

XXVI Encuentro de la Abogacía

**SOBRE DERECHO
DE EXTRANJERÍA
Y ASILO**

Burgos, 16-17 junio de 2016

Forum Evolución

Palacio de Congresos

#EncuentroExtranjería

XXVI ENCUENTROS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO
(BURGOS 16 a 18 DE JUNIO 2016)

FAMILIA EXTENSA DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN. ¿IGUALDAD DE DERECHOS? Don Carlos Mora Almundi. Subdirector General de Migración.

De acuerdo a la normativa reguladora existen dos tipos de familiares: los llamados estricta y extensa del comunitario. Y la regulación de todas estas las encontramos en:

Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

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.

Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, 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.

La **familia estricta** es aquella, que señala el Art. 2: Aplicación a miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

A los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando **le acompañen o se reúnan con él**, que a continuación se relacionan:

- a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio

o separación legal. Expresión «separación legal» de la letra a) del artículo 2 anulada por Sentencia TS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 1 de junio de 2010 («B.O.E.» 3 noviembre).

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí. Expresión «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» de la letra b) del artículo 2 anulada por Sentencia TS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 1 de junio de 2010 («B.O.E.» 3 noviembre).

c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces. Expresión «separación legal» de la letra c) del artículo 2 anulada por Sentencia TS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 1 de junio de 2010 («B.O.E.» 3 noviembre).

d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

Y la **familia extensa** regulada en el Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero:

Artículo 2.bis. Entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

1. Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros

Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:

a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, **no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto**, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud.

Para lo cual, lo que hay que acreditar es que en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con el comunitario.

Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada.

Se deberán aportar los documentos acreditativos de la dependencia, del grado de parentesco y, en su caso, de la existencia de motivos graves de salud o discapacidad o de la convivencia.

En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y el tiempo de convivencia.

Según el ponente, cada legislación nacional según la Directiva, tiene su propia competencia, para el desarrollo de ésta norma. El concepto “a cargo”, concepto jurídico indeterminado. Pero, está caracterizado por la dependencia y con los recursos suficientes de quién los provee.

Se refiere a la **Sentencia Reyes, TJUE, 16/01/2014, (Sala Cuarta), asunto C 423/12**, sobre un «Procedimiento prejudicial – Directiva 2004/38/CE – Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros – Derecho de residencia en un Estado miembro de un nacional de un Estado tercero que es descendiente directo de una persona que tiene derecho de residencia en ese Estado miembro – Concepto de persona “a cargo”», que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267

TFUE, por el Kammarrätten i Stockholm – Migrationsöverdomstolen (Suecia), mediante resolución de 12 de septiembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 17 de septiembre de 2012, en el procedimiento entre Flora May Reyes y Migrationsverket,

Debe probarse una dependencia real. Para determinar la existencia de tal dependencia, el Estado miembro de acogida debe apreciar si, a la vista de sus circunstancias económicas y sociales, el descendiente directo mayor de 21 años de un ciudadano de la Unión no cubre sus necesidades básicas. La necesidad del apoyo material debe darse en el Estado de origen o de procedencia de dicho descendiente en el momento en que solicita establecerse con dicho ciudadano (véase, en este sentido, la sentencia antes citada, apartado 37).

La dependencia debe justificarse haber estado hecha desde el estado de origen o del país de procedencia, en caso de la familia extensa.

La sentencia TJUE, de 5/09/2012, sentencia Raman, Gran Sala, En el asunto C- 83/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), London (Reino Unido), mediante resolución de 3 de febrero de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de febrero de 2011, en el procedimiento entre Secretary of State for the Home Department y Muhammad Sazzadur Rahman y familia.

En lo que respecta a los solicitantes a los que se refiere el artículo 3, apartado 2, párrafo primero, letra a), de la Directiva 2004/38, el citado artículo 10 establece que dichos solicitantes deben presentar, en particular, un «documento expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique [la situación de dependencia] del ciudadano de la Unión». El artículo 10 de la Directiva 2004/38, titulado «*Expedición de la tarjeta de residencia*», dispone: *Para la expedición de la tarjeta de residencia, los Estados miembros exigirán la presentación de los documentos siguientes: [...] e) en los casos contemplados en la letra a) del apartado 2 del artículo 3, todo documento expedido por la autoridad competente del país de origen o procedencia que certifique que están a cargo del ciudadano de la Unión o que vivían con él en ese país o la prueba de la existencia de motivos graves de salud que requieran estrictamente que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.»*

Se aportará el justificante de envío de remesas.

También se puede justificar a través de informes médicos, etc, lo que no es suficiente es un único justificante relativo a la mera declaración de estar a cargo. Así, se puede aportar: empadronamiento, alquileres, cuentas comunes de luz, agua, depósitos bancarios compartidos eso para probar la pareja.

La diferencia de la familia estricta con la extensa, es que en la extensa no tiene ese DERECHO automático sino hasta que se le conceda la tarjeta.

Sobre el seguro de enfermedad, Orden PRE 1490/2012, de 9 de julio (orden ministerial), proporcione cobertura equivalente a la del sistema público de salud.

A partir abril 2012, se crea el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Pero existe un convenio 2013, residiendo un año en España. El Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y que modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. El artículo 3 de este Real Decreto determina que:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.3 de este real decreto, podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria aquellas personas que residan en España y que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud conforme a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, reúnan los siguientes requisitos:

- a) **Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial.**

b) **Estar empadronadas**, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción.

c) **No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública** por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.”

El **procedimiento** viene establecido en el artículo 4 el cual dice “1. El procedimiento para la suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria se iniciará siempre a solicitud del interesado.

Dicha solicitud, que podrá presentarse en cualquiera de los lugares indicados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, irá dirigida a la administración pública competente que corresponda en función del municipio en el que el solicitante se encuentre empadronado y estará acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos del artículo 3 de este real decreto.

2. La administración pública competente, a la vista de la solicitud presentada y del cumplimiento de los requisitos exigidos, deberá dictar resolución motivada sobre la procedencia de suscribir el convenio especial y notificarla en un plazo máximo de 30 días contados desde el siguiente a aquel en que se reciba la solicitud.

Transcurrido el plazo fijado sin que se haya dictado y notificado la correspondiente resolución, la solicitud de suscripción del convenio especial se entenderá estimada.

Esta resolución será recurrible en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. La persona interesada dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados a partir del día siguiente a aquel en el que tenga lugar la notificación de la resolución que estime su solicitud o al de su estimación por silencio, para formalizar el convenio especial con la administración pública a la que haya dirigido su solicitud.

Transcurrido dicho plazo sin que se haya procedido a la formalización del convenio especial por causa imputable a la persona interesada se entenderá caducado el procedimiento.

4. El convenio especial comenzará a surtir efectos el mismo día de su formalización”

Además, habrá que pagar una contraprestación económica. Se habla de ello en el artículo 6 en el cual se dice “1. La suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria determinará la obligación de abonar a la administración pública con la que se suscriba el mismo la siguiente contraprestación económica:

a) Si el suscriptor tiene **menos de 65 años**: cuota **mensual de 60 euros**.

b) Si el suscriptor **tiene 65 o más años**: cuota **mensual de 157 euros**.

Esta cuota mensual podrá ser incrementada por las comunidades autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la comunidad autónoma conforme a lo establecido en el artículo 2.2.

El pago de esta contraprestación económica mensual se realizará en la forma que se determine por las administraciones públicas competentes.

2. Las cuantías de la contraprestación económica establecidas en el apartado anterior se revisarán en función de la evolución del coste de las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud. Dicha revisión se realizará, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

3. Las personas que hayan suscrito el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria tendrán derecho a la devolución total o parcial, según proceda, del importe de aquellas cuotas que por error hubiesen abonado, con sujeción a la normativa que en cada caso resulte de aplicación.”

Sobre los copagos, 9 meses, 12 meses, nada está establecido y esto se debe valorar en cada caso.

CRISIS SCHENGEN

Javier Galparsoro. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya

Cear Euskadi ha recurrido el acuerdo de entrega de refugiados a Turquía.

DIRECTIVA 2013/32/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional de procedimiento para los solicitantes de asilo.

Condiciones de acogida, 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

Cristophe Hein. Consejo Italiano para los refugiados. Universidad Luis de Roma.

La correcta aplicación del Convenio Dublín hubiera significado la acogida de los solicitantes de asilo.

El restablecimiento de las fronteras Schengen significa una violación del REGLAMENTO (UE) No 1051/2013 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) no 562/2006 con el fin de establecer normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales

Para el restablecimiento de las fronteras debe ser por una amenaza real. ¿Dónde está la amenaza al orden público de Austria, Francia, etc.?

Nunca se pensó cerrar las fronteras por situación migratoria, sino alguna vez se pensó por temas de deporte, entonces considera que no es legal ahora el cierre de fronteras para los refugiados. Luego la medida debe ser proporcional para tomar esta medida.

Art. 33 de la Convención de Ginebra establece "*Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a*

un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”, derecho a no refoulement.

El Reglamento de fronteras Schengen, incorporado en el mes de abril de 2016, (REGLAMENTO (UE) 2016/399 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016) por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)

Principio de solidaridad, Art. 80 TFUE “*Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio.*”

Iker Barbero, Profesor De Derecho Administrativo, de la Universidad del País Vasco

Francisco Solans
Abogado de Valencia

El ponente se pregunta y se responde que las expulsiones express son legales.

Lo que habría que revisar es si se ha respetado el procedimiento para la expulsión, también Art. 56, 3 de la Ley de extranjería:

3. *Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años*

En extranjería el plazo de la prescripción, empieza a contarse una vez pasado el período de prohibición de entrada, cuando la prescripción es prescripción, tergiversa la figura de la prescripción. Señala lo que debería es derogarse éste artículo.

Lo que habría que revisar si la detención es de acuerdo a Ley, si no se han vulnerado derechos fundamentales. Los mecanismos de defensa van hacer más eficaces revisando como se ha efectuado la detención. El ponente no recomienda el habeas corpus, y más bien por ir por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, la vía de la detención irregular, que debemos fundamentar.

Se recomienda la aplicación de la Directiva de retorno, cuando la persona tiene en trámite algún documento.

SUBDIRECTOR GENERAL DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL
Jesús Santa Bárbara Ruipérez

Habla del nuevo procedimiento de nacionalidad y sus ventajas del anterior sistema.

También de la adhesión de Convenios por los Consejos Generales de los colegios profesionales, para presentar vía telemática por nuestros representados, el procedimiento de nacionalidad.

Actualmente se presenta como representante voluntario.

Actualmente lo podemos hacer en nombre de nuestros representados, pero no validamos la documentación, a través del Convenio, si podríamos validar la documentación.

A día de hoy, no hay convenio suscrito con algún colegio profesional. El CGAE viene trabajando ya más de un año.

Las conexiones informáticas ya están hechas. Los gestores administrativos ya nos llevan la delantera a los abogados en la preparación del Convenio.

Señala, que actualmente el 66% de expedientes se presentan por profesionales.

Algunos expedientes están retenidos por el CNI

Se está trabajando la relación de los registros civiles con el Ministerio de Justicia.

Aurelia Álvarez, Profesora de Derecho Internacional de la Universidad De León

Adquisición de la nacionalidad española.

Retos en nacionalidad y la idea es ver algo en su conjunto.

Regulación específica y completa.

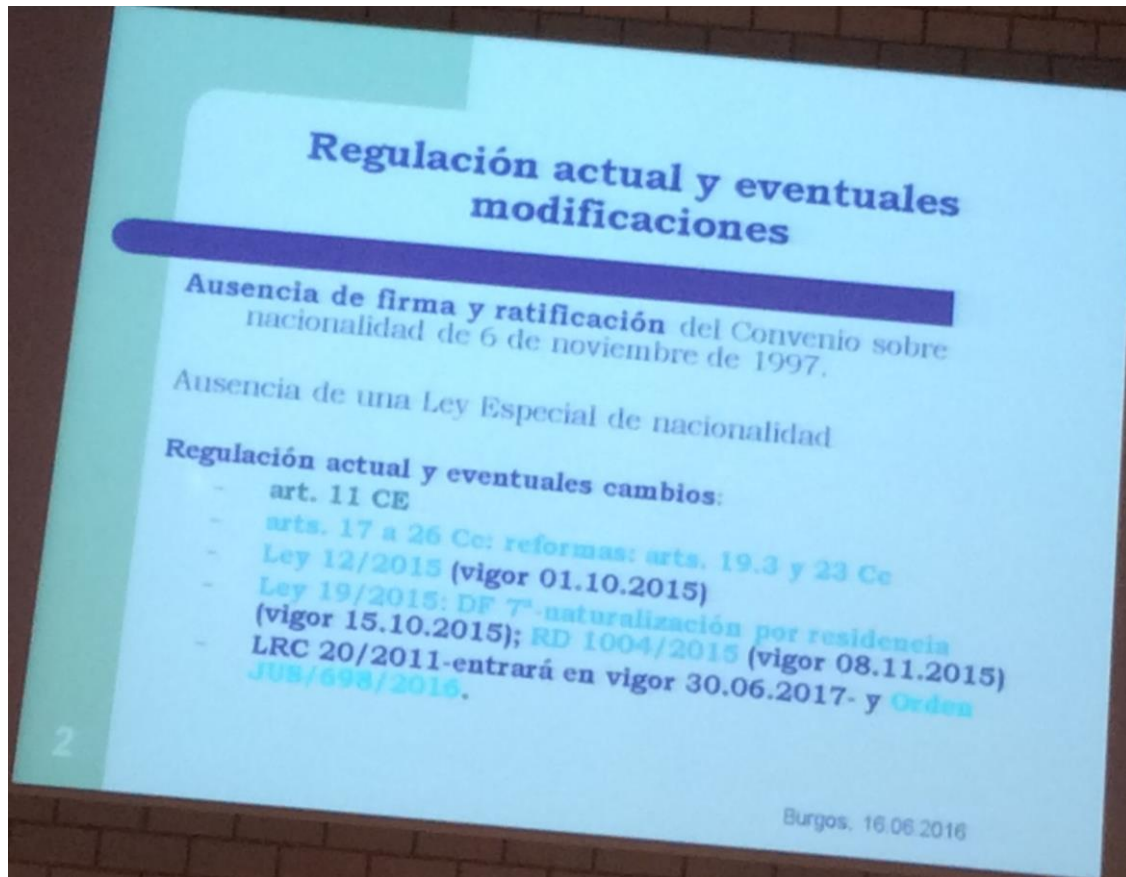
Socios de la UE, España necesita en Convenio del Consejo de Europa sobre la nacionalidad, es un código de mínimos común, existe un Convenio que España no ha ratificado.

Existe una deuda con los de la Ley de memoria histórica, hay todavía 100,000 expedientes en la Habana sin resolver.

Ella está a favor de que se redacte una Ley de la nacionalidad, no tantos parches, una Ley integral. Ya que actualmente hay una descoordinación total, régimen de hijos, nacionales de la Unión Europea, nacionales de terceros países de estados residencia permanente y españoles en el extranjero.

Hay una cantidad de procedimientos de lesividad. La actual regulación tampoco prevé nada para los analfabetos.





D. Anidaras O Caoimhi

Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Juan José Martín Arribas

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Burgos

Crean que es necesario una política común de asilo equitativa respecto a nacionales de terceros Estados.

Art. 78 para examinar estado miembro responsable.

Reglamento Dublin III, interpretación que hace el TJUE,

Este reglamento establece cual es el Estado miembro responsable del estudio.

Y la DIRECTIVA 2011/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

Se aplica a 32 Estados europeos. Se puede considerar este Reglamento la piedra de toque y el Reglamento de la Eurodat.

Oficina de apoyo y asilo a través del REGLAMENTO (UE) No 439/2010 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de mayo de 2010 por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, para prestar el apoyo necesario y adecuado.

Ámbito de aplicación radica en identificar el Estado miembro responsable del asilo, para terminar con el asilo shopping.

¿Cuáles son los objetivos que persigue el Reglamento?

El solicitante tiene derecho a una entrevista personal. Que tiene derecho a impugnar la resolución que se dicte.

También hay que tener en cuenta cuando estemos antes niños, el Art. 6, interés superior del niño. Implica una serie de obligaciones.

Los problemas del Reglamento, es que no está funcionando ya que no da todas las soluciones a todos los problemas.

La falta de legislación para aplicar ahora a éstos flujos migratorios.

En realidad, se plantean de tal envergadura hasta que el TJUE ha tenido que interpretar la legislación.

Hay quienes han propuesto, que éste Reglamento debe ser suprimido. Personalmente no está de acuerdo, es más partidario de mejorarlo.

Se puede perfeccionar, haciendo hincapié en la mejora de los procedimientos. Lo que debe haber son garantías socio políticas para que haya gobiernos estables.

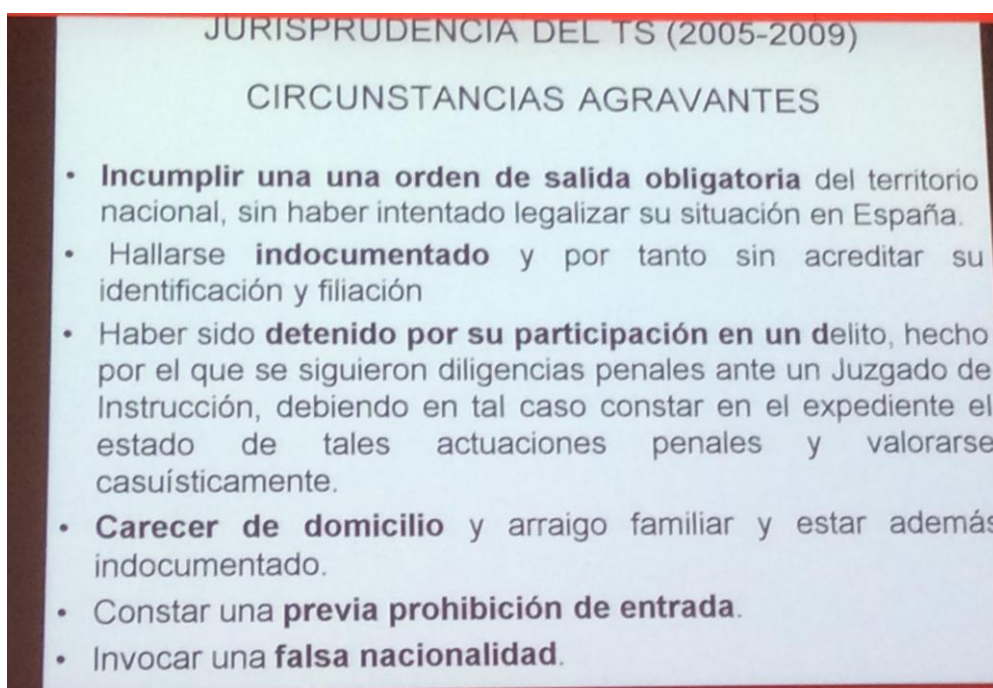
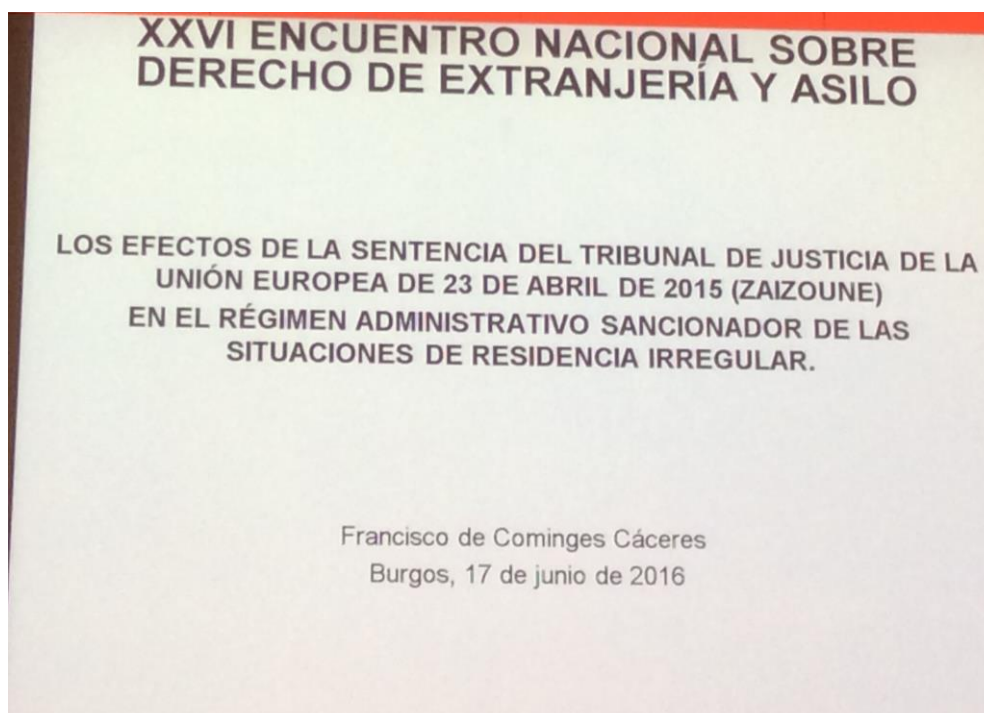
Los Estados miembros deberían actuar de forma coordinada, con más coherencia.

Lo importante es normas internas. El Reglamento es una parte de la solución del gran problema.

Actualmente ya hay un borrador de un Convenio Dublín IV.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN A LA SENTENCIA DEL 23 de abril TJUE 2015 (Zaizoune)

Francisco de Cominges Cáceres. Magistrado de JCA de Ourense.



Señala que un expediente de expulsión exige de acuerdo al Reglamento de la potestad sancionadora dos trámites de audiencia, que en la actualidad no se respetan.

Con la sentencia de TS (2005-2009), es que sentó doctrina que por la mera estancia irregular la sanción es la multa y no la expulsión.

Se debe pedir más aplicar la Directiva Europea de retorno.

Ve que la petición que hace el Estado frente al ciudadano para aplicar la Directiva, no puede ser, cuando el Estado ha incumplido la Directiva. No se puede pedir aplicar inversamente, son los particulares los que pueden pedir su aplicación.

Considera que se debe defender como hasta ahora se ha hecho de aplicar primero la multa y subsidiariamente la expulsión. Está en defender el sistema español que considera es compatible con la Directiva.

También considera que en nuestras demandas podemos pedir, la reducción de la prohibición de entrada.

El pleito habrá que pedir también alguna solicitud y un arraigo....

Una pregunta: que se debe pedir modificar, la Ley de Extranjería sobre la aplicación del procedimiento preferente en casos de estancia irregular para ir a un procedimiento ordinario que conlleva la advertencia de salida. Se pide se plantee una cuestión prejudicial.

La suspensión de la ejecución de una expulsión, cuando se detecta que un extranjero puede ser documentado, y que la Administración debe documentar, conforme a la Directiva 115/2008, de retorno, Art 6,4

Y no retorno, Art, 6,6 autorizaciones en trámite.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE 2009

(asuntos C-261/08 y C-348/08 Zurita y Choque vrs. Del. del Gobierno en Murcia),

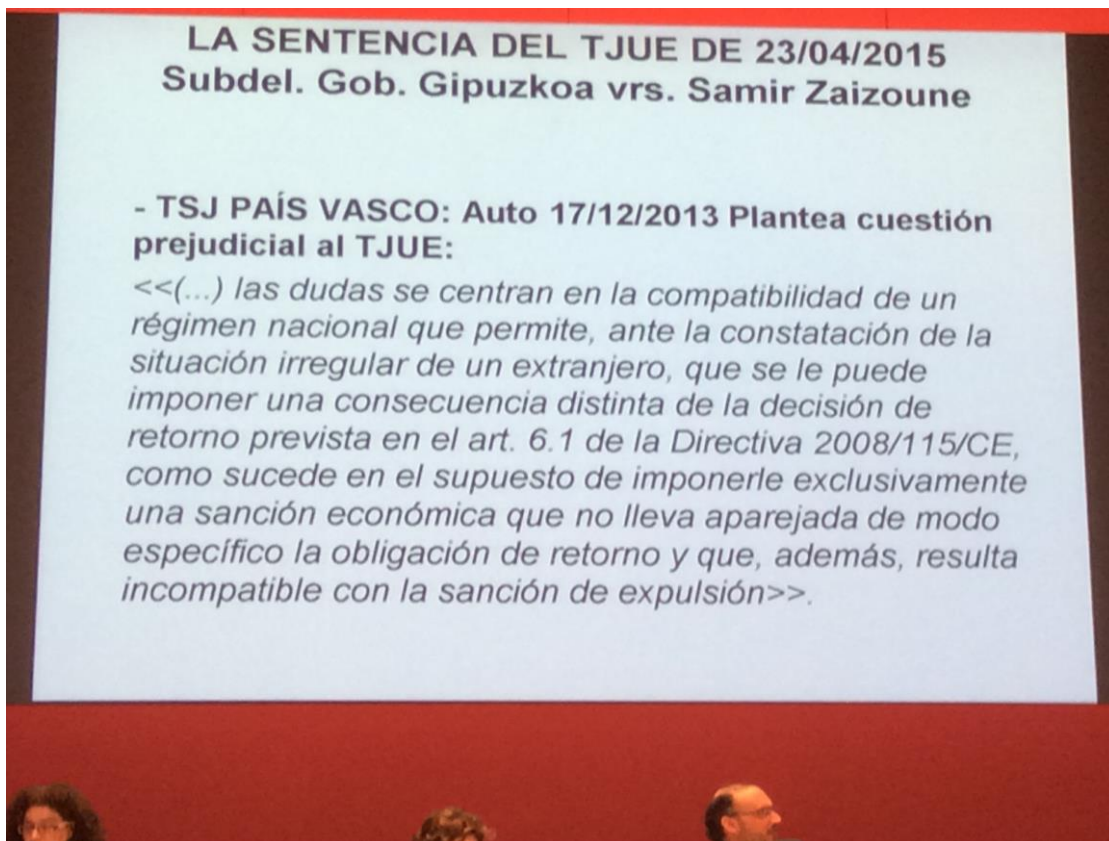
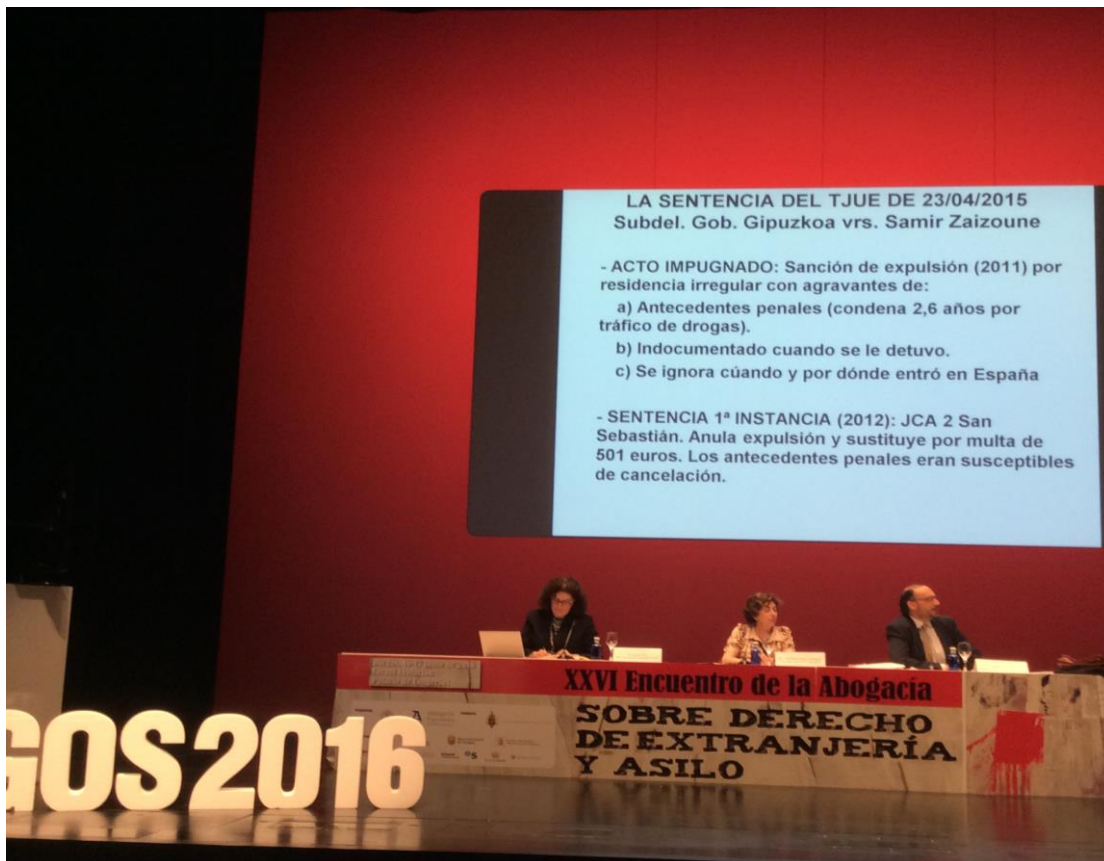
Contraste del sistema español con el Código de Fronteras Schengen (Reglamento 562/2006, 15 de marzo, del Parlamento Europeo); así como en el artículo 23 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen. Concluye que

- La normativa comunitaria: <<**prima la salida voluntaria del nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos de estancia corta aplicables en el territorio del Estado miembro de que se trata**>>.
- El Derecho español es compatible con el comunitario que obliga a expulsar a los extranjeros en situación irregular, porque en nuestro país <<**la resolución por la que se impone una multa no es un título que permita a un nacional de un tercer país en situación irregular permanecer legalmente en territorio español, toda vez que, al margen de si la multa se paga o no, dicha resolución se notifica al interesado con la advertencia de que debe abandonar el territorio en un plazo de quince días, y que, si no obedece podrá ser perseguido sobre la base del artículo 53, letra a), de la Ley de extranjería y podrá ser expulsado de forma inmediata**>>.

SITUACIÓN EN ESPAÑA A COMIENZOS DE 2015

1. La práctica totalidad de los TSJ aceptan el sistema dual (multa/expulsión), anulando las sanciones de expulsión por residencia irregular cuando no se han justificado circunstancias agravantes.

TSJ Madrid de 15 de abril y 31 de marzo de 2015 (recs. 53/2015 y 131/2015); TSJ Cataluña de 19 de marzo y 26 de febrero de 2015 (recs. 237/2014 y 190/2014); TSJ de Castilla y León de 25 de noviembre y 23 de septiembre de 2014 (Valladolid recs. 436/2014 y 325/2014); TSJ Andalucía de 6 de abril y 16 de marzo de 2015 (Granada recs. 169/2012 y 1149/2012); TSJ País Vasco de 5 de marzo y 12 de febrero de 2015 (recs. 458/2014 y 141/2012); TSJ Murcia de 6 de marzo y 26 de enero de 2015 (recs. 268/2014 y 77/2014); TSJ Canarias de 24 de octubre y 6 de junio de 2014 (Sta. Cruz Tenerife, recs. 201/2013 y 100/2013); TSJ Galicia de 15 de abril y 4 de marzo de 2015 (recs. 157/2015 y 5/2015); TSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 2015 (rec. 702/2013); TSJ Extremadura de 30 de octubre de 2014 (rec. 162/2014); TSJ Castilla la Mancha de 19 de mayo y 15 de abril de 2014 (recs. 349/2012 y 25/2013); TSJ Cantabria de 14 y 10 de abril de 2014 (recs. 28/2014 y 252/2013); etc.



**LA SENTENCIA DEL TJUE DE 23/04/2015
Subdel. Gob. Gipuzkoa vrs. Samir Zaizoune**

- ACTO IMPUGNADO: Sanción de expulsión (2011) por residencia irregular con agravantes de:

- a) Antecedentes penales (condena 2,6 años por tráfico de drogas).
- b) Indocumentado cuando se le detuvo.
- c) Se ignora cuándo y por dónde entró en España

- SENTENCIA 1ª INSTANCIA (2012): JCA 2 San Sebastián. Anula expulsión y sustituye por multa de 501 euros. Los antecedentes penales eran susceptibles de cancelación.



**LA SENTENCIA DEL TJUE DE 23/04/2015
Subdel. Gob. Gipuzkoa vrs. Samir Zaizoune**

LA RESPUESTA DEL TJUE:

<<La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí>>.



SENTENCIA ZAIZOUNE (C-38/14): UN EXTRANJERO QUE NO SEA CIUDADANO DE LA UNIÓN EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA DEBE SER EXPULSADO PERO NO MULTADO".
<<Esta sentencia del Tribunal de Justicia tiene gran trascendencia práctica pues supone que, en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión sobre la Ley española de extranjería, la Administración ya no podrá multar sino que habrá que expulsar al extranjero que esté en situación irregular en España salvo en casos excepcionales previstos en la Directiva 2008/115/CE, y los tribunales españoles no podrán sustituir la sanción de expulsión por una multa>>.

PRIMERAS REACCIONES DE LOS TSJ

1. **RÉGIMEN TRANSITORIO:** TSJ GALICIA: S. 20/05/2015. Régimen transitorio. Se sigue aplicando el criterio anterior en los procesos en los que se celebró la vista del juicio en 1ª instancia antes de la S TJUE Zaizoune. Ppios. de **confianza legítima** y **tutela judicial efectiva**.

<<(...) el intenso y extenso impacto de la medida de expulsión en los términos marcados por la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo toda vez que **incide sobre el soporte vital del extranjero, su libertad de residencia y deambulatoria y pudiendo determinar la separación de familiares y eje sociocultural de su actividad o empleo, circunstancias onerosísimas que además afectan a un amplísimo colectivo, todo lo cual reclama una interpretación razonable, ponderada y paulatina de las medidas gravosas, ya deriven de la normativa interna o del Derecho comunitario.** (...)

CRITERIO DE LOS TSJ A DÍA DE HOY

1. LA MAYORÍA DE LOS TSJ ENTIENDEN QUE YA NO CABE SANCIONAR LA MERA RESIDENCIA IRREGULAR CON MULTA, SOLO ES POSIBLE LA EXPULSIÓN, CON MUY LIMITADAS EXCEPCIONES. APLICAN RETROACTIVAMENTE EL NUEVO CRITERIO.
 - Principio de **primacía** del Derecho de la UE.
 - **Efecto directo** de la Directiva, desplaza derecho interno.
 - **Efecto útil** de la Directiva.
 - Principio de **interpretación conforme** al Dcho. de la UE

CRITERIO ACTUAL DE LOS TSJ

2.- VARIOS MAGISTRADOS DE TSJ (MADRID, GALICIA...) FORMULAN "**VOTOS PARTICULARES**" SOSTENIENDO TESIS CONTRARIA (APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ESPAÑOL SIN MODIFICACIONES). VARIOS JUZGADOS CONT.-AD. TAMBIÉN MANTIENEN ESE CRITERIO (OURENSE, PAMPLONA...).

3.- EL CRITERIO DEL TSJ MURCIA

ANULA LAS SANCIONES DE EXPULSIÓN POR NO HABERSE CONCEDIDO PREVIAMENTE UN PLAZO DE ENTRE 7 Y 30 DÍAS PARA LA SALIDA VOLUNTARIA

XXVI Encuentro de la Abogacía
SOBRE DERECHO
DE EXTRANJERÍA

REDUCCIÓN DEL PERÍODO DE PROHIBICIÓN DE ENTRADA

TSJ Madrid de 19 de abril de 2016 (rec. 713/2015), TSJ Castilla y León (Valladolid), de 22 de mayo de 2015 (rec. 129/2015), TSJ Castilla la Mancha de 20 de 25 mayo de 2015 (rec. 281/2013), TSJ País Vasco de 3 de junio de 2015 (rec. 49/2013).



EXCEPCIÓN POR “PROTECCIÓN DE LA FAMILIA” Y “RAZONES HUMANITARIAS”

Arts. 5 y 6.4 Directiva 2008/115

- a) *el interés superior del niño.*
- b) *la vida familiar.*
- c) *el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate.*
- d) *el principio de no devolución*
- e) *Razones humanitarias o de otro tipo*



EXCEPCIÓN POR “PROTECCIÓN DE LA FAMILIA” Y “RAZONES HUMANITARIAS”

TSJ **MADRID**: SS 11 y 15 de febrero de 2016 (recs. 642/2015 y 784/2015), 15 de marzo de 2016 (rec. 550/2015) y 13 de abril de 2016 (rec. 828/2015)

sentencias de los TSJ de **Cantabria** de 9 de marzo de 2016 (rec. 5/2016), **Canarias** (Sta. Cruz de Tenerife) de 1 de marzo de 2016 (rec. 169/2015); **País Vasco** de 8 de junio de 2015 (rec. 171/2014), o **Asturias** de 6 de julio de 2015 (rec. 101/2015).

UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

1.- EL EFECTO DIRECTO VERTICAL de las Directivas **sólo puede ser invocado, en sentido único, por los particulares frente al Estado; no por los Estados que incumplieron la obligación de transponer, o que lo hicieron incorrectamente**

XXVI Encuentro de la Abogacía

UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

EL TJUE SOLO INTERPRETA DCHO. DE LA UE NO EL DERECHO ESPAÑOL

S TJUE 18/09/2014: <<el Gobierno español ha aducido, en sus observaciones escritas y en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia, que el órgano jurisdiccional remitente interpreta de manera errónea la legislación nacional controvertida en el litigio principal (...). A este respecto, procede recordar que, **en el marco de un procedimiento prejudicial, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni apreciar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de éstas** (véanse, en particular, las sentencias Corsten, C-58/98, EU:C:2000:527, apartado 24; Dynamic Medien, C-244/06, EU:C:2008:85, apartado 19; Angelidaki y otros, C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, apartado 48, y Samba Diouf, C-69/10, EU:C:2011:524, apartado 59). En estas circunstancias, ha de examinarse la petición de decisión prejudicial partiendo de la premisa del órgano jurisdiccional remitente, según la cual la norma controvertida en el litigio principal obliga a las compañías aéreas a transportar (...)>>



CONCLUSIONES

1. El sistema español es compatible con la Directiva 2008/115/CEE.
2. La S TJUE Zaizoune y su interpretación por la mayoría de los TSJ está generando gran inseguridad jurídica y un perjuicio desproporcionado e innecesario a los afectados.
3. Cualquiera que sea la tesis que se adopte, en todo caso ha de facilitarse la regularización de los extranjeros residentes en España (siendo improcedente la sanción de expulsión) cuando concurran las “razones humanitarias”, o de protección del “interés superior del niño”, de la “vida familiar” y del “estado de salud” reconocidas en los artículos 6.4 y 5 de la Directiva 2008/115/CEE, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), y en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.



Madrid, 28 de junio 2016

Juana María Malca Leo

Abogada

Red Internacional de Abogados Eureka