



Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

FISI/2011/D4

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes

De conformidad con las competencias que le han sido atribuidas por el artículo 70 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como por el artículo 3.3 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes;

Una vez examinada la propuesta sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,*

Ha aprobado, en Comisión Permanente de 22 de septiembre de 2011, el presente **Dictamen**

El Foro estima que lo más razonable sería incluir en un único texto todas las modificaciones habidas hasta ahora introducidas por el **Real Decreto 1161/2009**, de 10 de julio (BOE núm. 177, de 23 de julio) y por la **Sentencia** de 1 de junio de 2010 del Tribunal Supremo (BOE núm. 266, de 3 de noviembre).

Al efecto se recomienda redactar un nuevo Real Decreto o, en su caso, modificar, en este que ahora se somete a consulta, todos los artículos afectados por la Sentencia a fin de hacer más accesible la norma.

El Foro, en cuanto al punto uno, referido al apartado 4 del **artículo 8**, propone añadir: “La falta de resolución por parte de la administración en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud será favorable al solicitante.”

Motivación.- Importancia en estos casos de la aplicación del silencio positivo.

El Foro considera favorable que la modificación de la resolución tenga efectos retroactivos, no ya por la solicitud de la correspondiente autorización si no a efectos de la entrada en territorio español.

El Foro, en cuanto al punto 2, referido al apartado 4 del **artículo 9**, con las modificaciones realizadas entiende que se da una mejor protección a las víctimas por violencia de género, no obstante cree necesarias las siguientes modificaciones:



- ♦ Debería modificarse la redacción del título del artículo
- ♦ El párrafo primero únicamente se adecua a la redacción de la sentencia de 1-6-2010
- ♦ Igualmente el apartado a), se limita a adecuar la redacción a la Sentencia del 1-6-2010.
- ♦ En el apartado b) en realidad no se produce ninguna modificación y el Foro cree necesario añadir al final: *“También en el supuesto en que se otorgue la custodia compartida a ambos progenitores.”*

Motivación. Garantizar que la custodia compartida también implica el derecho a conservar el derecho de residencia de familiar de comunitario. Aunque la actual redacción lo lleva implícito, creemos preferible recogerlo expresamente.

Apartado 4 c), se sustituye el concepto “violencia doméstica” tal como lo recogía la Directiva 2004/38/CE (artículo 13.2.c), por el concepto “violencia de género”¹; sin perjuicio de que el artículo 13.2 hable de los casos de violencia doméstica sucedidos durante el matrimonio o la unión registrada (que no incluiría todos los supuestos que son considerados en nuestro ordenamiento jurídico como “violencia doméstica” y descritos en el Código Penal) consideramos que la sustitución es inadecuada. Por lo tanto, entendemos que lo más apropiado sería contemplar tanto a las víctimas de violencia doméstica contempladas en nuestra legislación como a las víctimas de violencia de género.

Aunque se puede dar por supuesto que los hijos de una mujer víctima de violencia de género, menores de 21 años o mayores que estén a su cargo, van a mantener la misma autorización que la madre, si el Juez o el mutuo acuerdo le otorga la custodia de los hijos, no resultaría redundante que se especificase su situación en este apartado, añadiendo el párrafo siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior, el mantenimiento a título personal del derecho de residencia de la mujer extranjera será extensivo por el mismo tiempo a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren residiendo en España en el momento de la denuncia”

El Foro, en este apartado c) también considera necesario añadir al final: *“...por sentencia condenatoria, o por resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido”*

Motivación- Por coherencia con la terminología empleada por la Ley Orgánica 10/2011 de 27 de julio por la que se modifica la LO 4/2000 en lo referente a las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales por tratarse de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

Apartado 4 d), se limita a adecuar la redacción a la Sentencia del 1-6-2010.

¹ LEY ORGÁNICA 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.



El Foro, en cuanto al **punto tres**, referido al apartado 5 del **artículo 9**, entiende necesario precisar cuándo las autoridades han de considerar que “existen dudas razonables”. La redacción puede dar lugar a inseguridad jurídica en la práctica.

Del mismo modo el Foro entiende que este nuevo apartado, puede ser aplicado tanto al artículo 8 como al 9 del presente reglamento, que deja la puerta abierta a posibles comprobaciones debiendo quedar más claro que no serán sistemáticas, sobre todo, para no crear inseguridad y atentar contra la privacidad de las personas.

No obstante, El Foro considera que con este nuevo apartado, no se entiende cuales pueden ser las “*dudas razonables en cuanto al cumplimiento de las condiciones establecidas en los artículo 8 y 9*”, cuando esas condiciones están en todos los casos acreditadas por la documentación exigible en los distintos momentos del procedimiento administrativo. Y tampoco se entiende hasta cuando y hasta donde pueden entrometerse en la intimidad de las personas las “comprobaciones” que acometerá la Administración para “verificar” si se cumplen aquellas condiciones; los términos jurídicos empleados son muy imprecisos pocos concretos, además se les añade indeterminación cuando se les atribuye un carácter no sistemático, es decir se comprobará el cumplimiento de las condiciones, sin determinar a quien compete esta comprobación “no sistemática”.

Este apartado no debería introducirse pues no tiene apoyo en la Directiva 2004/38/CE, y pone bajo sospecha, al menos de abuso de derecho, a todos los afectados por estos dos artículos, es decir a todos los familiares de ciudadanos de la Unión que no ostenten la nacionalidad de dicho ciudadano.

En el caso de que no se considere la supresión de dicho apartado de forma subsidiaria se debería sustituir el texto “dudas razonables en cuanto al cumplimiento” por “*indicios del incumplimiento*”.

Motivación. El Foro entiende que cuando existan indicios del incumplimiento de las condiciones establecidas en los artículos 8 y 9 puedan llevarse a cabo comprobaciones al objeto de verificar si se cumplen o no las mismas. Por esta razón solicita que se sustituya el término dudas razonables por indicios del incumplimiento al dotar el mismo al interesado de una mayor seguridad jurídica.

El Foro, en cuanto al **punto cuatro**, referido a un nuevo apartado 5 del **artículo 14**, cree necesario su reenumeración toda vez que correspondería un punto 4 y no cinco; por lo demás parece lógico incorporar el espíritu de las disposiciones generales relativas a los documentos de residencia, recogidas en el artículo 25.1 de la Directiva.

El Foro, en cuanto al **punto cinco**, referido al apartado 2 del **artículo 15**, considera necesario introducir en el texto la palabra “razonable” después de la palabra “plazo” para adecuar el texto al espíritu del artículo 32 de la Directiva 2004/38/CE.

*“2. Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo **razonable** que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada.*



Motivación. El texto vigente establece la posibilidad de solicitar el levantamiento de una prohibición de entrada en un plazo no inferior a 2 años desde que se adoptó la prohibición. La propuesta de modificación cambia este plazo estableciendo que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada, estableciendo que, en todo caso, podrá presentarse transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España.

La modificación introduce el texto literal del artículo 32 de la Directiva 2004/38/CE salvo en un aspecto que el Foro considera esencial, la omisión del adjetivo razonable como elemento calificador del plazo que se concede a la administración para determinar que puede solicitarse el levantamiento de la prohibición de entrada.

El Foro, por otra parte, entiende como lógica la nueva redacción que se da en el segundo párrafo de este punto, por ser más garantista para el administrado que la propia Directiva de referencia, y obliga a la Administración a resolver sobre la solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada en un plazo más breve de tiempo, en tres meses frente a los seis que preveía aquella.

Por último añadir que la posibilidad de acreditarse sea por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, es fundamental ya que existe mucho retraso actualmente en las solicitudes de régimen comunitario para los familiares de extranjeros nacionalizados por la exigencia del registro del matrimonio celebrado en el país de origen, trámite que tarda entre seis meses y dos años, dejando al familiar comunitario sin posibilidad de obtener su tarjeta comunitaria ni renovar la tarjeta por reagrupación familiar.

El Foro, en cuanto al **punto seis**, referido al apartado 2 del **artículo 18**, propone modificar el texto del último párrafo del punto sexto suprimiendo la frase “*Excepto en casos urgentes, debidamente justificados*”.

Motivación. La redacción original del RD. 240/2007 recogía la posibilidad de ejecutar la expulsión de forma inmediata en casos de urgencia debidamente justificados. La sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de junio anula esta posibilidad al entender que si se ejecuta la expulsión de forma inmediata se anulan las garantías de motivación de la resolución, notificación con información de recursos, y, sobre todo posibilidad de su ejercicio ya que aun exigiéndose una debida justificación de la urgencia, la misma no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y su posibilidad de suspensión cautelar.

El Foro interpreta que salvo en los supuestos tasados recogidos en el artículo 31 de la Directiva de referencia, en los que se permite la expulsión a pesar de la existencia de una orden provisional de suspensión de la ejecución de la misma, debe concederse al interesado el plazo de al menos un mes para que pueda ejercer su derecho al control jurisdiccional de la medida de expulsión y la posibilidad solicitar de suspensión cautelar.

Por otra parte, intenta pero no lo consigue redactar ordenadamente el apartado según las previsiones de la Directiva, así se ofrecen todas las garantías procedimentales recogidas allí y en nuestro propio ordenamiento administrativo, para luego confundirlas e incluso suprimirlas; así tenemos en el párrafo segundo del texto propuesto que el establecimiento de un plazo para abandonar el territorio puede ser “excepcionado” por las razones urgentes previstas en el artículo 17.1, es decir se puede imponer la salida inmediata del comunitario expulsado sin plazo de ningún tipo, a pesar de que la Directiva lo que dice es que el plazo ha de fijarse siempre, y



como norma no será inferior a un mes, aunque excepcionalmente, en casos urgentes debidamente justificados, puede ser de menor duración.

El Foro propone, por tanto, una redacción que aclare el párrafo segundo de este punto dada su confusión, siendo necesario refundirlo con el siguiente y fijando los plazos incluso en las circunstancias excepcionales, tal y como hace la Directiva.

CONCLUSIÓN

Informa el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Madrid, 22 de septiembre de 2011

La Secretaria

Vº Bº

El Presidente

María Joaquina Larraz Mompó

Joaquín Arango Vila-Belda