



XX ENCUESTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES

XX ENCUESTRO DE LA ABOGACÍA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO

Julio, 2010



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 1
EL NUEVO MARCO LEGAL EN EL DERECHO DE EXTRANJERIA. ESPECIAL
REFERENCIA AL CONTROL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS.

I. Tras las intervenciones de los conferenciantes se concluye sobre el Nuevo Marco Legislativo lo siguiente:

PRIMERA.- Desarrollo reglamentario.

La última reforma de la LOEX 4/2000 operada mediante la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (12/12/2009), ordenaba la adaptación reglamentaria en el plazo de seis meses. Cinco meses después nos encontramos con la carencia reglamentaria y la falta de Instrucciones precisas sobre algunos preceptos especialmente en materia de derecho sancionador. El anuncio efectuado de no disponer de reglamentación hasta final de año crea un vacío normativo que no ayuda a la buena gestión de los procedimientos en esta materia.

SEGUNDA.- Derechos fundamentales.

Puede valorarse como positiva la incorporación de la doctrina del TC en materia de derechos fundamentales para todos los extranjeros en cuanto personas, independientemente de su condición de extranjeros y – por supuesto- independientemente de su nivel de documentación en España, , si bien cabe valorar algunas dudas de constitucionalidad respecto a la ambigua regulación del derecho a la educación de menores extranjeros en situación irregular en segmentos educativos no obligatorios o las nuevas dificultades del reconocimiento pleno a la asistencia jurídica gratuita, especialmente en el orden contencioso administrativo.

Resulta preocupante que se haya aprovechado la incorporación de la doctrina constitucional para promover algunos recortes en derechos como el

derecho a la vivienda, que podría ser causa de una nueva exclusión residencial.

Es positiva la plena incorporación con rango de ley de la normativa comunitaria sobre reagrupación familiar y sobre residentes de larga duración e investigadores. Asimismo valorar positivamente la desaparición de la reciprocidad en lo relativo al derecho de sufragio y derecho al voto, lo que abre la puerta a la incorporación de los extranjeros a los derechos de ciudadanía, aún criticando el hecho de que no se haga un pronunciamiento expreso extensible de tal derecho a todos los extranjeros que dispongan de estatuto de residencia de larga duración.

TERCERA.- Migración laboral.

Aunque parezca una obviedad, debemos tener presente, que para hacer posible la movilidad de los trabajadores en general — en su mayoría mano de obra—en las condiciones más favorables, deberán realizarse dentro del marco internacional de La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales de Protección de los Derechos Fundamentales; de los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia laboral ratificados por el Estado español, hay que establecer de aquí en adelante una coordinación completa y eficaz en la línea trazada por la Comunidad Internacional, en la lucha contra todo tipo de explotación de los seres humanos y el tráfico ilegal de personas, el tráfico ilegal de mano de obra con menoscabo de su integridad física y su dignidad humana, y tener en cuenta la existencia y el contexto de los Convenios Migratorios, suscritos por el Estado español.

CUARTA.- Variable Económica y flujos migratorios

La variable económica que impacta a todos los niveles inclusive al jurídico, a la hora de abordar los flujos migratorios sirve de excusa para gran parte de las restricciones de las libertades de que son objeto los extranjeros en su dimensión de inmigrantes, en lo ordenamientos jurídicos de los países de la UE y el nuestro no ha sido una excepción.

QUINTA.- Mecanismos de control de los flujos migratorios

Como reza el Preámbulo apartado V, entre los objetivos que se persiguen con la reforma están los de:

“2. Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la

capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.

3. Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país.”

De tal manera que en la normativa actual en extranjería, para el control de los flujos migratorios, la posibilidad de la migración legal a España, queda reducida básicamente a dos supuestos: 1) entrada por trabajo y 2) Reagrupación familiar.

De otra parte las formas de reducir la irregularidad son 1) El establecimiento de vías de acceso de la irregularidad a la regularidad como son a) El Arraigo Social, b) El Arraigo laboral y c) el Arraigo familiar y 2) El Procedimiento sancionador (incluido el internamiento).

Se concluye la necesidad de estudiar nuevos instrumentos administrativos eficaces en la gestión de la irregularidad.

SEXTA.- El modelo de relación laboral de los extranjeros

En todos los supuestos de entrada por trabajo —en sus diversas categorías y procedimientos de contratación en origen—, la consideración del extranjero como LEGAL está supeditada a la condición de trabajador en el mercado formal. Cuando hablamos de trabajadores y trabajadoras extranjeros no comunitarios es decir *inmigrantes* lo primero que debemos saber es la exigencia de la conexión entre la autorización para trabajar y la autorización administrativa para residir, tal como viene recogido en el artículo 36.1 de la ley orgánica 4/ 2000. De esa relación, nace un modelo de relación laboral de los extranjeros, diferente al modelo de relaciones laborales de los españoles, por lo cual no existe un marco de igualdad entre trabajadores extranjeros y españoles.

Se concluye que en el futuro reglamento se debería ampliar la regulación de los visados para búsqueda de empleo; por ejemplo para cuidadores de niños y dependientes.

Debe revisarse el actual modelo de gestión colectiva de contratación en origen toda vez que se constata la inoperatividad del actual sistema.

SEPTIMA.- Modelos culturales de familia

La Reagrupación familiar, dentro del marco normativo de la extranjería, no admite otros *modelos culturales de familia*, ya existentes en el mundo y en nuestro país, diferentes a la familia nuclear. En contra de lo que tendría que haber sido, no hay una correlación entre la regulación de la institución familiar en nuestra Constitución y en el Código Civil — especialmente en relación con las normas de derecho internacional privado en materia de ley personal—cuerpos legales en los que por otra parte debería estar inspirada la normativa de extranjería en este ámbito, y la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros.

OCTAVA.- Oficinas consulares

Las vicisitudes que deben afrontar los familiares y los cónyuges, ante las Oficinas Consulares españolas, comenzando por los criterios consulares, en la fase de tramitación de los Visados Schengen por reagrupación familiar, en ocasiones atentan contra el derecho a la intimidad de los mismos. (dicha conclusión debe considerarse en relación con las conclusiones de la Mesa “Intervención de los Servicios Consulares en materia de Extranjería”).

NOVENO.- Pensado desde una óptica de adecuación del control migratorio a las demandas del mercado de trabajo, las formas de Arraigo (Social, Laboral y familiar), nacieron con la voluntad de sustituir las regularizaciones masivas y puntuales (4 procesos de regularización y uno de normalización), concediendo a las administraciones locales el protagonismo en la manera de integrar a las personas que se encuentran en su territorio, con el énfasis en la inequívoca voluntad de los extranjeros de querer asentarse en ese lugar, ser un “vecino” más del municipio.

DECIMA.- El endurecimiento del régimen sancionador

El procedimiento sancionador en materia de extranjería sufre una profunda modificación con la reforma introducida mediante LO 2/2009 , exacerbando la respuesta sancionadora en muchos supuestos, incluyendo una notoria elevación de las multas: así cabe referir la configuración de actuaciones hasta ahora ajenas al ámbito estricto de la extranjería como comportamientos sancionables (el empadronamiento ficticio o “sobreempadronamiento”, *matrimonio blanco, de complacencia o de conveniencia*, entre otros supuestos), al tiempo que parecen deslindarse las

infracciones en espacios distintos dependiendo de si el sujeto activo es propiamente el extranjero o si lo es el empleador o empresario o aquel que facilite conductas irregulares de extranjeros en España, independientemente de su nacionalidad.

UNDÉCIMA.- La expulsión judicial sustitutoria

Respecto a la expulsión judicial sustitutoria del procesamiento del artículo 57.7.a) advertir que — por un principio procesal mínimo de audiencia e igualdad de armas para la defensa— debe ser oído el extranjero y su representación letrada.

DUODECIMA- Prohibición de entrada

Conviene resaltar los adecuados ajustes técnicos propuestos respecto a los extranjeros objeto de expediente de expulsión y que abandonen voluntariamente el territorio español (art.58.2) a los que no se impondrá la medida de prohibición de entrada, si bien se debería haber concretado más el periodo de dicha prohibición dado que la horquilla es muy amplia (entre 3 y 10 años), originando mucha discrecionalidad en la práctica.

DECIMOTERCERA.- La prescripción de la devolución

Como recomendación de *lege ferenda* debería plantearse el establecimiento expreso de la prescripción de la medida de devolución, la cual tiene una naturaleza mixta entre sanción y medida de seguridad, pero que al carecer expresamente de dicho periodo de prescripción, frecuentemente en la práctica se obvia tal extremo, originando la prolongación casi crónica de situaciones de irregularidad en personas que no puedan ser devueltas o expulsadas¹.

II. En relación a las propuestas elevadas desde la Mesa para que sean tenidas en cuenta por el Gobierno en la redacción del Reglamento de Ejecución de la LOEX tras la reforma operada por la LO 2/2009 y tras el subsiguiente debate de las mismas se concluyó:

¹ Caso de personas llegadas en su día ilegalmente a España (patera, cayuco) y que han permanecido el tiempo necesario para poder acceder a algún tipo de regularización (arraigo, etc)

1) Vuelta al Derecho administrativo común

Se concluye y recomienda que en el RELOEX ,“se vuelva al Derecho Administrativo Común”, pues como reconoce gran parte de la Doctrina, tras la reforma de la LOEX operada por LO 14/2003 (20 noviembre) se produjo la “huida del derecho administrativo estableciendo un Procedimiento Administrativo Especial para los Extranjeros”, que aún amparado por el artículo 149. 18 de la CE, no puede ser contraria al mandato del artículo 9 ibídem. Entre otras garantías deberían introducirse en el Reglamento (reintroducirse) preceptos concretos sobre: a) lugares de presentación, b) legitimación c) plazos, d) régimen de silencio administrativo, e) recursos en vía administrativa y f) el impulso desde la administración y el trámite procesal adecuado en lugar de la posibilidad de la inadmisión a trámite de expedientes de extranjería².

2) Migración circular y derechos adquiridos

Se concluye que deben establecerse mecanismos legales que permitan la movilidad de los residentes legales, sin que en ningún caso puedan perder los derechos adquiridos.

3) Trabajadores cualificados

Se constata que a pesar de la coyuntura económica actual, España requiere y requerirá de trabajadores cualificados, por lo que siendo conscientes de lo mencionado es necesario incrementar la formación especializada para los residentes y fomentar la llegada de ciudadanos extranjeros cualificados.

4) Transferencia de competencias

Se concluye que las transferencias de competencias en materia de inmigración a las Comunidades Autónomas, que así lo contemplan en sus estatutos de Autonomía, debe basarse en un modelo que permite que las CCAA gestionen de manera eficiente y coordinada las primeras autorizaciones laborales. No obstante se constata por parte de los Abogados de Cataluña, que es el único precedente en esta materia y después de seis meses de puesta en marcha, existen dificultades de coordinación y encaje entre la Administración General del Estado y la Generalitat de Cataluña.

² Se recuerda que contra esta reforma continúa pendiente el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Parlamento Vasco.

5) Irregularidad y derechos laborales

Se concluye que debe articularse una fórmula legal, para que en el futuro RELOEX, se matice lo que representa una pérdida de ciertos derechos laborales del trabajador extranjero en situación irregular, consolidados en línea jurisprudencial, especialmente en su caso respecto a las prestaciones por desempleo y la contradicción que puede suponer percibir una prestación (por ejemplo, una pensión por incapacidad) y permanecer irregular en España: en esta línea cabe mencionar la referencia explícita realizada por la Recomendación N° 151 de la O.I.T, de junio de 1975, sobre trabajadores migrantes, la cual aconseja aplicar a los trabajadores en situación administrativa irregular el principio de igualdad de trato en los derechos derivados del empleo - aún siendo éste irregular – y también en los que se refiere a seguridad social y a las hipotéticas prestaciones por desempleo

6) Diálogo social

Se destacó que el diálogo social es consustancial a la política de inmigración, pero que requiere de la participación activa no solo del Estado y los agentes sociales sino también de otros agentes que intervienen de manera directa.

7) Informe de integración

Se insistió en la necesidad de que el futuro reglamento deberá explicar y concretar el contenido del informe de integración.

8) Servicio doméstico

Se constata la necesidad de que se lleve a cabo una nueva regulación del servicio doméstico, acorde con los derechos laborales del resto de las y los trabajadores.

9) Derecho a la educación y becas

Se concluye que debe proponerse que en el futuro RELOEX y en relación con el derecho a la educación la redacción de preceptos cuyo alcance y contenido garanticen claramente el derecho tanto de los menores como de los mayores de edad así como el derecho al acceso a becas.

10) Control judicial de los CIES

Concluimos que debe regularse de inmediato el control jurisdiccional de los CIES.

11) Garantías procedimentales

Se concluye que el RELOEX, debería concretar que en el procedimiento ordinario el extranjero tiene Derecho a la asistencia jurídica gratuita y establecer mediante preceptos que de manera inequívoca y conforme a la Jurisprudencia reciente establezcan que el procedimiento de expulsión *estándar* y principal es el procedimiento ordinario y no el preferente. De la misma manera, debe establecerse de manera clara, que en el supuesto de que se procediera a la detención de un extranjero al que se le va a ejecutar la expulsión antes de las 72 horas debe notificársele tal extremo al letrado con la finalidad de no causarle indefensión al extranjero.

12) Visados de búsqueda de empleo

El control de flujos mediante los visados de búsqueda de empleo —hasta ahora activados mediante el Procedimiento de Gestión Colectiva de Contratación en Origen (antes llamado Contingente), debería ampliarse en el futuro Reglamento a cuidadores de ancianos, niños y dependientes, toda vez que supondría una opción para que accedieran a puestos de trabajo en un sector donde se constata un elevado número de ofertas.

13) Autorizaciones de residencia excepcionales

Partiendo del hecho que el ARRAIGO es un criterio jurídico indeterminado, que en el actualmente Reglamento de la Ley está tasado, pero contradictoriamente vacío de contenido y que no puede más que a la luz de cada caso concreto analizarse desde una perspectiva multidisciplinar. Igual sucede en el caso de las llamadas CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES y/o RAZONES HUMANITARIAS. Es por ello, que en el nuevo RELOEX, no deberían redactarse a este respecto, preceptos que contenga *taxativamente (numerus clausus)* los supuestos que deben darse para que se concluya que existe una situación demostrada de ese “estado de necesidad” y dejar a la ratio de la potestad de la Administración la aplicación analógica de algunos supuestos, siguiendo por ejemplo las recomendaciones de ACNUR.



XX ENCUESTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 2
LEGISLACIÓN DE ASILO. Ley 12/2009

CONCLUSIONES DE LA MESA DE ASILO, luego de las disertaciones de ambos conferenciantes

1.- FUE NECESARIA LA MODIFICACION DE LA LEY DE ASILO, POR LA NECESIDAD DE TRANSPOSICION DE DIRECTIVAS COMUNITARIAS, SIN EMBARGO SU TRAMITACION FUE EN GRADO SUMO SESGADA, SIN LA PARTICIOPACION DE LOS AGENTES SOCIALES, MEJORANDO UN POCO EN EL TRAMITE LEGISLATIVO

2.- A FALTA DE DESARROLLO REGLAMENTARIO PUEDEN VERSE ASPECTOS POSITIVOS AUNQUE PREDOMINAN LOS NEGATIVOS

2-a) ASPECTOS POSITIVOS

PREVE EN LA MISMA LEY EL ASILO Y LA PROTECCION SUBSIDIARIA CON PROCEDIMIENTOS ESPECIFICOS

ESTABLECE PROGRAMAS DE REASENTAMIENTO

MEJORA LA ASISTENCIA LETRADA AL UINCLUIR QUE ES PRECEPTIVA EN CIE Y EN FRONTERA

INTRODUCE COMO MOTIVO DE PERSECUCION EL GENERO Y LA ORIENTACION SEXUAL

INTRODUCE DISPOSICIOES ESPECIFICAS PARA MENORES Y PERSONAS VULNERABLES

2 B) ASPECTOS NEGATIVOS

-DIFICULTAD EN EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO

- CASI DESAPARICION DE LA VIA DE ASILO EN SEDE DIPLOMATICA
- APLICACION DE FRONTEx DIFICULTA EL ACCESO

-EXCLUSION DEL PROCEDIMIENTO DE LOS COMUNITARIOS (SIN RESPETAR LA CONVENCION DE GINEBRA)

-GRAN CONFUSION EN LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS -INADMISIONES- DENEGACIONES EXPRESS, EN FRONTERA Y CIES

-DESAPARECE EL CARACTER SUSPENSIVO DE LA DEVOLUCION DE FRONTERA CUANDO EL ACNUR INFORMA FAVORABLEMENTE A LA ADMISION

-AMPLIACION DE LOS MOTIVOS DE EXCLUSION

- NO ESTA BIEN TRATADA EL CASO DE MUJERES VICTIMAS DE TRATA O TRAFICO EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO

-DIFICULTAD DE ACOGIMIENTO Y LIBERTAD DE TRANSITO EN LOS PETICIONARIOS DE CEUTA Y MELILLA

3.- NECESIDAD DE FORMACION EN TEMAS DE ASILO EN CUESTIONES DE FONDO Y DE PROCEDIMIENTO

4.- ESTABLECIMIENTOS DE PROTOCOLOS DE ACTUACION EN LOS COLEGIOS PROFESIONALES PARA ATENDER



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACÍA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 3
LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN
MATERIA DE EXTRANJERÍA. POSIBLES SOLUCIONES

Los abogados reunidos, con la asistencia y consejo de los ponentes, han constatado los siguientes puntos que elevamos como conclusiones de la mesa de criterios jurisprudenciales en materia de extranjería.

1.- DISPERSIÓN DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

A) Constatamos que, si bien no es un problema exclusivo del derecho de extranjería, existe un problema grave de dispersión de criterios jurisprudenciales entre las Juzgados y las Salas de los TSJ, que tiene su origen en tres factores:

a) Una deficiente y poco clara técnica legislativa que incurre en ambigüedades que permiten un amplio margen y por tanto distintas interpretaciones, lo que ya de por sí resulta contrario al principio de seguridad jurídica.

b) La existencia de intenciones inconfesables, o mal explicadas, del legislador, que pretende dejar al albur de posibles interpretaciones una política basada en la superación de los límites constitucionales y legales.

c) La reforma de la LJCA 29/98 de 13 de julio, operada mediante la reforma de la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ 6/1985 descargó excesivas competencias sobre los Juzgados de lo Contencioso-

Administrativo, entre ellas las de extranjería, hurtando así de su labor unificadora al Tribunal Supremo.

B) Reclamamos soluciones técnicas adecuadas de este problema, que deberían incluir los siguientes aspectos:

a) Una reforma de la LJCA que permita ampliar a las distintas entidades que constituyen la sociedad civil la iniciativa y la posibilidad de recurrir en casación en interés de Ley y/o unificación de doctrina.

b) Mientras eso ocurre, es necesaria una interpretación flexible por parte del Tribunal Supremo que permita el uso actual, por parte de entidades reconocidas por la propia Administración por su presencia en el Foro Estatal de Integración de los Inmigrantes, como “entidades o corporaciones de interés general con interés legítimo” y con capacidad por tanto para interponer recursos de casación.

c) En aquellos casos en que distintas secciones de una misma Sala difieren, los Colegios de Abogados pueden instar a los presidentes o a la mayoría de estas Salas de lo Contencioso-Administrativo para que se aboque al plenario la resolución de estos asuntos.

d) Es urgente y necesario reducir la litigiosidad contencioso-administrativa, y ello puede ser a través de la intervención de un organismo jurídico independiente en la resolución de los recursos administrativos, que ahora resuelve la propia administración como juez y parte.

e) Urge asimismo que la reforma del Código Penal que está próxima a aprobarse recoja las muchas aportaciones jurisprudenciales que han venido a transformar por completo el artículo 89 CP.

C) En estos momentos, hay una serie de asuntos que se presentan como cuestiones jurisprudenciales polémicas por su dispersión y la diferencia de criterios con que se resuelven, y destacamos los siguientes:

a) La aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a aplicar en extranjería, sobre todo en la determinación de la expulsión en lugar de la multa. En algunas Salas de lo contencioso se puede

apreciar una clara falta de rigor jurídico en el seguimiento de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por influencia de motivaciones políticas, ideológicas o metajurídicas, si bien ocultas bajo excusas poco consistentes. En ese sentido se aprecian enormes diferencias en la apreciación de los elementos negativos que pueden llegar a justificar el agravamiento de la sanción hasta la expulsión, cuando no atribuciones de medida a lo que es una resolución sancionadora.

b) La retroactividad de la norma más favorable en el periodo de prohibición de entrada.

c) Los mecanismos de caducidad de la expulsión y la nulidad de notificaciones edictales simples y directas.

d) La admisibilidad de recursos contra decisiones de trámite con trascendencia en derechos – acuerdo de incoación con petición de internamiento – que con la nueva legislación pueden hacer admisible el recurso contra el acuerdo de adopción del procedimiento preferente.

d) La responsabilidad administrativa sobre lo que le ocurra a las personas durante su internamiento.

e) Las diferencias entre devolución y expulsión, pues debe exigirse a aquella un procedimiento adicional para imponer la prohibición de entrada, así como aplicársele los plazos generales de prescripción y no los de la expulsión.

f) La determinación de la competencia a elección del sancionado entre la plaza de su residencia y la del órgano resolutor, que la ley reconoce y algunas sentencias limitan de manera improcedente.

g) En las expulsiones con intervención judicial debe clarificarse la diferenciación de fundamento entre la expulsión y la imputación penal, y reconocerse la capacidad del juez penal para analizar el presupuesto material de la actuación administrativa en estos casos.

h) La lentitud de la Justicia, que la hace ineficaz, debe compensarse con una justicia cautelar valiente que valore mejor los intereses particulares

y considere que los administrativos son los de la parte más fuerte, pero también la que con la profusión de resoluciones sin fundamento es culpable de ese retraso.

2.- PARTICIPACIÓN EN LA REDACCIÓN DEL NUEVO REGLAMENTO

Tal y como ha sido saludable la reforma del artículo 31, que exige valorar la posible concesión de renovación del permiso con antecedentes penales en todos los casos, el futuro Reglamento deberá contribuir a clarificar, en lo posible, muchos de los aspectos oscuros de la Ley que contribuyen a la dispersión de criterios. Para ello, la redacción del Reglamento debería tener en cuenta y oír la opinión de todos los agentes jurídicos implicados, especialmente de la Abogacía.



XX ENCUESTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 4
EL CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN

- El Código de Fronteras Schengen, en tanto que Reglamento Comunitario tiene efectos directos y primacía sobre la normativa interna
- El Acervo Schengen, que constituye Derecho Comunitario derivado, es el núcleo normativo de la U.E., que lleva a cabo el objetivo de la Unión de la libre circulación de personas con la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia
- Es una materia joven y en evolución. Históricamente es la última fase en el funcionamiento y desarrollo de la U.E y tiene una fuerte repercusión en los derechos fundamentales.
- Existe una discrepancia de opiniones entre los operadores jurídicos que se ocupan del Acervo Schengen, mientras que los teóricos consideran que las anomalías en su aplicación se debe a la falta de práctica y a la novedad que supone, los funcionarios de la administración encargados de su aplicación consideran que se trata de una cortina de humo que esconde una verdadera voluntad de no aplicarlo.
- No puede identificarse espacio Schengen con espacio de la U.E.
- El control de las fronteras exteriores, cuya ejecución y responsabilidad recae en cada estado , debe regirse por el principio de solidaridad, pues tendrá efectos sobre todos los estados que conforman el espacio Schengen, debiendo contribuir a la:
 - Lucha contra la inmigración clandestina y trata de seres humanos
 - Prevención de cualquier amenaza a la seguridad interior, al orden público, a la salud pública y a las relaciones internacionales de los Estados miembros.

- La supresión de las fronteras interiores para la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia conlleva unas medidas compensatorias:
 - Armonización de los controles en las fronteras exteriores (CÓDIGO DE FRONTERAS SCHENGEN)
 - Política común de visados (Código de visados)
 - Política común de inmigración de la Unión Europea
 - Política común de asilo a nacionales de terceros Estados.
 - Cooperación judicial en materia civil y penal
 - Cooperación policial
 - Aproximación de legislaciones penales y procesales penales relevantes

- Las garantías que establece el Código de Fronteras Schengen ante una denegación de entrada en el espacio de libertad, seguridad y justicia y que deben tener el carácter de mínimas son:
 - Recurrible según Derecho interno
 - Impugnación no suspende ejecución resolución denegatoria
 - Si estimación de la impugnación:
 - Posible indemnización con arreglo al Derecho interno
 - Corrección sello entrada cancelado y demás cancelaciones adoptadas sobre su base
 - España debe mantener su actual régimen de derechos y garantías sin duda superiores a las previstas en el Reglamento Europeo.

- Exigirse la supresión del control en las fronteras interiores y que el ejercicio de las competencias de policía que conserva el Estado Español se ajusten a:
 - No tengan como objetivo el control de fronteras
 - Se basen en información y experiencia policial, sobre posibles amenazas a la seguridad pública, y destinadas en particular a combatir la DELINCUENCIA TRANSFRONTERIZA.

- o Se ejecuten de modo claramente diferente a las inspecciones fronterizas exteriores.
- o Sean aleatorias
- En modo alguno el Reglamento Comunitario de fronteras excluye la aplicación de la normativa interna española, sino que ésta junto con las demás disposiciones que constituyen el Acervo Schengen configuran el marco legal de aplicación en el cruce de fronteras.
- En lo que se refiere a los Convenios de Readmisión, a pesar de la modificación introducida por la L.O.2/2009 en la redacción de la Disposición Adicional 6ª primer apartado en el que se ha procedido a suprimir la mención “y esta Ley”, respecto a la versión anterior, de conformidad con lo que ya dijo en su día el dictamen del Consejo de Estado de fecha 7 de septiembre de 2006 en el que se dice: “el núcleo de esos tratados de readmisión de personas en situación irregular en España es el acuerdo alcanzado entre España y un tercer Estado, en virtud del cual, este último se compromete a readmitir en su territorio a personas (básicamente, nacionales suyos) que se encuentran irregularmente en España. Consecuentemente, esos tratados se ocupan, fundamentalmente, de los requisitos que las autoridades españolas deben observar para trasladar a esas personas a los Estados contraparte, lo que incluye la identificación de las personas detectadas, la comprobación de su nacionalidad o vínculo con el Estado en cuestión, la expresión de las causas en que se basa la denegación de entrada, las comunicaciones que las autoridades españolas han de dirigir a las del Estado contraparte, y los plazos, formas y procedimientos que hay que observar para la repatriación de los interesados.” Debe entenderse que ninguna modificación se ha producido respecto a los requisitos de la denegación de entrada que es el acto administrativo previo al hoy denominado regreso y que es éste último del cual se ocupan los convenios de readmisión, por lo que se exhorta a los letrados que procedan a ejercitar las acciones legales en los mismos términos que, con éxito, han realizado hasta ahora, con invocación de la pacífica jurisprudencia.
- Causa extrañeza que por parte de la Comisaría General de Documentación y Extranjería se desconozca la vulneración de los

derechos de defensa y asistencia jurídica en la provincia de Girona, largamente denunciados tanto ante la Subdelegación del Gobierno en Girona y delegación del Gobierno de Catalunya y que han dado lugar a actuaciones por parte de la oficina del Defensor del Pueblo.

- Necesidad que por parte de la Comisaría General de documentación y extranjería se dicten unas directrices públicas, claras y unificadoras para todo el territorio estatal en cuanto a la interpretación de la normativa y la efectiva prestación de la asistencia letrada en los procedimientos de denegación de entrada, devolución o sancionadores que puedan comportar la expulsión.
 - Reclamar un sistema de garantías que permitan el acceso a UE de personas necesitadas de protección.
 - Recomendar que el Ministerio de AAEE, en cumplimiento de los Acuerdos y Convenios Internacionales de Protección de DDHH de los que España es parte y al objeto de no favorecer interpretaciones restrictivas de derechos, en todos los acuerdos que negocie, incluya una cláusula de asistencia letrada a todas las personas que puedan ser objeto de readmisión.
-



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACÍA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 5
DIRECTIVA DE RETORNO. MEDIDAS LIMITADORAS DE LA LIBERTAD EN EL
ÁMBITO DE EXTRANJERÍA. (Provisional)

CONCLUSIONES EN ORDEN A OBTENER ELEMENTOS PRÁCTICOS RELATIVOS
A LA MATERIA EN PERSPECTIVA.

1. CENSURA DEL PLAZO DE 60 DÍAS EN INTERNAMIENTOS.
2. CENSURA DE TODAS LAS SITUACIONES EN LAS QUE SE PRODUCEN
ERSTRICCIONES Y PRIVACIONES DEL DERECHO DE LIBERTAD.
3. OBSERVANCIA DE LOS CRITERIOS SEGUIDOS POR LA
ADMINISTRACIÓN EN DETENCIÓN PARA PUESTA A DISPOSICIÓN
JUDICIAL.
4. EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE EN LOS AUTOS DE
INTERNAMIENTOS, PONIENDO DE MANIFIESTO SU INSUFICIENCIA
VÍA RECURSO.
5. IGUALMENTE EXIGENCIA DE UNA PORMENORIZACIÓN DE LAS
CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES SINGULARIZADAS Y QUE SEAN
ENUMERADAS EN CADA CASO CONCRETO.
6. ESFUERZO DE LA ABOGACÍA EN ESTUDIAR Y APORTAR NUEVAS
IDEAS,. NUEVOS ARGUMENTOS JURÍDICOS EN LOS ESCRITOS Y
RECURSOS.
7. MANEJO POR LA ABOGACÍA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA COMÚN Y
SU INVOCACIÓN CONSTANTE. PARA ELLO SE DESARROLLARÁN
ACCIONES FORMATIVAS CONCRETAS.

8. ACCESO A LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES VÍA RECURSOS, AGOTÁNDO EL SISTEMA DE RECURSOS.

9. PLANTEO DE CUESTIONES SUSCEPTIBLES DE SER ELEVADAS COMO CUESTIONES PREJUDICIALES, ABRIENDO ASÍ UNA NUEVA VÍA DE ACTUACIÓN.

10. INDICACIÓN



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 6
LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA MUE: RESIDENCIA DE
LARGA DURACIÓN Y TRABAJADORES ALTAMENTE CUALIFICADOS..

La libre circulación de los trabajadores existente desde la creación de las Comunidades Europeas en 1957 (art. 39 del Tratado de Roma), constituye una de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho Comunitario y un derecho esencial de la ciudadanía de la unión.

Actualmente, forma parte del derecho más general de la libre circulación de las personas y significa que todo ciudadano de la UE puede buscar empleo en otro país de la Unión, instalarse para trabajar allí sin necesidad de un permiso de trabajo, quedarse en ese país incluso al término de su contrato y recibir el mismo trato que los nacionales en lo que respecta al acceso al empleo, condiciones de trabajo y demás ventajas sociales y fiscales que facilitan la integración en el país de acogida.

Inicialmente concebido como derecho perteneciente a los ciudadanos de la Unión, se ha estimado pertinente en aras a propiciar la integración su extensión a los ciudadanos nacionales de terceros países que cuentan con suficiente enraizamiento en los países miembros de la Unión, bien por haber residido permanentemente en su territorio, bien por su alta cualificación profesional.

En este sentido, la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de Noviembre, establece en su Capítulo Tercero, el derecho a residir, por un periodo superior a 3 meses, en el territorio de otros Estados miembros diferentes del que le haya reconocido el estatuto de residencia de larga duración y la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de Mayo, reconoce, igualmente, en su Capítulo Quinto, el derecho a la movilidad profesional y

geográfica en la Unión al ciudadano extranjero nacional de un tercer país titular de la tarjeta azul UE y a los miembros de su familia, para fines de empleo altamente cualificado.

Examinadas, pues, las antedichas Directivas relativas al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, así como la normativa española sobre la materia (Ley 2/2009, de 11 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social - arts. 32 y 38 ter -, Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/04, de 30 de Diciembre – Capítulos 2º, 3º y 4º del Título IV – e Instrucciones de la Dirección General de Inmigración núm. 4/08, 4/09, 5/09 y 9/09, C O N S T A T A M O S:

PRIMERO.- Que la política común de inmigración de la Unión Europea, a través del marco legal abierto por el Tratado de Lisboa y por el Programa de Estocolmo, sigue apostando por un marco migratorio fuertemente restrictivo y controlado. Ello, entendemos, no debe ser óbice para que, como se recoge en el Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, la protección de los derechos consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de Diciembre de 2000, se convierta en el eje de todas las políticas y normativas de la Unión Europea, pues dicha protección debe surtir plenos efectos y los derechos, en ella reconocidos, deben ser tangibles y efectivos.

SEGUNDO.- Que pese a que la política comunitaria de inmigración trata de conseguir un justo equilibrio entre el acceso regular al territorio de sus Estados miembros por parte de ciudadanos nacionales de terceros países y reforzar las medidas de lucha contra la inmigración irregular y la delincuencia transfronteriza, la seguridad que loablemente se intenta conseguir no debe impedir el ejercicio de una protección adecuada para las personas y grupos en situación vulnerable.

TERCERO.- Que el vínculo entre inmigración y mercado de trabajo sigue siendo una de las características más significativas de la política comunitaria de inmigración, sin embargo consideramos que esta política ha de plantear objetivos a medio plazo y no dejarse guiar única y

exclusivamente por la actual coyuntura económica, pues se corre el riesgo de que dicha política sea muy restrictiva en cuanto a la admisión de nacionales de terceros países y es indudable que, tanto por razones económicas como demográficas, la Unión Europea va a seguir necesitando la llegada de inmigrantes.

CUARTO.- Que, según se ha expuesto con carácter previo, dicha política común de inmigración tiende a garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan regular e ininterrumpidamente en uno de los Estados miembros de la Unión con el de sus propios nacionales. Consecuencia de lo cual pueden ejercer el derecho a la libre circulación por el espacio Schengen.

En relación a dicha movilidad, valoramos positivamente que comience a estudiarse como articular mecanismos adecuados de migración circular entre países de origen y de acogida que permitan el abandono temporal de éstos últimos pero con posibilidades jurídicas de retorno sin necesidad de iniciar toda una nueva tramitación de acceso al Estado miembro de acogida. Extremo este que debe ser tenido en consideración en la elaboración del futuro reglamento de extranjería, estableciendo clara y de manera justa el computo de los periodos de ausencia.

QUINTO.- Que la trasposición de las Directivas del Consejo 2003/109/CE, de 25 de Noviembre y 2009/50/CE, de 25 de Mayo, a través de los artículos 32 y 38 ter, de la Ley 2/2009, de 11 de Diciembre, de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, se ha efectuado con escasa concreción, realizando una continua y constante remisión al Reglamento, que está ocasionando numerosos problemas prácticos en lo que atañe, especialmente, a la residencia de larga duración. En consecuencia,
P R O P O N E M O S

A) Por lo que respecta a la Directiva 2003/109/CE:

- a. Que se diferencie claramente por nuestro legislador entre el Estatuto de residente de larga duración (haz de derechos que confiere la residencia regular e ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro) y el instrumento o título

que acredita o materializa el mismo (permiso/autorización de residencia de residente de larga duración CE³). Estatuto que comporta igualdad de trato con los ciudadanos del Estado de la Unión Europea, en un amplio abanico de sectores económicos y sociales y el derecho de residencia – movilidad – en los demás Estados miembros.

- b. Que los requisitos que la Directiva señala para la obtención del Estatuto de residente de larga duración, sean interpretados con carácter flexible por la Administración. Así, respecto a la exigencia de contar con recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, consideramos conveniente recordar que la Directiva señala expresamente como los Estados deben aplicar las disposiciones de la presente Directiva sin ningún tipo de discriminación por razón de fortuna y que las razones de orden económico no deben ser motivo para denegar la concesión del estatuto.

- c. Que, tal y como se recoge en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración nº 9/2009 (y pese a que, como ya ha señalado nuestro Tribunal Supremo, a través de una Instrucción no pueden regularse aspectos que afectan a los derechos y deberes, por ser materia reservada a la Ley y al Reglamento), dado que el acceso a la anterior residencia permanente, actual residencia de larga duración, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 2/2009, de 11 de Diciembre, puede obtenerse por vías diferentes a la residencia temporal y continuada en nuestro país durante 5 años – art 72.3 Real Decreto 2393/04, de 30 de Diciembre – y que la propia Directiva no excluye la posibilidad de que se apliquen disposiciones nacionales mas favorables (art. 13), interesamos que esta circunstancia sea tomada en consideración en la elaboración del próximo Reglamento de Extranjería, así como que las previsiones

³ Debiendo observarse que la Directiva solo contempla un tipo de autorización o permiso, el de residencia de larga duración–CE, y no distingue, de cara a su obtención en un segundo estado miembro, si el ciudadano extranjero residente de larga duración en un Estado de la Unión desea conservar o no el estatuto obtenido en ese primer país.

más favorables que nuestra legislación de extranjería contenía para la obtención y el mantenimiento de dicha autorización se conserven.

- d. Que los problemas de cooperación y de comunicación entre los diferentes Estados miembros de la Unión Europea que están generando problemas respecto a la movilidad/circulación reconocida por la Directiva a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, sean subsanados a la mayor brevedad, pues con ello se incide y afecta directamente a los derechos y garantías que el Estatuto logrado les brinda.

B) En relación a la Directiva 2009/50/CE:

- a. Que a los efectos de no impedir o restringir el ejercicio del derecho de residencia del trabajador nacional de tercer país altamente cualificado, éste pueda reagrupar a sus familiares, especialmente a sus ascendientes, sin las limitaciones establecidas en la Ley 2/09, de 11 de Diciembre.
- b. Que dado que reglamentariamente han de determinarse los términos de equiparación entre cualificación de enseñanza superior y 5 años de experiencia profesional, así como los requisitos para la concesión y renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados, deba tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5, 7.2, 8.2, 9 a 11 y 13 de la referida Directiva (relativos a los requisitos y documentos que debe reunir la solicitud, periodo de validez de la autorización, supuestos de denegación y renovación, así como garantías procedimentales).

De esta forma, en el plazo para examinar la solicitud no debe computarse el tiempo necesario para el reconocimiento de las titulaciones profesionales ni el tiempo necesario para expedir el visado, en caso de ser preciso y las cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro deben ser reconocidas.

- c. Que debido a la incidencia que la regulación objeto de la Directiva supone en la autorización de residencia de larga duración, han de observarse las excepciones recogidas en los artículos 16 a 19, en virtud de las cuales se permite la acumulación de periodos de residencia en diferentes Estados de la Unión (para el computo de los 5 años de residencia temporal y continuada, presupuesto de la concesión del estatuto de residente de larga duración) y se amplían e interpretan de forma más flexible a los titulares de la tarjeta azul UE los periodos de ausencia del territorio de la Unión.
-



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 7
EL NUEVO MODELO SOCIAL: CONVIVENCIA VERSUS IRREGULARIDAD.

DESDE LA PERSPECTIVA ITALIANA

- 1) La introducción de un nuevo tipo penal en el ordenamiento jurídico italiano que castiga la entrada y la permanencia del extranjero que se encuentre en situación irregular en el territorio italiano, pone de manifiesto la voluntad de estigmatizar y criminalizar al inmigrante irregular.
- 2) Se constata que los dos grandes modelos sociales de convivencia europeos, el modelo de asimilación francés y el modelo multicultural británico, han entrado en crisis, sin que hasta la fecha se hayan analizado las causas del fracaso de ambos modelos que se puso en evidencia tras los actos de terrorismo ocurridos en Londres y los disturbios en los suburbios de París.
- 3) Italia no tiene un modelo social de convivencia definido, aunque la política que se sigue es la de respetar los valores propios de la cultura del inmigrante siempre que no entren en contradicción con los valores culturales propios de la sociedad italiana.
- 4) Se constata que a la hora de adoptar o construir un modelo de convivencia social se siguen tres concepciones distintas:
 1. La necesidad de integración de los inmigrantes a los estilos de vida de la sociedad de acogida.
 2. La convivencia entre las culturas.
 3. La convivencia más una interculturalidad que permita superar el desconocimiento mutuo.
- 5) Se pone de manifiesto la necesidad de crear mecanismos legales que permitan el intercambio cultural y favorezcan las experiencias positivas que permitan superar la confrontación cultural.

- 6) Se propone reconocer a los inmigrantes irregulares permanentes, el estatus de precidadanía que les otorgue los derechos de libre circulación y demás derechos básicos. Ello supondría el reconocimiento de unos derechos asimilados o superpuestos a los que se otorgan a los ciudadanos de la UE.

DESDE LA PERSPECTIVA FRANCESA

- 1) En Francia se reconocen a los inmigrantes regulares los mismos derechos y libertades que a los autóctonos excepto aquellos de contenido político.
- 2) Se constata un recrudecimiento de la legislación francesa en materia de inmigración y actualmente, existe un proyecto de Ley cuyo objetivo es que la inmigración por trabajo sustituya a la inmigración familiar.
- 3) Es necesario un consenso entre todos los juristas europeos defensores de los derechos de los inmigrantes para contrarrestar las tendencias restrictivas de las actuales legislaciones de los diferentes Estados miembros.

DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

- 1) La irregularidad seguirá existiendo en nuestro país y debe ser incluida en la reflexión de la convivencia social sin oponer ambas.
- 2) Consideramos que la cohesión o convivencia social incluye además de una eficiente gestión migratoria otras cuatro cuestiones:
 1. Las actitudes de la población autóctona. Para ello la Administración debe preocuparse porque los mecanismos de gestión migratoria sean comprendidos y adoptados por la población autóctona.
 2. Los programas de integración deben ser asumidos por la población autóctona mediante la formación, sensibilización y la información sobre el fenómeno migratorio.
 3. Un estatuto claro de derechos y deberes para los inmigrantes, incluidos aquellos en situación administrativa irregular.
 4. La puerta de acceso a bastantes derechos por parte de las personas extranjeras en situación irregular es la decisión administrativa de empadronar. Por ello el debate del padrón no

es un debate más, ya que simboliza si estamos o no de acuerdo con mucha, con poca o con ninguna irregularidad.

DESDE LA PERSPECTIVA MARROQUI

- 1) Se constata que la legislación marroquí en materia migratoria se circunscribe, únicamente, a proteger sus ciudadanos emigrantes en el extranjero, debido a que Marruecos, es país de emigración.
 - 2) Se percibe un deterioro de la 'condición de inmigrante' hasta el punto de criminalizarlo. La tendencia social es a generalizar las conductas antisociales de determinados inmigrantes en territorio español y ello fomenta el resentimiento de la población autóctona de acogida.
 - 3) Entendemos que a los inmigrantes no se les puede exigir más que a los propios autóctonos. Por tanto, consideramos que no puede condicionarse la integración social al simple conocimiento de las lenguas autóctonas y las características culturales e históricas del territorio de acogida.
-



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 8
INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS CONSULARES EN MATERIA DE
EXTRANJERÍA.

INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS CONSULARES EN MATERIA DE
EXTRANJERÍA

La organización del Congreso de Barcelona, muy acertadamente, reunió en la presente mesa dos ponentes de gran formación jurídica, la Profesora Dra Aurelia Álvarez de la Universidad de León y Don Bartolomé José Martínez, Letrado del Defensor del Pueblo, Director del Área de Inmigración de esta Institución. El acierto de la conjunción de dichos ponentes fue el visionar por parte de los asistentes dos aspectos importantes de la actividad consular, especialmente después de la denominada Ley de Memoria Histórica. Por una parte el Consulado como receptor de solicitudes de nacionalidad española. Se nos recordó que a la fecha de la ponencia los consulados de España habían tramitado 81715 solicitud de nacionalidades (conservación, recuperación, opción) en que no es necesaria la previa residencia. Se manifestó que la Ley de Memoria Histórica pretende, entre otras cosas, facilitar el acceso a la nacionalidad española de aquellas personas a quienes no se le transmitió la misma. En la ponencia del Sr. Btmé José Martínez, tuvimos una visión absolutamente diferente de los Consulados de España relacionada directamente con la Ley⁴ y Reglamento de Extranjería⁵, así como con normativa para los ciudadanos

⁴ [Ley Orgánica 4/2000](#), de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre) y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre).

⁵ [Real Decreto 2393/2004](#), de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005), en su redacción dada por el Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre (BOE núm. 228, de 23 de septiembre), por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (BOE núm. 51, de 28 de febrero) y por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio).

comunitarios y sus familias ⁶ y en definitiva con la concesión y denegación de visados, trasladando desde la visión de la Institución del Defensor la problemática de la misma conocida y constatada a través de las quejas, estudios e investigaciones que la Institución realiza.

La Ponencia de la Profesora Aurelia Álvarez Rodríguez aparecerá en la pagina web que dirige MIGRAR CON DERECHOS <http://www.migrarconderechos.es>

Sin perjuicio de la lectura de la Ponencia la principal conclusión de la misma es la necesaria revisión de la INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO de 4 de noviembre de 2008 con el fin de dotar a los Consulados y a los Registros Civiles de elementos que permitan una mejor instrucción de los expedientes.

Por otra parte se constató que los trámites de nacionalidad consecuencia de la Ley de Memoria Histórica se efectúan con mayor rapidez desde los consulados de España que desde los Registros Civiles donde demoran un plazo superior.

En cuanto a la Ponencia del representante del Defensor del Pueblo, se concluyó lo siguiente:

1ª conclusión.- Nos encontramos con una estructura consular del siglo XIX para problemas del siglo XXI. Es necesario la adecuación de los consulados a la actualidad realidad migratoria e insistir en la dotación informática de alto nivel en los mismos.

2ª conclusión.- La dificultad de contar con medios de control para revisar la actividad consular. El Defensor procede a actuar a partir de las quejas presentadas por escrito a la Institución o a través de la página web del mismo www.defensordelpueblo.es .

3ª conclusión.- Como consecuencia de lo anterior se hace imposible el análisis de la coherencia de la Administración consular en sus decisiones. Consideramos imposible entender porque se deniegan algunos visados cuando se ha realizado un esfuerzo de la Administración y de los particulares implicados en las concesiones de autorizaciones previas en sede administrativa española es decir en las Oficinas de Extranjeros de las Delegaciones de Gobierno y en las Subdelegaciones correspondientes.

⁶ [Real Decreto 240/2007](#), de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE núm. 51, de 28 de febrero*), en su redacción dada por el Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio (*BOE núm 177, de 23 de julio*)

4ª conclusión.- La problemática derivada de las personas, que hallándose renovando sus autorización salen de España con o sin autorización de regreso. Dichas personas tienen que proveerse del correspondiente visado para regresar a España si les ha caducado la autorización de regreso o si carecen de la misma. Se propone desde la Institución conceder autorización de regreso con la solicitud de renovación, modificando la legislación vigente. Se constata por tanto una pérdida de derechos de los extranjeros que están renovando su documentación en relación la libertad de circulación del extranjero.

5ª conclusión.- Se constata la disfunción de las competencias consulares en relación con la categoría administrativa y formación de los miembros de la administración consular. Por tanto se propone insistir en la competencia y mayor capacitación del personal consular, incluidos los cónsules que realizan funciones de Juez y Fiscal, sin tener, en algunos casos, la cualificación necesaria para ello.

6ª conclusión.- En cuanto a las oficinas de legalización consulares se anuncia que esta es una cuestión de difícil solución y se propone por parte de la Institución la digitalización de certificados.

7ª conclusión.- La Institución no comparte y por tanto critica la externalización de funciones y la arbitrariedad y abuso de poder que ello comporta. No existe control desde el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre los despachos colaboradores de los consulados.

8ª conclusión.- En cuanto al acceso a los Consulados de España por parte del Defensor se propone buscar soluciones dependientes del Consulado no delegar dicho control externo en el estado donde el consulado se encuentra ubicado.

9ª conclusión.- Necesidad de que exista un control del contenido de las páginas webs de los consulados de España.

10ª conclusión.- Se constata la banalización de ciertos derechos en sede consular.

11ª conclusión.- Se constata la realización de las pruebas de ADN como un potencial peligro para las personas según en que país se realicen las mismas. Crítica de los test y técnicas de determinación subjetiva de la edad, basadas en apreciaciones personales de los funcionarios consulares.

12ª conclusión.- Se recomienda que en los procesos de reagrupación familiar la edad del menor a la fecha de iniciación del expediente administrativo en España sea la que se tendrá en cuenta hasta la finalización del procedimiento y posterior solicitud y concesión de visado.

13ª conclusión.- Se recomienda valorar la concesión de visados a las personas, que aún con prohibición de entrada en el Espacio Shengen tengan vínculos matrimoniales españoles o ciudadanos de la Unión Europea.

14ª conclusión.- Se recomienda un procedimiento análogo a los ascendientes de comunitarios para los visados de residencia de ascendientes de españoles, claramente discriminados en la normativa actual.

La materia consular se refleja asimismo en otras mesas del congreso tales como MESA NÚMERO 1 – conclusión octava y duodécima y propuesta número 12 de dicha mesa en relación con los visados de búsqueda de empleo.

MESA NÚMERO 2.- Como aspecto negativo en la mesa de asilo se manifiesta la desaparición de la vía de asilo en sede diplomática.

MESA NÚMERO 4.- Evidentemente el contenido de toda la mesa número cuatro está relacionado con la mesa número 8 al tratar aquella del código de fronteras Shengen.

A los participantes en dicha mesa y a todos los que estén interesados en esta materia se recomienda la Lectura de la memoria 2009 del Defensor en todo aquello que refleje la actividad consular, en especial las recomendaciones aceptadas y las rechazadas por la Administración española: <http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/informesanuales/Informe2009.pdf>.



XX ENCUENTRO DE LA ABOGACIA
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
27 AL 29 DE MAYO 2010
BARCELONA

CONCLUSIONES MESA DE TRABAJO 9
EL EXTRANJERO COMO VÍCTIMA

Hemos de denunciar que:

_ Una vez en España, el extranjero es víctima de la política migratoria del Estado, basada en el control de flujos, el restablecimiento del orden público de extranjería, criminalizadora de la inmigración, etc..

_ El extranjero es víctima de delitos por el hecho de ser extranjero: víctima de discriminación, de xenofobia, de explotación laboral, de tráfico ilícito de mano de obra, de inmigración ilegal de tráfico de seres humanos o laboral, víctima de explotación sexual, víctima de violencia de género; es víctima de delitos como persona: delitos de lesiones, estafa, abusos sexualesetc.. Existe una doble victimización del extranjero que cuando acude a denunciar que ha sido víctima de algún delito, se le incoa a continuación un procedimiento sancionador de expulsión.

_ El extranjero es víctima porque las instituciones no aplican la legalidad vigente por dejación de sus funciones impidiendo el acceso efectivo a la protección de sus derechos humanos.

_ El riesgo de que bajo esta política de control de flujos del Estado, el pensamiento de la vulnerabilidad del extranjero por su situación de residencia ilegal, de incertidumbre y precariedad administrativa y la victimización ficticia sea trasladado a todos los migrantes para minimizar sus derechos.

_ El hecho migratorio se ha convertido en un problema de orden público y todo movimiento migratorio está bajo la sospecha de la trata. Así por

ejemplo, se castiga en la Reforma del CP la ayuda al tráfico ilegal, en los que se ven incluidos los supuestos solidarios de ayuda.

_ El hecho de que ciudadanos extranjeros objeto de delitos son internados en Centros de Internamiento y por esta causa no se pueda continuar con la denuncia del delito; en otros casos, son expulsados antes de que se pueda encausar el delito

_ En un alto porcentaje, las víctimas son mujeres extranjeras, como en el delito de violencia de género y de trata de seres humanos.

_ La trata de seres humanos es una nueva esclavitud en el siglo XXI, el mayor atentado contra la dignidad de la persona y sus derechos humanos al perseguir la cosificación del ser humano, que afecta a mujeres y niñas, que están muy desprotegidas, ocultas y silenciosas. Es un problema de violencia de género.

_ La trata de seres humanos es uno de los tres negocios más lucrativos junto con el tráfico de drogas y armas; y por estos extraordinarios beneficios que produce es fuente de corrupción.

_ La pésima tipificación de los delitos relacionados con la trata de seres humanos, la explotación sexual y laboral, así como con el delito de proxenetismo. Así, por ejemplo, el CP castiga con penas superiores favorecer la inmigración ilegal (artículo 318 bis CP) que la trata de seres humanos (nuevo artículo 177 bis CP); así como la tipificación de la ayuda al tráfico ilegal. Esto genera problemas a la hora de la calificación de los delitos y de su condena.

_ Se confunde el delito de tráfico de personas en el que se protege el orden público de extranjería con el delito de trata, en el que se protegen Derechos Humanos de extranjeros vulnerables.

_ Las personas traficadas no son vistas y tratadas como víctimas sino no como delincuentes. El tráfico es explotación de la inmigración, pero las víctimas traficadas no son inmigrantes criminales.

_ No existen profesionales capacitados ni medios adecuados para la identificación de las víctimas.

_ En los artículos 59 y 59 bis de la LOEX no se contemplan situaciones en las que un extranjero víctima de un delito de estafa, abusos sexuales, etc. (diferente a la trata de seres humanos) acuda a Comisaría para denunciar la comisión del delito. Queda absolutamente desprotegida esta víctima.

Proponemos que se tenga en cuenta en la redacción del Nuevo Reglamento de Extranjería en relación con la trata de seres humanos:

_ Que la lucha contra la trata de seres humanos tenga tres pilares básicos: la prevención del delito de la trata de seres humanos, la persecución penal concertada y la protección de la víctima; acciones que deben estar presididas por cuatro principios orientadores comunes: el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la especial consideración de los menores de 18 años, la imprescindible colaboración y participación de la sociedad civil a través de las ONGS y la necesaria cooperación interestatal.

_ Que dada la dificultad existente en la identificación de la víctima, ésta se haga por unidades de rescate formadas por expertos multidisciplinares formados especialmente en trata: investigadores policiales, psicólogos, trabajadores sociales, medidores culturales, abogados independientes del turno de oficio tanto de la especialidad penal como de extranjería. Estos expertos han de informar a la víctima de sus derechos.

_ Que para la identificación se utilicen indicios de victimización, que son generales, relativos a su entorno, conductuales no verbales, verbales, relativos a la servidumbre por deudas y relativos a los menores víctimas de trata. En todo caso, debe prevalecer una presunción de victimización.

_ Que la lucha contra la trata se ha de realizar desde una perspectiva de derechos humanos, impidiendo que la protección de las víctimas quede supeditada a la denuncia de la víctima, a la desarticulación de las redes y al control migratorio.

_ Que la investigación no se ciña a la declaración de la víctima, sino que se investigue el delito, para que si la víctima se desmorona y abandona, se pueda seguir persiguiendo el delito hasta que se dicte sentencia por un tribunal.

_ Que el principal objetivo sea la protección y recuperación física y psicológica de la víctima.

_ Que se realice un gran esfuerzo de formación de los profesionales que van a trabajar en esta materia.

_ Que sea la Audiencia Nacional quien tenga la competencia para conocer este tipo de delitos.

_ Que se elabore una nueva Ley de Protección de Testigos, dotada de instrumentos jurídicos de protección adecuados a la trata y contemplando los medios económicos necesarios para su aplicación.

_ Que el período de reflexión de la víctima no esté sometido a plazo, ya que hasta que no esté recuperada no se va a poder enfrentar a todo lo que supone la denuncia, su testimonio, ... y todo el proceso penal.

_ Que no se incoen procedimientos sancionadores de expulsión a la potencial víctima de trata, ya que la protección y recuperación de la víctima está por encima del control de flujos y del restablecimiento del orden público de extranjería.
