Don Juan Manuel Fernández Martínez.

[...]

IV. Consideraciones generales sobre el proyecto normativo

25. El Proyecto de Real Decreto objeto de informe constituye el instrumento normativo que ha de servir para la aprobación del futuro Reglamento de Adopción Internacional que sustituya al actual RAI vigente, cuyo título habilitante se encuentra en la LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, bien en aquellas disposiciones legales que contemplan el desarrollo reglamentario de los preceptos que constituyen su objeto (v. gr., los arts. 4.5, último párrafo, 7.2 párrafo segundo, 4, 5, 6, 8 y 10, y 8.2 y 3 LAI), bien en la Disposición final decimoctava de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó, entre otras leyes, la LAI, y por virtud de la cual se autoriza al Gobierno para llevar a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la Ley.

26. La reforma introducida en la LAI por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tuvo por finalidad adaptar el marco normativo en materia de adopción internacional a la nueva realidad en este ámbito, surgida como consecuencia del descenso del número de adopciones al priorizar los países de origen otras medidas de protección de los menores dentro de sus respectivos territorios, al mismo tiempo que se había producido un cambio en el perfil de los adoptandos, siendo, en la mayoría de los casos, menores con necesidades especiales, ya por razones de edad, ya por razones de salud. Paralelamente, las solicitudes de los adoptantes no se ajustaban a esta nueva realidad, existiendo un elevado número de expedientes en espera de recibir una asignación, con dilatados tiempos de espera. Por otra parte, concurría un elevado número de organismos acreditados de intermediación para la adopción internacional que no es acorde con el número de adopciones que se constituyen, dándose la circunstancia de que muchos de ellos se encontraban en dificultades económicas, al no obtener los recursos necesarios para desarrollar su actividad.

27. La reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, incide, por otra parte, en la necesidad de ordenar administrativamente el sector, deslindando las competencias de la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas, potenciando las de aquella para evitar que las decisiones se tomen únicamente en el ámbito de la Administración Autonómica, de forma dispersa, con información parcial, y con diferentes criterios.

28. La distribución competencial articulada en la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sin embargo, fue cuestionada desde diversos sectores, que consideraron que la asignación competencial que se lleva a cabo en la LAI invadía competencias autonómicas, en concreto la que en materia de protección de menores se atribuye a las Comunidades Autónomas ex art. 148.1. 20ª CE. Entraban en colisión, de ese modo, los títulos competenciales sobre los que se articulaba en la ley la atribución de competencias estatales –los relativos a relaciones internacionales, administración de justicia y legislación civil contenidos en los ordinales 149.13ª, 5ª y 8ª CE– y el referido a la competencia autonómica en materia de protección de menores reconocida en el art. 148.1.20ª CE y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

29. En esta línea, se discutió la atribución a la Administración General del Estado de la competencia para el inicio, la suspensión o la paralización de los expedientes de adopción internacional y, en general, la centralización funcional de la fase administrativa del procedimiento de adopción internacional –incluidas las competencias sobre la acreditación de los organismos de intermediación– al amparo de los títulos competenciales del art. 149.1.3ª y 8ª CE.

30. Con posterioridad, la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, fue sometida al procedimiento regulado en el art. 33.2 LOPJ, que dio paso a un acuerdo de la subcomisión de seguimiento normativo, prevención y solución de conflictos de la comisión bilateral Generalitat-Estado de 17 de marzo de 2016 (BOE de 27 de mayo de 2016), por lo que quedó, en un principio, resuelta la discrepancia competencial, que se vuelve a suscitar con la publicación del vigente RAI.

31. En este sentido, se planteó por parte del Gobierno de Cataluña un conflicto de competencia contra determinados artículos, la Disposición Transitoria Única y la Disposición Final Primera del RAI ante el Tribunal Constitucional. El 22 de marzo de 2021 se publicó en el BOE la Sentencia de este Alto Tribunal (STC 36/2021, de 18 de febrero) sobre la citada cuestión, pronunciándose al respecto, y estimando parcialmente el conflicto positivo de competencias, declarándose la nulidad de la atribución a determinados órganos estatales de funciones ejecutivas relativas a la acreditación de los organismos intermediarios y de la regulación de los organismos de intermediación, que excede de la competencia estatal de dirección y coordinación para garantizar los objetivos de política exterior, entendiendo el alto Tribunal que el RAI invade también competencias autonómicas el sometimiento de la cláusula de revisión económica del contrato sobre actualización de costes a la previa autorización de un órgano ministerial y la atribución a órganos estatales de funciones propias de seguimiento y control de los organismos acreditados y de facultades de gestión del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias. A este respecto, se declaran inconstitucionales determinados artículos del RAI, así como de varios preceptos de la LAI.

32. En consecuencia, según se expone en la MAIN, se hace necesario modificar el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, para dar cumplimiento a la citada resolución, adaptando la norma al marco constitucional y evitando, de este modo, las consecuencias desfavorables que conllevaría la falta de armonización de la normativa vigente en materia de adopción internacional, sin que sea posible contemplar una alternativa no regulatoria, puesto que es necesario llevar a cabo dicho desarrollo con el fin de posibilitar la aplicación de la normativa de rango legal vigente en materia de adopción internacional con respeto al marco constitucional.

33. Por tanto, la distribución competencial es en cualquier caso la que aparece configurada en la LAI, con las modificaciones introducidas por la repetida Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y teniendo en cuenta la STC 36/2021, de 18 de febrero que declaró inconstitucionales y nulos tres artículos de la LAI, a saber: el art. 7.2º, párrafo primero, el art. 7.7º, inciso “La Administración General del Estado, a iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial”, y el art. 8.1º, inciso “que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado”. Tal es, por tanto, el marco legal a partir del cual se ha de llevar a cabo el desarrollo reglamentario, que encuentra

por lo demás su base en los mismos títulos competenciales que han servido para dictar la LAI y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dictándose al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.3.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española, que establecen respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y para dictar la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

34. El Proyecto del Reglamento que se informa, que goza de suficiente cobertura legal, parte, por tanto, de esta configuración del marco de competencias de la Administración del Estado y de las Entidades Públicas autonómicas, conforme al cual corresponde a la Administración estatal: i) la iniciación de la tramitación de las adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de las mismas (art. 4.1.^º LAI); ii) determinar, en colaboración con las Entidades Públicas, el número de expedientes de adopción internacional que se remitirán anualmente a cada país de origen de los menores (art. 4.5.^º LAI); iii) establecer un número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en dicho país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo (art. 7.6 LAI); iv) homologar el modelo básico del contrato de intermediación a suscribir entre los organismos acreditados y las personas que se ofrecen para la adopción, “en la forma que se determine reglamentariamente” (art. 8.2.^º LAI); y v) crear y regular un registro nacional de organismos acreditados y de reclamaciones e incidencias, “cuyo funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario” (art. 8.4.^º LAI).

35.– A partir de esta distribución competencial, el desarrollo reglamentario se articula en torno a las siguientes líneas generales:

[...]

5) Se crea el Registro de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias que permitirá disponer de toda la información relativa a las denuncias y quejas presentadas por las personas solicitantes u otros agentes sobre la actuación de los organismos en el país de origen facilitando en gran medida el seguimiento y control de los organismos acreditados.

VI.– Conclusiones

Primera.– El Proyecto de Real Decreto objeto de informe constituye el instrumento normativo que ha de servir para la aprobación del futuro Reglamento de Adopción Internacional, que sustituirá al actual Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional, y cuyo título habilitante se encuentra en la LAI, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, bien en aquellas disposiciones legales que contemplan el desarrollo reglamentario de los preceptos que constituyen su objeto (v. gr., los arts. 4.5.^º, último párrafo, 7.2 segundo párrafo, 4, 5, 6, 8 y 10, y 8.2 y 3 LAI), bien en la Disposición Final Decimoctava de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modificó, entre otras leyes, la LAI, y por virtud de la cual se autoriza al Gobierno para llevar a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que sean precisos para la aplicación de la Ley.

Y todo ello teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional 36/2021, de 18 de febrero, Rec. 4088/2021, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero del art. 7.2.^º LAI por atribuir a la Administración General del Estado, en los términos y con el procedimiento que reglamentariamente se establezca, la acreditación de los organismos para la intermediación internacional; del art. 7.7.^º, inciso “La Administración General del Estado, a

iniciativa propia o a propuesta de las Entidades Públicas en su ámbito territorial”, por atribuir seguimiento y control de los organismos acreditados a la Administración General del Estado; y del art. 8.1, inciso “que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado” de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, por invadir las competencias autonómicas de ejecución en materia de servicios sociales y protección de menores referente a la relación de las personas que se ofrecen para la adopción y los organismos acreditados. Por ello, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes apartados y preceptos del Reglamento de Adopción Internacional aprobado por RD 165/2019, de 22 marzo (RAI): arts. 13 a 30, en los términos establecidos en los fundamentos jurídicos 9 c), 10 y 13 b); art. 32, ap. 2 j), inciso “de la Dirección General y”; art. 33.1; art. 38.2, inciso “por la Dirección General”; art. 38.4, inciso “a la Dirección General”; art. 39.3.b), inciso “para que pueda proceder, en su caso, a la aplicación de lo establecido en el art. 28”; art. 39.4.c), inciso “los organismos de intermediación o”; art. 39.4.e), inciso “la Dirección General”; y de la disposición transitoria única, aps. 1, 2 y 3.

Tal es, por tanto, el marco legal a partir del cual se ha de llevar a cabo el desarrollo reglamentario, que encuentra por lo demás su base en los mismos títulos competenciales que han servido para dictar la LAI y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dictándose al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.3.ª y 149.1.8.ª de la Constitución Española, que establecen respectivamente la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales y para dictar la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Segunda.– El Proyecto del Reglamento que se informa, que goza de suficiente cobertura legal, parte, por tanto, de esta configuración del marco de competencias de la Administración del Estado y de las Entidades Públicas autonómicas, conforme al cual corresponde a la Administración estatal: i) la iniciación de la tramitación de las adopciones con cada país de origen de los menores, así como la suspensión o paralización de las mismas (art. 4.1 LAI); ii) determinar, en colaboración con las Entidades Públicas, el número de expedientes de adopción internacional que se remitirán anualmente a cada país de origen de los menores (art. 4.5 LAI); iii) establecer un número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, en función de las necesidades de adopción internacional en dicho país, las adopciones constituidas u otras cuestiones sobre la previsión de posibilidades de adopción internacional en el mismo (art. 7.6 LAI); iv) homologar el modelo básico del contrato de intermediación a suscribir entre los organismos acreditados y las personas que se ofrecen para la adopción, “en la forma que se determine reglamentariamente” (art. 8.2 LAI); y v) crear y regular un registro nacional de organismos acreditados y de reclamaciones e incidencias, “cuyo funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario” (art. 8.4 LAI).

[...]

Séptima.– El art. 4 se refiere a los acuerdos bilaterales de carácter administrativo en materia de adopción internacional, atribuyendo a la Administración General del Estado la competencia para la firma de acuerdos bilaterales de carácter administrativo para favorecer las relaciones recíprocas, entendiendo el Tribunal Constitucional en la sentencia 36/2021, de 18 de febrero, que la posibilidad, formulada en abstracto, de que el Estado suscriba algún acuerdo bilateral “para favorecer relaciones recíprocas” se sitúa claramente en la órbita de las “relaciones internacionales” y, por tanto, dentro del ámbito de sus atribuciones, por lo que la previsión recogida por el precepto del reglamento proyectado merece una valoración positiva al respetar el orden competencial constitucional.

[...]

Decimocuarta. – El art. 15 del texto proyectado, en sintonía con lo resuelto por el Tribunal Constitucional, regula los criterios para el establecimiento de los organismos acreditados. Su redacción coincide sustancialmente con la correspondiente al art. 17 del Decreto vigente en su número primero, pero la Dirección General ahora establece el número máximo de organismos de intermediación internacional que podrán trabajar en cada uno de los países de origen y no únicamente determina la conveniencia de acreditar o de limitar el número de organismos como establece el Decreto actual, articulándose las competencias autonómicas no solo a través de la previa consulta a la Conferencia Sectorial, sino también a través de la notificación a las Entidades Públicas competentes, todo ello por ser plenamente compatible con el orden de competencias el art. 7.6º LAI, que prevé la colaboración estatal y autonómica para establecer el número máximo de organismos acreditados para la intermediación en un país concreto, dado que el establecimiento de este número máximo requiere arbitrar una coordinación que, sin sustituir a los titulares de las competencias coordinadas, favorezca una decisión conjunta. (FJ 9, STC 36/2021, de 18 de febrero).

Decimoquinta. – El art. 16 regula el procedimiento para el establecimiento del número de organismos susceptibles de acreditación, a través de un mecanismo en el que se coordinan las competencias estatales y autonómicas. Es siempre la Entidad Pública (Administración Autonómica) la que acredita a los organismos, a salvo de que exista un número que rebase el establecido por la Administración General del Estado, en cuyo caso es la Conferencia Sectorial la que decide y si no hay acuerdo, el Proyecto desarrolla lo previsto en el artículo. 7.5 LAI, correspondiendo a la Administración General del Estado la comunicación del número máximo de organismos a acreditar, e interviniendo ambas administraciones en distintas fases del procedimiento a través de la Conferencia Sectorial, que es informada del número máximo de organismos a acreditar, decide en caso de que haya varios organismos salvo que no haya acuerdo (remitiéndose, en este caso, las valoraciones e informes de los organismos a la autoridad central del país de origen, conforme al art. 7.5 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre), o solicita informes, incluso de las Entidades Públicas.

Es de reseñar que, a diferencia del Decreto vigente, se han determinado los criterios generales de valoración conforme a los cuales habrá de resolverse el concurso, lo que es oportuno a efectos de decisión en el seno de la Conferencia Sectorial, por más que puedan concretarse posteriormente en las bases que han de regirlo.

[...]

Vigesimoséptima. – El Reglamento proyectado destina su capítulo VI, que reza “Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e Incidencias”, al desarrollo reglamentario de las señaladas previsiones legales contenidas en el art. 7.2 *in fine* LAI y el 8.3º LAI. A tal efecto, en su art. 29 dispone la creación del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción Internacional y de Reclamaciones e incidencias, que será único para todo el territorio nacional, con adscripción y dependencia de la Dirección General, y que estará organizado en dos secciones, la primera de las cuales contendrá el registro de organismos acreditados, y la segunda el registro de reclamaciones e incidencias. El art. 30 del texto proyectado contempla la Sección primera relativa al Registro de Organismos Acreditados, y el art. 31 está dedicado a la Sección segunda referente al Registro de Reclamaciones e Incidencias, que tienen sus concordantes en los arts. 38 y 39, respectivamente, del RAI vigente.

También estos artículos fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional y estimada su impugnación en la STC 36/2021, de 18 de febrero. Concretamente se impugnaron los aps. 2 y 4 del art. 38 y 3 b), 4.c) y 4.e) del art. 39, toda vez que, sin cuestionar la existencia de un registro nacional, se reprochaba a estos preceptos la atribución a órganos estatales de facultades de gestión del registro, sin que las correspondientes inscripciones deriven de las comunicaciones de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. En la nueva regulación del texto

proyectado (arts. 30 y 31) se suprimen todas las referencias que en los mencionados preceptos se hacían al organismo estatal sustituyéndolas por las correspondientes a la Entidad Pública, por lo que se adaptan adecuadamente a las competencias diseñadas constitucionalmente.

Por lo demás, se confiere a la sección primera carácter público, general y gratuito (art. 30.1), en tanto que el acceso a la segunda se encuentra restringido a las personas que formulen la reclamación o incidencia, los organismos destinatarios de las mismas, las Entidades Públicas competentes en materia de adopción internacional, las oficinas o secciones consulares españolas de los países de origen, así como los miembros de la Comisión Técnica de Seguimiento y Control del organismo acreditado, estableciendo, asimismo, que el acceso a los datos inscritos en la sección segunda del registro y su posterior tratamiento se llevará a cabo de conformidad con las previsiones contenidas al respecto en la normativa en materia de protección de datos personales, esto es, tanto al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, así como, en su caso, a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Por otro lado, se advierte que, al regular la sección segunda del Registro (art. 31), relativa al registro de reclamaciones e incidencias, el titular de la potestad reglamentaria refiere su objeto a la anotación de aquellas que formulen los usuarios de los organismos de intermediación en relación con los servicios prestados por los mismos, tanto en España como en el país de origen, así como la estimación o desestimación de la reclamación o incidencia comunicada, lo que no cohonesta bien con el ámbito material de la competencia de la Administración General del Estado en lo que concierne a las funciones de control y seguimiento de las actividades de los organismos acreditados para la intermediación en la adopción internacional, dejando a salvo la que corresponde a las Entidades Públicas autonómicas sobre esta materia. Consecuentemente, se sugiere al prelegislador, para el mejor acomodo al orden competencial constitucionalmente establecido, que la redacción del precepto precise que las funciones del registro que le corresponden a la Administración General del Estado lo son sin perjuicio de las funciones ejecutivas correspondientes, según el marco constitucional, a las Comunidades Autónomas y, por ende, a las Entidades Públicas, debiendo aceptar como vinculantes las propuestas de inscripción y de autorización o de cancelación y revocación que efectúen las Comunidades Autónomas que ostentan las competencias ejecutivas en la materia, todo ello según doctrina derivada de la STC 36/2021, de 18 de febrero.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extendiendo y firmo la presente en Madrid a 24 de noviembre de 2022.

DEFENSOR DEL PUEBLO

8. INSCRIPCIÓN DE UNA RESIDENTE COMO CIUDADANA DE LA UE EN EL REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS (Resolución del Defensor del Pueblo 27 septiembre 2022)

Consideraciones:

El motivo de la citada denegación se centra en que la interesada no acredita disponer de un seguro de enfermedad con una cobertura en España equivalente a la proporcionada por el

Sistema Nacional de Salud y tampoco dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su período de residencia (art. 7 R.D. 240/2007).

La compareciente manifiesta que su abuela tiene 98 años, es dependiente, ha sufrido un ictus, tiene silla de ruedas, una deficiencia visual, necesita pañales, y no puede valerse por sí misma para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Indica que la Sra. (...) viajó a España con pasaporte italiano para una estancia de corta duración para reunirse con sus familiares, pero la Covid y el empeoramiento de su salud le han obligado a solicitar la reagrupación, habida cuenta de que no puede valerse por sí misma, y necesita la atención y el cuidado de su hija y yerno –ya pensionistas ambos– con los que actualmente convive y cuyo firme compromiso en el deber de alimentos en toda su extensión –atención y cuidados– (art. 143 Cc) ha quedado reflejado en el acta de manifestaciones notarial de 12 de abril de 2022, de la que se adjunta copia.

En el Régimen General de Extranjería la reagrupación familiar permite fortalecer el vínculo familiar a través de la obtención de una autorización para residir en España. Cuando concurren circunstancias humanitarias el art. 53 e) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establece que el extranjero podrá reagrupar con él en España a sus ascendientes en primer grado, o los de su cónyuge o pareja, cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Por su parte, la reciente modificación reglamentaria de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, ha incluido entre los beneficiarios de la misma a los ascendientes de ciudadanos españoles, con el único requisito de ser mayores de 65 años o menores de dicha edad a cargo.

En el régimen de comunitarios, el derecho a la reagrupación familiar se determina como un derecho inherente al ciudadano de un Estado miembro, pero asociado necesariamente al ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los otros Estados miembros, todo ello de conformidad con la normativa comunitaria y con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, no contempla las razones humanitarias a las que se refiere la ley de extranjería y su reglamento en relación con la reagrupación familiar, si bien, la interesada es ascendiente en primer grado de ciudadanos españoles, tiene más de 65 años y existen razones evidentes que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España.

Teniendo en cuenta la gravedad del caso y la situación de vulnerabilidad de una persona enferma de tan avanzada edad y que, además, por encontrarse en situación irregular podría enfrentarse a un procedimiento sancionador, parece posible –por razones de analogía– acudir a la cláusula de supletoriedad y subsidiariedad que contempla la disposición final cuarta del RD 240/2007, con el fin de que, sobre la base de la norma más favorable, se pudieran hacer efectivos por razones humanitarias los derechos que, en origen, esta persona tiene por su doble condición de ser ciudadana comunitaria y ascendiente directo de ciudadana española.

El art. 28.1º de la Ley Orgánica 3/1981, reguladora de esta institución, prevé que el Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquellos.

Por su parte el art. 28.2º de dicha Ley Orgánica, establece que, si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

En atención a dicho apoderamiento normativo, esta institución considera que la aplicación rigurosa de la norma y el vacío normativo existente por la falta de regulación de las circunstancias humanitarias en el Real Decreto 240/2007, ha provocado una situación injusta para la interesada

que debe ser reparada a través de criterios de hermenéutica jurídica, donde la analogía de la situación y especialmente la equidad –tal como expresa nuestra jurisprudencia contenciosa– “[...] debe regir las relaciones entre la Administración y los Administrados, y que constituye uno de los principios Generales que informa nuestro Ordenamiento Jurídico, con fiel y adecuado relejo –a efectos de su aplicabilidad– en el art. 1.4º Cc [...]”((Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 20 diciembre 1982 – RJ\1982\8035–))

Debe añadirse que la interesada, por su condición de ciudadana con doble nacionalidad italiana y argentina, también podría acogerse al régimen general que contempla la disposición adicional primera. 4 in fine del Reglamento de Extranjería, cuando concurran circunstancias excepcionales no previstas en dicha norma.

La anterior solución sería viable si no fuera por la necesidad de revisar con urgencia la resolución de denegación de inscripción de la interesada como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, en atención a su evidente situación de necesidad que, sin duda, enlaza inexorablemente con una solución de emergencia para supuestos en los que un problema humanitario de esta naturaleza, debe resolverse de forma diligente y con la máxima prioridad.

De conformidad con lo establecido en el art. 28 y 30.1º de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Sugerencia: Que por razones de equidad y de buena administración, y en el marco de la revisión de oficio, se proceda a la revocación de la Resolución de esa Subdelegación del Gobierno de fecha 30 de marzo de 2022 con el fin de facilitar a la interesada la inscripción de residente como ciudadana de la UE en el Registro Central de Extranjeros, siempre que dicha revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

9. ACTUACIONES Y MEDIDAS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN MELILLA (Resolución del Defensor del Pueblo 14 octubre 2022)

Consideraciones

[...]

Para analizar esta cuestión, tras la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 19 de noviembre de 2020 (STC 172/2020), el Defensor del Pueblo debe realizar su labor de supervisión de la actuación de la Administración de conformidad con la interpretación que establece respecto del contenido de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En la respuesta remitida por esa secretaría de Estado se realizan reiteradas referencias a la Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 13 de febrero de 2020, en el caso (...) y (...) contra España, atribuyéndole unas consecuencias jurídicas que parecen ir más allá de las que en realidad tiene.

Resulta por tanto particularmente relevante realizar un somero comentario acerca del alcance de esta, a la vista de que nuestro Tribunal Constitucional cuando se pronuncia sobre la regulación de los rechazos en frontera, en noviembre de 2020, conoce —y de hecho cita— la resolución dictada por el tribunal de Estrasburgo a la que se ha hecho alusión.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina en sus resoluciones casos concretos y, por tanto, se ciñe en sus valoraciones a la interpretación de la normativa nacional en relación al supuesto concreto que se le plantea. Así, en este caso se limita a señalar que el establecimiento de un régimen específico para Ceuta y Melilla no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación y también afirma que «al valorar una queja relativa al art. 4 del Protocolo

nº 4, tendrá principalmente en cuenta si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado parte en cuestión ofrece de un modo efectivo medios de entrar en él legalmente, en particular a través de procedimientos en frontera».

Por su parte, al Tribunal Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad de las normas. En lo que aquí interesa esto supone establecer un marco general respecto a cómo ha de actuarse al interpretar y aplicar un determinado precepto, en términos acordes con los requerimientos constitucionales.

Así pues, los rechazos en frontera que se producen en Ceuta y Melilla habrán de cumplir las previsiones legales, tanto nacionales como internacionales, de conformidad con la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional, el cual ha condicionado la constitucionalidad de la norma establecida para dicho supuesto a que se tengan en cuenta determinadas consideraciones que ha señalado de forma específica:

- Aplicación a las entradas individualizadas.
- Pleno control judicial.
- Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Debe traerse aquí lo dicho en el fundamento jurídico octavo, letra c, de la citada Sentencia 172/2020:

a. «El “rechazo en frontera”, en cuanto actuación realizada por autoridades y funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar [...] la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional. A la persona extranjera que está siendo rechazada mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en territorio español, integrados en el sistema de seguridad fronterizo, le son aplicables las garantías previstas en nuestro ordenamiento jurídico».

El rechazo en frontera, según el Tribunal Constitucional, constituye un nuevo régimen que, ante la detección de extranjeros en la línea fronteriza de Ceuta o Melilla, permite que se practique una actuación material de vigilancia orientada a reestablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera.

Sin embargo, añade que esta actuación material lo será, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. Es claro, por tanto, que el restablecimiento inmediato de la legalidad transgredida no puede significar que se prescinda en absoluto de cualquier procedimiento, ya que eso pone en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Al analizar la naturaleza jurídica del rechazo en frontera, el Tribunal Constitucional se refiere a la devolución y dice: «Con la devolución –y también con el rechazo en frontera–, se “pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada a través de un cauce flexible y rápido”»

La inexistencia de un procedimiento, reglamentariamente establecido, para que se pueda articular ese «cauce flexible y rápido» es el origen de las numerosas quejas que se reciben y, por tanto, la principal preocupación del Defensor del Pueblo.

A juicio de esta institución, al igual que ocurre con la devolución o con las denegaciones de entrada, previstas en el art. 26.2 de la Ley Orgánica 4/2000, ha de establecerse sin demora un procedimiento que ampare esa medida gubernativa de reacción inmediata, con las garantías previstas para cualquier tipo de procedimiento administrativo en materia de extranjería, que establece el citado artículo: «Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones». Tan solo se establece una excepción a esta obligación que es la prevista para la expedición de los visados (art. 27).

b. «Los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), ...estar en situación de mujer embarazada o resultar afectados por serios motivos de incapacidad...».

Esta especial atención nace de los propios preceptos constitucionales y de las obligaciones internacionales de derechos humanos de las que España es parte. Por tanto, en modo alguno podrá considerarse que se ajusta a la legalidad nacional e internacional una reacción frente a una perturbación del orden jurídico que impida la adecuada detección de estas categorías de personas entre las que se pretende rechazar en frontera.

c. Los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, tienen el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección internacional, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales. Si tales medios existen y son efectivos, los Estados podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes, estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado».

El Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de asilo está especialmente vinculado con el principio de «no devolución» que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería. Su finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro. Hace además una referencia expresa al desarrollo de este principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia.

Tomando en consideración todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que la citada disposición adicional décima, en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la legislación reguladora de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes —puestos fronterizos de Ceuta y Melilla—, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos.

[...]

Decisión

En atención a lo establecido en los arts. 19.1 y 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se ruega remitan las imágenes no enviadas y, en su caso, los audios.

Se formulan a V.E. las siguientes:

Recomendaciones

1. Que se desarrolle con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, el procedimiento establecido en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 172/2020, que establece que el rechazo en frontera ha de permitir su aplicación a las entradas individualizadas, un pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por España.

2. Que se deje constancia escrita de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional y que se ha verificado, mediante un mecanismo adecuado de identificación y derivación, las necesidades de protección internacional; que no es menor de edad o la concurrencia de indicios de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos. Todo ello de

conformidad con lo previsto en la 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.

3. Que se impulse la revisión de los protocolos de actuación que se activan con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado marroquíes, cuando se producen intentos de entrada irregulares en el perímetro fronterizo de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, a fin de adaptarlos al objetivo número 23 del Pacto Mundial de las Migraciones, que establece la necesidad de gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada. En concreto, reforzar el enfoque de derechos humanos a fin de evitar situaciones de presión fronteriza extrema, con el objetivo de incrementar los operativos de atención humanitaria mejorando el trato que se dispensa a las personas que cruzan o tratan de cruzar de manera irregular las fronteras que separan los dos Estados.

4. Que se potencie la información internacional a fin de prever situaciones de presión fronteriza extrema, con el objetivo de incrementar los operativos de atención humanitaria en el perímetro terrestre en coordinación con la Secretaría de Estado de Migraciones y la Agencia de Asilo de la Unión Europea.

Se formulan igualmente los siguientes

Recordatorios de deberes legales

1. De aplicar un enfoque de derechos en la gestión fronteriza a fin de garantizar el derecho a la integridad física y moral, sin que nadie pueda ser sometido a malos tratos, tratos inhumanos o degradantes.

2. De ajustar su actuación a los principios básicos que establece el art. 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y especialmente a impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral. Así como de actuar rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

3. De dictar las órdenes oportunas para que los miembros de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estén siempre identificados.

10. SOLICITUD DE ASILO EN ESPAÑA SIN TENER QUE UTILIZAR VÍAS IRREGULARES DE ENTRADA (Resolución del Defensor del Pueblo de 14 de octubre de 2022)

Consideraciones

1. La imposibilidad de acceso al puesto fronterizo de Beni Enzar (Melilla), para aquellas personas que no sean nacionales marroquíes, y que se encuentran en situación irregular en Marruecos.

El Defensor del Pueblo ha constatado esta realidad, tanto por la tramitación de numerosas quejas como por las entrevistas realizadas a quienes consiguieron llegar al Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) de Melilla, tras el salto del 24 de junio. No puede compartirse la afirmación de que estas personas podrían haber solicitado protección internacional en el citado puesto fronterizo.

Se constata la presencia de personas con necesidades de protección internacional y de menores de edad, entre las que accedieron irregularmente a territorio nacional en los dos últimos saltos de la valla de los meses de marzo y junio de este año y que consiguieron llegar al CETI de Melilla por sus propios medios. Esto podría hacer pensar que muchos de los que no lograron acceder a territorio español se encontraban en esta misma situación.

En el salto de la valla del mes de marzo accedieron al Centro de Menores de La Purísima un total de 38 personas que habrían alegado ser menores de edad, 26 de las cuales fueron declaradas mayores de edad por decreto de fiscalía. En el salto del mes de junio, de acuerdo con la información recibida, únicamente ingresó en el centro un menor. Sin embargo, en las entrevistas realizadas en el CETI algunos de los interesados manifestaron su minoría de edad, siendo su apariencia compatible con dichas manifestaciones.

En el momento de la visita realizada por personal del Defensor del Pueblo al centro de La Purísima, 6 de los menores que habían conseguido acceder irregularmente a Melilla en marzo tenían su solicitud de protección internacional en trámite.

En todas las entrevistas realizadas en el CETI se relataba la situación de precariedad en la que se encontraban en Marruecos y el hostigamiento al que fueron sometidos por la policía marroquí en los campamentos en los que pernoctaban, circunstancia que aceleró el salto a la valla del día 24 de junio. Varios de los entrevistados habían registrado su voluntad de solicitar protección internacional ante el ACNUR en Marruecos. Sin embargo, relataban que no se sentían protegidos frente a las devoluciones, que, de manera constante, realizan los agentes marroquíes a los países vecinos.

Las 134 personas que se encontraban en el CETI de Melilla el día de la visita, y que habían protagonizado el salto del 24 de junio, habían manifestado ya su voluntad de solicitar protección internacional. En el caso de los saltos de los días 2 y 3 de marzo, la Dirección General de la Policía ha informado de que tramitaron un total de 853 solicitudes.

2. La imposibilidad de que nacionales de terceros países puedan solicitar protección internacional en las representaciones diplomáticas de España en Marruecos, de conformidad con lo previsto en el art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

La Dirección General de Españoles en el Exterior y Asuntos Consulares comunicó que, desde el año 2009, existe un procedimiento establecido por el que los embajadores y embajadoras tienen la responsabilidad de:

- Obtener una declaración omnicomprendiva del caso y alegaciones de personas solicitantes de protección internacional.
- Comprobar la nacionalidad efectiva de las mismas.
- Considerar la posible existencia de un peligro para la seguridad física de estas personas por causas relacionadas con el ámbito de aplicación de la Ley 12/2009.

Sin embargo, a través de las quejas recibidas se comprueba que el primer obstáculo, en la mayoría de las ocasiones insalvable, lo constituye la imposibilidad de acceso físico de estas personas a la embajada y, en su caso, consulado. Esta situación se ha visto agravada tras la pandemia, ya que la práctica totalidad de los trámites se realizan mediante citas que se obtienen de manera telemática, a través de empresas que tienen subcontratado el servicio de tramitación de visados. Por otro lado, dicho servicio ni tan siquiera contempla este tipo de procedimiento de carácter humanitario.

En el caso de Marruecos, tal y como se ha detallado en el ap. anterior, preocupa especialmente al Defensor del Pueblo el alto número de personas, presumiblemente con necesidades de protección internacional, que se ven obligadas a poner en riesgo sus vidas para poder formular dicha solicitud, en lugar de hacer uso del procedimiento previsto en el citado art. 38.

Prueba de ello es el alto número de personas, también menores de edad que se vieron obligadas a saltar la valla en marzo y junio de este año y solicitaron protección internacional una vez en territorio nacional. Esta realidad debería llevarnos a reflexionar acerca de los motivos por

los que estas personas no han encontrado la manera de solicitar protección internacional en Marruecos sin tener que poner en peligro sus vidas.

El pasado mes de septiembre ya se formuló una Recomendación y un Recordatorio de Deberes Legales a la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares a fin de mejorar la información que se facilita en el portal web de las embajadas de España en todo el mundo, así como sobre la necesidad de elaborar un programa formativo específico que proporcione a los embajadores y embajadoras la información necesaria para poder realizar la labor que les encomienda el citado art. 38.

3. Enfoque de la cuestión desde la visión como institución nacional de Derechos Humanos

El mandato del Defensor del Pueblo, como Alto Comisionado de las Cortes Generales, se encuentra limitado a la supervisión de la Administración española. Sin embargo, en su calidad de institución nacional de derechos humanos extiende su mandato también a la cooperación con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos.

Para lo anterior, desarrolla relaciones de colaboración y asistencia técnica con las instituciones nacionales homólogas de otros Estados y facilita de forma independiente el seguimiento que periódicamente realizan las organizaciones internacionales sobre la situación en España de los derechos humanos.

En este contexto, resulta especialmente relevante el Pacto Mundial para las Migraciones, en el que los Estados firmantes se comprometen como obligación primordial a respetar, proteger y cumplir los derechos humanos de todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio. En el primer examen de seguimiento por parte de los Estados firmantes, que se llevó a cabo en Nueva York el pasado mes de mayo, el secretario de Estado de Migraciones reafirmó el compromiso de España en el cumplimiento del pacto.

Uno de sus objetivos es la gestión de las fronteras de manera integrada, segura y coordinada. Resulta necesario poner en marcha los compromisos y acciones previstos en el pacto, a fin de evitar que vuelvan a producirse incidentes como los ocurridos el pasado 24 de junio, en el que fallecieron un número aún hoy no determinado de personas que intentaban cruzar el perímetro fronterizo.

En este marco se apuntan varios compromisos: la cooperación bilateral y regional; la aplicación de políticas de gestión de las fronteras que respeten la soberanía nacional, el estado de derecho, las obligaciones en virtud del derecho internacional y los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, que no sean discriminatorias y que tengan en cuenta las perspectivas de género y de infancia.

El Defensor del Pueblo estima que las medidas señaladas deberían ser prioritariamente implantadas, al objeto de favorecer alternativas legales y seguras que eviten la pérdida de vidas humanas y las situaciones de riesgo.

Decisión

En atención a lo establecido en el art. 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula a V.I. la siguiente:

Recomendación

Que se adopten las medidas necesarias para reforzar los medios materiales y humanos de la Embajada y los consulados en Marruecos, al objeto de garantizar que las personas con necesidades de protección internacional puedan acceder y tramitar sus visados para solicitar asilo en España, sin tener que arriesgar sus vidas ni utilizar vías irregulares de entrada.

11. DENEGACIÓN DE UNA CARTA DE INVITACIÓN POR EL CONSULADO DE ESPAÑA EN SANTO DOMINGO (Resolución del Defensor del Pueblo de 25 de octubre de 2022)

La persona arriba indicada expone su disconformidad con la denegación de un visado a la hija y nieto de su esposa, por parte del Consulado General de España en Santo Domingo.

Consideraciones

1. El interesado, de nacionalidad española, está casado desde el 6 de septiembre de 2016 con Dña. (...), con la que reside en España.

2. El 30 de diciembre de 2021, Dña. (...), hija de Dña. (...), cursó solicitud de visado tipo C (...) ante el Consulado General de España en Santo Domingo, para visitar España junto a su hijo (...).

3. El interesado aporta copia de la carta de invitación expedida al efecto por la Comisaría de Policía Nacional de Burgos.

4. Aporta asimismo resoluciones denegatorias de los visados, expedidas por el Consulado General de España en Santo Domingo, con fecha 3 de enero de 2022; en las que se considera que la información presentada para la justificación del propósito y las condiciones de la estancia prevista no resultaba fiable.

5. Se constata la existencia de un vínculo familiar de la solicitante y su hijo con un ciudadano español, así como la existencia de una carta de invitación expedida por la Policía Nacional. Al igual que se ha comunicado con ocasión de la tramitación de otras quejas con un contenido similar, esta institución no considera ajustada a derecho la denegación de visados solicitados por familiares de ciudadanos españoles que, como en el presente caso, cuentan con una carta de invitación expedida por la policía española, por no resultar fiable la información presentada; toda vez que el vínculo familiar y dicho documento acreditan fuera de toda duda el propósito y las condiciones de la estancia.

6. En las resoluciones se manifiesta asimismo la existencia de dudas razonables en cuanto a la intención de la interesada de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado.

7. Más allá de lo expuesto, la resolución adolece de una mínima motivación, al no argumentar la citada administración ni aportar información alguna o hacer referencia a los motivos por los que considera que existen dudas razonables en cuanto a la intención de la interesada de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración del visado.

8. El deber de la Administración de motivar sus actos, como señala –entre otras– la STS de 19 de noviembre de 2001: «[...] tiene su engarce constitucional en el principio de legalidad que establece el art. 103 CE, así como en la efectividad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración reconocido en el art. 106 CE, siendo en el plano legal, el art. 54 de la LRJyPAC (actual art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común –LPAC–), el precepto que concreta con amplitud los actos que han de ser motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho [...]».

Decisión

En atención a lo establecido en el art. 30.1º Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, se formula la siguiente:

Sugerencia

Que se revoquen las resoluciones del Consulado General de España en Santo Domingo por las que se deniega la expedición de un visado tipo C a Dña. (...) y su hijo (...); y a la vista de la información presentada, se dicten nuevas resoluciones que, en caso de ser denegatorias, reflejen adecuadamente los motivos por los que se considera que existen dudas razonables en cuanto a su intención de abandonar el territorio de los Estados miembros antes de la expiración de los visados.

En la seguridad de que esta Sugerencia será objeto de atención por parte de esa dirección general, y en espera de la respuesta,

DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

12. LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA, INICIA LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPÚBLICA DE SENEGAL (Res. DG de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia 20 de febrero de 2023)

El BOE de 7.3.2023 publica la *Resolución de 20 de febrero de 2023, de la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, por la que se procede a la iniciación de la tramitación de expedientes de adopción internacional en la República de Senegal*.

En el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, en virtud de lo establecido en el art. 4 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, se dicta la presente resolución con base en los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

1. Antecedentes de hecho

Primero. En nuestro país, la tramitación de adopciones con Senegal se inicia en el año 2007. Senegal acuerda la suspensión de la tramitación de solicitudes de adopción internacional presentadas con posterioridad al 1 de diciembre de 2011, fecha en la que entra en vigor en ese país el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. El objetivo de dicha suspensión es la adaptación de su legislación en materia de infancia y adopción internacional al mencionado Convenio. Con base en la información referida, se adopta, en reunión de día 17 de julio de 2012 de la, entonces denominada, Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, el acuerdo de suspensión de las adopciones en Senegal, en el que se determina que no se remitirán a ese país nuevos expedientes de solicitud de adopción, ni se admitirán solicitudes de adopción internacional presentadas con posterioridad a 1 de diciembre de 2011, hasta que se levante dicha suspensión en el país.

Segundo. En el momento del acuerdo de suspensión de nuevos expedientes de adopción internacional en Senegal había dos organismos acreditados para la intermediación en la tramitación de expedientes de adopción internacional en ese país.

Tercero. Se han solicitado diversos informes al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (en adelante, MAEUEC), de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 6.1 del Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, siendo el último de ellos de 18 de agosto de 2021, en el que se informa que las adopciones internacionales están oficialmente abiertas en Senegal; asimismo, se explica que se ha designado como Autoridad Central en materia de adopción internacional a la Dirección

de Educación Vigilada y de Protección Social. También se aclara que ya se ha firmado la Guía de Adopción Internacional, en la que se determina el procedimiento para la constitución de las adopciones en ese país, adjuntándose, en su versión definitiva.

Cuarto. Se ha recabado información de los dos organismos que están acreditados para la intermediación en la tramitación de expedientes de adopción internacional en ese país, de acuerdo con lo que establece el art. 6, ap. 2 del citado Reglamento de Adopción internacional. En dichos informes, así como en varias reuniones mantenidas con ambos organismos acreditados, han manifestado su voluntad de reanudar su actividad de intermediación en ese país y han explicado que sus representantes en Senegal observan que se dan las condiciones necesarias para que pueda iniciarse la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional en dicho país con todas las garantías necesarias establecidas en la normativa estatal e internacional.

Quinto. Asimismo, de acuerdo con lo determinado en el mencionado artículo del Reglamento de Adopción internacional, se ha consultado a otros países del entorno comunitario europeo sobre su experiencia en la reanudación de la tramitación de adopciones internacionales, especialmente a Francia e Italia. La respuesta recibida ha sido positiva en cuanto a las garantías observadas para poder iniciar nuevos expedientes de adopción en Senegal, tras su adhesión al referido convenio, si bien se encuentran en proceso de ultimar las negociaciones y trámites para poder iniciar la tramitación de nuevos expedientes.

Sexto. Se han realizado, además, consultas y mantenido diversas reuniones, con el Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia para los derechos de los niños privados de su familia (SSI/CIR). El objeto de las reuniones mantenidas fue conocer las impresiones, a partir de la experiencia y los contactos del citado organismo internacional, para asegurar que se daban las garantías exigidas por la legislación española para poder llevar a cabo los procesos de adopción con seguridad para los niños y niñas, así como para las familias adoptivas; manifestando, en su última comunicación, que se habían puesto en marcha los nuevos procedimientos y mecanismos recogidos en la legislación senegalesa en materia de adopción internacional, y se había hecho efectiva la competencia de la Autoridad Central, por lo que confirmaban las garantías para comenzar la tramitación de nuevos ofrecimientos para la adopción en ese país.

Séptimo. Se ha recabado también información en este sentido de la Oficina Permanente del Convenio de La Haya de Derecho Internacional Privado, al haberse adherido Senegal el 24 de agosto de 2011 al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993; tal como establece en el art. 4, ap. 6 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, así como en el mencionado art. 6, ap. 2 del Reglamento de Adopción internacional. Se han mantenido para ello reuniones con la representante de la Oficina Permanente del Convenio de La Haya de Derecho Internacional Privado y se ha consultado la información referente a la protección de la infancia y la situación de las adopciones internacionales puesta a disposición desde dicha Oficina Permanente. Los datos consultados son positivos respecto a la reanudación de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional en ese país, tras la adaptación de sus procedimientos y legislación al referido convenio.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. De acuerdo con lo establecido en el art. 4, ap. 1, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará la iniciación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores.

Segundo. El Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional, establece en su art. 6, ap. 1, que la Dirección General determinará, previa consulta a las Entidades Públicas, el inicio de la tramitación de los expedientes de adopción con

un determinado país. Dicha consulta se ha llevado a cabo en la reunión de la Comisión Sectorial de 26 de enero de 2023, sin que ninguna de las Entidades Públicas manifestase objeción al respecto.

Tercero. El art. 8, del mencionado Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción internacional determina, en su ap. 2, que «La Dirección General, previa consulta a las Entidades Públicas competentes, determinará en cada momento qué países están incursos en alguna de las circunstancias previstas en el ap. anterior, a efectos de decidir si procede iniciar, suspender o paralizar la tramitación de adopciones en ellos».

Cuarto. En virtud de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, modificado mediante los Reales Decretos 139/2020, de 28 de enero, y 311/2021, de 4 de mayo, por los que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia es el órgano competente para la reanudación de la tramitación de adopciones con cada país de origen de las personas menores de edad.

En aplicación de las normas citadas, esta Dirección General resuelve:

Primero. Iniciar la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción dirigidos a Senegal desde la fecha de la publicación de esta resolución en el «Boletín Oficial del Estado».

Segundo. Notificar la presente resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a las Entidades Públicas competentes en materia de protección a la infancia y a los organismos acreditados para la tramitación de ofrecimientos de adopción en Senegal, tal como establece el art. 8, ap. 3, del citado Reglamento.

Contra esta resolución, que no pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Derechos Sociales en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

13. SUSPENDIDA LA TRAMITACIÓN DE NUEVOS OFRECIMIENTOS DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN BURKINA FASO (Res. DG de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia 7 noviembre 2023)

El BOE 22.11.2023 publica la *Resolución de la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia de 7 de noviembre de 2023 por la que se suspende la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción internacional en Burkina Faso*.

La tramitación de expedientes de adopción internacional en Burkina Faso, por parte de España, se inicia en el año 1997, después de que el país firmase el Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional el 19 de abril de 1994 y lo ratificase el 11 de enero de 1996, entrando en vigor el 1 de mayo de 1996. Desde la fecha de inicio de tramitación de expedientes de adopción en Burkina Faso, en 1997, se han constituido un total de 50 adopciones. Sin embargo en los últimos meses se han recibido en esta Dirección General diversas consultas por parte de entidades públicas respecto a las dificultades que encontraban para iniciar la tramitación de expedientes de adopción internacional de niños y niñas de Burkina Faso, a lo que el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, a través de la Subdirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, comunicaba en diciembre de 2021 que la Embajada de España en ese país hacía notar que recientemente el país había sufrido dos golpes de Estado militares, que habían enlentecido la administración burkinesa y concluía que, dada la situación de inestabilidad en el país, así como la difícil comunicación con la Autoridad Central en materia de adopción internacional de Burkina Faso, se consideraba muy complicada la tramitación de ofrecimientos

dirigidos a ese país. El Organismo directivo considera la concurrencia del supuesto previsto en el citado apartado de la Ley 54/2007 y la no conveniencia de la tramitación de ofrecimientos de adopción internacional, lo que hace recomendable la suspensión de la tramitación de nuevos expedientes de adopción internacional hasta que se advierta una mejora sustancial en las condiciones de seguridad en el país. Por consiguiente dicta la siguiente resolución con los siguientes términos:

Primero. De acuerdo con lo establecido en el art. 4, ap. 3, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, determinará el país que pudiera estar incurso en alguna de las circunstancias previstas en el ap. 2 de este mismo precepto y si la procedencia de la suspensión de la tramitación de adopciones en el mismo.

Segundo. El art. 4, ap. 6, de la citada Ley 54/2007, exige como trámite previo a la determinación de la suspensión de la tramitación de adopciones con cada país de origen de los menores, que se haya recabado información de los organismos acreditados; sin embargo, no existe ningún organismo acreditado, en estos momentos, en Burkina Faso. Asimismo, también se ha solicitado información a terceros países, posibilidad que contempla el ap. 2 del mismo precepto.

Tercero. En virtud de lo previsto en el art. 3 del Real Decreto 452/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, la Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia es el órgano competente para la suspensión de la tramitación de adopciones con cada país de origen de las personas menores de edad.

En aplicación de las normas citadas, y teniendo en cuenta la propuesta formulada por la Comisión Sectorial de Infancia y Adolescencia, en su reunión del día 30 de junio de 2023, esta Dirección General resuelve:

Primero. Suspender la tramitación de nuevos ofrecimientos de adopción internacional de personas menores de edad nacionales de Burkina Faso.

Segundo. La Dirección General de Derechos de la Infancia y de la Adolescencia, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas, garantizará el envío de los informes de seguimiento post-adoptivo de las personas menores de edad adoptadas en Burkina Faso, a la Autoridad Central competente en materia de adopción de dicho país, conforme a su legislación, para dar cumplimiento al compromiso adquirido por las Entidades Públicas de Protección a la infancia, de remisión de los mencionados informes.

Tercero. Notificar la presente resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y a las Entidades Públicas competentes en materia de protección a la infancia.

Contra esta resolución, que no pone fin a la vía administrativa, puede interponerse recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Derechos Sociales en el plazo de un mes, de conformidad con lo establecido en los arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»

Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

14. DIRECTRICES DE LA DGSJFP PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA DE LA LEY DE MEMORIA DEMOCRÁTICA (Instrucción DGSJFP 25 octubre 2022)

El BOE 26.10.2022 publica la *Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática*

La Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática (BOE de 20 de octubre) establece, en su disposición adicional octava, la posibilidad de adquirir la nacionalidad española para los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española; para los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y para los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura.

La entrada en vigor de la disposición adicional citada ha llevado a este Centro Directivo, en uso de las facultades que tiene atribuidas, a dictar, mediante la presente Instrucción, las siguientes directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en las Oficinas del Registro Civil.

Las posibles dudas que se planteen a los Encargados de las Oficinas del Registro Civil español en cuanto al alcance e interpretación del ámbito de aplicación de la mencionada disposición adicional octava, sobre los supuestos incluidos o excluidos de la misma, o sobre los requisitos que deben reunir los solicitantes, se resolverán con arreglo al cuerpo de doctrina que se contiene en las siguientes directrices:

Primera. Conforme a la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, podrán optar a la nacionalidad española:

- a) Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española.
- b) Los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978.
- c) Los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

En todos los supuestos indicados, será necesario que los interesados formalicen la declaración de opción en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la disposición adicional octava de

la Ley de Memoria Democrática, sin perjuicio de la posibilidad de prórroga de dicho plazo, por un año más, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros.

Segunda. La solicitud-declaración de opción se presentará por los interesados ajustada a los modelos oficiales previstos en los anexos I, II, III y IV de esta Instrucción, junto con la documentación acreditativa de los requisitos legales exigidos en cada caso.

Tercera. La solicitud-declaración se presentará ante el Encargado de la Oficina General o Consular del Registro Civil que corresponda, conforme a las reglas de competencia para el ejercicio de la opción contenidas en el criterio III de la directriz séptima de esta Instrucción.

Cuarta. Los modelos de actas y diligencias quedan aprobados en los términos que figuran en los anexos I a VII de esta Instrucción. Los asientos de inscripción de nacimiento y nacionalidad se extenderán con sujeción a las normas registrales.

Quinta. Excepto en su plazo especial, estas opciones quedan sometidas a las condiciones exigidas por los arts. 20 y 23 Cc, salvo a la renuncia a la nacionalidad anterior.

En todo lo relativo a la opción por una vecindad civil común o foral, promesa o juramento de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las leyes, los Encargados de las Oficinas del Registro Civil que formalicen el acta de opción habrán de tener en cuenta los criterios y las consideraciones jurídicas que se contienen en esta Instrucción.

Sexta. Las personas que, siendo hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España, hubiesen optado a la nacionalidad española no de origen en virtud del art. 20.1.b) del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre y los hijos menores de edad, de quienes adquirieron la nacionalidad española, por aplicación de la Ley 52/2007, que optaron, a su vez, a la nacionalidad española no de origen, en virtud del ejercicio del derecho de opción, previsto en el art. 20.1.a) Cc, por estar bajo la patria potestad de un español, podrán ahora acogerse igualmente a la opción contemplada en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, a fin de obtener la nacionalidad española de origen sobrevenida, siempre que cumplan con los requisitos establecidos, formalizando para ello una nueva declaración de opción durante el plazo de vigencia de la citada disposición adicional.

Estos interesados estarán exentos de aportar la documentación ya presentada que sirvió de base para obtener la nacionalidad española no originaria.

La solicitud de la nacionalidad española de origen, que deberán formular estos interesados, se ajustará al modelo incorporado como anexo IV de esta Instrucción.

Séptima. La aplicación de las anteriores directrices se sujetará a los siguientes criterios:

I. Naturaleza y características del derecho de opción a la nacionalidad española.

La opción es un modo de adquirir la nacionalidad española que requiere la voluntad expresa de la persona interesada, formulada ante el órgano o empleado público designado en la ley, en este caso los Encargados de las Oficinas del Registro Civil español.

El art. 20 Cc configura el derecho a optar a la nacionalidad española como un modo de adquisición derivativo. No obstante el legislador, en la regulación contenida en disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, dispensó un tratamiento jurídico más beneficioso, al atribuir la cualidad de español de origen a quienes adquirieron la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en la citada disposición, quedando dicha interpretación recogida en el criterio primero de la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la DGRN (actual DGSJyFP), sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

Sin embargo, conviene aclarar que estas personas adquirieron, en virtud del ejercicio del derecho de opción previsto en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, la nacionalidad española «de origen» pero adquirida de forma sobrevenida, esto es, una nacionalidad cuya adquisición se produce en un momento posterior al nacimiento, suponiendo esto que la condición de español de origen se ostenta y, en consecuencia, produce efectos desde su adquisición.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia, de fecha 19 de julio de 2022 (nº de recurso 0001298/2018), disponiendo en su fundamento de derecho segundo que «... Desde el momento en que optó por la nacionalidad española al amparo de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, el progenitor del recurrente ostenta la nacionalidad española “de origen” pero el título de su adquisición no fue originario (en el sentido de coetáneo al nacimiento), sino sobrevenido. Por lo tanto, a pesar de ser español de origen, no puede ser considerado originariamente español, ya que el reconocimiento de la nacionalidad española en virtud de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007 representa una forma derivativa de nacionalidad española que tiene efectos desde su adquisición, sin carácter retroactivo».

Por todo lo anterior y atendiendo a los precedentes históricos de la regulación contenida en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 de Memoria Democrática y al espíritu y finalidad que la inspiran, además de a los términos en que aparece redactada, a resultados de su tramitación parlamentaria, este Centro Directivo considera que se debe aplicar la misma interpretación a quienes adquieran la nacionalidad española, en virtud de lo establecido en esta ley, es decir, se ha de considerar que adquieren la nacionalidad española de origen, pero adquirida de forma sobrevenida, produciendo efectos desde su adquisición.

En consecuencia, la opción regulada en la disposición adicional octava de esta ley presenta notables diferencias respecto a la opción regulada en el art. 20.1.b) Cc que pueden sintetizarse de la manera siguiente:

a) El derecho de opción regulado en la disposición adicional octava de 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 retroactivo.

b) El art. 20.1.b) limita la posibilidad de optar a la nacionalidad española, al excluir a descendientes de progenitores originariamente españoles que no puedan probar su nacimiento en España, lo que no sucede en la presente regulación.

c) Los supuestos contemplados en la disposición adicional octava contienen un plazo de dos años contados desde la entrada en vigor de la precitada ley, que tendrá lugar al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Dicho plazo podrá ser prorrogado por Acuerdo del Consejo de Ministros.

d) El derecho de opción regulado en la Ley 20/2022 no requerirá la renuncia a la nacionalidad anterior en los términos establecidos en el art. 23 Cc.

Por otro lado, cabe destacar que la opción regulada en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 presenta las siguientes notas comunes con la regulada en el art. 20.1.b) Cc:

a) En ninguna de las dos modalidades se exige un límite de edad para su ejercicio.

b) Para el ejercicio de la opción regulada en el art. 20.1.b) Cc y la regulada en los supuestos relacionados en la disposición adicional octava analizada, los interesados mayores de edad deben cumplir las condiciones exigidas en los arts. 20 y 23 Cc, salvo la renuncia a la nacionalidad anterior.

II. Personas que pueden ejercitar el derecho de opción a la nacionalidad española reconocido por la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

1.º Párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que «Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española, podrán optar a la nacionalidad española, a los efectos del art. 20 Cc».

Pese a que este párrafo parece dirigirse únicamente a los hijos, hijas, nietos y nietas de exiliados que nacieron después de que sus padres/madres y/o abuelos/abuelas perdieran la nacionalidad española, es posible encontrar una interpretación más acorde con la verdadera voluntad del legislador y el espíritu de la ley, interpretación a la que puede llegarse mediante el análisis conjunto e integrador de la anterior Ley 52/2007 y de la presente.

Así, la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre establecía dos distintos supuestos de opción, y decía:

«1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen.

2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio.»

Si la presente ley en su disposición adicional 8.ª tenía por objeto ampliar los supuestos de opción frente a los que se contemplaban en la Ley 52/2007 (recoge ahora la posibilidad de opción de los hijos mayores de edad y de los hijos de mujeres que perdieron la nacionalidad por razón de matrimonio, supuestos no contemplados en la anterior ley), parece lógico entender que el legislador no ha querido excluir del ámbito de aplicación de esta ley a los que se encontraban en la situación descrita en el punto primero de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, sino que ha refundido en un solo párrafo los dos supuestos de la anterior disposición adicional 7.ª de la Ley 52/2007.

Así, este primer párrafo, recogería dos supuestos distintos de opción, el de:

«Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.»

y, además, («y que») el de:

«Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española.»

De modo que, tanto los nacidos fuera de España de padres o abuelos originariamente españoles, como los nacidos fuera de España de padres o abuelos que por el exilio perdieron la nacionalidad española o renunciaron a ella, podrán ejercitar la opción prevista en este párrafo.

2.º Ap. 1.a) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que, igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española «los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978».

Este ap. Viene a reparar la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros que, por aplicación de la legislación española en materia de nacionalidad anterior a la Constitución Española de 1978, no podían transmitir dicha nacionalidad a sus hijos.

Así, la pérdida de la nacionalidad española por matrimonio con extranjero venía establecida en el art. 22 Cc en su redacción originaria, «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido» y en el art. 23.3 Cc en la redacción por Ley de 15 de julio de 1954, al establecerse que perderá la nacionalidad «la española que contraiga matrimonio con extranjero, si adquiere la nacionalidad de su marido», quedando, pues, patente la regla general de transmisión de la nacionalidad española únicamente a través del padre. Solo a partir de la reforma Cc de 1982 – anticipada por su propia eficacia normativa directa por la Constitución de 1978– se comenzó a considerar españoles a los hijos de padre o madre españoles, indistintamente.

3.º Ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

Se establece que, igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española «Los hijos e hijas mayores de edad a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre».

Este ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, elimina la limitación establecida en la regulación anterior, permitiendo el ejercicio del derecho de opción a la nacionalidad española a los hijos e hijas mayores de edad de aquellos a quienes les fue reconocida la opción a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 52/2007 y también a los hijos e hijas mayores de edad de los que opten a la nacionalidad española de origen en virtud de la Ley 20/2022.

III. Reglas de competencia para el ejercicio de la opción.

La declaración de opción a la nacionalidad española, así como el juramento o promesa y, en su caso, la renuncia exigidos, serán formulados ante el Encargado de la Oficina del Registro Civil del domicilio del optante, que procederá a su calificación y, en su caso, a practicar la correspondiente inscripción.

Si el optante ha nacido en el territorio correspondiente a la demarcación de otra Oficina del Registro Civil, se remitirá la solicitud y la documentación presentada a la Oficina del Registro Civil correspondiente al nacimiento.

No obstante, en las Oficinas del Registro Civil en las que sea de aplicación la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se estará a lo dispuesto en la distribución de competencias establecida en la «Instrucción de 16 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan las pautas y criterios para apoyar la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática Dicireg, a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil» (BOE 23.11.2021).

IV. Reglas de procedimiento y documentación que debe aportarse.

1. Solicitud de ejercicio del derecho de opción.

a) La solicitud se realizará mediante los modelos normalizados que se adjuntan como anexos I, II, III y IV de esta Instrucción.

Los interesados podrán obtener las solicitudes incorporadas a los anexos I, II, III y IV por vía telemática en las páginas web del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, así como por vía presencial en las Oficinas de Registro Civil.

b) La solicitud deberá presentarse personalmente en el registro civil del domicilio del interesado, junto con una fotocopia de dicha solicitud, que será sellada en el registro civil y devuelta al interesado para que le sirva de justificación de haber presentado en plazo la solicitud.

c) Si al presentarse la declaración de opción no se acreditan los requisitos exigidos, el optante estará obligado a completar la prueba en el plazo de treinta días naturales, contados desde el requerimiento que, a tal fin, se realice al interesado por parte del Encargado de la correspondiente Oficina del Registro Civil, según anexo VII de esta instrucción.

d) Los encargados de la Oficina General o Consular del Registro Civil que reciban dichas solicitudes darán valor de acta al modelo oficial de solicitud-declaración mediante la incorporación de una diligencia de autenticación, conforme al modelo que figura en el anexo V, sin necesidad de que el interesado se encuentre presente.

Esta diligencia podrá realizarse en el período de dos años de vigencia de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, prorrogable por un año más en virtud de Acuerdo de Consejo de Ministros, o, incluso, en un momento posterior al vencimiento del citado plazo y de su eventual prórroga, siempre que la solicitud-declaración en modelo normalizado se hubiere presentado dentro de dicho plazo o prórroga.

e) Si el Encargado del Registro Civil denegara la opción a la nacionalidad española por no cumplir los requisitos que dispone la Ley 20/2022, se le notificará formalmente al interesado, a los efectos de que pueda interponer el correspondiente recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública del Ministerio de Justicia.

2. Documentación que deben aportar los interesados acompañando a la solicitud.

2.1 Documentación común para los tres apartados de la disposición adicional octava:

a) Documento que acredite la identidad del solicitante.

b) Certificación literal de nacimiento del solicitante, expedida por el Registro Civil local en que conste inscrita.

2.2 Documentación adicional para los supuestos del párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

a) Certificación literal de nacimiento del padre, madre, abuelo o abuela del solicitante, que originariamente hubieran sido españoles.

b) Si la solicitud se formula como nieto/a de abuelo/a originariamente español, se aportará, además, certificación literal de nacimiento del padre o madre –el que corresponda a la línea del abuelo o abuela españoles– del solicitante.

c) La documentación que acredite la condición de exiliado del padre, madre, abuelo o abuela a que se refiere el ap. 3 (prueba de la condición de exiliado).

Las certificaciones registrales españolas a que se refiere este apartado podrán solicitarse, a partir de la fecha de entrada en vigor de la disposición adicional octava, mediante el propio modelo normalizado de solicitud de certificación literal de nacimiento (anexo VI) dirigido al Encargado de la Oficina del Registro Civil correspondiente, o por vía telemática a través de la web del Ministerio de Justicia www.mjusticia.es haciendo constar expresamente que la certificación se solicita a los efectos de ejercicio del derecho de opción previsto en la Ley 20/2022.

En los casos en que no exista inscripción de nacimiento de los padres o abuelos, el interesado podrá aportar la partida de bautismo del archivo parroquial o diocesano, junto con el certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el Registro correspondiente. De igual modo,

podrá promover el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previsto en la legislación registral.

2.3 Documentación adicional para los supuestos del ap. 1.a) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

- a) Certificación literal de nacimiento de la madre española del solicitante.
- b) Certificado literal de matrimonio de la madre con extranjero contraído antes del 29 de diciembre de 1978, expedida por el Registro Civil en que conste inscrito.
- c) Para matrimonios formalizados entre el 5 de agosto de 1954 y el 28 de diciembre de 1978, ambos incluidos, deberá aportarse, además, documentación que acredite la adquisición por la madre de la nacionalidad del marido y documento acreditativo de la legislación extranjera en materia de adquisición de la nacionalidad por matrimonio vigente en la fecha en que éste tuvo lugar. Estos dos documentos no serán necesarios cuando se trate de matrimonios formalizados antes del 5 de agosto de 1954, puesto que les será de aplicación lo dispuesto en el art. 22 Cc en su redacción originaria esto es, «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido».

2.4 Documentación adicional para los supuestos del ap. 1.b) de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022.

- a) Certificación literal española de nacimiento del padre o de la madre de los solicitantes mayores de edad que opten a la nacionalidad española, al haberse reconocido a sus progenitores la nacionalidad española de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022 o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, cuando la solicitud se presente en un Registro Civil distinto a aquel en el que se encuentra inscrito el nacimiento del padre o de la madre.

3. Prueba de la condición de exiliado.

Los interesados en optar por la nacionalidad española según el párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava podrán acreditar la condición de exiliado de su padre, madre, abuelo o abuela mediante la aportación de alguno de los siguientes documentos:

- a) Documentación que acredite haber sido beneficiario de las pensiones otorgadas por la Administración española a los exiliados que prueba directamente y por sí sola el exilio.
- b) Documentación de la Oficina Internacional de Refugiados de Naciones Unidas y de las Oficinas de Refugiados de los Estados de acogida que asistieron a los refugiados españoles y a sus familias.
- c) Certificaciones o informes expedidos por partidos políticos, sindicatos o cualesquiera otras entidades o instituciones, públicas o privadas, debidamente reconocidas por las autoridades españolas o del Estado de acogida de los exiliados, que estén relacionadas con el exilio, bien por haber padecido exilio sus integrantes, o por haber destacado en la defensa y protección de los exiliados españoles, o por trabajar actualmente en la reparación moral y la recuperación de la memoria personal y familiar de las víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura.

Los documentos numerados en los apartados b) y c) anteriores constituirán prueba del exilio si se presentan en unión de cualquiera de los siguientes documentos:

- 1. Pasaporte o título de viaje con sello de entrada en el país de acogida.
- 2. Certificación del registro de matrícula del Consulado español.

3. Certificaciones del Registro Civil Consular que acrediten la residencia en el país de acogida, tales como inscripción de matrimonio, inscripciones de nacimiento de hijos, inscripciones de defunción, entre otras.

4. Certificación del Registro Civil local del país de acogida que acredite haber adquirido la nacionalidad de dicho país.

5. Documentación de la época del país de acogida en el que conste el año de la llegada a dicho país o la llegada al mismo por cualquier medio de transporte.

d) A los efectos del ejercicio del derecho de opción reconocido en el párrafo primero del ap. 1 de la disposición adicional octava de la Ley 20/2022:

Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955. En estos supuestos, deberá acreditarse, la salida del territorio español mediante cualquiera de los documentos enumerados en este punto.

Si la salida de España se produjo entre el 1 de enero de 1956 y el 28 de diciembre de 1978 deberá acreditarse la condición de exiliado.

Finalmente, a salvo de lo dispuesto en los tratados internacionales, las certificaciones registrales extranjeras, presentadas junto con la solicitud-declaración de opción de cualquiera de los supuestos contemplados en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, deberán entregarse debidamente legalizadas y/o apostilladas. De igual modo, deberá aportarse traducción oficial efectuada por órgano o funcionario competente en caso de documentos no redactados en español.

Octava. La presente instrucción entrará en vigor el día siguiente a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

15. MEMORIA ELEVADA AL GOBIERNO DE S. M. PRESENTADA AL INICIO DEL AÑO JUDICIAL POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO (2022)

[...]

Capítulo III

Fiscales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas

4.3 Expulsión sustitutiva del proceso penal (art. 57.7 LOEX)

Según los datos estadísticos con los que se dispone, se han emitido durante 2022 937 informes relativos a expulsiones de ciudadanos extranjeros incurso en causas penales, lo que supone un sustancial incremento respecto del año 2021, toda vez que prácticamente se han duplicado. La normalización de las cifras previas a la pandemia no se ha alcanzado pero la tendencia es claramente de recuperación.

Los/as fiscales hacen referencia una vez más a los problemas de registro informático de estos dictámenes en la aplicación Fortuny, no coincidiendo sus datos con los reales y no permitiendo hacer un seguimiento efectivo de los casos

Se mantiene la línea de aplicación de criterios uniformes y parámetros fijados en las Circulares de la FGE 2/2006 y 5/2011.

Subsisten las discrepancias en relación con la posibilidad de aplicar la expulsión prevista en el art. 57.7 de la LOEX tras la apertura de juicio oral e incluso después de dictarse sentencia condenatoria en los términos expuestos en memorias anteriores.

4.4 Expulsión judicial de ciudadanos extranjeros condenados a penas de más de un año de prisión (art. 89 CP)

De los datos suministrados, se infiere que en 2022, las peticiones de sustitución por expulsión de la pena de prisión superior a un año impuesta a ciudadanos extranjeros continúan aumentando, al haberse registrado 2.904 solicitudes en escritos de calificación, 440 en trámite de sentencia y 560 en ejecutorias, siendo así que en 2022 constaban 2.921 solicitudes. Se mantiene por tanto la tendencia alcista del año pasado tras el levantamiento de las restricciones de movilidad y cierre de fronteras derivadas de la pandemia.

La aplicación de la Disposición Adicional 17.^a de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ha solicitado en 225 casos, 22 supuestos menos que en 2021. Los/as fiscales delegados/as en sus memorias se hacen eco de la reticencia de los juzgados a acordar el ingreso en prisión para garantizar la ejecución de la expulsión, si bien ha aumentado sustancialmente la cifra de supuestos en que se ha solicitado la medida cautelar de internamiento en CIE conforme al art. 89.8 CP, ya que en 2021 se interesó en 61 ocasiones y en 2022 se han registrado 140 peticiones.

En esta materia, y al igual que se ha expuesto en el ap. anterior, muchas/os fiscales muestran su preocupación por la dificultad de recabar datos para controlar el resultado de las peticiones derivado de los déficits de las aplicaciones informáticas, así lo ponen de manifiesto las y los delegados de Murcia, Cádiz, Granada, Palencia, Ciudad Real o Las Palmas de Gran Canaria. En esta línea de observaciones, si bien no tenemos datos a nivel nacional, resulta interesante la reflexión de la fiscal delegada de Orense sobre la discordancia entre la cifra de solicitudes de expulsión sustitutiva formuladas en escritos de calificación, y las que realmente se acuerdan en sentencia. Las/os fiscales apuntan en sus memorias a diversos factores que explican esta divergencia, por ejemplo, que las penas finalmente impuestas resulten inferiores a un año de prisión o sean no privativas de libertad, ya sea con la conformidad del acusado o por decisión del juzgador, que se dicte sentencia absolutoria, o que el juez en la resolución considere que la sustitución resulta desproporcionada. Asimismo, puede darse la circunstancia, muy habitual, de que no existan suficientes elementos para adoptar la decisión de sustituir la pena en el momento de dictar sentencia, y que se difiera a la fase de ejecución.

Respecto a las dificultades para la ejecución material de la expulsión, las memorias territoriales coinciden con carácter general en que tras el cese de las restricciones derivadas de la pandemia la situación se ha ido normalizando.

No obstante las dificultades de documentación de los ciudadanos extranjeros sigue siendo uno de los problemas más relevantes que impiden la materialización de las expulsiones, siendo varias las memorias en las que se hace referencia en particular a la problemática con los nacionales de Argelia (Valencia, Baleares) y Marruecos (Palencia, Soria, Segovia), ya que las autoridades de estos países no colaboran, bien negándose a documentarlos o bien no reconociéndolos como nacionales.

La fiscal delegada de Sevilla comenta el problema que supone el retraso en la ejecución material de las expulsiones, obligando en muchos casos a revisar la decisión de expulsión.

Los fiscales aplican sin especiales problemas la regla de proporcionalidad establecida en el art. 89.4 CP conforme a los criterios de la Circular de la FGE 7/2015, valorando el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, el arraigo real, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Ese criterio de proporcionalidad se aprecia de forma conjunta con la necesidad de aseguramiento del orden jurídico y restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. El fiscal

delegado de Almería plantea, no obstante, cierta problemática en las condenas por delitos contra la salud pública, en las que los penados extranjeros a través de sus defensas solicitan inmediatamente – si no ha sido solicitado en el juicio oral – la sustitución de la pena por la expulsión, como si esta fuese una «opción» o un «derecho del penado» y no una forma de cumplimiento de la condena, manteniéndose en estos casos un criterio restrictivo y en función del caso concreto. En esta línea se pronuncia la fiscal delegada de Sevilla al exponer que la mayoría de los supuestos de expulsiones sustitutivas por delitos contra la salud pública por introducción en España de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud se plantean en el incidente en ejecución, al haberse omitido todo pronunciamiento en el fallo condenatorio, a instancia del penado o previa comunicación del Centro Penitenciario, y el criterio general es oponerse a una expulsión parcial antes de las 2/3 partes de la pena. En la memoria de Toledo se expone que los únicos supuestos a destacar son los relativos a los condenados por delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud mediante el cultivo de plantaciones de marihuana en espacios cerrados –viviendas o naves– debidamente acondicionados a tal fin. El criterio de la Fiscalía a tal respecto es el de solicitar la sustitución parcial de la pena de prisión con arreglo a las previsiones del art. 89 del C. P.

Los casos de expulsiones de ciudadanos comunitarios o residentes de larga duración son excepcionales. Comenta la fiscal delegada de Baleares que en 2022 se ha procedido a la expulsión sustitutiva de un ciudadano británico condenado por delito contra la salud pública. Si bien en un primer momento se aplicó a los súbditos británicos un régimen transitorio, actualmente su tratamiento se equipara al resto de ciudadanos extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea. En esta línea la delegada de Barcelona aporta que el número de sentencias detectadas acordando la expulsión sustitutiva de ciudadanos comunitarios fue 1 frente a 92 en las que no se acuerda, lo que evidencia la reducida aplicación judicial de la medida en estos supuestos.

4.5 Medida cautelar de internamiento en CIE

Durante el año 2022, las/os fiscales han emitido un total de 2.726 informes sobre internamiento cautelar de extranjeros por el trámite previsto en el art. 61 LOEX, frente a los 1.599 informes del año 2021. De ellos, 2.247 fueron favorables y 477 desfavorables a la adopción de la medida cautelar, apreciándose por tanto un ligero incremento con respecto al año anterior.

En este punto en la fiscalía de Barcelona se han registrado en la sección de extranjería (juzgados de instrucción de Barcelona y secciones territoriales) en 2022 un número de expedientes de internamiento que asciende a 332.

La delegada de Tenerife indica que, a lo largo de 2022, se han producido escasos internamientos y aquellos que se han acordado, se han derivado al CIE de Las Palmas. Añade que, tal y como se viene poniendo de manifiesto en las memorias de años anteriores, se siguen produciendo peticiones generalizadas de asilo, si bien se ha detectado que los nacionales de Marruecos no desean solicitarlo a pesar de ser aconsejados en ese sentido por sus representaciones legales. En ocasiones, las peticiones de asilo se producen ya durante el periodo de detención administrativa por lo que ni siquiera se formula petición de internamiento por la policía. A lo largo desde año como del anterior, no se formularon solicitudes de CIE de ciudadanos comunitarios.

La fiscal de Murcia aprecia una disminución importante en el número de expedientes como consecuencia de un menor número de solicitudes por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y fundamentalmente por el cierre de las instalaciones del CIE de Murcia durante la mayor parte del año 2022, estando en esta situación hasta el día 14 de octubre de 2022 que reabrió sus puertas nuevamente.

[...]

Capítulo III

Ficales coordinadores/as y delegados/as para materias específicas

[...]

6.3 Actividad del Ministerio Fiscal en materia de Protección Jurídica de los Menores

[...]

6.3.7 Intervención en procesos sobre sustracción internacional de menores y ensayos clínicos

Salvo excepciones territoriales, las secciones de menores intervienen en los procedimientos civiles sobre sustracción internacional de menores, pero no en los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, que competen a la sección civil, conforme a la Circular 6/2015 de la FGE. Este tipo de procedimiento ha sufrido un ligero descenso del 2,56 % respecto del año 2021.

La intervención del Ministerio Fiscal se limita, generalmente, a las investigaciones biomédicas, siendo prácticamente inexistente su intervención con relación a los ensayos clínicos, especialmente tras la reforma operada por el Real Decreto 1090/2015 de 4 de diciembre, siguiendo la doctrina dimanante del Dictamen 2/2016 de la Unidad Coordinadora de Menores. Este año ha experimentado un descenso del 65% frente al año anterior.

6.3.8 Problemática relativa a los menores extranjeros no acompañados y su determinación de edad

Por regla general, se ha apreciado un descenso en la llegada a las distintas provincias españolas de menores extranjeros no acompañados, incluso en Ceuta y Melilla. La excepción a esta situación con una notable llegada de menores la constituyen Illes Balears y Las Palmas de Gran Canaria, donde se plantean carencias relevantes en los centros de recepción y de protección, y en la cualificación del personal de los mismos, así como dilaciones administrativas en la documentación de estos menores, problema este último que también resaltan las secciones de Salamanca y Granada. En Lleida se ha observado una mayor llegada de menores procedentes de Gambia.

Las secciones de protección de menores han proseguido con su labor para la determinación de la edad de este colectivo, aunque existen territorios como Cádiz, Girona, Badajoz, Castellón, Ourense y Bizkaia donde esta tarea la asume la sección de extranjería en exclusiva o compartida con la sección de menores, como en Madrid, Algeciras y Salamanca. En todo caso esta actuación siempre se ajusta a las directrices del Protocolo marco de 2014 de la Unidad Coordinadora de Extranjería de la FGE.