



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



NOTAS URGENTES SOBRE EL RD. 240/2007, 16 FEBRERO

Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias

- Notas Urgentes, esquema y guión para el debate-

SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA CGAE

Pascual Aguelo Navarro
Marcelo Belgrano Moles
Paco Solans Puyuelo

Supervisión:

Ángel G. Chueca Sancho
Prof. D. Internacional Público
María L. Trinidad García
Prof. D. Internacional Privado

Preámbulo

- Transposición Directiva 2004/38/CE.
- Recuerda carácter supletorio de LO 4/2000 aspectos más favorables.
- Incluye reagrupación familiares ciudadanos españoles (DF.3.^a)
- Introduce en el RD 2393/2004 dos D.A. 19.^a y 20.^a
- Objeción general a todo el RD comunitarios:

En numerosas normas el RD utiliza mal el concepto de ciudadanos, hablando de "ciudadanos de los Estados miembros...", cuando debe hablar de "Los nacionales de un estado miembro de la UE o de otro estado parte en el EEE".

Existe ahí una mala redacción porque el vínculo político que une a una persona física (o jurídica) con un Estado se llama nacionalidad, no ciudadanía. El vínculo político que une a una persona física con la UE es la ciudadanía de la UE. Además el concepto de ciudadanía, aplicado a las relaciones entre una persona y un Estado, parece sobre todo de contenido sociológico, no jurídico.

Dos ejemplos: Los arts. 6 y 7 RD COMUNITARIOS dice: "un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo..." (art. 6); "los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Espacio Económico Europeo...".

En ambos casos debe decir: "un nacional de un Estado miembro..." o "los nacionales de los Estados miembros...".

Ámbito de Aplicación

- Aplicable en principio a ciudadanos de otros Estados miembros de la UE, de Estados partes en el Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza, que ejercen la libre circulación y se trasladan a España y **familiares:**



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



- **Cónyuge:** Debe entenderse que el acuerdo o declaración de nulidad, divorcio o separación legal debe ser judicial (Ver Directiva Art.3-2 a. Asimismo Dictamen del Consejo de Estado).

• 1. ¿Cabe entender un acuerdo o declaración que no sea judicial?

- **Pareja:** inscrita en un registro público (UE), que impida la posibilidad de 2 registros simultáneos.

• 2. ¿Impide la aplicación del supuesto el hecho de que no exista un registro único?

Directiva Art. 2.2

"b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;"

Consejo de Estado

"Esta regulación ha sido objeto, a lo largo del expediente, de diversas críticas, no tanto por la inclusión de tales parejas en el ámbito de aplicación, cuanto por la inexistencia en nuestro ordenamiento de un único instrumento jurídico que garantice la igualdad de esas uniones registradas en el conjunto del territorio español. En concreto, se ha criticado la inexistencia en nuestro Derecho de un instrumento normativo de carácter general que establezca uniformes requisitos y consecuencias para dichas parejas en el conjunto del Estado.

El Consejo de Estado, que ya advirtió de los posibles efectos perjudiciales de la falta de una disposición estatal de esas características en nuestro Derecho en el Dictamen n.º 2628/2004, relativo al anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, entiende que esa carencia no afecta en general a la aplicación del Proyecto, lo que no obsta para que sí pueda generar disfunciones en relación con alguna de las previsiones del Proyecto, como la interdicción de un doble o múltiple registro en un mismo Estado.

En relación con el último inciso de la letra b) del artículo 2, se considera imprecisa la previsión, pues, por razones de orden público, son incompatibles la existencia de un matrimonio y un registro como pareja de hecho, y no solo a los efectos de la reglamentación proyectada."

- **Descendientes directos:** debe incluir nietos. "a su cargo"
- **Ascendientes directos:** " a su cargo".

• 3. ¿Cabe incluir en el supuesto los descendientes mayores de 21 años y ascendientes que "vivan con"? ¿Debe aplicarse en este caso la DA 19ª RELOEx? ¿El art. 2,2º, de la Directiva, excluye a los mayores de 21 años y a sus ascendientes que "vivan con", salvo que estén "a cargo", sean dependientes?



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



Derechos

- La igualdad de trato es predicable a favor de los familiares extracomunitarios residentes.

El RD cita el art. 39, 4.º, TCE, que señala que la libre circulación de trabajadores no se aplicará "a los empleos en la administración pública"; pues bien, este concepto se entiende en sentido estricto y hoy no incluye por ejemplo el acceso a empleos en sanidad pública, en correos, en función pública docente... ni en el ejército... El RD cumple pues el Derecho de la UE en esta materia, pero debe tenerse presente el concepto de orden público que estructura la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

- 4. ¿El peor trato dispensado a los ascendientes de españoles no contraviene esta disposición?

Materialmente no parece evidente; pero a nuestro entender resulta claro que se debe modificar el Derecho español para que en ningún caso los ascendientes de españoles no sufran discriminación

Entrada

- Familiares extracomunitarios: Únicamente visa de entrada (Rgtº (CE) 539/2001)
- La expedición de dichos visados será gratuita y la tramitación del visado tendrá carácter preferente (Directiva "procedimiento acelerado")
- Máximas facilidades para entrar en el caso de no disponer de todos los documentos de viaje necesarios.

Residencia

- Ciudadano comunitario: Mera inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Expedición inmediata de un certificado de registro. Solicitud de forma personal en la OFEx. No sujeto a renovaciones. ¿Por qué en el Registro Central de Extranjeros si realmente no son los extranjeros clásicos de la LOEX 4/2000? En todo caso, la inscripción en dicho Registro no parece violar la Directiva 2004/38/CE.
- Familiar extracomunitario: Tarjeta de Familiar de Ciudadano de la Unión. Entrega inmediata de resguardo. Efectos retroactivos de la resolución favorable.

- 5. ¿La solicitud personal en el caso de ciudadanos comunitarios puede contravenir la LPA?

Mantenimiento

- Fallecimiento:
 - o Familiares extracomunitarios: Se exige únicamente haber residido como FRCEE



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



(Directiva habla de 1 año). A los 6 meses, salvo permanentes, debe solicitar una Tarjeta de acuerdo con el 96.5 RELOEx. y debe disponer de medios económicos.

- Nulidad, divorcio, separación legal o cancelación inscripción pareja.
 - o Obligación de comunicación.
 - o Duración del matrimonio o pareja 3 años. 1 año al menos en España.
 - o Otorgamiento de la custodia de los hijos del ciudadano comunitario.
 - o Víctima violencia doméstica.
 - o Derecho de visita.
 - o Transcurridos 6 meses desde la producción del supuesto, salvo permanentes, debe solicitar una Tarjeta de acuerdo con el 96.5 RELOEx. y debe disponer de medios económicos.

Residencia Permanente

- Ciudadanos de la Unión.
 - o Ciudadanos de la Unión y miembros de la familia extracomunitarios tras residencia legal de 5 años.
 - Solicitud OFEx, se expedirá "a la mayor brevedad posible" Certificado del derecho a residir con carácter permanente.
 - o Sin residencia de 5 años:
 - Trabajador caj o cp con derecho a pensión. Ejercicio de la actividad en España más de 3 años y últimos 12 meses.
 - Cese por incapacidad permanente. 2 años de residencia.
 - Los familiares también tendrán derecho a la permanente.
- Familiares extracomunitarios
 - o Tras 5 años de residencia legal se les expedirá una Tarjeta de Residencia Permanente, renovables cada 10 años.
- El derecho a la residencia permanente se perderá por ausencia de más de 2 años.

Procedimientos

- Certificados y Tarjetas: Solicitud personal. Carácter preferente.
- Excepcionalmente se podrá recabar información sobre antecedentes penales o certificado médico.

Competencia:

- Salvo las resoluciones de expulsión (Subdelegados o Delegados de Gobierno), corresponden al Jefe de la Oficina de Extranjeros. Si no hubiera aún OFEx, provisionalmente Subdelegado o Delegado Gobierno.
- Carácter supletorio de la LO 4/2000 en la medida que no se oponga a normativa comunitaria y resulte más favorable.
- Retroactividad del RD.



SEMINARIO PERMANENTE SOBRE
MIGRACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA

Espacio abierto de Interculturalidad
y Derechos Humanos



- Rumanos y Búlgaros.

Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública

- Tipos de medidas:

- o Impedir la entrada.
- o Denegar la inscripción.
- o Denegar la expedición o renovación de tarjetas.
- o Expulsión o devolución.
 - La expulsión de ciudadanos UE y familiares residentes permanentes solo por motivos "graves" de orden o seguridad públicos.
 - Ejecución tardía (2 años) se deberá comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias.
 - No será motivo la mera existencia de condenas penales anteriores.
 - No se podrá adoptar respecto de ciudadanos de la UE salvo si existen "motivos imperiosos de seguridad pública":
 - Residencia en España 10 años anteriores.
 - Menor de edad.
 - Por la mera caducidad de documentación.
 - Incumplimiento de solicitar la documentación preceptiva acción equivalente a la no tramitación del DNI por españoles.
 - Informe de la Abogacía del Estado.
 - Garantías procesales: La solicitud de medida cautelar suspensiva impide la expulsión.

- **No incorporación o incorporación incompleta de algunas normas de la Directiva.**

Se producen en ocasiones la no incorporación de normas de la Directiva o la incorporación incompleta de algunas de ellas:

- 1.º No incorporación en materia de prohibición de entrada en el territorio.

El Dictamen del Consejo de Estado observa que determinadas normas de la Directiva (arts. 15, 3º y 33., 1º) no han sido incorporadas al RD COMUNITARIOS. El art. 15, 3º dice que "el Estado miembro de acogida no podrá acompañar una decisión de expulsión, contemplada en el apartado 1º, de una prohibición de entrada en el territorio".

- 2.º No incorporación del art. 30 de la Directiva:

Esa norma se titula "notificación de las decisiones"; su contenido no aparece expresamente incorporado al RD COMUNITARIOS. Aun cuando se supone que nuestro Derecho interno obliga a notificar cualquier decisión adoptada por cualquier órgano del Estado, no aparece esa norma.

Por eso el RD COMUNITARIOS art. 18 viola la Directiva, no exige la notificación; esa notificación exige que se comuniquen al interesado por escrito "en

condiciones tales que le permitan (al interesado) entender su contenido e implicaciones” (art. 30, 1.º, Directiva).

“Se comunicarán al interesado, con precisión y por extenso, las razones de orden público... a menos que a ello se opongan razones de seguridad del Estado” (art. 30, 2.º de Directiva). Además estamos ante una norma que muy posiblemente tenga EFECTO DIRECTO.

Esta ausencia de incorporación no parece que esté totalmente cubierta por la referencia a la LOEX y al RELOEX, así como a la Ley 30/92 (rég. Juríd. Admones públicas y proced. Advo común).

- 3.º Incorporación incompleta en medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública (art. 15 RD Comunitarios).

La Directiva, en su art. 27, 2.º, señala que “las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad”; este principio no aparece en art. 15 del RD Comunitarios. La misma norma y párrafo de la Directiva indica que “No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”.

4º Incorporación incompleta del art. 31 de la Directiva (garantías procesales).

Esta norma ha sido incorporada por el art. 18 del RD COMUNITARIOS. Pero no parece que se haya incorporado el párrafo 3.º, que dice: “El procedimiento de recurso permitirá el examen de la legalidad de la decisión, así como de los hechos y circunstancias en que se basa la medida propuesta. Garantizará asimismo que la decisión no sea desproporcionada, en particular respecto de los requisitos establecidos en el art. 28”.

Disposición Final Tercera. 1: Modificación del RELOEx. DA 19.ª. Familiares de comunitarios no incluidos en el RD.

- DA. 19.ª: Facilitación entrada y residencia de familiares no incluidos en el RD:
 - o Facilidades para Visado de residencia o P.CircExcep. LO 4/2000
 - **Otro familiar** hasta 2.º grado, línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad que en el país de procedencia
 - “esté a cargo” o “viva con”
 - motivos graves de salud o discapacidad, se estrictamente necesario
 - Pareja extracomunitaria con la que mantiene “una relación estable debidamente probada”
 - o Se exigirá:
 - Acreditación de la autoridad competente del país de origen o procedencia certifique que está cargo o que vivía con él.
 - Prueba de la existencia de los motivos graves de salud o discapacidad
 - Prueba suficiente de la existencia de la relación estable.

- Las resoluciones serán debidamente motivadas.
- El descendiente mayor de 21 años que “viva con”, pero no a cargo va régimen general, lo mismo que ascendientes. Si “está a cargo” debe aplicarse el art. 2 del RD.

• 6. En el caso de la pareja, ¿Se refiere a parejas no registradas? ¿Al hablar de pareja extracomunitaria pretende dejar el art. 2 para pareja comunitaria? Estos casos van a régimen general.

Disposición Final Tercera. 2: Modificación del RELOEx. DA 20ª. Familiares extracomunitarios de español.

- Aplicación del RD 240/2007, cuando le acompañen o se reúnan con él:
 - Cónyuge.
 - Pareja registrada.
 - Descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada menores de 21 años o mayores que “vivan a su cargo” o incapaces.
 - Ascendientes y a los de su cónyuge o pareja registrada que “vivan a su cargo” que fuesen ya residentes de acuerdo con el RD 178/2003.
- Aplicación RELOEx:
 - **Ascendientes directos de ciudadano español, o de su cónyuge. La reagrupación se regirá por el reglamento de extranjería.**

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado:

“Esta diferencia de régimen jurídico, de mayor rigor para los ciudadanos españoles, implica una situación menos favorable para estos respecto de los comunitarios y nacionales de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el EEE que carece de justificación.

Por ello, se propone que el contenido del actual apartado cuarto de la nueva disposición adicional vigésima se acomode a lo que, para los ascendientes directos a cargo de ciudadanos comunitarios, establece el artículo 2 del Proyecto.”

Disposición Final Cuarta

- Subsidiaridad de la normativa sobre extranjería.

Entrada en vigor

- Un mes desde su publicación. Por tanto el 1 de abril de 2007.