

# REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

## LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA: EL SOLICITANTE DENEGADO

**ÁLVARO SANCHEZ GONZÁLEZ DE QUEVEDO**

Abogado. Cruz Roja Española  
alsago@cruzroja.es

**REFEG 8/2020**

ISSN: 1698-1006

ÁLVARO SANCHEZ GONZÁLEZ DE QUEVEDO

Abogado. Cruz Roja Española  
alsago@cuzroja.es

## LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ESPAÑA: EL SOLICITANTE DENEGADO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. III. LA DENEGACIÓN DEL ASILO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. CAUSAS Y PORCENTAJE DE DENEGACIONES. 3. CASOS PRÁCTICOS Y FUNCIONES DE LA CIAR. 4. EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DENEGATORIAS. IV. RAZONES HUMANITARIAS. 1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL (ART. 125 RLOEX). 2. LA ENFERMEDAD SOBREVENIDA (ART. 126 RLOEX). V. ARRAIGO SOCIAL. 1. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS. 2. DISTINCIÓN CON EL ARRAIGO LABORAL. 3. PRÁCTICA JURÍDICA CON LA OFICINA DE EXTRANJERÍA. 4. RESIDENCIA DE EXTRANJERO MENOR DE EDAD NO NACIDO EN ESPAÑA. V. ARRAIGO FAMILIAR. 1. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS. 2. PRÁCTICA JURÍDICA CON LA OFICINA DE EXTRANJERÍA. 3. NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN. 4. INSTRUCCIONES DGM 8/2020: FAMILIAR CIUDADANO DE LA UE. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

1

**RESUMEN:** El objetivo principal de este estudio es describir y analizar un fenómeno jurídico-social que ha ido creciendo exponencialmente en los últimos años: la protección internacional; centrándonos, por su efecto administrativo en las personas solicitantes, en la denegación del Estatuto de Refugiado o de la Protección Subsidiaria. Tal y como demuestran las gráficas recopiladas por las Organizaciones dedicadas a personas refugiadas, el porcentaje más alto en cuanto a las resoluciones de asilo irán encaminadas bien a la denegación, lo cual conllevará a que las personas solicitantes decidan entre regresar al país del que huían o quedarse en situación irregular en España, o bien la concesión de las razones humanitarias, especialmente para el caso de los nacionales venezolanos. A tal efecto, este artículo identifica cuáles son las principales causas de denegación, expondremos casos prácticos de dos de las principales nacionalidades denegadas y los efectos que dicha denegación causará en los solicitantes, así como las vías jurídicas para hacerles frente, no solo a efectos de recursos, sino de las vías de extranjería más comunes, las razones humanitarias por enfermedad sobreenvenida, arraigo social y familiar.

**PALABRAS CLAVE:** Asilo, refugiado, razones humanitarias, arraigo social y familiar.

**RÉSUMÉ:** L'objectif principal de cette étude est de faire connaître un phénomène juridique social qui a connu une croissance exponentielle au cours de ces dernières années: la protection internationale. Concentrons-nous sur son impact administratif pour les demandeurs d'asile, dans le refus de statut de réfugiés ou de la protection subsidiaire. Comme le démontrent les graphiques recueillies par les Organisations en charge des personnes réfugiées, le pourcentage le plus élevé quant aux décisions d'asiles visera à un refus, ce qui impliquerait que les personnes en demande d'asile décident de soit retourner vers le pays qu'ils ont fui ou bien de rester en Espagne mais en situation d'irrégularité ou alors l'octroi des considérations humanitaires comme pour le cas des ressortissants vénézuéliens. Nous nous centrerons sur les raisons principales des refus, nous exposerons des cas pratiques de deux des principales nationalités qui obtiennent le plus de refus et l'impact pour les demandeurs d'asile ainsi que les voies juridiques auxquelles ils devront faire face; non seulement à effet de recours mais aussi les moyens les plus courants pour l'aide des étrangers, les raisons humanitaires pour maladie survenue, enracinement social et familial.

**MOTS CLÉS:** Asile, réfugié, raisons humanitaires, racines sociales et familiales.

## I. INTRODUCCIÓN

El antiguo derecho religioso de “*acogerse a sagrado*” venía establecido de forma preceptiva para aquellos que huían de la justicia de los hombres en busca del amparo de Dios. Actualmente, comprobaremos que lejos de estar deceso, ha cobrado una importancia de carácter internacional en cuanto a su ajuste político de defensa civil.

Por ello, procederemos a su desarrollo y posterior evolución a través de una metodología clásica, en base a baremos y estadísticas, así como la pronunciación de los tribunales. A raíz de lo cual se deriva que la legislación internacional ha sido influenciada por la tendencia globalizadora, marcando las pautas a seguir en el estado

español con relación a las personas solicitantes de protección internacional, así como el incremento de las peticiones de asilo desde el año 2014 hasta el último estudio estadístico realizado por el Ministerio de Interior, dando como resultado una duplicación de solicitudes por año hasta el actual 2020.

En base a las resoluciones emanadas de la OAR, por el que veremos que la concesión del Estatuto de Refugiados o de la protección subsidiaria es de 1 de cada 20 solicitantes.<sup>1</sup> Nos encontramos con miles de personas que quedan en situación irregular en nuestro país, por lo que el objeto que nos ocupa es la de orientar a estas personas a las vías de extranjería que habilita la normativa vigente, dado el amplio número de demanda jurídico-social que nos ocupa.

Los objetivos marcados en el presente artículo son el conocimiento de la normativa jurídica aplicable, con particular referencia al procedimiento de protección internacional, la

<sup>1</sup> CEAR *España solo ofrece protección a uno de cada 20 solicitantes* [Última revisión octubre de 2020]

<https://www.cear.es/solicitantes-asilo-mas-que-cifras-2019/>

actualización de datos oficiales, el procedimiento de recursos frente a la denegación y las vías de extranjería aplicables a las personas denegadas

En cuanto a la hipótesis de trabajo, debemos tener presente el reto que se nos plantea, pues, en primer lugar, nos encontramos con personas en un estado físico, psíquico y social de necesidad, acogidos a diferentes grados de urgencia razonable. En segundo lugar, en cuanto al trato con las autoridades competentes, desde las Oficinas de Extranjería, OAR, Audiencia Nacional y dependencias policiales.

Finalmente, también deberemos tener en cuenta todo el procedimiento de identificación del solicitante denegado, estado de la misma, situación del país de origen y circunstancias de diversa índole para la solicitud de la residencia. Y en cuanto a la metodología de investigación realizada, el presente artículo está basado en el análisis estadístico, principalmente el estudio recorre las peticiones de asilo en España y sus denegaciones desde el 2014 a mediados de 2020, según el último muestreo realizado por la Subdirección General de Asilo (OAR), CEAR y por Cruz Roja Española, en cuanto aquellas personas que han solicitado su asesoramiento y amparo en este ámbito.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

En primer lugar, debemos de hacer una distinción conceptual entre refugiados y migrantes, pues en pocas palabras el término refugiado engloba a toda persona que huye de su país al correr su vida en grave peligro, ya sea porque su Estado lo persigue o no puede protegerlo. En base a lo estipulado en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria:

“La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido

a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.

En cuanto al término migrante, la OIM lo define como

“Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente

definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.”<sup>2</sup>

En segundo lugar, la legislación española que regula su situación en nuestro país es como sigue.

Para solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional y subsidiaria: La Constitución Española, de 27 de diciembre, de 1978. Artículo 13.4; La Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Centrándonos en los preceptos de su Capítulo V “De los efectos de la Resolución”. Y el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Centrándonos en los preceptos del Capítulo III “Tramitación de la solicitud de asilo”, específicamente en su Sección 2 y 3, en el Capítulo V “Reexamen del expediente y recursos”.

Esta legislación les beneficia en establecer un marco jurídico amparado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y, en el marco europeo, por la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

Para personas migrantes: La Constitución Española, de 27 de diciembre, de 1978. Artículo 13; La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración Social.

Señalar en cuanto a las vías de extranjería objeto del presente estudio; Las Razones Humanitarias (artículo 31.3), el Arraigo Social (art. 31.3), el Arraigo Familiar (art. 31.3) y el Arraigo Laboral (art. 31.3), que por su escasa práctica será tocado como subepígrafe del presente estudio. Y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Señalar en cuanto a las vías de extranjería objeto del presente estudio; las Razones Humanitarias (artículos del 62 al 69, 103 al 108, del 123 al 130), el Arraigo Social (artículos del 62 al 66 y del 123 al 130), el Arraigo Familiar (artículos 123 al 130) y el Arraigo Laboral (artículos 123 a 130).

En su concepción general, la legislación de extranjería en España tiende a ser favorable, en la mayoría de las ocasiones, a la integración de los extranjeros en el país, pues si un extranjero que pueda ser incoado a un procedimiento de expulsión (salvo causas penales) tiene opciones de regularizarse en el país se le dará dicha oportunidad antes de proceder a la misma. Así como una regulación bastante amplia que acoge sus derechos, basados en lo establecido como Derechos Fundamentales del marco constitucional español.

### III. LA DENEGACIÓN DEL ASILO

#### 1. Introducción

Remontándonos a los orígenes de la expresión, el antiguo asilo en sagrado se constituía como una ley medieval, basada en los principios de la hospitalidad, por la que cualquier oprimido por la justicia secular podía acogerse a la protección de iglesias y

<sup>2</sup> OIM, *¿Quién es un migrante?* [Última revisión octubre de 2020] <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante#:~:text=T%C3%A9rmino%20>

gen%C3%A9rico%20no%20definido%20en,permanente%2C%20y%20por%20diversas%20razones

monasterios. Ahora bien, debemos de discernir que, tras siglos de restricciones, acabó por ser abolido con el *Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre España y la Santa Sede, que abroga de forma expresa el art. XII, mantiene en su art. 1, 5 la fórmula los lugares de culto tiene garantizada su inviolabilidad con arreglo a las Leyes*<sup>3</sup>. Sin embargo, podemos ver una metamorfosis por la que, dejando a un lado su protección religiosa, se ha ido generando un derecho actualizado a los flujos migratorios que piden la protección de un país de destino, en el caso que nos ocupa, España.

Con todo ello, a través de los cambios socio-políticos influidos por las necesidades globalizadoras, el antiguo asilo en sagrado da paso a una compleja estructura de derechos y defensas que propician el actual derecho al asilo. Centrémonos especialmente en su enfoque de la resolución denegatoria y sus efectos.

Tomando como base el trabajo desarrollado en Cruz Roja Española, en el Programa Acogida de Protección Internacional, podremos analizar el presente artículo desde el ámbito nacional, y más específicamente el área de Andalucía Occidental. Por todo ello, desarrollaremos el estudio y conocimiento a la hora de actuar, como letrados y/o asesores

jurídicos, en el ámbito de la atención a la persona denegada como solicitante de asilo.

## 2. Causas y porcentaje de denegaciones

En primer lugar, debemos de diferenciar la denegación de la exclusión de la protección internacional<sup>4</sup>. Centrémonos en la base de denegación, aparte de lo establecido en los artículos 9 y 12 de la Ley 12/2009:

“En todo caso, el derecho de asilo se denegará a: a) las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España; b) las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad.”

Se trata de un contenido vinculado a la idea de seguridad nacional. Debemos de señalar que las causas principales de la denegación van diametralmente opuestas al hecho de no poder acreditar la condición de refugiado, es decir, sólo se reconoce el estatuto de refugiado y por tanto el derecho de asilo cuando se cumplan todos los requisitos exigidos. Si no se cumplen, el solicitante puede

<sup>3</sup> UNDABARRENA VIVÓ, E. “Utrumque Ius: La institución del derecho de asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993, p. 231.

<sup>4</sup> Como señala el profesor Ángel Sánchez Légido: “La ley española opera respecto de ambas figuras una diferenciación entre, de una parte, unas denominadas cláusulas de exclusión, claramente inspiradas en el artículo 1 (D, E y F) de la Convención de Ginebra, y unas causas calificadas como de denegación referentes a los supuestos en los que el solicitante constituye, por razones fundadas o por haber sido objeto de una condena firme, un peligro para la seguridad de España o una amenaza para la comunidad (arts. 9 y 12 de la

Ley 12/2009). A lo que se añade que únicamente respecto del estatuto de protección subsidiaria, y no así por tanto, en relación con el derecho de asilo, se incluye como de exclusión (arts. 8 y 11 de la Ley 12/2009) una causa que resulta realmente difícil de diferenciar respecto de las mencionadas causas de denegación: que el solicitante constituya un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público”. SÁNCHEZ LEGIDO, A. “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de Asilo,” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm 18; 2009, pp. 11-12.

pedir derecho de protección subsidiaria o residencia por razones humanitarias, salvo que sea denegado.

### 2.1. Asilo

El reconocimiento del estatuto de refugiado va a depender del cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Estar fuera de su país de nacionalidad. Con especial atención a las solicitudes en Consulados y Embajadas en el país de origen (art. 38 Ley 12/2009). 2) Fundados temores. El Manual de procedimiento y criterios para determinar la condición de refugiado de ACNUR señala que:

“Los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, en medida razonable, que la permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable en caso de que regresara a él”<sup>5</sup>.

3) Ser perseguido (art. 6.1 Ley 12/2009). De conformidad con el citado Manual de ACNUR, puede ser considerada persecución toda amenaza contra la vida o libertad de una persona, así como otras violaciones graves de derechos humanos básicos o la amenaza de vulneración de derechos humanos distinta a la mera discriminación que dificulta o imposibilita la vida. 4) Motivos determinados de persecución. Según señala el art. 7 Ley 12/2009, los motivos de persecución deberán encuadrarse entre los siguientes:

a) Raza (art. 7.1 a) Ley 12/2009). Entendido desde un sentido amplio, pues como señala la Convención para la

Eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 en su artículo 1:

“En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”

A efectos prácticos, resaltar la STS 11-1-07, EDJ 1281, por el que se admite a trámite la solicitud de asilo en España, al confirmar la existencia de una persecución protegible, por motivos étnicos, a cargo de un grupo tribal contrario al del solicitante.

b) Religión (art. 7.1 b) Ley 12/2009). Citando el artículo:

“El concepto de religión comprenderá, en particular, la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o

<sup>5</sup> ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951*, p. 12

formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta”

Sin embargo, la pertenencia a una comunidad religiosa no es suficiente, pues para que sea reconocida como causa de reconocimiento del Estatuto de Refugiado deben producirse discriminaciones graves basadas en las convicciones religiosas individuales.

c) Nacionalidad (art. 7.1 c) Ley 12/2009). Al respecto, señala la Ley que *no se limitará a poseer o no la ciudadanía, sino que comprenderá, en particular, la pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado;*

d) Opiniones políticas (art. 7.1 d) Ley 12/2009). El concepto va más allá de la manifestación de las propias opiniones sobre ideología política, yendo estas en contra de las imperantes en el propio Estado, deben ser la causa de persecución, puesto que la causa de concesión debe fundamentarse en una equilibrada y ponderada valoración de los hechos y circunstancias del solicitante, así como del riesgo que sufre en su país de origen. Este examen no ha de efectuarse con criterios restrictivos, siendo suficiente que la autoridad competente alcance una convicción racional de que concurren dichos requisitos para que proceda la condición de asilado (TS 10-12-15, EDJ 234390)<sup>6</sup>.

e) Pertenencia a un grupo social determinado (art. 7.1 e) Ley 12/2009). Según las Directrices sobre la Protección Internacional del ACNUR,

“para establecer este motivo, no es necesario que los miembros de un grupo determinado se conozcan entre sí o que estén asociados entre sí como un grupo. No obstante, sí es necesario que compartan una característica común distinta que el riesgo de ser perseguidos, o que sean percibidos como un grupo por la sociedad. La característica compartida por lo general será innata, inmutable o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos<sup>7</sup>.”

En la práctica, los casos de El Salvador, en el que el solicitante acredita su condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, entra dentro del concepto de grupo social determinado.

f) Persecución por motivos de género (art. 7.1 e) párr. 2 Ley 12/2009). Concepto que engloba las violaciones de derechos humanos que tienen relación con el papel que se le asigna a una persona debido a su identidad de género o a sus preferencias sexuales. A efectos probatorios, la persecución debe revestir un papel de imposición de leyes y normal sociales, religiosas o culturales discriminatorias, y a tal efecto, penas y castigos.

<sup>6</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería (2ª Edición)*. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2019, p. 285.

<sup>7</sup> ACNUR, *Directrices sobre la Protección Internacional* (2006), p. 13.

“En los países donde existe una legislación que tiene como destinatarios a las personas homosexuales y castiga con penas privativas de libertad los actos homosexuales, determina que aquéllas puedan ser consideradas grupo social a los efectos de la Directiva 2004/83/CE DEL CONSEJO de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, pudiéndose hablar de un acto de persecución según la interpretación del TJCE (TS 12-2-14, EDJ 11092)”<sup>8</sup>.

## 2.2. Protección subsidiaria

Por lo que respecta a la Protección Subsidiaria, y tal y como señala el art. 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, engloba a todas aquellas personas que no reuniendo los requisitos para la concesión del Estatuto de Refugiado, pero de los cuales existen motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos –pena de muerte o riesgo de ejecución material, tortura y tratos inhumanos degradantes, amenazas graves contra la vida o la integridad motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno (art. 10 de la Ley 12/2009)-

<sup>8</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., p. 286.

, o que a causa de dicho riesgo no quieran acogerse a la protección de su país.

## 3. Casos prácticos y funciones de la CIAR

Resulta de relevante interés conocer el régimen jurídico de la la Comisión Interministerial a efectos de poder entender su implicación en las resoluciones. Pues una vez instruido el expediente y efectuada la propuesta de resolución, la OAR lo eleva a la CIAR.

Tal y como establece el art. 2 del Real Decreto 203/1995, *estará compuesta por representantes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia e Interior y Asuntos Sociales*, así como *a sus sesiones será convocado el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que asistirá con voz pero sin voto*. Como su mención en el art. 23 de la Ley 12/2009. Aunque, realmente la potestad de decisión corresponde finalmente al voto emitido por el Ministerio del Interior.

Su principal función es la de *examinar los expedientes de asilo y elevar propuestas de resolución al Ministro de Justicia e Interior* (Art. 2.3 RD 203/1995), por lo que en caso de denegación o no admisión a trámite, la resolución que se dicte agota la vía administrativa y el interesado tiene la posibilidad de interponer recurso por las vías procedentes, así como la obligación de salida del territorio español en caso de que el solicitante carezca de autorización para permanecer en España en aplicación de la normativa de extranjería.<sup>9</sup>

## 3.1 Nacionales de Colombia

Siendo la primera nacionalidad con más casos denegados por solicitud de Protección Internacional en España, los nacionales colombianos suelen presentar una causa similar

<sup>9</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid, 2016, pp. 44-45.

en sus declaraciones, pues fundamentan su solicitud en los actos de persecución perpetrados por grupos armados que operan en su lugar de residencia. Sin embargo, para los casos de extorsión continuada ha de existir una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido para quedar acogido a la situación de refugiado. Y por ello, nos basamos en los contenidos de las resoluciones de la OAR.

El agente perseguidor en estos casos son los grupos paramilitares, siendo el principal el constituido por las Autodefensas Gaitanistas de Colombia (AGC), no obstante de la existencia de otros grupos armados de renombre en el territorio colombiano como “Los Rastrojos, Los Puntilleros, Los Panchea o la Oficina del Valle Aburrá (OVA)”. Todos ellos denominados por las autoridades colombianas como Nuevos Grupos Armados (NGA). Sin embargo, y en contraposición a la época de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), que sí ejercían un control real sobre el territorio nacional colombiano en disputa con el Gobierno legítimo, los NGA únicamente controlan territorios debido a la limitación de las autoridades colombianas por falta de presencia en los mismos o los constatados casos de corrupción en las zonas en cuestión. Pero la legislación de Colombia se interpreta inflexible en la lucha contra la delincuencia armada en el país, por lo que los objetivos propios de los NGA se encuentran definidos por el control social y económico a través de la extorsión, actuación que no se encuadra entre las finalidades protegidas por la Convención de Ginebra.

En cuanto a la extorsión como tal, el propio Tribunal Supremo ha considerado que no es causa de protección internacional salvo cuando se cumplan de forma acumulativa los siguientes requisitos:

1) Se requiere que la finalidad de la extorsión y amenazas no se agoten con dicha acción, es decir que no se procure un beneficio económico sin más por parte de sus autores. Es decir tendría que tener un fin mayor, como la financiación de la actividad terrorista de un grupo armado que pretenda alterar el orden político del país (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª del TS de 2 de abril de 2009).

“En el caso de un solicitante colombiano víctima de una extorsión continuada por parte de la guerrilla o grupos paramilitares a través de la llamada “vacuna”, consistente en un pago de periodicidad mensual que debe satisfacerse por miedo a una grave represalia, se deniega el asilo al mencionar el solicitante supuestas denuncias a la policía sin aportar ninguna de ellas y llama la atención que se solicite 6 años después desde que se alegue no pagar la “vacuna” (AN 26-7-19, EDJ 685532 Y AN 2-9-19, EDJ 693547)”.<sup>10</sup>

2) Para que la extorsión sea causa de protección se requiere el concurso de unas circunstancias subjetivas que individualicen al sujeto frente al conjunto de ciudadanos y que les confiera un perfil socialmente relevante, no pudiendo valorarse un desplazamiento interno en condiciones de seguridad por parte de las autoridades del país. A tal efecto, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de octubre de 2011, que ha reiterado con posterioridad en sucesivas sentencias (STS de 24 de junio de 2014, STS de 28 de febrero de 2014 o de 12 de julio de 2012), señala que “la situación de violencia que existe en algunas zonas de Colombia no se extiende a la totalidad del territorio, ni afecta a toda la población, por lo que no puede aceptarse que existe una situación de violencia generalizada asimilable a la de conflicto armado”.

<sup>10</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., p. 281

### 3.2 Nacionales de Ucrania

Basándonos en los contenidos de las resoluciones de la OAR, los nacionales ucranianos suelen presentar una causa similar en sus declaraciones, pues fundamentan su solicitud en la situación derivada del conflicto bélico que atraviesa su país en base a la Crisis de Crimea del año 2014, de la que, a día de hoy, se mantiene en el territorio desde abril de 2018 la Operación Antiterrorista desplegada por el Estado ucraniano, por motivos de constantes tensiones con Rusia. Siendo el principal motivo de solicitud actualmente el del miedo a ser reclutado.

Sin embargo, a la luz de los últimos hechos, la prestación obligatoria del servicio militar en el contexto del conflicto bélico que se desarrolla en el este de Ucrania no pueden considerarse una situación de persecución protegible en el marco de la Convención de Ginebra de 1951 ni por ende de la Ley 12/2009, de 30 de octubre. Pues el último proceso de movilización obligatorio de incorporación a las FF.AA. de las personas que fueran objeto del llamamiento finalizó definitivamente en noviembre de 2016. Y, además, la imposición de la obligación de prestar servicio militar es una prerrogativa de todo Estado soberano y en ningún caso puede entenderse por sí misma un acto de persecución, por lo que el miedo a ser reclutado por el ejército no cumple ninguna de las recomendaciones expresadas por el ACNUR en su Directriz sobre protección Internacional N° 10, donde se afirma que *los Estados tienen el derecho de exigir a los ciudadanos que realicen el servicio militar con fines militares y esto es si mismo no viola los derechos de un individuo* (párrafo

5). Y, por tanto, se debe desestimar la petición de asilo (AN 2-9-19, EDJ 693894)<sup>11</sup>

En cuanto a los casos de solicitantes ucranianos que se negaban a cumplir con el servicio militar obligatorio por ideología o credo, en junio de 2016, representantes del Ministerio de Defensa de Ucrania declararon que *para las personas que, según sus creencias morales o religiosas, no deseaban manejar armas, era responsabilidad de sus instituciones religiosas solicitar la realización del servicio civil*. Para ello, sin embargo, las instituciones religiosas deben estar registradas en Ucrania y estar inscritas para poder hacer la solicitud para esa persona (SAN 1270/2020).

Finalmente, en el caso de las solicitudes de *ucranianos procedentes del este del país que sufrían discriminación por su procedencia y amenazas racistas ante la pasividad de las autoridades ucranianas se considera de forma desfavorable la concesión del estatuto de refugiado* (AN 2-9-19, EDJ 693377).<sup>12</sup>

10

## 4. Efectos de las resoluciones denegatorias

### 4.1. Salida obligatoria y distinciones

En base a lo señalado en el art. 31.1 del RD 203/1995: *La notificación de la denegación de la solicitud de asilo irá acompañada de la orden de salida obligatoria del extranjero, en el plazo que se indique, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de extranjería vigente*. A tal efecto, las resoluciones de asilo contienen un plazo de 15 para dicha de salida desde la notificación de la resolución denegatoria.

La salida obligatoria viene comprendida en lo dispuesto por la LOEX en su art. 28.3 c):

<sup>11</sup> Directriz sobre protección Internacional N° 10: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el servicio militar en el contexto del art. 1º (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967.

<sup>12</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., p. 286

*Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.*<sup>13</sup>

Debemos de distinguir la salida obligatoria con:

**Retorno:** No se trata propiamente de una salida, puesto que *es una medida adoptada en los casos de denegación de entrada al no reunir el interesado los requisitos necesarios, por lo que al no haberse efectuado dicho ingreso, no procede calificarlo de salida.*<sup>14</sup>

**Retorno voluntario:** *Es el proceso de regreso -de manera bien asistida, bien independiente- al país de origen, de tránsito o a un tercer país, llevado a cabo libremente por el retornado.*<sup>15</sup>

**Salida voluntaria:** Amparada del marco normativo de la LOEX (art.28) y de su Reglamento (arts. 19 a 22 RLOEX), corresponde a un planteamiento legal que parte del reconocimiento del derecho subjetivo respaldado por la DUDH (art. 13.2), que consiste en el derecho de las personas a entrar y salir del cualquier país. Por lo que se entiende como el abandono, libremente, del territorio nacional.<sup>16</sup>

**Devolución:** Se trata de una devolución:

“Cuando un extranjero llega al puesto de entrada habilitado contraviniendo una orden de prohibición de entrada a España, o bien, si

lo hace de forma irregular por un puesto no habilitado al efecto, corresponde su devolución o viaje de vuelta al país de origen o de residencia, impidiéndose de facto, la entrada al territorio español.”<sup>17</sup>

**Expulsión:** Se trata de una medida de salida forzosa, *pudiendo tener carácter administrativo como consecuencia de la comisión de una de las infracciones que llevan aparejada dicha sanción o ser fruto de una orden judicial, en los casos previstos en el CP (art. 89), y en el art. 57 de la LOEX, que según su apartado 4: La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.*

#### 4.2. Reexamen del expediente y Recursos

En primer lugar, en cuanto al **reexamen del expediente** citar lo señalado en el art. 21.4 de la Ley 12/2009: *Contra la resolución de inadmisión a trámite o de denegación de la solicitud se podrá, en el plazo de dos días contados desde su notificación, presentar una petición de reexamen que suspenderá los efectos de aquélla. La resolución de dicha petición, que corresponderá al Ministro del Interior, deberá notificarse a la persona interesada en el plazo de dos días desde el momento en que aquélla hubiese sido presentada.* Lo cual se ve ampliado en el art. 38 del RD 203/1995, el cual señala en su

<sup>13</sup> SOTO MOYA, M.; RUIZ SUTIL, M<sup>a</sup> C. *Código de extranjería y nacionalidad*, pp. 130-131

<sup>14</sup> PALAO MORENO, G. *Nacionalidad y extranjería*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2018, pp. 195-196

<sup>15</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; FERNÁNDEZ COLLADOS, B., “Retorno voluntario de Inmigrantes”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, 23, 2010, p. 13

<sup>16</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 112-113.

<sup>17</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual práctico orientativo de derecho de extranjería*. Thomson Reuters Aranzadi; Cizur Menor Navarra; 2016, pp: 132-133.

apartado 3 que, en caso de archivada la revisión del expediente, *contra esta decisión podrá interponerse recurso ordinario en el plazo de un mes ante la Secretaría de Estado de Interior.*

En segundo lugar, la denegación de asilo nos habilitará dos vías de recursos contra la resolución, la vía administrativa (Recurso de Reposición con carácter potestativo) y la judicial (Recurso Contencioso-Administrativo). Ambos regulados en el art. 29 de la Ley 12/2009.

#### a) Recurso de Reposición

Cuando los solicitantes sean receptores de la resolución, en la misma se señalará que contra ella podrá interponerse recurso de reposición que, con carácter potestativo, puede interponer ante el Ministro del Interior en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente de su notificación (arts. 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Aunque en la práctica, se recomienda el uso limitado de los mismos puesto que al acudir de nuevo a la Administración que lo resolvió deberemos de poder demostrar, con nueva documentación probatoria, o bien para casos en los que haya un fallo de forma o sobre el fondo del asunto. Pues podemos referenciar, por ejemplo, un caso en el que la resolución señalaba que la solicitante manifestaba persecución religiosa, no habiéndose referido dicho motivo en su declaración. O bien el caso de una solicitante venezolana que fue resuelta con una autorización temporal de residencia por razones humanitarias de pro-

tección internacional, cuando se habían aportado pruebas e indicios de persecución por opiniones políticas más que fundamentadas

#### b) Recurso Contencioso-Administrativo

Como antesala al referido recurso, debemos señalar el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros (art. 20.1 LOEX), derecho consagrado en los artículos 10 y 11 de la DUDH, consagrado en otros textos internacionales, y en el ordenamiento español en el art. 24 CE.<sup>18</sup>

Además, debemos tener en cuenta que la mayor parte de los solicitantes denegados se encuentran con escasez de recursos económicos, por lo que en la mayoría de los casos se debe recurrir al derecho a la asistencia jurídica gratuita. Que, se encuentra amparada en el art. 119 CE, y que en base al art. 22 LOEX, los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita, tienen derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación, en este caso particular, en materia de asilo. Así como la asistencia de intérprete si no comprenden o no hablan la lengua oficial que se utilice.

El procedimiento es básico, una vez notificada la resolución se podrá interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación (Art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Este plazo comenzará desde el mismo momento de la solicitud de

<sup>18</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., pp. 42-45.

representación letrada. Para ello debemos rellenar la planilla de solicitud correspondiente de la Comunidad Autónoma y especificando el órgano judicial competente y el tipo de procedimiento en materia de extranjería<sup>19</sup>. Una vez entregado en el Registro de los Juzgados, queda a la espera de la asignación letrada y del posterior emplazamiento para juicio. Actualmente, el plazo de demora para una resolución judicial en este ámbito está en torno a los dos años<sup>20</sup>.

#### IV. RAZONES HUMANITARIAS

En este ámbito es fundamental no perdernos en las diversas autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Pues entre las mismas, la normativa nos señala La figura del Arraigo; social, familiar y laboral. Que veremos en los capítulos posteriores. Por protección internacional, por Razones Humanitarias y de colaboración con autoridades o razones de interés público (RLOEX art. 127).<sup>21</sup>

Por su especial importancia, a efectos de porcentaje de concesión y uso a efectos prácticos nos centraremos en este capítulo en la de Protección Internacional y la Residencia por Razones Humanitarias por enfermedad grave sobrevenida.

<sup>19</sup> JUNTA DE ANDALUCIA. *Solicitud y documentación a presentar para solicitar la Justicia Gratuita* [Última revisión octubre de 2020] <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/gratuita/paginas/solicitud-justicia-gratuita.html>

<sup>20</sup> Como señala el art. 40 del RD 203/1995, la admisión de una solicitud de reexamen del expediente y la interposición de recurso contencioso-

administrativo con suspensión judicial del acto administrativo implicarán la renovación o, en su caso, expedición de la documentación provisional de solicitante de asilo hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado.

<sup>21</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., p. 215.

## 1. Art. 125 de la RLOEX. Protección Internacional

Se define como una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales que se podrá conceder por razones de protección internacional. Aplicándose a los siguientes supuestos en base a lo establecido en el art. 125 RLOEX:

A los extranjeros a los que el Ministerio del Interior, a propuesta de la CIAR, haya autorizado su permanencia en España por otras razones de índole humanitaria, tras la no admisión a trámite o denegación de la solicitud de protección internacional (art. 37.b Ley 12/2009) o en situaciones de especial vulnerabilidad (art. 46.3 Ley 12/2009),

A ciudadanos extranjeros desplazados beneficiarios de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (RD 1325/2003 art. 16).

“La permanencia por razones humanitarias debe estar fundada en circunstancias excepcionales que han de ser alegadas y acreditadas por quien las invoca, pero no necesariamente vinculadas con una situación de riesgo, conflicto o inestabilidad en el país de origen, pudiendo estar relacionadas con la situación personal del solicitante de asilo en España y la degradación o empeoramiento que le supondría retornar a su país (AN 7-6-13, EDJ 100673).”<sup>22</sup>

Aunque por supuesto, la petición de permanencia en España por razones humanitarias, en el contexto de la protección internacional, *no debe convertirse en un camino para eludir el cumplimiento* de la materia de extranjería ni los procedimientos de expulsión.

<sup>22</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., pp. 288-289.

### 1.1. El caso venezolano

Tal y como se evidenciaron en las cifras del capítulo anterior, los expedientes de asilo de los nacionales venezolanos ascendieron al 66% de las resoluciones en 2019, y con porcentaje similar durante el presente año 2020. Encontrándonos con miles de personas que han adquirido esta residencia que cita de la siguiente forma en la notificación de resolución de protección internacional: *Denegar el derecho de asilo así como la protección subsidiaria, y autorizar su residencia en España por razones de protección internacional de carácter humanitario.*

La nota sobre la propuesta de concesión de la autorización de residencia por razones humanitarias a los ciudadanos de nacionalidad venezolana cayó como agua de mayo tras la reunión de la CIAR en febrero de 2019, y que además incluía a los solicitantes ya denegados con dicha nacionalidad (AN 15-11-18, EDJ 660574) con anterioridad a dicha fecha y siempre que sus solicitudes hubiesen sido presentadas y denegadas con posterioridad al 1 de enero de 2014, salvo por casos de seguridad nacional o comisión de delitos graves.

Dicha recepción, decimos fue alabada, puesto que España llevaba acogiendo a solicitantes de dicha nacionalidad desde finales de 2014, incrementándose el número de forma exponencial a partir de 2018 hasta la actualidad. Y avalado por la salida de más de 4 millones de venezolanos de su país y que se conoce como *el éxodo más grande en la historia reciente de la región*, y que estadísticamente supone un aumento del 8.000% en el número de venezolanos que solicitaron la condición de refugiados en el mundo.<sup>23</sup>

Además, se les facilitó que, para la tramitación de cualquiera de las autorizaciones y

<sup>23</sup> ACNUR. *Situación en Venezuela* [Última revisión octubre de 2020] <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

permisos previstos en la normativa de extranjería, así como para la expedición y entrega del TIE, se admitirá, en el caso de solicitarse a favor de nacionales de Venezuela, la presentación del pasaporte caducado, tal y como se señala en la Instrucción conjunta del Director General de Migraciones y del Comisario General de Extranjería y Fronteras por las que se determina el criterio a tener en cuenta respecto a los procedimientos de extranjería impulsados o tramitados a favor de nacionales venezolanos en España (15/03/2019). Por lo que, finalmente, la concesión comprende un año de residencia prorrogable y autorización a trabajar. Que además de poder acreditar un mínimo de 6 meses de cotización en la Seguridad Social, podrán solicitar al momento de la renovación una modificación de su TIE al régimen general, por lo que pasarán a dos años de residencia en vez de uno que conllevaría la prórroga.

## 2. El artículo 126 RLOEX Enfermedad sobrevenida

Siguiendo la línea de las opciones de extranjería para los solicitantes denegados, nos encontramos con una opción que, dentro del marco de la residencia por circunstancias excepcionales, puede darse el caso por los motivos de salud del mismo.

A tales efectos, el art. 31.3 LOEX, nos señala su reconocimiento *por razones humanitarias*, y por la que *no será exigible el visado*. Y el art. 126.2 RLOEX nos señala las características acumulativas en relación a la enfermedad que sufre el extranjero, las cuales han de concurrir de forma simultánea; *sea sobrevenida, de carácter grave, que requiera asistencia sanitaria especializada que no sea accesible en su país de origen y que de ser interrumpida o de no recibirla*

*suponga un grave riesgo para la salud o la vida.*<sup>24</sup> Esta enfermedad se acredita con un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.

Sin embargo, debemos precisar que, en el caso de los menores la normativa se muestra más laxa al respecto de los condicionantes para su condición, debido a lo establecido en el apartado 2, del citado art. 126 RLOEX: *Excepcionalmente, no se requerirá que la enfermedad sea sobrevenida en el caso de necesidad de prolongar la permanencia de un menor extranjero que se haya desplazado temporalmente a España a efectos de tratamiento médico en base a lo previsto en el artículo 187 de este Reglamento, una vez agotada la posibilidad de prorrogar la situación de estancia y siempre que dicha permanencia sea imprescindible para la continuación del tratamiento. La renovación de este tipo de autorizaciones se vinculará al tiempo mínimo necesario para completar el tratamiento.*

### 2.1. Procedimiento de concesión

Además del requisito esencial de padecer dicha enfermedad sobrevenida, el procedimiento de concesión se desarrolla de la siguiente manera:

#### a) Documentación a presentar

Se deberán aportar copias de los documentos y exhibir los originales en el momento de presentar la solicitud, así como cuando se aporten documentos de otros países, deberán estar traducidos al castellano o lengua oficial del territorio donde se presente la solicitud. La documentación requerida es la siguiente:

<sup>24</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., p. 100

- *Impreso de solicitud en modelo oficial (EX-10) por duplicado, debidamente cumplimentado y firmado por el extranjero.*

- *Copia del Pasaporte completo, título de viaje o cédula de inscripción con vigencia mínima de cuatro meses.*

- *Certificado de antecedentes penales expedido por las Autoridades del país o países en los que haya residido durante los cinco últimos años anteriores a la entrada en España.*

- *Documentación acreditativa de las circunstancias humanitarias, que en el caso que nos ocupa, se trata del informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente.<sup>25</sup>*

Finalmente, todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por la Oficina consular de España con jurisdicción en el país en el que se ha expedido dicho documento o, en su caso, por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación salvo en el caso en que dicho documento haya sido apostillado por la Autoridad competente del país emisor según el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 y salvo que dicho documento esté exento de legalización en virtud de Convenio Internacional.

#### b) Procedimiento

Debido a que esta residencia, como decimos, se encuentra encuadrada en el tipo de circunstancias excepcionales, profundizaremos sobre el procedimiento en el siguiente capítulo (Arraigo Social) puesto que es el mismo a efectos de presentación, plazos de resolución y tasas. Así como la duración de la autorización, la cual tendrá vigencia de un año. Con excepción de los menores desplazados por tratamiento médico que podrán

prorrogar la autorización por el tiempo mínimo necesario para completar el tratamiento, los titulares, al término de la vigencia de la autorización, podrán solicitar autorización de residencia o residencia y trabajo.<sup>26</sup>

Finalmente señalar, que el extranjero puede solicitar personalmente, la correspondiente autorización para trabajar de manera simultánea con la solicitud de residencia por circunstancias excepcionales o durante el periodo de vigencia de aquélla. Así como, también podrá solicitar dicha residencia el cuidador/a del extranjero, previamente acreditado su parentesco, que reúna las condiciones estipuladas anteriormente, debido a la incapacidad de su autocuidado.

## V. ARRAIGO SOCIAL

El arraigo social es ese fenómeno jurídico que, a efectos prácticos constituye una necesaria técnica jurídico-social destinada a implementar el caudal laboral que, desviado hacia una economía sumergida impuesta, busca su lavado de imagen a través de esta figura jurídica.

Si bien, como veremos, las personas objeto del estudio, también pueden acceder a ella encontrándose en una situación de estancia regularizada en España a través de la figura de la Protección Internacional.

### 1. Procedimiento y requisitos

Amparada en el marco del art. 31.3 LOEX, la residencia por circunstancias extraordinarias en base al arraigo social se desarrolla en el art. 124.2 RLOEX, que nos señala que los extranjeros podrán tener acceso

<sup>25</sup>ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., pp. 167-168

<sup>26</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., pp. 100-102.

a dicha residencia cuando conste de los siguientes requisitos de forma acumulativa:

a) *Permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de 3 años*, no pudiendo haber superado más de 120 días de ausencia del país durante ese periodo.

b) *Vínculos familiares o informe de arraigo (RD557/2011 art. 124.2.c; Instrucción DGI/SGRJ/3/ 2011)*. Los vínculos familiares comprenden al cónyuge o pareja de hecho registrada, ascendientes o descendientes en primer grado y línea directa con españoles u otros extranjeros residentes. Si no contasen dichos vínculos, el extranjero deberá aportar un informe de inserción social por arraigo social, el cual será emitido por la Comunidad Autónoma o Corporación Local correspondiente. El mismo no será vinculante, deberá ser emitido en un plazo de 30 días desde su solicitud y deberá valorar,

“el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, los medios económicos con los que cuenta, los vínculos con otros familiares residentes y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas socio-laborales o culturales. También puede incluir otros aspectos como el grado de conocimiento de la lengua o lenguas cooficiales; inserción del extranjero en las redes sociales del entorno, participación en

programas educativos o formativos y cuantos otros puedan servir para valorar su grado de arraigo.”<sup>27</sup>

c) *Contrato de trabajo o acreditación de medios económicos*. El contrato deberá tener una duración mínima de un año y estar firmado por el empleador y el trabajador. Aunque también se admite la posibilidad de:

“-En el sector agrario, se podrán presentar dos contratos de trabajo con distintos empleadores y concatenados con una duración mínima cada uno de ellos de seis meses.

-También se admite la presentación de varios contratos en una misma ocupación, trabajando simultáneamente para más de un empleador, todos de duración mínima de un año y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a 30 horas en cómputo global”<sup>28</sup>

Además, se admite la posibilidad del cambio de empresario durante la tramitación de la autorización, en el caso de que el trabajador extranjero aporte un nuevo contrato que cumpla con los requisitos exigidos, por entender el desistimiento implícito de la primera oferta de trabajo presentada<sup>29</sup>. Como también ocurre durante el mismo año de residencia concedida, por el que el contrato se disuelve al no existir ya la causa del mismo (Contratos de cuidador/a de persona mayor

<sup>27</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., pp. 150-151.

<sup>28</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual*

*práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., pp. 160-161.

<sup>29</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería*, cit., pp. 150-151.

o con enfermedad grave al producirse el fallecimiento del mismo).

No siendo un caso al uso el de la presentación de los medios económicos suficientes para residir un año en España, que además daría lugar a una residencia sin ánimo de lucro y por ende sin autorización a trabajar, debido al perfil de personas que lo solicitan. Así como tampoco por cuenta ajena, debido a los requisitos económicos y de inversión que se requieren.

## 2. Documentación a presentar

Nos remitimos a la documentación señalada en el capítulo anterior con relación a las Razones Humanitarias por enfermedad sobrevenida, con la excepción del informe clínico, debiendo presentarse en este caso:

“-Documentación acreditativa de la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. La documentación que se aporte deberá contener los datos de identificación del solicitante, preferentemente debe haber sido emitida y/o registrada por una Administración Pública española. A título de ejemplo, se tomarán en consideración documentos relativos al empadronamiento.

-Documentación acreditativa de los vínculos familiares exigidos (certificado de matrimonio o del registro de parejas, certificado de nacimiento u otros documentos), o bien, informe de inserción social.

-Documentación acreditativa de los medios de vida:

-Contrato de trabajo<sup>30</sup>.”

## 3. Procedimiento de concesión

En base a lo establecido en el art. 128.1 RLOEX: *La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación, salvo en el caso de menores o incapaces, en el que podrá presentar la solicitud su representante legal.* Y su apartado 4: *Asimismo, el órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal.* En cuanto al lugar de presentación será en la Oficina de Extranjería de la provincia en la que el extranjero tenga fijado el domicilio.

Por otro lado, el extranjero deberá hacer el pago de la Tasa de residencia temporal por circunstancias excepcionales, la cual se devengará en el momento de admisión a trámite de la solicitud, y deberá abonarse en el plazo de diez días hábiles (Modelo 790 código 052, epígrafe 2.5 “autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales”). En caso de irregularidad en la solicitud, la Oficina de Extranjería le hará un requerimiento al interesado para que, en el plazo de un mes desde la notificación de la misma, aporte los documentos que falten, así como las pruebas que estime pertinentes para la concesión de la autorización. En caso contrario se archivará el expediente.

Una vez resuelto como favorable el expediente, el empleador deberá dar de alta en la Seguridad Social al trabajador extranjero en el plazo de un mes desde la notificación de resolución, plazo en el que el interesado *deberá solicitar el TIE ante la citada Oficina de Extranjería*

<sup>30</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual*

*práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., pp: 164-165.

o Comisaría de Policía correspondiente (art. 128.7 RLOEX).<sup>31</sup>

Las residencias por circunstancias excepcionales tendrán la vigencia de un año (art. 130 RLOEX), así como la autorización a trabajar en las autorizaciones al efecto.

Finalmente, en cuanto a la renovación, el extranjero residente podrá solicitar, en el plazo previo de 60 días naturales a la expiración de su permiso, *la autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo o cuando se haya previsto la prórroga de la autorización por circunstancias excepcionales*. Aunque excepcionalmente, podrá realizarlo durante los 90 días naturales posteriores a la caducidad, pero que puede conllevar la incoación del correspondiente procedimiento sancionador (art. 130.5 RLOEX).<sup>32</sup>

#### 4. Distinción con el Arraigo Laboral (art. 124.1 de la RLOEX)

Por su escasa práctica en el ámbito administrativo, haremos un pequeño inciso en cuanto al arraigo laboral, el cual a diferencia del social, requiere dos años de estancia en el país. Residiendo su diferenciación en que, tal y como señala la Instrucción, de 3 de agosto de 2005, sobre autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo laboral, el interesado deberá de presentar documentación acreditativa de la existencia de relaciones laborales, que podrá ser *la resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la inspección de Trabajo y de Seguridad Social que la acredite*. Aunque el acta de conciliación judicial tendrá el mismo valor que la sentencia

(Art. 84 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).<sup>33</sup>

Aunque, tal y como se demuestra en la práctica, su aplicación es escasa debido a que los extranjeros que se encuentran en situación irregular no buscan entrar en conflicto, a pesar de encontrarse en relaciones laborales en régimen de semi-esclavitud.

#### 5. Práctica jurídica con la Oficina de Extranjería

##### 5.1. Compatibilidad de la vía del asilo con la del arraigo social

La lucha por constituir una pasarela de la estancia regular por solicitud de protección internacional a la residencia es una lucha que, implementada por el mismo Ministerio de Trabajo y Economía Social, que como recordaremos forma parte de la CIAR, tiene como objetivo no perder a estos trabajadores que ya cotizan en la Seguridad Social, aunque dicha lucha ha tenido que ser llevada a nivel de juzgados y, entre otras figuras, la del Defensor del Pueblo a distintos niveles territoriales. Entre otros expedientes señalar lo citado por el Defensor del Pueblo D. Francisco Solans Puyuelo (Valencia) con relación a la compatibilidad del procedimiento de asilo y los regulados en materia de extranjería:

“...la condición impuesta con carácter general a los solicitantes de asilo de renunciar al procedimiento de protección internacional si se concede la autorización por circunstancias excepcionales ... no solo carece de sustento legal, sino que

<sup>31</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., pp. 198-199.

<sup>32</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., pp. 198-199.

<sup>33</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería (2ª Edición)*, cit., p. 150.

supone el incumplimiento del compromiso de la Administración española de garantizar el derecho de asilo a aquellas personas que estén en necesidad de protección internacional y coloca en situación de riesgo a los interesados que, una vez renuncian a su solicitud de asilo, ya no están protegidos por el principio de no devolución.<sup>34</sup>

Finalmente, y en relación a la citada recomendación del Defensor del Pueblo iniciada en 2017, la secretaria de Estado de Migraciones, Dña. Hana Jalloul, responde favorablemente a la demanda de poder compatibilizar el trámite de asilo de un solicitante con los procedimientos regulados en materia de extranjería sin exigirle al interesado su renuncia al proceso de protección internacional.<sup>35</sup> Por lo que, quedamos a la espera de la instrucción pertinente.

## 5.2. De la solicitud de los documentos y medios económicos del empleador

Otro de los grandes escollos de la práctica en extranjería relacionada con el arraigo social, estriba en relación a la demanda que emana de la Oficina de Extranjería de los documentos y medios económicos del empleador a presentar en el momento de la solicitud. Los mismos son:

“Copia del N.I.F. y, en su caso, de las escrituras de la empresa.

-Copia de la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

-Acreditación de que la empresa garantiza la solvencia necesaria, a través de: la declaración del IRPF, o del IVA, o del Impuesto de Sociedades o del informe de la vida laboral de la empresa (VILE). Asimismo, debe aportarse una memoria descriptiva de la ocupación a realizar<sup>36</sup>.”

Sin embargo, dicha solicitud no engendra el requerimiento de dicha documentación a efectos normativos. Si no que los mismos quedan acogidos a la potestad de la Oficina de Extranjería de poder reclamarlos para comprobar la verosimilitud de los requisitos con los que cuenta el empleador. A tal efecto, mencionar lo establecido en la Sentencia 00262/2019, del Juzgado Contencioso Administrativo N°1 de Salamanca 00262/2019:

“En cuanto a este requisito procede señalar la Sentencia 967/2018 de 30 de octubre de 2018, rec 343/2018 del TSJ de Castilla y León que señala que en los supuestos previstos en el artículo 124.2 (arraigo) no se establece la obligatoriedad para el ciudadano extranjero de acreditar la solvencia de su empleador o bien que su empleador esté al corriente de sus obligaciones con la seguridad social.”

<sup>34</sup> SOLANS PUYUELO, F. DEFENSOR DEL PUEBLO (VALENCIA) 2017. N° Exp.: 17007399.

<sup>35</sup> Gabinete de Comunicación del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. *Los solicitantes de protección internacional podrán obtener una autorización de residencia sin renunciar a su estatus* [Última revisión octubre de 2020].

<http://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/inmigracionemigracion/detalle/3890>

<sup>36</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., pp: 164-165.

Así como en la STS 4159/2019, por la que en su Fundamento de Derecho Tercero. - Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión, manifiesta que:

“Para solicitar autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo no se requiere la aportación (ni por el empleador que permanece ajeno al procedimiento, ni por el extranjero solicitante de este tipo de autorización) de la documentación encaminada a justificar los medios económicos, materiales y personales para hacer frente a las obligaciones dimanantes del/los contratos de trabajo (art. 64.3.e) y 66 del Reglamento de la LOEX), ... y todo ello sin perjuicio de que la Administración, en uso de su potestad de control y siempre que no tenga por cierto el contrato presentado, pueda probar la inexistencia material del contrato o su evidente falta de viabilidad, en cuyo caso deberá denegar la autorización mediante resolución motivada justificativa de esa decisión.”

## 6. Residencia de extranjero menor de edad no nacido en España

Una de las grandes cuestiones que asaltan a los solicitantes denegados cuando emprenden la vía del arraigo social es qué ocurrirá con sus hijos. Pues siempre nos preguntarán si con el arraigo social pueden darles la residencia a ellos también. Pero como hemos explicado es una autorización individual que solo podrá presentar el interesado para sí, reuniendo una serie de requisitos.

Por tanto, en cuanto a los menores no nacidos en España a efectos del art. 186 RLOEX, *podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.*

Dichos requisitos, contemplados entre los arts. 52 al 61 RLOEX señalan al efecto; Medios económicos a acreditar por el extranjero (art. 54) y requisitos de vivienda adecuada (art. 55). Siempre y cuando el extranjero, a razón del art. 18.1 LOEX, *haya obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial*, es decir haya cumplido un año de residencia.

Si los menores se encuentran escolarizados se deberá aportar certificado que acredite su escolarización durante su permanencia en España, estando vinculada la vigencia de su autorización a la de su padre, madre o tutor.<sup>37</sup>

### 6.1. Requisito sobre vivienda adecuada (art. 55 RLOEX)

Finalmente, hacemos hincapié en este requisito, debido a que en la práctica con la Oficina de Extranjería nos han llegado a plantear un requerimiento que señala:

“Asimismo, examinada su solicitud, se observa que faltan los documentos que a continuación se indican, y cuya presentación es preceptiva de conformidad con lo establecido en el R.D. 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO. 4/2000, de 11 de enero:

<sup>37</sup> ALONSO-OLEA GARCÍA, B.; LACRUZ LOPEZ, J.M.; MARTIN DÉGANO, I.; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, M.; *El extranjero en el derecho español*, cit., pp. 102-103.

- Fotocopia del presente escrito.
- Original del informe de la Corporación Local acreditativo de disponer de vivienda adecuada.
- Acreditación del depósito de la fianza en la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía”

Medida que conllevó el archivo de la solicitud de Residencia Temporal No Lucrativa Inicial del Menor no nacido en España e Hijo de Residente, en base a lo cual presentamos Recurso Potestativo de Reposición (art. 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) y por el que alegamos que, en cuanto a los requisitos establecidos sobre vivienda adecuada del artículo 55 RD 557/2011, señalar que ninguno de los mismos era el de aportar Acreditación del depósito de la fianza en la Agencia de vivienda y Rehabilitación de Andalucía, considerándolo abusivo y sin marco legal que lo justifique. Puesto que la obligación de constituir depósito de fianza corresponde a la parte arrendadora, tal y como estipula el artículo 82 de la Ley del Parlamento Andaluz 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban en materia tributaria, presupuestaria, de empresas y otras entidades de recaudación, contratación, Función Pública y de fianzas de arrendamientos y suministros: *Están obligados a constituir el depósito correspondiente:*

*a) Los arrendadores de fincas urbanas que se destinan a vivienda o a usos distintos del de vivienda.*

## VI. ARRAIGO FAMILIAR

### 1. Procedimiento y requisitos

Amparada en el marco del art. 31.3 LOEX, la residencia por circunstancias extraordinarias en base al arraigo familiar se desarrolla en el art. 124.3 RLOEX, que nos señala que los extranjeros podrán tener acceso a dicha residencia en los siguientes supuestos:

*a) Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo.*

*b) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.*

Respecto al supuesto b), señalar que, además de ser el menos frecuentado, se produjeron dudas que

“Llevaron a la Dirección General de Inmigración a adoptar la Instrucción DGI/SGRJ/10/2008 sobre las autorizaciones de residencia temporal para estas situaciones, en la cual se incluye a los hijos de padre o madre español o española de origen, pero que ya no disfrutara de dicha condición en el momento de su fallecimiento... Según dicha instrucción el medio más fehaciente de acreditar la nacionalidad española de origen sería el certificado de inscripción de nacimiento del interesado en RC español, no siendo suficientes los documentos de registros civiles extranjeros.”<sup>38</sup>

<sup>38</sup> PALAO MORENO, G. *Nacionalidad y extranjería*. 2018, cit., p. 216.

### 1.1. Procedimiento de concesión

Debido a que esta residencia, como decimos, se encuentra encuadrada en el tipo de circunstancias excepcionales, puede consultarse la información al respecto en el capítulo precedente (Arraigo Social), pues es el mismo a efectos de presentación, plazos de resolución y tasas. Así como la duración de la autorización, que tendrá la vigencia de un año, y la concesión llevará aparejada una autorización de trabajo por cuenta ajena o propia en España.

### 1.2. Documentación a presentar

Nos remitimos a la documentación señalada en el capítulo anterior con relación a las Razones Humanitarias por enfermedad sobrevenida, con la excepción del informe clínico, debiendo presentarse en este caso Documentación acreditativa del vínculo familiar y la nacionalidad, que será

*En el supuesto de ser padre o madre de menor de nacionalidad española:*

*-Certificado de nacimiento del menor de nacionalidad española en el que conste el vínculo familiar y la nacionalidad española de dicho menor.*

*En el supuesto de ser hijo de padre o madre originariamente español:*

*-Certificado de nacimiento del solicitante  
-Certificado de nacimiento del padre o madre originariamente español o certificado del Registro Civil que acredite dicha condición.<sup>39</sup>*

## 2. Práctica jurídica con la Oficina de Extranjería

Analizaremos dos cuestiones principales que son objeto de controversia a la hora de la práctica con la Administración.

En cuanto a la posibilidad de su renovación, coincidimos por lo expuesto en el Manual práctico orientativo de derecho de extranjería (2016) en que, es posible solicitarlo de nuevo para los casos en el que el solicitante cuente con otro hijo español –o de nacionalidad comunitaria- y se cumplan los restantes requisitos de esta autorización. Pero diferimos, al igual que el Manual, en el hecho de que no sea posible solicitarla para el caso de que vuelva a solicitarse una inicial aportando de nuevo la partida de nacimiento del hijo español que ya dio origen a la concesión del arraigo. Que como bien se cita en el citado Manual, *siendo este el criterio de aplicación práctica, a pesar de que la norma nada dice al respecto.*

Lo cual conllevó a diversos litigios entre la Subdelegación de Gobierno, Oficina de Extranjería, en Sevilla y los solicitantes reincidentes de esta autorización, dando lugar a la STJA Sala de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, Sección III, (Recurso de apelación: 707-2017), por el que se señala que:

“La sentencia parte que la recurrente fue titular de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por arraigo familiar finalmente caducada. Así como que lo que ahora solicita, no es ni su prórroga ni la modificación de la residencia inicial a alguna de las situaciones previstas en el artículo 202 – RLOEX- sino una nueva autorización al amparo del artículo

<sup>39</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A.; HEREDIA SÁNCHEZ, L.; ALONSO GARCÍA, E.; *Manual*

*práctico orientativo de derecho de extranjería*, cit., pp. 164-165.

124.3 a) –RLOEX-. Y a continuación considera, que la denegación por el mero hecho de haber disfrutado previamente de una autorización similar, pero ya caducada, es contraria a la jurisprudencia del TJUE y al TFUE. Y ello en cuanto que denegar al progenitor nacional de tercer Estado, la residencia cuando tiene hijos de nacionalidad de Estado miembro de la Unión Europea, supondría vulnerar los derechos de este último como ciudadano de la Unión Europea, al verse privado de la necesaria asistencia y protección de su progenitor.”

Como posteriormente también reforzaría la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2019, oponiéndose a la imposibilidad de prorrogar la figura del arraigo familiar, por lo que entiende que esta debe ser prorrogada siendo su plazo de vigencia *aquel en el que perdure la situación de excepcionalidad*.

Dando con ello el respaldo judicial a los solicitantes que deseen volver a solicitar dicha autorización en las circunstancias anteriormente mencionadas

En cuanto a los antecedentes penales, cabe señalar que:

“Una vez acreditada la condición de progenitor de español de origen, la valoración de los antecedentes penales debe hacerse atendiendo a los criterios establecidos en relación con el derecho de libre circulación de ciudadanos de la UE/EEE/Suiza y sus familiares (Directiva 2004/38/CE), por lo que es posible la concesión de la autorización de residencia por esta vía si los antecedentes penales no suponen una amenaza actual, real y suficientemente grave

para un interés fundamental de la sociedad (TJUE 13-9-16, asunto Rendón Martín C-165/14; TSJ Madrid cont-adm 22-12-16, EDJ 285799).”<sup>40</sup>

### 3. Nacionalidad española por valor de simple presunción

Ante el frecuente desconocimiento de cómo se adquiere la nacionalidad española de origen, debemos señalar y luchar contra el mito que ha dado lugar a que las mujeres extranjeras vengam embarazadas con la creencia de que al nacer su hijo/a en territorio español adquirirá la nacionalidad española de forma inmediata. España es un país cuya nacionalidad se adquiere preferentemente por ius sanguinis, es decir, según el art. 17.1 a) CC: *Son españoles de origen: Los nacidos de padre o madre españoles*. Sin embargo, la nacionalidad española también puede ser adquirida por el nacimiento en territorio español, teniendo como base el ius soli. Y se trata de los siguientes casos, emanados del art. 17.1 b), c) y d) CC:

“b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.

c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.”

<sup>40</sup> IMBRODA ORTÍZ, B.J.; RUIZ SUTIL, C.; *Extranjería (2ª Edición)*, pp. 151-152

En este estudio, únicamente nos centraremos en los casos del apartado c) del citado artículo, que en la práctica son los más frecuentes para el caso que nos ocupa.

### 3.1 Art. 17.1 c) CC

En primer lugar, se pretende buscar la protección del menor, en base al art. 7 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1990, por el cual se velará por su derecho *a adquirir una nacionalidad*. Y en segundo lugar, se pretende evitar los casos de apatridia. Por ello, y en base al citado art. 17.1 c) CC, debemos de extraer dos conclusiones, la que hace referencia a los *casos en los que los progenitores sean apátridas*, y aquellos en las que *las leyes personales de los padres no permitan atribuir nacionalidad alguna al hijo*,<sup>41</sup> como aquellos casos que veremos más adelante.

Sin embargo, este derecho ha planteado numerosos problemas en la práctica, debido al examen de dichas leyes personales del país de origen, y que ha llevado a la DGRN a adoptar la Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción, que a través de sus anexos, modificados por las Circulares de la DGRN de 16 de diciembre de 2008 y de 21 de mayo de 2009, se unificaron criterios para la concesión de nacionalidad por simple presunción a los hijos de: *argentinos, bielorrusos, brasileños, caboverdianos, colombianos, costarricenses, cubanos, guineanos –Guinea Bissau-, pakistaníes nacidos en el extranjero, palestinos, paraguayos, peruanos, saharauís, serbios y santotomenses*.

En nuestra práctica diaria, y debido a como hemos expuesto antes en las estadísticas, los casos más comunes a los que

nos enfrentamos respecto a la solicitud de simple presunción son de hijos nacidos de padres colombianos, de hijos nacidos de padres con distinta nacionalidad; colombiano/venezolano o venezolano/peruano y de hijos nacidos de padres venezolanos.

Respecto a esta última modalidad, en la práctica con el Registro Civil de Sevilla hemos presentado varios casos de solicitud de simple presunción pero los mismos han sido desestimados preferentemente porque ambos progenitores son nacionales de un país cuya Ley personal le confiere la nacionalidad al hijo de ambos en pos del ius sanguini (art. 32.2 de la Constitución venezolana y art. 9.3 de la Ley de Nacionalidad y ciudadanía de Venezuela, 1 de julio de 2004), a pesar de instar que, en la práctica, la adquisición de la nacionalidad venezolana del menor nacido en el extranjero depende de su inscripción en el Registro Civil del territorio venezolano, y que el consulado no registra dichos nacimientos al uso, tal y como se manifestaba en la Instrucción de Oficio RCMBI-2018-0429 del Registro Civil venezolano, por el que *es un requisito indispensable que los padres se encuentren en Venezuela al momento de la presentación de la niña*. Todo ello, ante la imposibilidad de salir los padres del territorio español con la condición de solicitantes de Protección Internacional (art. 11 RD 203/1995).

*Se adjunta en el Anexo como documento IV. Modelo de Instrucción del Registro Civil venezolano.*

### 4. Instrucciones DGM 8/2020: Familiar ciudadano de la UE

A fecha de 20 de septiembre de 2020, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones emitió las Instrucciones DGM 8/2020 sobre la residencia en España de los progenitores, nacionales de terceros países,

<sup>41</sup> PALAO MORENO, G. *Nacionalidad y extranjería*, cit., pp. 39-41.

de menores ciudadanos de la Unión, incluidos los españoles. Por el que nos señala que *el progenitor, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro que se encuentre en España puede solicitar la tarjeta de residencia de familiar ciudadano de la Unión en virtud de la doctrina del caso c-200/02, Zhu y Chen.*

Quedando la figura del arraigo familiar para aquellos supuestos en los que no se puedan aplicar los requisitos para la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

Este cambio normativo viene establecido por la contradicción que entraña la misma figura del arraigo familiar, especialmente la espionosa cuestión de su renovación, la cual entra en constante contracción con la doctrina del TJUE, destacando al efecto el derecho de libre circulación del menor nacional comunitario como de su progenitor, incardinados en el ámbito de la Directiva 2004/38 (asunto C-127/08, Metock),

En cuanto al requisito de recursos suficientes, *el TJUE en su sentencia Zhu y Chen no impone la más mínima exigencia en cuanto a la procedencia de los recursos* (asunto c-93/18 Bajratari; ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor). Quedando patente que, en caso de no poder acreditar recurso alguno, podrá solicitarse *autorización de residencia temporal de carácter excepcional por motivos de arraigo familiar, sin perjuicio de que, durante su vigencia, si acceden a una actividad laboral o perciben recursos suficientes sin ser una carga para la asistencia social, soliciten la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE.*

Otro apartado que tener en cuenta es sobre la oposición a la denegación automática por constancia de antecedentes penales, siempre y cuando dicha denegación obligase al menor comunitario a abandonar el territorio de la Unión. Quedando limitado por el TJUE para aquellos casos en el que la autorización *pueda suponer un peligro para el mantenimiento del*

*orden público y la salvaguarda de la seguridad pública.* Es decir, debe existir una *amenaza real, actual y suficientemente grave, la cual deberá ser valorada de forma individualizara y atinente a la solicitud concreta.*

Por tanto, los progenitores, nacionales de un tercer país, de un menor nacional comunitario deberán de acreditar para la concesión de una tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, con una vigencia de cinco años: la identidad del solicitante mediante la presentación del pasaporte en vigor. En caso de que esté caducado, será admisible la presentación de la copia de este y solicitud de renovación; la situación que da lugar a la autorización. Padre o madre, nacional de un tercer país, de un menor nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza que se encuentre en España; y “la necesidad de acreditar para sí mismo y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social.”

Para los progenitores, nacionales de un tercer país, de un menor de nacionalidad española, además de lo establecido en cuanto a la acreditación de identidad y situación de que da lugar a la autorización, se verificará:

“c) El hecho de que la denegación de la autorización implicaría que el menor tuviera que abandonar el territorio de la UE, de acuerdo con la relación de dependencia existente entre el progenitor y el menor.

d) Que tal autorización no supone un riesgo para el orden o la seguridad públicos, haciendo de esto una interpretación estricta, que atienda al principio de proporcionalidad y se base exclusivamente en la conducta personal del interesado (no meros antecedentes penales).”

Teniendo siempre en cuenta, de acuerdo con el TJUE, el interés superior del menor (art. 24, apartado 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y las circunstancias en relación al menor y como estas podrían afectarles en caso de separación.

## VII. CONCLUSIONES

Del análisis de las cuestiones analizadas, cabe extraer una serie de conclusiones. En referencia a la legislación vigente en materia de asilo y extranjería, debemos de señalar la necesidad de una nueva ley de asilo y su reglamento, puesto que la evolución en dicha materia en el último lustro ha dejado anquilosada a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, y ni que decir tiene al Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. Principalmente, y a efectos *de lege ferenda*, con relación a plazos y revisión de expedientes, para evitar una dilatación en el tiempo de resoluciones que podrían haber sido inadmitidas en un plazo limitado, facilitando el estudio de causas que realmente se encuentran relacionadas con los parámetros fijados por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951).

En cuanto al caso venezolano, ha supuesto numerosas dudas en el ámbito de la extranjería española, puesto que la concesión viene amparada en el marco de crisis humanitaria declarada por Naciones Unidas. Sin embargo, esta concesión, que nada más lejos de agradecer el poder acoger a personas que requieren de nuestra asistencia y protección, podría entrar en conflicto con la de otros solicitantes que ven rechazada su solicitud de protección internacional siendo nacionales de países que deberían ser merecedores de la consideración de crisis humanitaria.

El arraigo social, como fenómeno necesario que constituye laguna legal entre la expulsión y la regularización, debe ampliar sus miras a efectos de la necesidad de migración que requiere nuestro país, no cerrado a una

normativa ajena a la actuación práctica que, como ejemplo de la petición del informe social, el letrado Onésimo Carlos Arranz García en sus Comentarios a las instrucciones sobre Arraigo Social elaboradas por la Dirección General de Inmigración, nos denuncia la imposibilidad de la inserción social del extranjero sin un permiso de trabajo o autorización a residencia, bajo unos derechos *no solamente reconocidos en el papel, sino ejecutados y ejecutables*.

A efectos del planteamiento de lege data sobre la esperada instrucción enunciada por la secretaria de Estado de Migraciones, Dña. Hana Jalloul, tal y como hemos señalado en el presente estudio, aunque se trate de una celebrada noticia, realmente nunca debería haberse dado esta situación puesto que dicha incompatibilidad se debe a una creación de la praxis administrativa, y a nuestro entender se trata de una limitación de compatibilización al arraigo, y no a otras posibles solicitudes en materia de extranjería. Planteando además una serie de dudas sobre si en caso de concesión se mantiene el expediente de asilo o bien si se deberá renunciar al mismo.

Por lo que respecta al arraigo familiar, plantear a efectos de lege ferenda una regulación que establezca el marco de renovación del mismo, no dejando a la práctica de la Administración la consideración de si se puede o no renovar dicha autorización, puesto que como hemos manifestado, si se le denegase al progenitor la autorización por no cumplir con los requisitos de su modificación a una autorización de residencia y trabajo, se vulneraría el principio de unidad familiar, conllevando a una situación en la que el progenitor extranjero debería de abandonar el país por no contar con una autorización de residencia. Dejando desamparado al menor o bien obligándolo a dejar el país con el progenitor.

En síntesis, debemos de actualizar las leyes en las materias referidas para adecuarlas a la

realidad existente, y darnos cuenta de la necesidad del fenómeno migratorio para poder revitalizar nuestra sociedad. Por supuesto, que de forma regulada pero con carácter aperturista e integrador. Las leyes deben estar para defender al ser humano, y no para dificultar su derecho a una vida digna.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Monografías y artículos de revista

ALONSO-OLEA GARCÍA, BELEN; LACRUZ LOPEZ, JUAN MANUEL; MARTIN DÉGANO, ISIDORO; VARGAS GÓMEZ-URRITIA, MARINA, *El extranjero en el Derecho español*. Madrid. Dykinson, 2019.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid, junio 2016. Anexo:1389-2.

IMBRODA ORTÍZ, BLAS JESÚS; RUIZ SUTIL, CARMEN; Coordinadores. *Extranjería* (2ª Edición). Memento Experto Francis Lefebvre. Madrid, 2019.

ORTEGA GIMÉNEZ, ALFONSO, director; HEREDIA SÁNCHEZ, LERDYS S, coordinadora; ALONSO GARCÍA, ESTHER, coautora; *Manual práctico orientativo de derecho de extranjería*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor Navarra, 2016.

PALAO MORENO, GUILLERMO *Nacionalidad y extranjería*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

SÁNCHEZ LEGIDO, A. “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva Ley de Asilo,” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm 18; 2009, pp. 1-32.

SOTO MOYA, MERCEDES comp; RUIZ SUTIL, MARÍA DEL CARMEN comp. *Código de extranjería y nacionalidad*. Editorial Técnica AVICAM. Granada. 2016.

UNDABARRENA VIVÓ, E. “Utrumque Ius: La institución del derecho de asilo”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 4, 1993, pp. 209-232.

### 2. Internetgrafía

ACCEM. Material estadístico sobre las solicitudes de asilo. <https://www.accem.es/>

Ministerio del Interior. Oficina de Asilo y Refugio. *Asilo en cifras 2019*. [http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1201562/Asilo\\_en\\_cifras\\_2019\\_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13](http://www.interior.gob.es/documentos/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13)

RECIBIDO: 1 DE OCTUBRE DE 2020

ACEPTADO: 31 DE OCTUBRE DE 2020