

INFORME DEL FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES AL 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, APROBADO EN EL PLENO CELEBRADO EL 29 DE JULIO DE 2015.

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 3.1f) del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro, y examinado el citado Proyecto de Real Decreto, emite el siguiente informe que ha sido aprobado en la reunión del Pleno del día 29 de julio de 2015.

CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente informe se emite a solicitud de la Secretaría General de Inmigración y Emigración. En este sentido, cabe señalar que dado que dicha solicitud coincide en el tiempo con el proceso de renovación del mandato de las vocalías del Foro, el examen de dicho proyecto no ha podido llevarse a cabo por la comisión Jurídica y posterior análisis por la comisión Permanente, al no estar dichos órganos constituidos, habiéndose por tanto elaborado y aprobado dicho informe por los miembros del Pleno en su sesión constitutiva celebrada el día 29 de julio de 2015.

INFORME

El Foro nace como un espacio de participación y de diálogo pero también de consulta preceptiva, aspecto éste que mediante el constante uso del mecanismo de urgencia se ve mermado en sus posibilidades de aportación, propuesta y mejora. Debemos reiterar nuestra apuesta por un contraste pausado y conjunto que haga mejores las normas que afectan a las personas migrantes.

Esta reforma, como se anuncia en la exposición de motivos tiene por objeto incorporar lo establecido en el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE relativa a los derechos de los ciudadanos de la UE y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

Valoramos positivamente el que, a partir de ahora, esta denominada “familia extensa” obtenga una tarjeta de familiar de comunitario y no con autorización de residencia y trabajo de régimen general como venía sucediendo hasta ahora.

En cualquier caso, el Foro realiza algunas propuestas y sugerencias más concretas al articulado, tales como:

APARTADO. Artículo 2 bis.1

Se propone la siguiente redacción (en negrita):

Artículo 2 bis: Aplicación a otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Igualmente el presente Real Decreto se aplica también cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste a:

- a) **Los miembros de la familia, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, no incluidos en el artículo anterior. En este caso además se deberá acreditar que, en el país de procedencia, están a cargo o conviven con él o, en su caso, que por motivos graves de salud o discapacidad sea estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal.**
- b) **La pareja con la que el ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo al criterio establecido en el apartado 3.b)de este artículo.**

JUSTIFICACION DE LA PROPUESTA:

Se sugiere redactar este primer apartado con la misma estructura y forma que el artículo 2, sustituyendo el concepto más ambiguo de “familia de ciudadanos de la unión” por la denominación que utiliza todo el Real Decreto 240/ 2007 (ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otro Estado etc.).

Se propone además incluir la redacción que la Disposición Adicional 23 (ahora suprimida) tenía, por parecer más precisa al especificar línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad.

Se incorporan las dos circunstancias (estar a cargo y enfermedad grave) en el apartado que corresponde a otros familiares, pues no es exigible en el caso de pareja estable.

APARTADO: 2. bis. 1. a), página 3

Enmienda propuesta:

“Los miembros de la familia, con independencia del grado de parentesco y, (en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad), cualquiera que sea su nacionalidad...”

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA:

Entendemos conveniente incluir este extremo a fin de evitar resoluciones denegatorias de solicitudes amparándose para ello precisamente en el tipo o en el grado de parentesco con el residente titular del derecho principal, ya que de hecho, el punto 4.a

del art. 2.bis, contempla el grado de parentesco como uno de los criterios a valorar para resolver la solicitud.

Subsidiariamente:

Los miembros de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad dentro hasta el tercer grado en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad.

De este modo se concreta jurídicamente el grado de parentesco a tener en cuenta para que puedan beneficiarse los y las familiares suprimiendo la arbitrariedad que de otro modo podría darse al analizar este artículo con el apartado 4.a del art. 2.bis.

APARTADO: 2. bis. 1.a) 1º), página 3

Enmienda propuesta:

“Que, en el país de procedencia, estén a cargo o hayan convivido con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal.”

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA:

Entendemos que el término “convivan” incluido en el proyecto de RD, se refiere a una situación actual y presente, circunstancia que puede plantear dificultades a la hora de acogerse a la modificación legislativa propuesta, ya que generalmente los titulares del derecho de residencia principal, residen en España y no en sus países de procedencia.

En el caso de mantenerse definir ¿qué se entiende por “haber convivido”?

Se utilizan términos indeterminados que producen inseguridad jurídica que en la práctica pueden suponer de “facto” limitaciones a estos familiares.

APARTADO: Art. 2. Bis. 1. a) 2º).

Enmienda propuesta:

“Que, por motivos de salud, sea conveniente, que el ciudadano de la unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia”

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA:

Entendemos excesiva la exigencia en los términos de “motivos graves de salud” y “estrictamente necesario”, pues se trata de circunstancias de carácter subjetivo en cuanto a su apreciación y/o interpretación y que por tanto, pueden provocar arbitrariedad administrativa a la hora de su valoración, viéndose afectado con ello el derecho de defensa del solicitante.

Asimismo, la gravedad de una enfermedad o de un estado de salud, puede depender de la fase en la que la enfermedad se encuentre, siendo incluso no recomendable viajar en determinadas situaciones, entiendo por tanto que desde un punto de vista práctico,

resulta más razonable contemplar la enfermedad en sí, con independencia de su carácter, grave o leve, como motivo para solicitar el derecho de residencia.

Lo que debe de garantizarse en este supuesto, es que una persona enferma, durante el transcurso de su enfermedad, esté al cuidado de su familiar y cerca de éste.

APARTADO. Art.2 bis. 1. a) 2º.

En relación al artículo 2.bis, 1 a) 2º: la disposición adicional vigésimo tercera del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX y que será derogada con la entrada en vigor del Proyecto de Real Decreto, añadía a la circunstancia de “motivos graves de salud” contemplada en el artículo 3.2. a) de la Directiva 2004/38, el supuesto de “discapacidad”. Recordando que la propia Directiva, en el artículo 37 señala la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones más favorables para los beneficiarios de la norma (en este caso los nacionales de la Unión Europea), nos parece oportuno seguir conservando, junto a los motivos graves de salud, la circunstancia de discapacidad, siempre que la misma haga estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

APARTADO: 2. bis. 1.a) 3º), página 3

Enmienda propuesta:

Se propone la incorporación de un nuevo punto 3º dentro del apartado 1 a), con la siguiente redacción: “que, por motivos de defunción de sus familiares, por encontrarse en situación de desamparo o por cualquier otra causa justificada, resida solo en el país de procedencia del ciudadano de la Unión”.

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA:

Se considera necesario contemplar este supuesto ya que puede suceder que el familiar del ciudadano de la Unión, por alguno de los motivos indicados, resida solo en el país de procedencia de aquél, resultando por tanto conforme a derecho, la obligación del Estado a fin de garantizar la unión y protección del núcleo familiar.

APARTADO 2.bis punto 2º.

Comentario: En este apartado se recoge el supuesto de que el familiar o la pareja estable viaje o se reúna con el ciudadano comunitario pero deja fuera la posibilidad (que sí recoge la vigente Disposición Adicional 23) de otorgar una autorización por circunstancias excepcionales cuando ese otro familiar o pareja estable se encuentre aquí.

Propuesta: sería necesario pensar en cómo introducir este segundo supuesto, ya que si no existiría una discriminación no fundada y entendemos también, que no buscada.

APARTADO: Art. 2. Bis, 2, página 3

Enmienda propuesta:

"La tramitación y concesión de los visados se realizará en un plazo máximo de dos meses a contar desde su solicitud, siendo favorable el silencio administrativo de no resolver la administración en el plazo de dos meses".

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.

Entendemos conveniente fijar un plazo máximo para la tramitación y concesión de los visados, ya que de no ser así, es posible que se dilaten en el tiempo afectando de manera negativa a la finalidad pretendida por el legislador con esta reforma. Por este mismo motivo y para garantizar los derechos de los y las familiares a los que se refiere este RD consideramos necesario que en caso de silencio administrativo sea positivo para favorecer al administrado/a.

Véase por ejemplo en el supuesto de residencia por enfermedad, en el que para el caso de no fijarse plazo máximo para la concesión del visado, es posible que en el momento de su efectividad, el familiar se encuentre en tal estado que sea imposible o no recomendable su desplazamiento a otro país, o peor, que haya fallecido.

APARTADO 3. 2 bis. 3 b).

Comentario con respecto a la exigencia de un seguro médico: El Ministro de Sanidad se comprometió públicamente y la Subdirectora General de Cartera Básica del Sistema Nacional de Salud explicó ante este Foro que se está trabajando para que las personas extranjeras en situación irregular tengan de nuevo reconocido su derecho a la asistencia sanitaria.

Mantener la exigencia de un seguro médico a esta personas constituye una clara discriminación (cuestión que ha señalado el Defensor del Pueblo de forma reiterada) que deberíamos poder evitar.

Propuesta: suprimir el requisito del seguro médico.

Comentario con respecto a estar a cargo:

El concepto "estar a cargo" como muy bien indica la exposición de motivos es un concepto jurídico indeterminado que ha sido perfilado por la jurisprudencia en muy diversos sentidos. Nos parece importante señalar, que sea el que sea, si sólo incluye un concepto económico es demasiado reduccionista. Así lo señalaba la sentencia del TJUE de 9 de enero de 2007, asunto C/1/05: "El concepto de estar a cargo del ciudadano comunitario implica una necesidad real de sostenimiento económico o de otro tipo...".

APARTADO: Art. 2. BIS. 3 b), Pág. 3

Enmienda propuesta:

Documentación acreditativa de que el ciudadano de la Unión al que acompañan o con el que van a reunirse cumple los requisitos del artículo 7. No siendo de aplicación dicho precepto a los ciudadanos españoles y sus familiares extracomunitarios que pretendan reunirse con él. “

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA.

En tanto en cuanto, es reiterada las sentencias que han analizado el art. 7 de la Directiva 2004/38 y su transposición al derecho interno. (Sentencia nº 191/2013 de 28 junio de 2013 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de San Sebastián, sentencia 25/2014 del Juzgado Contencioso Administrativo Nº 3 de Valencia) así como el planteamiento por parte de la doctrina administrativa de la posibilidad de plantear una cuestión de ilegalidad, al art. 7 modificado en el año 2012, dado que el mismo se aplica por igual a los ciudadanos de la unión europea, como a los ciudadanos españoles. Cuando los destinatarios de la Directiva son aquellas personas que, siendo ciudadanas de la Unión, se establecen en el territorio de otro Estado miembro, así como sus familiares, con independencia de su nacionalidad.

El art. 7 del Real Decreto 240/2007 (Real Decreto Ley 16/2012), es una transcripción literal del art. 7 de la directiva 2004/38. Que se trata de una exigencia dirigida al establecimiento en el territorio de otro Estado miembro distinto del de la nacionalidad del ciudadano de la Unión de sus familiares. Es por ello, que no podemos las exigencias de dichos requisitos a los ciudadanos españoles.

Es más, la primacía de del derecho comunitario ya fue sancionada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por la STJCE de 9 de marzo de 1978, indicando que:

“El juez nacional, está obligado a garantizar la plena eficacia de las normas, dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”

“No puede aplicarse de modo coherente al caso, que nos ocupa, en el que un nacional español, se le apliquen las limitaciones relativas al derecho de libre circulación cuando no ha sido ejercido por el nacional o residente en el Reino de España.

APARTADO 3. 2. Bis 3 c)

Respecto a la documentación acreditativa que ha de acompañar la solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, cuando los supuestos sean, estar a cargo, o convivan, o por motivos graves de salud, entendemos que puede hacerse una

interpretación más acorde con las Sentencias mencionadas en la propia exposición de motivos del Proyecto:

En este sentido, consideramos que sería una redacción más adecuada al artículo 2 bis. 3. c), aquella que no obligara, como parece por el texto actual, a presentar, en todos los supuestos, documentación del tiempo de convivencia previo. En la mencionada sentencia del TSJCE en el asunto Flora May Reyes, esta solo había convivido con su madre durante sus primeros tres años de vida. Por otra parte, la literalidad del artículo 3.2.a) de la Directiva, señala dos supuestos distintos “esté a cargo o conviva”. Sin embargo el Proyecto, exige documentación acreditativa de la dependencia, del grado de parentesco y del tiempo de convivencia previo. Consideramos que se debería dar una nueva redacción, tanto a este apartado, como al 4 sobre la valoración individual de las circunstancias personales del solicitante y los criterios utilizados (*grado de dependencia financiera o física, el tiempo de convivencia previo y el grado de parentesco*) pues de lo contrario, podrían verse denegadas solicitudes con dependencia acreditada, o de enfermedad grave, pero sin tiempo de convivencia previo o con un periodo de convivencia mínimo. La Directiva en ningún momento señala que el tiempo de convivencia previo sea un requisito ineludible.

Por otra parte, en relación al supuesto de motivos graves de salud, que como ya hemos señalado, estimamos debe extenderse a la discapacidad, del propio literal de la Directiva y del Proyecto, se infiere que lo esencial, es que estas situaciones hacen estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia. En este sentido y en relación igualmente al apartado 4 de este artículo, entendemos que el criterio en la valoración de la solicitud y en la documentación a presentar, ha de ser no solo el carácter de la enfermedad, teniendo en cuenta lo subjetivo que resulta determinar la gravedad, sino por encima de esto, la necesidad de que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal de su familiar.

APARTADO: Art. 2. Bis. 3. C)

Enmienda propuesta:

“En los supuestos contemplados en la letra a) del apartado 1, documentos acreditativos de la dependencia económica, del grado de parentesco, del tiempo de convivencia, de la existencia de motivos de salud, así como de la defunción de familiares, de la situación de desamparo o de la concurrencia de cualquier otra causa por la que el familiar del ciudadano de la Unión reside solo en el país de procedencia”.

Puesto que se considera conveniente incluir un número 3º a la letra a) del apartado 1 del art. 2. Bis, han de regularse los documentos para acreditar la concurrencia de la situación que los motiva.

APARTADO: Art. 2 bis. Apartado 4.a)

Enmienda propuesta:

“En el caso de familiares, se valorará, en todo caso de manera positiva, el grado de dependencia financiera o física, el tiempo de convivencia previo, el grado de parentesco con el ciudadano de la Unión y la enfermedad que hace conveniente su cuidado personal por el ciudadano de la Unión.”

Entendemos que la valoración de las circunstancias descritas debe ser siempre y en todo caso positiva.

La concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 2. Bis. Apartado 4. a), se exigen como requisito para acceder al derecho de residencia, por lo que no resulta procedente ni razonable, valorar su aportación, ya que de no concurrir tales situaciones, no existe la posibilidad de optar al derecho de residencia por dichas causas, ni por tanto éstas podrían valorarse.

Por consiguiente, se valorará de manera positiva la mayor dependencia económica o física, la mayor cercanía en cuanto al grado de parentesco, etc...

APARTADO. Artículo 2 bis.4 letra b)

Se propone la siguiente redacción alternativa:

En el caso de pareja se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite un vínculo duradero por cualquier medio reconocido en derecho.

JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA:

El concepto de “pareja estable” es una vez más un concepto jurídico indeterminado, sobre todo en lo relativo a la estabilidad o la duración. Existen distintas formulaciones legales en nuestro territorio, desde la Ley de Parejas Estables de Baleares que no fija ningún tipo de periodo de convivencia a la Ley Navarra que establece distintos supuestos.

Dentro de las opciones legales posibles no hemos encontrado ninguna que exija un periodo de convivencia previa de dos años como establece el proyecto de Real Decreto y que nos parece excesivo.

Proponemos por tanto un sistema que permita, por un lado garantizar el que la situación de la pareja responda a una voluntad libre, pública y notoria de constituirse como tal; la situación de convivencia en el supuesto de filiación común y la posibilidad de acreditar la convivencia por cualquier medio reconocido en derecho.